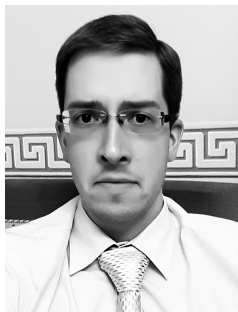


Данный подход не является бесспорным с точки зрения понимания времени совершения преступления в ч. 1 ст. 9 УК РФ, однако именно он создает риски привлечения к уголовной или административной ответственности по новым нормам всех тех, кто разместил соответствующие посты в Интернете, в том числе до 5 марта с.г., и не удалил их вплоть до настоящего дня.



**ПАВЕЛ ДМИТРИЕВИЧ
БЛОХИН**

доцент юридического факультета Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук

Конституционный суд, недобросовестная конкуренция и экономика права

Еще в начале 1990-х годов талантливый ученый-конституционалист А.А. Белкин положил начало такому жанру правовых исследований, как комментарий к практике КС РФ. Предметом интереса автора были преимущественно решения по вопросам государственного строительства (федеративного устройства, разделения властей и пр.). Причем анализ этих решений не ограничивался формально-догматическим методом, а в большой степени опирался на общественно-политический контекст⁶¹. В последующие десятилетия, как представляется, этот жанр получил некоторое развитие ввиду того, что в фокусе внимания ученых все чаще оказываются решения по вопросам гражданского права и смежных дисциплин; в связи с этим к известным ранее методам анализа добавляются сравнительно-правовой, экономико-правовой и иные⁶². Напротив, вопросы антимонопольного права, среди которых немалое место занимает проблема недобросовестной конкуренции, долгие годы не ставились перед КС РФ. Соответственно, не было и возможности проследить, в какой степени экономико-правовые (или иные) соображения могут быть востребованы при решении такого рода споров. Опубликованное в феврале этого года Постановление по делу о проверке конституционности ст. 14.8 и 51 Федерального закона «О защите конкуренции» в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью «Медэксперт»⁶³ дает шанс восполнить этот пробел.

Фабула данного дела состояла в следующем: заявитель был признан нарушившим законодательство о защите конкуренции в связи с участием в электронном аукционе, поскольку в представленной им лицензии был указан иной адрес, чем тот, по которому ему предстояло оказывать медицинские услуги заказчику. Заявителю было предписано перечислить в федеральный бюджет

судом как единое преступление, а довод осужденной об отсутствии состава преступлений обоснованно признан ошибочным» (апелляционное постановление Курского областного суда от 25.02.2015 по делу № 22-169/2015. URL: <https://clck.ru/dgy2u>; дата обращения: 21.03.2022).

⁶⁰а правовая позиция в полной мере применима к ситуациям с новыми статьями уголовного закона в случае обвинений, основанных на постах в Интернете, размещенных до 5 марта с.г., но доступных и после этой даты.

⁶¹ См.: Белкин А.А. Комментарии к решениям Конституционного Суда Российской Федерации 1992–1993. СПб., 1994.

⁶² См., напр.: Лоренц Д.В. Экономический анализ позиций Конституционного Суда РФ относительно защиты права собственности // Законодательство и экономика. 2016. № 1.

⁶³ Постановление КС РФ от 17.02.2022 № 7-П.



сумму средств, полученных им в результате частичного исполнения заключенного контракта и оказания упомянутых услуг.

Вследствие этого в жалобе ставились два взаимосвязанных и при этом вполне самостоятельных правовых вопроса. Во-первых, является ли одной из форм недобросовестной конкуренции (перечень которых в законе является открытым) участие некоторого лица в электронном аукционе на оказание медицинских услуг в отсутствие у него надлежащим образом оформленной лицензии на осуществление медицинской деятельности? Во-вторых, должно ли лицо, в отношении которого антимонопольным органом установлен факт недобросовестной конкуренции, перечислить по предписанию последнего в федеральный бюджет всю сумму дохода от исполнения контракта, или оно вправе учесть произведенные им расходы?

Следует отметить, что, хотя и предмет рассмотрения по делу (п. 1.4 мотивировочной части), и конституционно-правовое истолкование оспоренного регулирования (пункт 1 резолютивной части) в значительной степени предопределены описанными выше обстоятельствами дела (электронный аукцион; лицензия), правовые позиции в мотивировочной части решения охватывают более широкий круг обстоятельств, так как используют в ряде случаев обобщающие категории (осуществление закупок; разрешение, позволяющее осуществлять деятельность по исполнению контракта). В то же время, по-видимому, не охватываются этими позициями иные составы антимонопольных правонарушений, такие, например, как злоупотребление доминирующим положением, поскольку они не являлись и не могли являться предметом оценки Суда по данному делу.

В отношении первого вопроса правовая позиция КС РФ изложена в п. 3.2 мотивировочной части и состоит в следующем: «...статья 14.8 Федерального закона «О защите конкуренции» не предполагает, что участие хозяйствующего субъекта в электронном аукционе и исполнение заключенного по его результатам контракта в отсутствие у него надлежаще оформленной лицензии, позволяющей осуществлять соответствующую деятельность, должно быть признано недобросовестной конкуренцией, если такое несоответствие требованиям законодательства может быть установлено комиссией по осуществлению закупок в рамках исполнения ею своих обязанностей при обычной внимательности и осмотрительности, а хозяйствующий субъект не совершил каких-либо действий (бездействия), специально направленных на сокрытие этого несоответствия». Тем самым КС РФ, по существу, вплотную подошел к тому, чтобы признать: недобросовестная конкуренция в рассматриваемой форме, в отличие от некоторых иных составов антимонопольных нарушений, может иметь место лишь при наличии умышленной формы вины⁶⁴. В итоге Суд сделал обоснованный (в частности, положениями конкурентного законо-

⁶⁴ Следует признать, что в литературе высказывались несовпадающие точки зрения по вопросу о необходимости установления и учета формы вины при привлечении к ответственности в антимонопольном праве (см., напр.: Корчак Н.Н. Доктрина «поведенческого подхода» вины при установлении субъективных условий ответственности в сфере конкуренции // Lex Russica. 2013. № 11).

дательства и законодательства о государственных закупках) вывод о том, что иной подход означал бы нарушение принципа справедливости (соразмерности) при ограничении свободы экономической деятельности.

Безусловно, несоответствие хозяйствующего субъекта требованиям, установленным заказчиком в соответствии с законом (к лицензии, сертификату, членству в СРО и пр.), должно влечь неблагоприятные правовые последствия вне зависимости от того, вызвано ли такое несоответствие злонамеренностью или деловым просчетом. Эти последствия состоят как в отклонении заявки на участие в торгах такого субъекта⁶⁵, так и, в случае если контракт с ним все же был заключен и начал исполняться, в привлечении к ответственности, например за занятие предпринимательской деятельностью с нарушением условий разрешения (лицензии)⁶⁶. Однако те последствия, которые лежат в плоскости антимонопольного регулирования, могут наступать лишь при соблюдении условий, очерченных КС РФ и процитированных выше.

Представляется, что иной подход не отвечал бы экономико-правовым представлениям о том, какое распределение рисков между участниками закупочных процедур является экономически эффективным. Возложение установленной ст. 14.8 Закона о защите конкуренции ответственности на потенциального исполнителя за любые дефекты разрешительной документации, в том числе носящие формальный характер, лишало бы добросовестного (в широком, гражданско-правовом смысле) субъекта стимула участвовать в закупках под угрозой признания его недобросовестным (в автономном, антимонопольном значении) конкурентом. Так, из имевшихся в деле материалов следовало, что ООО «Медэксперт» уведомляло заказчика ФГБОУ «МарГУ» о намерении оказывать ему медицинские услуги по месту нахождения последнего с использованием мобильной бригады⁶⁷. При этом сведения об адресе осуществления медицинской деятельности, указанные в лицензии общества, были доступны как закупочной комиссии, так и его конкурентам в соответствующем открытом реестре.

Одновременно у закупочной комиссии, создаваемой заказчиком, уменьшался бы стимул ответственно и добросовестно исполнять свои обязанности по отбору исполнителя. Это приводило бы к тому, что несоответствие его предъявляемым требованиям выявляется уже после заключения контракта и начала его исполнения. Так, хотя в анализируемом деле все три члена закупочной комиссии были признаны нарушившими порядок осуществления закупок, они были освобождены от ответственности, поскольку данное административное правонарушение признано малозначительным, не повлекшим серьезной угрозы обществу⁶⁸.

⁶⁵ Часть 1 и подп. «а» п. 1 ч. 5 ст. 49 Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

⁶⁶ Статья 14.1 КоАП РФ.

⁶⁷ См., в частности: решение Верховного суда Республики Марий Эл от 16.01.2019 по делу № 7р-18/2019.

⁶⁸ См. там же.



При этом предложенный КС РФ подход, напротив, лишает стимулов именно хозяйствующих субъектов, заведомо не соответствующих требованиям заказчика, принимать участие в торгах и пытаться скрыть такое несоответствие, в частности сообщив заведомо недостоверные сведения в заявке или приложив к ней подложные документы. Общественная вредность таких действий очевидна: несоответствие требованиям в этом случае намного сложнее обнаружить, а закупочная комиссия и конкуренты вынуждены затрачивать больше сил для выявления такого недобросовестного лица.

В отношении второго вопроса КС РФ в п. 4 мотивировочной части сформулировал следующую правовую позицию: *«...не исключается возложение на нарушителя законодательства о защите конкуренции при определенных исключающих иной подход обстоятельствах (в частности, если в результате недобросовестной конкуренции причинен значительный, явный и прямой ущерб хозяйствующим субъектам — конкурентам или соответствующее деяние носило грубый характер) обязанности перечислить в федеральный бюджет в качестве «дохода, полученного от монополистической деятельности или недобросовестной конкуренции» все полученное от совершения такого деяния»*. Из изложенной позиции можно сделать вывод о том, что Суд фактически устранил существовавшую правовую неопределенность понятия «доход», отказавшись понимать под таковым прибыль (доходы минус обоснованные и документально подтвержденные расходы).

Такое понимание, следует признать, не лишено оснований: в отличие от ныне действующего регулирования Закон РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (в редакции от 25 мая 1995 года) говорил о перечислении в федеральный бюджет именно «прибыли», полученной вследствие антимонопольного нарушения, — вероятно, отказавшись от этой терминологии, законодатель выразил тем самым свою политическую волю. В тех же случаях, когда законодатель желает «очистить» доходы от понесенных расходов, он может прямо указать на это в соответствующих положениях.

Между тем отсутствие неопределенности нормы в затронутом заявителем контексте не означает безусловной соразмерности (справедливости) предусмотренного ею правоограничения. Для оценки этого обстоятельства, как представляется, может быть полезным определение экономико-правовой природы данного ограничения. В науке считается общепризнанным, что меры ответственности, в том числе и имущественной, могут преследовать компенсационную (восстановительную) или штрафную (карательную) цели или обе сразу. Для ответственности в виде возмещения убытков характерны свойства адресности (возмещение осуществляется в пользу того лица, которому нанесен имущественный вред) и эквивалентности (возмещение призвано максимально полно восстановить нарушенную имущественную сферу потерпевшего). Для ответственности в виде штрафа, в том числе административного, эти свойства нехарактерны, поскольку вне зависимости от фигуры потерпевшего штраф уплачивается в бюджет бюджетной системы РФ, а величина такого штрафа обычно не связана с величиной ущерба. Промежуточное положение занимает сверхкомпенсационная ответственность, аналогичная статутным

убыткам (*statutory damages*), которая, хотя взыскивается в пользу пострадавшей стороны, лишь условно связана с размером причиненного вреда; последняя выполняет, таким образом, как восстановительную, так и карательную функцию.

Предусмотренная ст. 51 Закона о защите конкуренции мера имеет выраженные штрафные признаки. Вне зависимости от того, кто являлся заказчиком товаров (работ, услуг) и понес ущерб в связи с необходимостью расторжения контракта и проведения новых закупочных процедур, доход нарушителя от недобросовестной конкуренции поступает в федеральный бюджет и притом не имеет целевого назначения. Что же касается конкурента правонарушителя, который получил бы право заключить контракт, не будь совершен акт недобросовестной конкуренции, то возмещение ему убытков осуществляется в порядке гражданского судопроизводства⁶⁹. Штрафной характер рассматриваемой меры подтверждается и тем, что лицо, перечислившее в бюджет незаконный доход, освобождается от привлечения к административной ответственности⁷⁰.

Между тем КС РФ неоднократно признавал применительно как к административным штрафам⁷¹, так и к компенсации за нарушение исключительных прав⁷², что справедливость и соразмерность мер штрафного характера допущенному правонарушению требует учета судом «тяжести содеянного, размера и характера причиненного ущерба, степени вины правонарушителя и иных существенных обстоятельств, обуславливающих индивидуализацию при применении тех или иных мер государственного принуждения», не исключая и «материального положения ответчика». В противном случае такая санкция перестает выполнять свою основную функцию — общей и специальной превенции и рискует превратиться в инструмент подавления экономической инициативы⁷³. Следовательно, законодатель мог бы предусмотреть механизм, который позволял бы снизить в разумных пределах размер взыскиваемой в бюджет суммы менее величины незаконного дохода.

Приведенные правовые позиции КС РФ уже получили некоторое развитие в его практике⁷⁴; хочется надеяться, что дальнейшему их развитию будут способствовать также и усилия ученых. ■

⁶⁹ Часть 3 ст. 37 Федерального закона «О защите конкуренции».

⁷⁰ Часть 3 ст. 51 Федерального закона «О защите конкуренции» и примечание 5 к ст. 14.31 КоАП РФ.

⁷¹ Постановление КС РФ от 17.01.2013 № 1-П.

⁷² Постановление КС РФ от 13.12.2016 № 28-П.

⁷³ В литературе высказывалось мнение о том, что возможность требовать с нарушителя возмещения убытков (упущенной выгоды) в пользу конкурента и одновременно взыскания дохода в пользу федерального бюджета есть двойное привлечение к одной и той же ответственности (см.: *Егорова М.А.* Гражданско-правовые последствия нарушений антимонопольного законодательства: монография. М., 2020).

⁷⁴ Определение КС РФ от 24.02.2022 № 468-О.