

ОТЗЫВ

официального оппонента на диссертацию на соискание ученой степени доктора юридических наук Борзило Евгении Юрьевны на тему: «Система правовых антимонопольных ограничений предпринимательской деятельности» по специальности 5.1.3 – Частно-правовые (цивилистические) науки (юрид. науки)

Представленное Е.Ю. Борзило исследование подготовлено на весьма актуальную тему. В настоящее время вряд ли могут возникнуть сомнения в том, что конкуренция является системообразующим элементом рынка. Как в момент формирования рыночных отношений, так и сейчас для формирования честной конкурентной среды «невидимой руки рынка» явно недостаточно. Необходимо взвешенное государственное регулирование конкурентных отношений.

Можно назвать целый ряд причин, которые при отсутствии государственного регулирования конкурентных отношений, могут привести к уничтожению конкуренции.

Научная новизна исследования подтверждается тем, что впервые проведен комплексный анализ антимонопольных правовых ограничений предпринимательской деятельности, который учитывает их частноправовой характер, экономические свойства отношений конкуренции, современные тенденции развития права и экономики, доктрины и правоприменительной практики, позволяющий сформулировать новую концепцию эффективных антимонопольных ограничений.

Автором поставлены и решены следующие основные задачи:

- определение содержания и классификация антимонопольных ограничений;
- установление содержания антиконкурентных соглашений и инструментов для их выявления и анализа;
- определение содержания злоупотребления доминирующим положением, а также способов его отграничения от обычной хозяйственной деятельности;

- определение содержания экономической зависимости; определение мер, позволяющих обеспечить правовое равенство экономически неравных хозяйствующих субъектов, в том числе, в условиях отсутствия доминирующего положения, но наличия экономической зависимости;

- выявление содержания и характеристик сделок экономической концентрации, а также факторов, определяющих решение юрисдикционного органа об их разрешении.

Данная научная работа также представляет значительный интерес в связи с новой номенклатурой научных специальностей, утвержденной приказом Минобрнауки РФ от 24 февраля 2021 года №118. В соответствии с паспортами научных специальностей исследования проблем конкуренции могут проводиться и по частно-правовым, и по публично-правовым наукам. В связи с этим настоящее диссертационное исследование способно оказать влияние на направления будущих исследований проблем конкуренции в рамках частного и публичного права.

Прежде всего, в качестве несомненного достоинства работы следует отметить глобальный анализ зарубежного законодательства, который был проведен автором исследования. Помимо анализа законодательства была глубоко проанализирована и практики его применения. Проведен сравнительный анализ законодательного регулирования конкурентных отношений в России и в зарубежных странах.

Автор работы пришел к ряду важных научных выводов, со многими из которых стоит согласиться. В частности, следует согласиться с тем, что институт коллективного доминирующего положения должен использоваться в первую очередь в соответствии с его изначальным назначением – для анализа последствий сделок экономической концентрации. Подмена антиконкурентных соглашений злоупотреблением коллективным доминирующим положением, осуществляемая при квалификации деяний хозяйствующих субъектов, недопустима (четвертое положение на защиту).

Следует согласиться и с положением восьмым, выносимым на защиту - несмотря на преобладание в настоящее время подхода к определению доминирующего положения как проекции власти на рынке, которая позволяет ее обладателю действовать в значительной степени независимо от конкурентов и потребителя, посредством количественного критерия (доля на рынке), во всех случаях необходимо принимать во внимание также качественные характеристики, как самого рынка, так и хозяйствующего субъекта.

В положении девятом обосновывается, что злоупотреблением доминирующим положением должны признаваться только действия, неразрывно связанные с положением хозяйствующего субъекта на рынке. Именно свое положение на рынке доминирующий хозяйствующий субъект использует для извлечения сверхприбыли и ущемления интересов слабой стороны в предпринимательских отношениях, а также для ограничения конкуренции. В отсутствие такой связи даже прямо поименованные в антимонопольном законодательстве действия не должны квалифицироваться как злоупотребление доминирующим положением, а подлежат оценке исключительно с позиций гражданского права.

Действительно, следует согласиться с автором, что только наличие реальной власти на рынке может привести к злоупотреблению доминирующим положением. Более того, полагаем, что необходимо в целом более внимательно относиться в целом к ограничению свободы договора доминанта. В противном случае возможно незаконное ограничение важнейшего принципа рыночных отношений – свободы договора. Злоупотребление доминирующим положением по сути своей есть проявление свободы договора, когда этой свободы не должно быть. А действительно ли ее не должно быть? Свободу договора крупного бизнеса можно и нужно ограничивать, но только, если крупный бизнес эту свободу использует против рынка, против конкуренции. Закон не называет правонарушением наличие одного лишь размера компании, требуется доказать наличие явных действий, совершенных с целью ограничения конкуренции на товарном рынке. И далеко не всегда крупный бизнес использует свою свободу

договора именно против конкуренции. К примеру, наличие переговорной силы на стороне покупателя не дает возможности даже очень крупным субъектам реально влиять на рынок. С другой стороны, далеко не всегда незаконные действия основываются именно на наличии доминирующего положения.

В работе глубоко проанализирован и такой институт как антиконкурентные соглашения и согласованные действия. Несмотря на то, что вывод автора о том, что антимонопольные ограничения для любых соглашений должны быть только относительными, противоречит мировой практике применения антимонопольных запретов, все же полагаем, что данный вывод имеет право на защиту. Запрету подлежат любые соглашения, если эти соглашения оказывают негативное влияние на конкуренцию.

Автор работы предлагает заслуживающие внимание выводы также по проблемам контроля за экономической концентрацией и вертикальной интеграцией.

Помимо отмеченных достоинств представленного диссертационного исследования, в ходе публичной защиты следует дать пояснения по некоторым положениям и замечаниям.

1. Согласно первому положению, выносимому на защиту, автор доказывает, что современное российское законодательство о конкуренции построено на презумпции тотальной недобросовестности хозяйствующих субъектов, такой же подход демонстрирует и правоприменение. Полагаем, что с данным выводом можно частично согласиться в отношении правоприменения, однако точно **не в отношении законодательства о конкуренции в целом**. Сам автор ни раз подчеркивает, что большинство положений российского конкурентного права основывается на опыте зарубежных стран, имеющих длительную историю формирования и применения законодательства о конкуренции. Сложно представить, что и зарубежное конкурентное право построено на презумпции тотальной недобросовестности. Помимо зарубежного опыта российское

законодательство о конкуренции претерпело существенные изменения с момента своего создания. Конечно, в настоящее время остаются проблемы и в регулировании, и в правоприменении, однако делать столь обобщающий вывод о всем конкурентном праве некорректно и не подкреплено достаточным обоснованием диссертанта.

2. По положению второму, выносимому на защиту. Автор доказывает, что «в борьбе с недобросовестностью участников рынка в России законодателем создан хаотичный набор зачастую дублирующих друг друга правовых антимонопольных ограничений, не имеющих под собой ни экономического, ни правового основания. Такой подход способствует необоснованному вмешательству государства в экономическую деятельность, не соответствует принципу правовой определенности, социальноэкономическим потребностям предпринимательства, а также препятствует развитию экономики России, поэтому правовой системе следует от него отказаться».

В четвертом положении на защиту автор работы уточняет, что именно в виду под таким дублированием. В частности указывается, что запрет антиконкурентных соглашений должен стать единственным антимонопольным ограничением для коллективных действий хозяйствующих субъектов. Автор исследования предлагает отказаться от категории «согласованные действия».

Конкурентное право России является достаточно молодой сферой законодательства. Требуется дальнейшая доработка ряда институтов, к примеру, в части регулирования коллективного доминирования и согласованных действий. **Однако речь ни в коем случае не может идти о механическом исключении какого-либо важно института конкурентного права просто по причине того, что выявление и доказывание правонарушения пока не всегда в должной степени глубоко осуществляется правоприменителем.**

Для примера, можно рассмотреть такой институт как «согласованные действия», один из важнейших институтов конкурентного права. Сложность доказывания данного нарушения существует и в России, и в практике антимонопольных ведомств зарубежных стран. Однако осуществление

согласованных действий является крайне серьезное нарушение, отличное от антиконкурентных соглашений. Применительно к согласованным действиям отсутствует согласие воль, однако путем «следования за лидером», совершения «параллельных действий» может быть нанесен существенный вред конкуренции на том или ином отраслевом товарном рынке. И такое нарушение необходимо выявлять!

Также сложно согласиться с выводом автор представленного исследования, что и ограничение в виде «антиконкурентной координации» является необоснованным и излишним. Существующее на практике смешения «вертикальных соглашений» и «координации предпринимательской деятельности» следовало бы корректировать, но не столь радикальным путем как отказ от данного института в целом. Различны как субъекты-нарушители, так и направленность самих действий, которые возможно квалифицировать как «координация» или «вертикальная интеграция».

3. По положению третьему, выносимому на защиту.

Автор работы предлагает выделять следующие ограничения для индивидуальных действий - запрет злоупотребления доминирующим положением и запрет злоупотребления экономической зависимостью.

Что касается запрета на злоупотребления доминирующим положением, то данный запрет в законодательстве о конкуренции имеется с момента его создания в 1991г.

В части отдельного выделения запрета на злоупотребление экономической зависимостью, полагаем, что данная категория требует соотношения с иными категориями законодательства о конкуренции, применяемыми в зарубежном праве, к примеру, с переговорной силой. Сам автор диссертации, анализируя зарубежную практику применения антимонопольных норм, на странице 109 пишет об использовании в зарубежном правоприменении именно термина superior bargaining position (переговорная сила). «В 2008 году International Competition Network¹ выпустила большой обзор практики законодательного закрепления и разрешения споров, связанных с

регулируемым SBP, где классифицировала несколько групп юрисдикций: юрисдикции, где специальные положения об SBP вообще отсутствовали, где вопросы SBP были поглощены категорией «экономическая зависимость», где SBP регулировалась самостоятельно».

Что касается категории переговорная сила, то она весьма широко в последние годы обсуждается правоведами и экономистами и уже нашла отражение как в значительном количестве научных публикаций, так и в предложениях по внесению изменений в законодательство о конкуренции.

Полагаем, что только после рассмотрения соотношения категорий «экономическая зависимость» с иными применяемыми категориями, в частности категорией переговорная сила, можно делать выводы о целесообразности введения в законодательство о конкуренции новой дефиниции.

4. К сожалению, положения, выносимые на защиту автором представленного исследования, построены на анализе отдельных институтов и практики применения антимонопольного законодательства. **Выводы, касающиеся основополагающих теоретических аспектов в части состава законодательства о конкуренции, его места в правовой системе, цели на защиту не выносятся.** Однако это не значит, что на страницах работы автор не касается этих аспектов.

4.1. Так, на странице 39 автор диссертации делает следующий вывод:

«Однако будучи отдельной системой правовых норм, антимонопольные ограничения предпринимательской деятельности все же остаются неотъемлемой частью предпринимательского права: они устанавливают правила ведения предпринимательской деятельности, обеспечивают равенство сторон в предпринимательских отношениях; нарушение антимонопольных правил влечет за собой либо гражданско-правовые, либо административные последствия».

Считаю, что данное положение само по себе содержит внутренние противоречия, а главный тезис автора не доказывает свой тезис. Прежде всего, не стоит забывать, что согласно абзацу 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ предпринимательская

деятельность регулируется гражданским законодательством, т.е. частным правом, что само по себе не исключает и ее публично-правового регулирования в предусмотренных законом формах и пределах. Равенство сторон, на которое указывает автор диссертации также является основой именно гражданского права. А нарушение правил конкуренции, как верно отмечает автор, влечет за собой опять же гражданско-правовые последствия.

На странице 52 автор вновь говорит о гражданско-правовых основах конкуренции – «Любой антимонопольный закон любой юрисдикции - это всегда ограничение автономии воли.... ограничение автономии воли, будь то ограничение свободы договора или ограничение права собственности, т.е. ограничение фундаментальных прав, защита которых является основой гражданско-правового регулирования».

На странице 112 речь идет о конкуренции и договорах и автор совершенно обоснованно отмечает – «Абсолютное большинство правил конкуренции регулирует именно отношения в ходе заключения, исполнения или прекращения гражданско-правовых договоров, в том числе, и запрет злоупотребления доминирующим положением».

Таким образом по тексту работы автор пишет о частно-правовом (гражданско-правовом регулировании конкурентных отношений), но вывод делает о предпринимательском праве. Хотелось бы услышать комментарий автора по данному вопросу.

4.2. На странице 112 автор работы пишет следующее – «Таким образом, законодательство о конкуренции является частью предпринимательского, или как его называют экономического законодательства»

Автор по неясным причинам приравнивает предпринимательское и экономическое законодательство. С одной стороны, «экономическое законодательство» вряд ли можно считать устоявшимся термином, с другой, тот массив регулирования, которое к нему относится в существующих концепциях, вряд ли ограничивается предпринимательским правом. Экономическое законодательство вероятно должно быть привязано к экономической

деятельности, которая регулируется как частным, так и публичным правом. Подход к категории "экономическая деятельность" дан Верховным Судом РФ в п.3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 декабря 2021 г. N 46 "О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в суде первой инстанции". Эта интерпретация исходит из интегрированного, составного понятия экономической деятельности, включающего понятия предпринимательской и иной экономической деятельности. Она определяется, в том числе, как "деятельность хозяйствующих и иных субъектов, связанная с созданием юридического лица, управлением им или участием в юридическом лице, осуществлением указанными субъектами своих имущественных и неимущественных прав в сфере производства, распределения, обмена, промышленного потребления ресурсов и благ, восстановлением и поддержанием на надлежащем уровне функционирования юридического лица, необходимого для достижения его уставных целей".

Помимо этого, не стоит забывать, что согласно закону о конкуренции хозяйствующий субъектам относятся и некоммерческие организации, осуществляющие деятельность, приносящую доход.

4.3. На страницах работы автор затрагивает и проблему состава конкурентного права (для автора этот термин равнозначен термину антимонопольное законодательство и законодательство о конкуренции).

Первая строка работы Е.Ю. Борзило звучит так – «Конкуренция и монополии – неотъемлемые явления в любой экономике». Однако далее рассматривая состав законодательства о конкуренции, автор делает вывод, что регулирование монополии (Закон о естественных монополиях) не относится к данной сфере законодательства (стр.28-29). Хотелось бы уточнить позицию автора по этому вопросу.

Несомненно, в регулировании деятельности естественных монополий много публичного регулирования, которые присутствует и в регулировании конкурентных рынков. Однако применительно к естественным монополиям также есть многочисленные аспекты ограничения свободы договоров (прежде

всего, касающиеся недискриминационного доступа). И эти ограничения также могут быть рассмотрены как пределы допустимого поведения хозяйствующих субъектов. По какой причине автор работы исключает эти вопросы из сферы своего исследования?

Рассматривая подходы ученых к составу конкурентного права автор допускает неточность при изложении одной из позиций. Излагая позицию А.Н. Варламовой, Е.Ю. Борзило пишет - существует и иное мнение, которое сводится к тому, что конкурентное законодательство содержит в основном положения, стимулирующие конкуренцию, в то время как антимонопольное законодательство содержит ограничительные меры. Можно с уверенностью сказать, что А.Н. Варламова (автор настоящей рецензии) никогда не высказывала позицию о том, что антимонопольное законодательство не является частью конкурентного права. **По нашему мнению, конкурентное право значительно шире антимонопольного законодательства, однако антимонопольное законодательство несомненно является важнейшей составной частью конкурентного права.**

5. На страницах работы автор затрагивает весьма сложную проблему – регулирование конкурентных отношений в отраслевом аспекте (специфика регулирования конкурентных отношений на отраслевых товарных рынках).

Е.Ю. Борзило пишет следующее - Закон о торговле содержит радикально отраслевой подход к регулированию конкурентных отношений. Нечто похожее можно наблюдать на примере практики ЕС, где разработаны общие исключения для различных отраслей. Однако радикальный подход, примененный в России, формирует отдельное правовое поле для отдельной отрасли. Абсолютизируя приведенный подход, можно сделать вывод о возможности введения аналогичного регулирования для каждой отдельной отрасли, что уже близко к абсурду и абсолютно нецелесообразно.

Действительно, в России формируется отдельное правовое поле для отдельной отрасли и отраслевой подход занимает все более значительные позиции. Причин нецелесообразности такого подхода автора диссертации не

раскрывает. Утверждение о том, что отраслевое регулирование конкурентных отношений в России имеет место только в законе о торговле не соответствует действительности. Помимо рынка продовольственных товаров (закон о торговле), специальное регулирование конкурентных отношений на настоящий момент имеется и в других отраслях, к примеру, в электроэнергетике, на рынке лекарственных средств, применительно к сферам уже упомянутого закона о естественных монополиях. Общие исключения для горизонтальных соглашений также формируются по данному критерию.

Отраслевые товарные рынки значительно отличаются друга от друга и формирование конкурентных отношений на них невозможно без применения специальных правовых механизмов, учитывающих данную специфику.

6. На страницах исследования не уделено внимание проблемам недобросовестной конкуренции. Конечно, субъекты-нарушители недобросовестной конкуренции не относятся к крупному бизнесу и сами нарушения носят иной характер, нежели монополистическая деятельность. Однако так как автор стоит на позиции того, что термины конкурентное право, антимонопольное законодательство и законодательство о конкуренции являются равнозначными, то хотелось бы уточнить позицию автора по этому вопросу. **Или запрет на недобросовестную конкуренцию в целом, по мнению автора, не относится к законодательству о конкуренции?**

В целом указанные замечания ни в коей мере не умаляют достоинств работы, которая, несомненно, является научно-квалификационной работой, в которой разработаны теоретические положения, совокупность которых можно квалифицировать как научное достижение.

Положения, выдвигаемые для публичной защиты, свидетельствуют о значительном личном вкладе автора диссертации в науку.

Диссертация Борзило Е.Ю. соответствует требованиям Положения о присуждении ученых степеней, утв. Постановлением Правительства РФ от 24 сентября 2013 г. № 842 предъявляемым к докторским диссертациям.

Официальный оппонент:

доктор юридических наук,

профессор кафедры коммерческого права

и основ правоведения юридического факультета

ФГБОУ ВО «Московский государственный

университет им. М.В. Ломоносова»

Варламова А.Н.

Адрес места работы: 119991, Москва, ГСП-1, Ленинские горы, стр.13, 4-й учебный корпус. Рабочий телефон: 8(495)938-26-47, e-mail: commercial@law.msu.ru

Подпись сотрудника ФГБОУ ВО «Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова» А.Н. Варламовой удостоверяю:

