

5.2. О взаимосвязи конституционных положений о защите конкуренции и конституционных норм о правах граждан

©Тенишев Андрей Петрович^{1,а}

©Хазиев Шамиль Николаевич^{2,б}

¹ Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, г. Москва, Российская Федерация

² Российский федеральный центр судебной экспертизы при Минюсте России, г. Москва, Российская Федерация

^а a.tenisheff@gmail.com

^б khaziev2@rambler.ru

Аннотация: Рассматриваются вопросы взаимосвязи положений Конституции Российской Федерации о защите и поддержке конкуренции и конституционных норм о правах граждан, являющихся участниками экономических отношений. Выявлены и описаны существующие противоречия, связанные с несовершенством и несогласованностью некоторых норм законодательства о защите конкуренции и норм, регулирующих порядок антимонопольного расследования и производства по делам об административных правонарушениях, а также порядок расследования связанных с посягательствами на свободу конкуренции преступлений в рамках отечественного уголовного и уголовно-процессуального законодательства.

Ключевые слова: антимонопольное законодательство, антимонопольный процесс, административные правонарушения, картель, коллективное доминирование, конкуренция, судебное разбирательство.

Для цитирования: Тенишев А.П., Хазиев Ш.Н. О взаимосвязи конституционных положений о защите конкуренции и конституционных норм о правах граждан // Пробелы в российском законодательстве. 2022. Т. 15. №5. С. 228-235.

On the Relationship Between Constitutional Provisions on the Protection of Competition and Constitutional Norms on the Human Rights

©Tenishev Andrey Petrovich^{1,а}

©Khaziev Shamil Nikolaevich^{2,б}

¹ Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Moscow, Russian Federation

² Russian Federal Centre of Forensic Science of the Ministry of Justice of Russia, Moscow, Russian Federation

^а a.tenisheff@gmail.com

^б khaziev2@rambler.ru

Abstract: The issues of the relationship between the provisions of the Constitution of the Russian Federation on the protection and support of competition and constitutional norms on the rights of citizens who are participants in economic relations are considered. The existing contradictions related to the imperfection and inconsistency of some norms of the legislation on protection of competition and the norms governing the procedure for antimonopoly investigation and proceedings in cases of administrative offenses, as well as the procedure for investigating crimes related to infringement on freedom of competition within the framework of domestic criminal law and criminal procedural law are identified and described.

Keywords: antimonopoly law, antimonopoly process, administrative offenses, cartel, collective dominance, competition, litigation.

For citation: Tenishev A.P., Khaziev Sh.N. On the Relationship Between Constitutional Provisions on the Protection of Competition and Constitutional Norms on the Human Rights // Gaps in Russian Legislation. 2022. Vol. 15. №5. Pp. 228-235. (in Russ.).

ВВЕДЕНИЕ

Конкуренция в экономике – это соперничество субъектов рыночных отношений за лучшие условия и результаты коммерческой деятельности. В Конституции Российской Федерации, принимавшейся в период избавления от пережитков социалистической экономической системы и идеализации рыночных отношений, специально, дважды указано на необходимость обеспечения конкурентной среды: в ч. 1 ст. 8 гарантируется поддержка конкуренции, а в соответствии ч. 1 ст. 34 каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. В ч. 2 ст. 34 не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию. Кроме того, ст. 72 Конституции РФ гласит, что установление правовых основ единого рынка, ценовой политики находится в ведении Российской Федерации (п. «ж»), в ч. 1 ст. 74 запрещается создание препятствий для свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств на территории Российской Федерации, а ст. 75.1 определяет необходимость создания условий для устойчивого экономического роста страны и повышения благосостояния граждан. На значение указанных конституционных положений в том числе и для применения судами антимонопольного законодательства указал и Верховный Суд Российской Федерации в своем постановлении Пленума № 2 от 4 марта 2021 г.¹

Наличие указанных положений позволяет утверждать, что свобода экономической конкуренции, а также запрет монополизации и недобросовестной конкуренции являются конституционными ценностями. Вопросы отношения к конкуренции как к институту, имеющему статус конституционной ценности, рассматривались рядом отечественных ученых [Хабриева Т.Я., 2017; Габов А.В. и др., 2016; Сухоруков А.С., 2010], однако следует обратить внимание на несколько положений, свидетельствующих о наличии в действующем антимонопольном законодательстве, законодательстве об ответственности за административные правонарушения и уголовном законодательстве, а также в правоприменительной практике ряда противоречий и спорных вопросов, связанных с соблюдением некоторых основных, конституционных прав граждан.

Положения о защите конкуренции и запрете монополистической деятельности (гарантия и запрет) несомненно должны соблюдаться с учетом положений, изложенных в главе 2 Конституции «Права и свободы человека и гражданина» (ст. ст. 18–55), а также ст. 123, помещенной в главу 7 и устанавливающей, что «судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон».

ПРОБЛЕМА ИЗЛИШНИХ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ЗАПРЕТОВ В КОНТЕКСТЕ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА НА СВОБОДУ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ И ИНОЙ НЕ ЗАПРЕЩЕННОЙ ЗАКОНОМ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

В законе «О защите конкуренции» есть излишние

¹ О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 04.03.2021 № 2 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2021. № 5.

запреты на согласованные действия органов власти, а также запреты на осуществление недостаточно четко определенные действия или деятельность, в частности, ответственность за коллективное доминирование.

Дела по антиконкурентным согласованным действиям органов власти за весь период действия закона были единичны, да и те казусны – их существование объяснялось лишь ошибками в квалификации. Представить себе в реальной действительности согласованные антиконкурентные действия органов власти крайне сложно и определения такого в законе нет. Запрета на антиконкурентные соглашения с участием органов власти вполне достаточно.

Запрет на злоупотребление коллективным доминирующим положением также явно выпадает из традиционного набора антимонопольных запретов – злоупотребление доминирующим положением, антиконкурентные соглашения и согласованные действия хозяйствующих субъектов и недобросовестная конкуренция. Применение норм о коллективном доминировании чревато объективным вменением [Башлаков-Николаев И.В., 2020], а разграничить их с нормами об антиконкурентных согласованных действиях практически невозможно. Компания обязана следить за своим поведением, когда ее доля на рынке превышает показатели установленные законом – если она этого не делает – в этом ее вина. В случае с коллективным доминированием каждая из компаний доминантном не является и может быть наказана за то, что цены на ее продукцию оказались, например, такими же подозрительно высокими как у конкурентов. Получается, что государство само обязывает хозяйствующие субъекты следить за ценами конкурентов и анализировать соответствующий рынок, и в то же время может оценить это в качестве согласованных действий, влекущих ответственность. Представляется, что это совершенно излишнее антимонопольное ограничение. Если компании договорились о повышении цен необходимо доказывать факт создания картеля или противоправных согласованных действий, а если хозяйствующий субъект один и большой, то он должен соблюдать ограничения, установленные законом. Неопределенность точных признаков противоправного коллективного доминирования неоднократно анализировалась в ряде научных публикаций [Башлаков-Николаев И.В., Максимов С.В., 2020; Они же, 2021], в которых отмечается, что привлечение хозяйствующих субъектов к административной ответственности за коллективное доминирование не всегда отвечает общеправовому критерию определенности, ясности и недвусмысленности правовой нормы и противоречит принципам юридической ответственности, а значит и требованию Конституции РФ. Представляется, что существующая правовая неопределенность может быть устранена лишь законодателем.

Чтобы уравнивать рыночную силу сторон целесообразно в определенных видах деятельности разрешить объединение малых компаний против больших. Законопроект о так называемых «закупочных союзах» обсуждается уже давно, но так и не реализован в виде законодательной инициативы. Необходимо соответствующее законодательное изъятие из картельных запретов. Тогда, например, фермеры смогут договариваться о цене, условиях реализации своих

продуктов при их продаже торговым сетям или мелкие региональные торговые сети могли бы объединяться в противовес крупным поставщикам. Создание таких союзов облегчит прямой доступ сельхозпродукции на полки торговых сетей и уберет излишних посредников – иногда их в цепочке поставок несколько и в результате товары будут дешевле. Выпущенные недавно разъяснения Федеральной антимонопольной службы «по закупочным союзам» эту проблему, к сожалению, пока не решили².

Ограничения для таких союзов можно установить, например, по выручке или по их доле на рынке. Законодатель при этом может дать право правительству определять сферы, в которых можно допускать подобные союзы. Перечень таких союзов должен быть доступным в открытых источниках, чтобы каждый желающий мог с ним ознакомиться.

Кроме того, необходимо максимально четко прописать в законодательстве условия создания закупочных союзов, создать простые и понятные правила для работы бизнеса, поскольку их нарушение чревато обвинением в картельном сговоре и серьезными санкциями.

Нужно решить еще одну проблему в антикартельном законодательстве. В соответствии с российским антимонопольным законодательством, иммунитетом от преследования за картель обладают компании, которые входят в подконтрольную группу лиц. Она образуется в том случае, когда вы контролируете 50% плюс 1 уставного капитала. Либо вы контролируете компанию через единоличный исполнительный орган. Есть общее понятие группы лиц. Оно гораздо шире, и там гораздо больше оснований для того, чтобы считать компанию участником группы лиц. В договоре о Евразийском экономическом союзе говорится о прямом и косвенном контроле. Примером, иллюстрирующим это положение вещей, явилось дело компании «Дельрус». Это одно из первых картельных дел блока по конкуренции и антимонопольному регулированию ЕЭК на трансграничном рынке ЕАЭС. Решение состоялось, компании обжаловали его в Суд Евразийского экономического союза и суд продемонстрировал совершенно иной подход к картельным иммунитетам нежели суды Российской Федерации. В чем здесь еще проблема? Помимо узкого и широкого толкования группы лиц – это фактический контроль. Может ли фактический контроль быть основанием, исключающим ответственность за картель. Если да, то, как определять его критерии, и в каком случае уровень такого контроля доходит до той точки, когда можно применять иммунитет? Ведь в любом картеле участники друг друга тоже контролируют, договариваясь о ценовых условиях или разделе рынка, и соотносят деятельность между собой. Если удастся найти приемлемое нормативно-правовое решение, то это избавит многие компании от необоснованного преследования за нарушения антимонопольного законодательства.

СОРАЗМЕРНОСТЬ САНКЦИЙ ЗА НАРУШЕНИЕ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ЗАПРЕТОВ

Система санкций за нарушение антимонопольного

²См.: О разъяснении антимонопольного законодательства («по закупочным союзам»). Официальный сайт ФАС России. URL: <https://fas.gov.ru/documents/687839>.

законодательства требует доработки – в ней имеются существенные пробелы и противоречия. Так, например, в соответствии с 2 ст. 14.32 КоАП за заключение хозяйствующим субъектом недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения, если такое соглашение приводит или может привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах, либо заключение недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками этих торгов, если такое соглашение имеет своей целью либо приводит или может привести к ограничению конкуренции и (или) созданию преимущественных условий для каких-либо участников, либо участие в них - для юридических лиц определено в размере от одной десятой до одной второй начальной стоимости предмета торгов, но не более одной двадцать пятой совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее ста тысяч рублей.

При этом в соответствии с п. 5 части 1 статьи 3.5 КоАП штраф выражается в величине, кратной, начальной (максимальной) цене гражданско-правового договора, предметом которого является поставка товара, выполнение работы или оказание услуги (в том числе приобретение недвижимого имущества или аренда имущества) и который заключен от имени Российской Федерации, субъекта Российской Федерации или муниципального образования, а также бюджетным учреждением или иным юридическим лицом в соответствии с частями 1, 4 - 6 статьи 15 Федерального закона от 5 апреля 2013 года N 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», цене контракта, заключенного с единственным поставщиком (подрядчиком, исполнителем).

Но, антиконкурентные соглашения могут заключаться на торгах, проводимых в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц".

Они могут заключаться и при проведении обязательных государственных публичных торгов по отчуждению государственного имущества и прав на него, а также на биржевых торгах.

Если в случае с антиконкурентными соглашениями при проведении государственных закупок государственных компаний вопрос может быть решен просто – дополнением в п.5 части 1 ст. 3.5 КоАП соответствующими положениями о начальной (максимальной) цене контракта по 223 федеральному закону, то в случае с торгами по отчуждению имущества или биржевыми торгами все обстоит иначе и это проблема методологического характера.

Торги по отчуждению имущества и прав на него проводятся «на повышение» и начальная цена контракта здесь не максимальная, а минимальная. Брать ее за базу для расчета штрафа несправедливо. Можно взять за основу для исчисления штрафа максимальную цену контракта, но это не решает проблему – соглашения заключаются о неповышении цены и в случае картеля повышения цены нет или оно минимальное. Потенциальная угроза таких штрафов может стимулировать и

добросовестных участников торгов не повышать цену. Для биржевых торгов цена устанавливается исходя из всей совокупности заявок на покупку и продажу находящихся. Сделка всегда происходит между теми сторонами, которые предлагают наиболее выгодные цены и правила установленные п. 5 части 1 ст. 3.5 КоАП здесь тоже не работают.

В соответствии с ч. 7 ст. 14.32 КоАП заключение федеральным органом исполнительной власти, органом исполнительной власти субъекта Российской Федерации, органом местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органом или организацией либо государственным внебюджетным фондом недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации соглашения либо осуществление указанными органами или организациями недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации согласованных действий влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от двадцати тысяч до пятидесяти тысяч рублей или дисквалификацию на срок до трех лет. Хозяиствующие субъекты за участие в таком соглашении несут ответственность в соответствии с частью 4 ст. 14.32 КоАП за заключение так называемых «иных» соглашений, ограничивающих конкуренцию. Это влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от пятнадцати тысяч до тридцати тысяч рублей; на юридических лиц – от одной сотой до пяти сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо размера суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение. Таким образом, наказание за сговор с органом власти втрое ниже, чем за картель – соглашение хозяйствующих субъектов – конкурентов и равно наказанию за иное соглашение хозяйствующих субъектов, ограничивающее конкуренцию. Представляется, что такой размер штрафа не соответствует степени общественной опасности антиконкурентных соглашений с участием органов власти и является явно несправедливым.

ПРЕЗУМПЦИЯ НЕВИНОВНОСТИ

Предусмотренная ст. 49 Конституции презумпция невиновности заключается в том, что {1. Каждый обвиняемый в совершении преступления считается невиновным, пока его виновность не будет доказана в предусмотренном федеральным законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда. 2. Обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность. 3. Неустрашимые сомнения в виновности лица толкуются в пользу обвиняемого.} - cursive Материалы, направляемые антимонопольными органами в правоохранительные органы для возбуждения уголовного дела, уже содержат выводы (категорические утверждения) об уголовно-наказуемом деянии (решение антимонопольного органа о наличии нарушения законодательства о конкуренции, постановление о привлечении к административной ответственности, в большинстве случаев оставленные в силе арбитражным судом). Следовательно остается лишь определить размер дохода, полученного в результате картельного

сговора (если этот размер не установлен и не доказан антимонопольным органом). При таких условиях говорить о презумпции невиновности без оговорок не приходится.

В настоящее время активно обсуждается вопрос о необходимости введения в УК РФ нормы, в соответствии с которой уголовные дела по ст. 178 УК РФ будут возбуждаться только на основании материалов, передаваемых в правоохранительные органы органами ФАС России [Алешин К.Н., Максимов С.В., 2018]. С одной стороны, это может ограничить возможности привлечения к уголовной ответственности невиновных лиц, но с другой стороны, будет презюмироваться виновность лица, материалы в отношении которого будут передаваться в следственные органы для привлечения его к уголовной ответственности (состав преступления предварительно будет уже установлен ФАС России). Это непростая дилемма. Не исключается формирование порочной практики механического оформления дел следователями по материалам ФАС России.

Статьей 46 Конституции РФ каждому гарантируется судебная защита прав и свобод. Статья 123 устанавливает, что «судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон». Представляется, что эти важные конституционные положения должны применяться и при осуществлении административных процедур по делам о нарушении антимонопольного законодательства.

Конституция Российской Федерации прямо не регламентирует право каждого на правосудие в разумный срок, но это право сформулировано в Конвенции о защите прав человека и основных свобод, участницей которой с 1998 г. является Российская Федерация

В соответствии с п. 1 ст. 6 Конвенции «каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона».

Конкурентное право нуждается в создании полноценного антимонопольного процесса. Существующие антимонопольные процедуры длительны и излишне громоздки. Служба может запрашивать информацию и документы, сроки в течение которых такие запросы могут быть сделаны не ограничены. ФАС может проводить проверки, срок которых может составлять до 3-х месяцев. По результатам проверки, при наличии признаков нарушения антимонопольного законодательства антимонопольный орган обязан решить вопрос о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства. Сроки принятия такого решения законом и административными регламентами не установлены. Срок рассмотрения антимонопольного дела может составлять до 9 месяцев. Одновременно с принятием решения ФАС может выдать предписание. После принятия решения о нарушении антимонопольного законодательства в течение года антимонопольный орган должен решить вопрос об административной ответственности компаний – возбуждается дело об административном правонарушении, составляется протокол и выносится решение. Таким образом, от первого запроса в адрес компании до штрафа могут пройти годы и сроки эти определенными не являются.

ся. В результате подозреваемая компания может несколько лет находиться в правовой неопределенности, а эффекты для восстановления нарушенных рыночных отношений от предписаний и примененных штрафов наступают слишком поздно.

Представляется своевременным объединение антимонопольных и административных процедур. Предпосылки для этого есть – институт заключения об обстоятельствах дела является своего рода аналогом протокола об административном правонарушении. С точки зрения процессуальных гарантий ответчики по делу не пострадают, если одновременно с вынесением решения антимонопольный орган будет выносить решение о размере штрафов. Такая практика существует во многих юрисдикциях. Это может в среднем на год сократить антимонопольные процедуры.

Сейчас антимонопольный орган одновременно выступает в роли расследователя, государственного обвинителя и квазисуда. В целях объективности принимаемых решений эти функции необходимо разделить.

Процедуры сбора доказательств, рассмотрения дел и вынесения решений необходимо дифференцировать в зависимости от категории антимонопольных дел. По делам о злоупотреблении доминирующим положением и недобросовестной конкуренции антимонопольный орган по сути разрешает споры хозяйствующих субъектов, по делам о картелях проводит полноценные расследования, от имени государства обвиняет участников картеля и рассматривает дело по существу.

ВОПРОС О СОБЛЮДЕНИИ ПРАВ ПРОВЕРЯЕМЫХ ЛИЦ

Должностные лица антимонопольного органа в процессе осуществления своей контрольной (надзорной) деятельности должны соблюдать такие конституционные права проверяемых лиц как право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ст. 34 Конституции РФ), право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени, право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений (ст. 23 Конституции РФ), право на получение квалифицированной юридической помощи (ст. 48 Конституции РФ).

Права и обязанности должностных лиц антимонопольного органа при осуществлении государственного контроля (надзора) изложены в Административном регламенте Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства Российской Федерации, утвержденном приказом ФАС России 25.05.2012 № 340. В данном нормативном правовом акте, в частности, указаны такие положения, как обязанность должностных лиц соблюдать законодательство Российской Федерации, права и законные интересы проверяемого лица, не допускать необоснованное ограничение прав и законных интересов физических лиц, в том числе индивидуальных предпринимателей, юридических лиц; доказывать обоснованность своих действий при их обжаловании юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями в порядке, установленном

законодательством Российской Федерации; не требовать от юридического лица, индивидуального предпринимателя документы и иные сведения, представление которых не предусмотрено законодательством Российской Федерации; перед началом проведения выездной проверки по просьбе руководителя, иного должностного лица проверяемого лица, уполномоченного представителя проверяемого лица ознакомить их с положениями административного регламента, в соответствии с которым проводится проверка; не разглашать информацию, составляющую государственную, коммерческую, служебную, иную охраняемую законом тайну, полученную антимонопольным органом, за исключением случаев, установленных законодательством Российской Федерации.

Административным регламентом предусмотрено право обжаловать действия (бездействие) должностных лиц антимонопольного органа, повлекшие за собой нарушение прав проверяемого лица при проведении проверки, в административном и (или) судебном порядке в соответствии с законодательством Российской Федерации; обратиться в установленном порядке в суд, арбитражный суд с исками, в том числе с исками о восстановлении нарушенных прав, возмещении убытков, включая упущенную выгоду, возмещение вреда, причиненного имуществу.³

К сожалению, в положениях административного регламента, регулирующих вопросы сохранения тайны говорится лишь о коммерческой и служебной тайне и иной охраняемой законодательством Российской Федерации тайне. Следовало бы конкретизировать (раскрыть) содержание иной охраняемой законодательством Российской Федерации тайны.

Вопросы соблюдения прав проверяемого лица в процессе проведения осмотра являются весьма актуальными. В соответствии с административным регламентом осмотр производится с участием проверяемого лица, его представителя, иных привлекаемых антимонопольным органом к участию в проверке лиц, в присутствии не менее чем двух понятых. Осмотр обыском не является, поэтому проводящие осмотр должностные лица должны запрашивать документы и информацию, относящиеся к определенному в приказе предмету проверки, а не производить самостоятельный их поиск.

Документы и информация, обнаруженные при осмотре, изъятию не подлежат. Производится фото- и киносъемка, видеозапись, изготавливаются копии с документов, делаются копии информации, имеющейся на электронных носителях.

В то же время следует отметить, что такому важному процессуальному действию как осмотр в законе о защите конкуренции посвящена всего одна статья (ст. 25.3 Закона), устанавливающая лишь право проведения осмотра и право участия в нем проверяемого лица, а также возможность фото- и киносъемки, видеозаписи, изготовления копий. Более подробно процедура осмотра изложена в административном регламенте

³ См.: Административный регламент Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства Российской Федерации. Утвержден приказом ФАС России 25 мая 2012 г. № 340 (ред. от 30.05.2017) // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. № 45. От 05.11.2012.

ФАС № 340, где также четко не определены пределы полномочий осматривающих должностных лиц и права проверяемого лица. Так, на наш взгляд, недостаточно урегулированы вопросы изготовления копии информации, хранящейся на электронных носителях.

Все обнаруженное при осмотре, изготовленные копии с документов и электронных носителей информации должны быть предъявлены понятым и другим участникам осмотра.

Регулирование процедуры осмотра и прав его участников в процессе проведения проверки соблюдения антимонопольного законодательства затрагивают важные, в том числе конституционно защищенные права граждан, поэтому должны, на наш взгляд, регулироваться не административным регламентом, а федеральным законом. Так содержание, прав и обязанностей должностных лиц и других участников осмотра принадлежащих юридическому лицу помещений, территорий, находящихся там вещей и документов по делам о других административных правонарушениях урегулированы нормами Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (см. ст. 27.1., 27.8. КоАП РФ).

ОПРЕДЕЛЕННОСТЬ НОРМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О КОНКУРЕНЦИИ

Закон о защите конкуренции в п. 9 ст. 4 дает определение недобросовестной конкуренции, под которой понимаются любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам – конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации.

Статья 14.8 предусматривает запрет на иные формы недобросовестной конкуренции наряду с запретами, предусмотренными статьями 14.1 – 14.7 Федерального закона «О защите конкуренции».

Авторы, пишущие работы по вопросам конкурентного права весьма лояльно относятся к наличию открытого перечня форм недобросовестной конкуренции, отмечая лишь, что законодатель счел необходимым оставить перечень антимонопольных правонарушений открытым, так как появляются новые формы и способы совершения данного деяния. Однако с момента принятия Закона о конкуренции никаких новых форм недобросовестной конкуренции выявлено не было.

В то же время, одним из обязательных оснований наступления ответственности является противоправность, причем противоправность как противоречие конкретному предписанию закона, а не существующим обычаям или нормам морали. Как правильно отмечает Т. Даурова, в отсутствие признака противоправности ни правонарушения, ни ответственности быть не может [Даурова Т., 2016].

ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Европейский Суд по правам человека рассматривает жалобы на нарушения государствами прав человека при проведении проверок предприятий антимо-

нопольными органами, при наложении штрафов по делам о нарушениях антимонопольного законодательства и об уголовном преследовании за участие в картеле. Несмотря на прекращение сотрудничества Российской Федерации с этим судебным органом, некоторые положения, выработанные им в ходе рассмотрения дел об антимонопольных правонарушениях, имеют значение для оценки российского опыта.

Так, в практике антимонопольных расследований достаточно широко применяется проведение внезапных проверок, получивших название «рейды на рассвете» (dawn raids). Данная практика нередко вызывала вопросы касательно соблюдения прав, закрепленных в ст. 8 Европейской конвенции о правах человека, так как антимонопольные органы обладают при проведении проверок обширными полномочиями и существует высокая вероятность нарушений и злоупотреблений, особенно при проведении внезапных проверок без достаточных на то оснований. Участники таких проверок имеют право доступа в любое помещение, на земельный участок или к транспортному средству, принадлежащим организации; право исследовать компьютерную и иную информацию вне зависимости от носителя, электронную переписку сотрудников, документы и отчеты, получать копии и выписки, имеющие отношение к делу; опечатывать любые помещения предприятия, опрашивать любых сотрудников.

В связи с этим ЕСПЧ в своих решениях подвергал критике антимонопольную практику некоторых государств за чрезмерно большие полномочия и наложение запредельно высоких штрафов. Так ЕСПЧ в своем решении по делу *Menarini v. Italy* расценил систему административного преследования антимонопольными органами Италии как уголовное преследование в смысле ст. 6 Европейской конвенции и тем самым подтвердил свою готовность распространить на эти случаи собственные стандарты справедливого судебного разбирательства, которые включают помимо всего презумпцию невиновности и процессуальное равенство сторон [Черныш А.В., 2014]. Представляется обоснованным применение указанных норм в некоторых случаях и в отношении деятельности антимонопольных органов в Российской Федерации.

ПРАВО НА ПОЛУЧЕНИЕ КВАЛИФИЦИРОВАННОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПОМОЩИ (СТ. 48 КОНСТИТУЦИИ РФ)

В Административном регламенте ФАС России по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства Российской Федерации адвокат не упоминается. Можно предположить, что адвокат может присутствовать при проведении осмотра в качестве уполномоченного представителя проверяемой организации либо выполнять функции уполномоченного представителя организации при проведении иных действий, осуществляемых сотрудниками антимонопольного органа в процессе проведения проверки на основании специальной доверенности.

В соответствии со ст. 25.5. КоАП РФ для оказания юридической помощи лицу, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, предоставляется право привлекать защитника. В качестве защитника или представителя к участию

в производстве по делу об административном правонарушении допускается адвокат или иное лицо. Полномочия адвоката удостоверяются ордером, выданным соответствующим адвокатским образованием. Защитник и представитель допускаются к участию в производстве по делу об административном правонарушении с момента возбуждения дела. Защитник и представитель, допущенные к участию в производстве по делу об административном правонарушении, вправе знакомиться со всеми материалами дела, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, участвовать в рассмотрении дела, обжаловать применение мер обеспечения производства по делу, постановление по делу, пользоваться иными процессуальными правами в соответствии с настоящим кодексом. Однако, судя по содержанию упомянутого административного регламента, участие адвоката в ходе осмотра проверяемого юридического лица допускается только в случае, если он является уполномоченным представителем этого

лица (видимо, при наличии заранее заготовленной доверенности). Такое положение позволяет утверждать о нарушении права на оказание в ходе осмотра квалифицированной юридической помощи.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Практика защиты конкуренции и недопущения нарушений антимонопольного законодательства, закрепленных в Конституции Российской Федерации, свидетельствует о том, что вопросы обеспечения других конституционных прав, в первую очередь прав граждан на справедливое судебное разбирательство (в широком, конвенционном смысле этого понятия), квалифицированную юридическую помощь, соразмерные справедливые наказания нуждаются в дальнейших исследованиях как представителями науки конкурентного права, так и других отраслей права – уголовного, уголовно-процессуального, административного, а также конституционного права и процесса.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Алешин К.Н., Максимов С.В.* Добровольное сообщение о заключении картеля: назревшие реформы // Российское конкурентное право и экономика. 2018. № 4 (16). С. 24–33.
2. *Башлаков-Николаев И.В.* О необходимости предупреждения объективного вменения при решении вопросов ответственности за коллективное доминирование // Законы России: опыт, анализ, практика. 2020. № 2. С. 64–74.
3. *Башлаков-Николаев И.В., Максимов С.В.* Коллективное доминирование: возможно ли индивидуальное злоупотребление доминирующим положением "коллектива" доминантов? // Конкурентное право. 2020. N 2. С. 13–17;
4. *Башлаков-Николаев И.В., Максимов С.В.* Феномен коллективного доминирования как антипод картеля: результаты критического анализа российского и европейского подходов // Журнал российского права. 2021. № 4. С. 83–91.
5. *Габов А.В.* Конкуренция как правовая ценность // Конкуренция в рыночной экономике: пределы свободы и ограничений: монография / А.В. Габов, Е.Е. Никитина, С.А. Синицын и др. М., 2016
6. *Даурова Т.* Недобросовестная конкуренция: эволюция понятия // Конкуренция и право. 2016. № 4. С. 44–50.
7. *Сухоруков А.С.* Конституционно-правовое регулирование конкуренции в Российской Федерации. Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2010.
8. *Хабриева Т.Я.* Конституционно-правовые основы конкуренции в Российской Федерации // Журнал российского права. 2017. № 1 (241). С. 5–15
9. *Черныш А.В.* Антимонопольные расследования в Европейском Суде, права человека и Европейский Суд по правам человека // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 8 (45). С. 1778–1784.

REFERENCES

1. *Aleshin K.N., Maksimov S.V.* Voluntary notification of the conclusion of the cartel: overdue reforms // Russian competition law and economics. 2018. No. 4 (16). Pp. 24–33.
2. *Bashlakov-Nikolaev I.V.* On the need to prevent objective imputation when resolving issues of responsibility for collective dominance // Laws of Russia: experience, analysis, practice. 2020. No. 2. Pp. 64–74.
3. *Bashlakov-Nikolaev I.V., Maksimov S.V.* Collective dominance: is it possible for an individual to abuse the dominant position of a "collective" of dominants? // Competition law. 2020. No. 2. Pp. 13–17;
4. *Bashlakov-Nikolaev I.V., Maksimov S.V.* The phenomenon of collective dominance as the antipode of the cartel: the results of a critical analysis of the Russian and European approaches // Journal of Russian Law. 2021. No. 4. Pp. 83–91.
5. *Gabov A.V.* Competition as a legal value // Competition in a market economy: limits of freedom and restrictions: monograph / A.V. Gabov, E.E. Nikitina, S.A. Sinitsyn et al. M., 2016
6. *Daurova T.* Unfair competition: the evolution of the concept // Competition and law. 2016. No. 4. Pp. 44–50.
7. *Sukhorukov A.S.* Constitutional and legal regulation of competition in the Russian Federation. Dis. ... cand. legal Sciences. Yekaterinburg, 2010.
8. *Khabrieva T.Ya.* Constitutional and legal foundations of competition in the Russian Federation // Journal of Russian Law. 2017. No. 1 (241). Pp. 5–15.
9. *Chernysh A.V.* Antimonopoly investigations in the European Court, human rights and the European Court of Human Rights // Actual problems of Russian Law. 2014. No. 8 (45). Pp. 1778–1784.

Статья прошла проверку системой «Антиплагиат»; оригинальность текста – 80,14%

Статья поступила в редакцию 24.08.2022, принята к публикации 19.09.2022
The article was received on 24.08.2022, accepted for publication 19.09.2022

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

Тенишев Андрей Петрович, канд. юрид. наук, заведующий кафедрой конкурентного права Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации. E-mail: a.tenisheff@gmail.com

Хазиев Шамиль Николаевич, д-р юрид. наук, доцент, Главный научный сотрудник Российского федерального центра судебной экспертизы при Минюсте России. ORCID – 0000-0002-5166-6078. E-mail: khaziev2@rambler.ru

ABOUT THE AUTHORS

Tenishev Andrey Petrovich, Cand.Sci.(Law), Head of the Competition Law Department, Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration. E-mail: a.tenisheff@gmail.com

Khaziev Shamil Nikolaevich, Dr.Sci.(Law), Associate Professor, Chief Researcher of the Russian Federal Centre of Forensic Science of the Ministry of Justice of Russia. ORCID – 0000-0002-5166-6078. E-mail: khaziev2@rambler.ru