

Проблема классификации недобросовестной конкуренции и злоупотребления доминирующим положением на рынке в качестве форм злоупотребления правом.

В соответствии со ст. 10 ГК РФ не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах. Указанным правилом для участников гражданских правоотношений установлены специальные пределы для осуществления прав и исполнения обязанностей – действовать разумно и добросовестно, не использовать гражданские права (обязанности) в ущерб другим лицам. Отсюда злоупотребление гражданским правом можно определить как особый вид гражданского правонарушения, связанного с умышленным выходом управомоченного лица в ситуации правовой неопределённости за внутренние пределы (смысл, назначение) субъективного гражданского права (определяемые в том числе критериями разумности и добросовестности) для достижения своей незаконной скрытой цели с использованием формализма и недостатков гражданского права как-то: абстрактность, узость, пробелы, оговорки, ошибки, противоречия правовых норм и договорных условий и т.п.

Статья 10 ГК РФ, как известно, наряду с шиканой содержит ссылку на злоупотребление правом "в иных формах". Особняком при исследовании форм злоупотребления правом стоит вопрос о признании (равно о непризнании) в качестве формы злоупотребления правом недобросовестной конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке. В большинстве учебников гражданского права и комментариях к Гражданскому кодексу РФ использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции и злоупотребление доминирующим положением на рынке принято относить к конкретным формам злоупотребления правами. Однако при внимательном изучении статьи 10 ГК РФ становится ясным, что в ходе анализа невозможно выделить признаки, по которым были классифицированы эти формы: в первом случае речь идет о преследовании незаконной *экономической цели* – ограничение, т.е. воспрепятствование конкуренции, а во втором – злоупотребление доминирующим, т.е. преимущественным *положением* (а не гражданским правом). К тому же, если учесть, что анализируемые "формы" злоупотребления правом создавались в 1992 – 1994 годах, то необходимость включения их в статью 10 ГК РФ можно объяснить острой экономической потребностью немедленного регулирования рынка "дикого" капитализма 90-х годов, когда ждать принятия специального закона о конкуренции представлялось долгой процедурой, а серьезность экономической ситуации диктовала срочное реагирование на эту проблему. Сегодня, на наш взгляд, наличие современного законодательства о конкуренции полностью выводит исследуемые категории из-под "юрисдикции" норм о злоупотреблении гражданскими правами.

Тем не менее, нахождение запрета на недобросовестную конкуренцию в статье 10 ГК РФ и общий терминологический аппарат, используемый

одновременно с концепцией недобросовестного правоосуществления, приводит к повсеместному отождествлению недобросовестной конкуренции со злоупотреблением правом. Именно, из-за внешнего сходства содержания анализируемых явлений о недобросовестной конкуренции принято говорить как о форме злоупотребления правом.

Опыт международного предпринимательства свидетельствует о необходимости и эффективности установления правил конкурентной борьбы с тем, чтобы предприниматели, включаясь в сферу рыночных взаимоотношений, знали их требования и допустимые отклонения от них. Самое общее понятие недобросовестной конкуренции содержится в Парижской конвенции по охране промышленной собственности. В соответствии с пунктом 2 статьи 10-bis конвенции, "актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах"¹. Примеры конкретных актов недобросовестной конкуренции содержатся в пункте 3 статьи 10-bis конвенции, причем, перечень которых не является исчерпывающим.

Необходимо отметить, что в европейском законодательстве цель института охраны от недобросовестной конкуренции постепенно изменилась, поскольку в конкурентной борьбе стали учитываться права потребителей, причем в самом широком понимании этого слова: потребители-граждане, использующие товары (услуги) для себя так и потребители-предприниматели, приобретающие товары (услуги) для последующего извлечения прибыли. При этом такой емкий пласт как защита прав и интересов потребителей-граждан регулируется специальным "жестким" законодательством и в России прежде всего законом "О защите прав потребителей", который вместе с другими нормативными актами в комплексном порядке решает вопросы защиты потребителей как слабой стороны в правоотношениях от возможных злонамеренных действий сильной стороны – предпринимателей, готовых в погоне за прибылью пренебречь безопасностью, качеством товара (работы, услуги), навязать свои условия, уйти от ответственности и т.п.

Акты, посвященные охране прав потребителей, предупреждению, ограничению и пресечению монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, сохраняющие свою юридическую силу, действуют параллельно со статьей 426 ГК РФ. Эта последняя содержит определенные гарантии соблюдения соответствующих правил – такие, как возможность возбуждения спора, направленного на обяывание другой стороны заключить договор, признание ничтожными условий договоров, отступающих от положений статьи 426 ГК, и др. В целях пресечения возможных злоупотреблений от экономически сильной стороны гражданское право для неё ужесточает ответственность, возлагает дополнительные обязанности, а слабой стороне предоставляет дополнительные права, льготный порядок заключения, изменения и расторжения договоров и т.п. Таким "выравниванием" закон на деле проводит принцип равенства, который создает наряду с другими принципами границы (пределы) свободы договорных отношений. В законе не

¹ Бенхаузен Г. Парижская конвенция по охране промышленной собственности. Комментарий. М., 1977. С. 34.

должно быть предпосылок для эгоистических действий по отношению к "слабым" участникам гражданских правоотношений.

Таким образом, поведение хозяйствующего субъекта всё чаще оценивается недобросовестным не с точки зрения конкурента, а с точки зрения интересов потребителя. Ущерб интересов потребителей – вот тот реальный и по большому счету самый страшный вред, который может быть нанесен социальной системе в целом, а не убытки у других конкурентов, как это пишет статья 4 закона "О защите конкуренции" (хотя защита конкурентов друг от друга является промежуточной целью антимонопольного законодательства). Отсюда же проистекает и необходимость использования этических критериев в конкурентном законодательстве. В зарубежном законодательстве в качестве основного критерия злоупотребительного поведения на рынке товаров и услуг выступает несоответствие осуществление прав нравственным принципам доброй совести, добрых нравов, честности, справедливости и другим этическим категориям. Не является исключением в этом плане и норма российского закона о недобросовестной конкуренции, под которой статья 4 закона РФ "О защите конкуренции" понимает 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.

На первый взгляд сохранение в исследуемом правиле целеполагания делает статью 4 ФЗ "О защите конкуренции" функционально близкой нормой по отношению к статье 10 ГК РФ, т.е. формой недобросовестного использования гражданских прав, а конкретные составы правонарушения, перечисленные в статье 14 закона "О защите конкуренции" образуют, соответственно, виды недобросовестной конкуренции (т.е. формы злоупотребления правами). Сходно со злоупотреблением правом и то, что актами недобросовестной конкуренции признаются виновные действия хозяйствующих субъектов в сфере предпринимательской деятельности, заключающиеся в использовании приемов конкурентной борьбы, противоречащих законодательству и обычаям делового оборота (правилам конкуренции), и направлены на победу в экономическом соперничестве за счет других предпринимателей. Однако, правовые санкции за недобросовестную конкуренцию существенно шире, чем за злоупотребление правом и, кроме отказа в защите гражданского права, предусматривают конфискационные, стимулирующие (в том числе штрафные), компенсационные и другие меры.

Приведенное законодателем в статье 4 закона "О защите конкуренции" определение не полностью, на наш взгляд, соответствует тексту ст. 10 ГК РФ, где под недобросовестной конкуренцией понимается *использование гражданских прав* в целях ограничения конкуренции, а также *злоупотребление доминирующим положением* на рынке. Использование в качестве средства для достижения своих целей определенного гражданского права (правомочия)

является одной из особых черт, отличающих злоупотребление правом от других правонарушений². Статья же 4 анализируемого закона "О защите конкуренции" говорит *о действиях хозяйствующих субъектов* (а не субъектов права!) прежде всего прямо противоречащих "законодательству РФ"..., а только после этого – обычаям и морально-этическим принципам. Ради справедливости добавим, что эти принципы по большому счету идентичны квалифицирующим признакам злоупотребительного поведения в разрезе нашей проблематики. Однако, в связи с их фактическим наличием в законе, говорить о недобросовестной конкуренции как о форме злоупотребления правами представляется необоснованным, поскольку все эти "каучуковые" категории обеспечивают гибкость прежде всего самого конкурентного закона и его надежность при появлении новых форм недобросовестной конкуренции.

Заметим, что законодатель, используя морально-этические методы оценки конкуренции, никак их не подвергает объяснению. Причина одна – это высокая субъективность суждений, которая будет зависеть от массы обстоятельств (экономических, социальных, национальных и т.п.). Именно поэтому законодатель предпочитает идти по пути приведения примерного перечня актов недобросовестной конкуренции, исходя из того, что нельзя ей дать точного определения. Кроме того, сам закон "О защите конкуренции" должен "работать" в превентивном режиме, позволяя пресекать нарушения на ранних этапах без возникновения значительного ущерба в конкурентных ситуациях. Об этом же свидетельствует факт наделения антимонопольных органов широкой компетенцией.

Тем не менее, большинство исследователей полагает, что поскольку недобросовестная конкуренция является злоупотреблением *правом конкуренции*, то следует определять объективный критерий для её квалификации, исходя из содержания концепции злоупотребления гражданскими правами. Например, С.А. Паращук пишет, что недобросовестная конкуренция представляет собой особый вид гражданского правонарушения, заключающийся в злоупотреблении хозяйствующими субъектами правом конкуренции, в результате чего нарушаются права других лиц (предпринимателей и потребителей). Данная разновидность злоупотребления правом, – считает далее автор, – может выражаться в нарушении норм законодательства о запрещении определенных действий (как общей нормы об ответственности за причинение вреда – генерального деликта, так и специальных норм, запрещающих конкретные конкурентные приемы – сингулярных деликтов), а также обычаев делового оборота, основанных на принципах деловой этики (честности, добросовестности, разумности и т.п.)³. Полагаем, что речь идет не о гражданских правоотношениях, не о злоупотреблении гражданскими правами, а о *действиях-злоупотреблениях* в процессе экономической деятельности субъектов предпринимательства. Отсюда необходимо сделать следующий вывод: между конкурентами, борющимися за потребителей (рынками сбыта) наличествуют, прежде всего, конкурентные, т.е.

² См. подробнее *Волков А.В.* Теория концепции: "Злоупотребление гражданскими правами". Волгоград. 2007г.

³ *Паращук С. А.* Недобросовестная конкуренция: содержание и правовые средства ее пресечения. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва. 1995.

экономические отношения, а средством злоупотребления является не право (и не право на конкуренцию), а те или иные экономические свободы, возможности, конъюнктуры, ситуации. Использование "экономических" (а не юридических) прав полностью выводит недобросовестную конкуренцию из под юрисдикции статьи 10 ГК РФ.

Считая не только недобросовестную конкуренцию, но и злоупотребление доминирующим положением формой злоупотребления правом в контексте статьи 10 ГК РФ, сторонники этой точки зрения ссылаются часто на пункт 14 Приложения к информационному письму Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30 марта 1998 г. № 32 "Обзор практики разрешения споров, связанных с применением антимонопольного законодательства", где сказано, что неосновательный отказ хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на рынке, от заключения договора с потребителем является злоупотреблением доминирующим положением. В этом же письме в пример приводится случай, когда при рассмотрении арбитражным судом заявления о признании недействительным решения антимонопольного органа, обязывающего энергоснабжающую организацию заключить договор на транзит электроэнергии по своим сетям от другой энергоснабжающей организации для выполнения последних обязательств перед своим контрагентом, суд не признал правомерной ссылку на статью 209 ГК РФ. Поставщик энергии, основываясь на статью 209 ГК РФ, утверждал, что он вправе распоряжаться самостоятельно принадлежащими ему на праве собственности энергопроводящими сетями, и никто без его согласия не вправе пользоваться ими. Суд отказал в защите права собственности по тем основаниям, что энергоснабжающая организация, занимающая доминирующее положение (имеющая стопроцентную долю рынка), не доказала невозможность транзита по своим сетям энергии другого лица, следовательно, её поведение выходит за установленные статьей 10 ГК РФ пределы осуществления права собственности. Такое поведение суд признал злоупотреблением доминирующим положением и ограничением конкуренции⁴.

Отсюда ряд исследователей считают, что статья 10 ГК РФ может применяться и самостоятельно, и совместно с нормами конкурентного законодательства. Однако, на наш взгляд, оправданно статья 10 ГК РФ может применяться лишь при необходимости опровержения позиции конкурента, основанной на формальном наличии у него определенного гражданского (в том числе конкурентного) права. Для этого, однако, в ходе судебного разбирательства необходимо доказать, что соответствующее право используется на самом деле с противозаконной целью.

Кроме того, обсуждаемое информационное письмо ВАС РФ относится к решениям судов на ранних периодах развития ещё слабого конкурентного законодательства. Сейчас упоминание о недобросовестной конкуренции и о злоупотреблении доминирующим положением в статье 10 ГК РФ, на наш взгляд, себя уже изжило и приводит лишь к необоснованному, как мы говорили выше, отождествлению их с формами злоупотребления гражданскими правами. По сути недобросовестное конкурентное и доминирующее поведение

⁴ См.: Комментарий судебно-арбитражной практики. 1997. Вып. 4, С. 48.

представляют собой нарушение норм объективного права (чаще всего специального конкурентного или антимонопольного законодательства) и, следовательно, становится по сути *неправомерной* конкуренцией.

Законодательство о недобросовестной конкуренции и об ограничении монополистической деятельности, таким образом, уже давно "выросло" из содержания статьи 10 ГК РФ и обрело свою отдельную антимонопольную отрасль законодательства, включающую в себя целый комплекс гражданско-правовых, административных, уголовно-правовых методов воздействий на участников экономической жизни. Но в тоже время применение статьи 10 ГК РФ к конкурентным взаимоотношениям сторон не противоречит антимонопольному законодательству, поскольку закон о конкуренции является комплексным актом, который наряду с публичными базируется и на гражданско-правовых нормах и, если эти нормы будут использоваться как средство для злоупотребления правом, то свое назначение должна выполнить и статья 10 ГК РФ. Так например, в судебной практике по делам о злоупотреблении доминирующим положением со стороны организационного монополиста, отказ в защите производится именно на основании пункта 2 статьи 10 ГК РФ как резервной нормы, если субъект *обходит* нормы закона о конкуренции⁵.

Возможен ещё один вариант "резервного" применения статьи 10 ГК РФ. На примере развития "конкурентного" законодательства можно заметить, что в процессе развития содержания права наступает такой момент, когда его новые качества не укладываются в рамки старой законодательной формы. Тогда происходит "сбрасывание" старой формы права и замена новым правовым содержанием через новую форму, адекватную своему содержанию. На этапе появления нового содержания, но до этапа обретения новой формы в законе непосредственно к злоупотребительно "пробельным" правоотношениям может и должна применяться статья 10 ГК РФ.

Однако, в современной арбитражной практике суды, чаще всего, по инерции предпочитают ссылаться на п.2 ст. 10 ГК РФ даже при наличии специальной регулирующей нормы. Так Президиум ВАС РФ, по одному из дел признавая недействительным решение Роспатента, указав что регистрация товарного знака "АКАИ" на имя неизвестной гонконгской компании вводит потребителей в заблуждение, а это противоречит требованиям статьи 10 bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности, согласно которой актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах. В частности, подлежат запрету все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смещение в отношении предприятия, продуктов, промышленной или торговой деятельности конкурента, а также ложные утверждения при осуществлении коммерческой деятельности предприятия. При названных обстоятельствах действия гонконгской компании по приобретению исключительного права на товарный знак "АКАИ", по мнению Президиума ВАС

⁵ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 30.03.98 № 32.

РФ являлись актом недобросовестной конкуренции и злоупотреблением правом (статья 10 ГК РФ)⁶.

Приведённый случай злоупотребления правом в действительности регулируется правилами ст. 10-bis в Парижской конвенции, которая запрещает акты конкуренции, противоречащие честным обычаям в промышленных и торговых делах. Применение ст. 10 ГК РФ в этом случае как минимум бесполезно, поскольку описанный казус не попадает под признаки злоупотребления правом, а относится к специально регулируемым актам о недобросовестной конкуренции.

В связи с этим, представляется необходимым лишь еще раз указать на основной признак, позволяющий отграничить недобросовестную конкуренцию и злоупотребление доминирующим положением на рынке от злоупотреблений гражданскими правами: в первом случае мы говорим в подавляющем большинстве об *экономических* злоупотреблениях, во втором случае – о собственно *юридических*, которые и составляют сущность понятия "злоупотребление гражданским правом".

Библиографический список:

1. Бенхаузен Г. Парижская конвенция по охране промышленной собственности. Комментарий. М., 1977. С. 34.
2. Волков А.В. Теория концепции: "Злоупотребление гражданскими правами". Волгоград. 2007г.
3. Паращук С. А. Недобросовестная конкуренция: содержание и правовые средства ее пресечения. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Москва. 1995.
4. Комментарий судебно-арбитражной практики. 1997. Вып. 4, С. 48.
5. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 30.03.98 № 32.
6. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008г. № 127. Обзор практики применения арбитражными судами статьи 10 ГК РФ, пункт 8.

⁶ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008г. № 127. Обзор практики применения арбитражными судами статьи 10 ГК РФ, пункт 8.