

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

М. А. Егорова*

ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ДОМИНИРУЮЩИМ ПОЛОЖЕНИЕМ КАК ЧАСТНЫЙ СЛУЧАЙ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ПРАВОМ

Аннотация. Вопрос о соотношении категорий «злоупотребление доминирующим положением» и «злоупотребление правом» до настоящего времени не нашел однозначного решения в юридической доктрине.

В статье указанные категории сопоставляются по нескольким критериям: 1) по составам оснований применения; 2) по целям правового регулирования; 3) по правовым последствиям нарушения данных норм; 4) по принципам правового регулирования; 5) по соотношению частных и публичных интересов при формировании модели правового регулирования исследуемых категорий.

Рассматриваются основные доктринальные подходы относительно соотношения категорий «злоупотребление правом» и «злоупотребление доминирующим положением», один из которых основывается на тождественности данных категорий, а второй, напротив, на их дифференциации, а также широкий спектр правоприменительной практики ФАС России.

В статье делается вывод, что наличие рыночной власти предоставляет возможность субъекту, обладающему признаками доминирующего положения, в целях извлечения экономических преимуществ недобросовестно (т.е. в ущерб другим участникам рынка) осуществлять свои права в пределах общей правоспособности. Исходя из этого, автор утверждает, что злоупотребление доминирующим положением должно расцениваться в качестве частного случая злоупотребления правом.

В целях совершенствования антимонопольного законодательства, *de lege ferenda*, представляется, что в силу особенностей своей правоприменительной деятельности и функций компетенции ФАС России должны быть существенно расширены в части возможности применения прямых (сквозных) принципов гражданского права, таких как принцип разумности, справедливости, добросовестности, одним из элементов которых является принцип запрета злоупотребления правом.

Автор приходит к заключительному выводу о том, что злоупотребление доминирующим положением не может расцениваться иначе как разновидность злоупотребления правом, результатом которого являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей (ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции»), и кроме санкций, предусмотренных административным законодательством, в качестве гражданско-правовых по-

© Егорова М. А., 2018

* Егорова Мария Александровна, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры конкурентного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный профессор Университета Логос (США, Майями), председатель комиссии по совершенствованию антимонопольного законодательства Московского отделения Ассоциации юристов России, член Комитета Торгово-промышленной палаты РФ по безопасности предпринимательской деятельности egorova-ma-mos@yandex.ru

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

следствий злоупотребления доминирующим положением могут выступать отказ в защите права (п. 2 ст. 10 ГК РФ) и возмещение убытков (п. 4 ст. 10 ГК РФ).

Ключевые слова: доминирующее положение; конкуренция; ограничение конкуренции; злоупотребление доминирующим положением; злоупотребление правом; недобросовестное поведение; принцип добросовестности; принцип разумности.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.137.4.070-080

Действующая редакция ч. 1 ст. 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (ЗоЗК)¹ связывает антиконкурентный характер действий лица, обладающего признаками доминирующего положения на релевантном рынке, с **ограничением или угрозой ограничения конкуренции**: «запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей». При этом определяющую роль в установлении антиконкурентности действия монополиста играет *ущемление интересов*, вне зависимости от того, возникает оно у конкурентов монополиста, или у его контрагентов, или вообще у неопределенного круга потребителей. Часть 1 ст. 10 ЗоЗК сформулирована таким образом, что признак ограничения (угрозы ограничения) конкуренции не имеет решающего значения в определении антиконкурентного характера действий, а приоритет принадлежит критерию «ущемление интересов».

Подобная законодательная формулировка влечет как минимум две серьезные проблемы: 1) во-первых, отсутствует однозначность в определении правового режима злоупотребления доминирующим положением, так как из текста ЗоЗК остается не ясно, применяется ли в отношении указанного действия правовой режим запретов «по объекту», т.е. по самому факту выявления «ущемления интересов» (*per se*), либо данное действие подлежит правовому регулированию его антиконкурентности «по эффекту» с обязательным доказыванием фактического ограничения конкуренции или

угрозы ее ограничения; 2) во-вторых, критерий «ущемление интересов» в ч. 1 ст. 10 ЗоЗК не имеет непосредственной связи с критериями злоупотребления правом как общего родового понятия по отношению к злоупотреблению доминирующим положением, исполняющего роль видового понятия (п. 1 ст. 10 ГК РФ). В соответствии с п. 1 ст. 10 ГК РФ злоупотребление правом представляет собой один из пределов осуществления гражданских прав наряду с исключительным намерением причинения вреда другому лицу (шikanой) и действий в обход закона с противоправной целью, сущность которого сводится к заведомо *недобросовестному осуществлению гражданских прав*.

Вопрос о соотношении категорий «злоупотребление доминирующим положением» и «злоупотребление правом» до настоящего времени не нашел однозначного решения в юридической доктрине.

На первый взгляд с теоретических позиций в нормах абз. 2 п. 1 ст. 10 ГК РФ и ч. 1 ст. 10 ЗоЗК можно обнаружить больше отличий, чем сходства. Это можно продемонстрировать на примере сопоставления их по нескольким критериям.

Во-первых, по составам оснований применения правовой режим запрета злоупотребления правом существенно шире запрета на злоупотребление доминирующим положением, установленного ч. 1 ст. 10 ЗоЗК. Действие абз. 2 п. 1 ст. 10 ГК РФ распространяется на любые действия, приведшие к последствиям в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции или ущемления интересов других лиц. Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ существенно расширяет и сферу применения абз. 2 п. 1 ст. 10 ГК РФ². Если данная норма ограничивает применение положений ст. 10 ГК РФ лишь к действиям, приведшим к ограничению

¹ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. I). Ст. 3434.

² Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства». П. 4 // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2008. № 8.

конкуренции, то высшая судебная инстанция увеличивает рамки применения данной нормы, включая в основания ее применения не только недопущение или ограничение конкуренции, но и ущемление интересов других лиц, что должно распространять ее действие и на все случаи антиконкурентного поведения, не связанные с использованием субъективного права, но затрагивающего интересы иных лиц, например, случаи недобросовестной конкуренции, в том числе и незаконного содержания (п. 4 и 5 ч. 1 ст. 14 ЗоЗК). В данном случае высшая судебная инстанция отходит от традиционного применения принципа добросовестности, дополняя его принципом справедливости³, его применение делает более эффективным правовое регулирование шиканы, одним из проявлений которой являются действия по недобросовестной конкуренции.

Во-вторых, нормы абз. 2 п. 1 ст. 10 ГК РФ и ч. 1 ст. 10 ЗоЗК отличаются по целям правового регулирования: абз. 2 п. 1 ст. 10 ГК РФ содержит частноправовое ограничение (предел) реализации прав, а не частноправовой запрет, в то время как ч. 1 ст. 10 ЗоЗК представляет собой классический запрет публичного содержания.

В-третьих, из предыдущего отличия следует и различие в правовых последствиях нарушения данных норм. Санкции за нарушение запрета ч. 1 ст. 10 ЗоЗК имеют публичное содержание (ст. 14.33 КоАП РФ и ст. 178 УК РФ), в то время как правовой режим запрета злоупотребления правом, регламентированный ст. 10 ГК РФ, ограничивается двумя гражданско-правовыми санкциями: 1) отказом в защите права, принцип стимулирующего воздействия которого основывается на том, что право без возможности требовать восстановления нарушенного права теряет свою юридическую силу⁴; и 2) возможностью применения мер от-

ветственности, которая появилась в результате проведенной реформы гражданского законодательства⁵ (п. 4 ст. 10 ГК РФ).

В-четвертых, представляется, что основу сопоставляемых норм составляют различные принципы, также имеющие различное содержание в их соотношении частных и публичных интересов. Часть 1 ст. 10 ЗоЗК основывается на публично-правовых принципах конституционного (обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности) и специального (защита конкуренции) содержания (ч. 2 ст. 1 ЗоЗК). Статья 10 ГК РФ сама представляет собой пример сугубо частноправового принципа — добросовестности, который со времен римского права понимался в качестве субъективного (психологического) аспекта нормативного поведения⁶ (*bona fides*) и включал в себя субъективные элементы восприятия окружающей действительности, такие как знание об интересах другого, доброжелательное отношение к ним, доверие, согласованность частных интересов с интересами целого, подчинение каждого идее общего блага⁷.

Несмотря на это, в юридической доктрине сформировались две основные позиции относительно соотношения категорий «злоупотребление правом» и «злоупотребление доминирующим положением».

С. А. Парашук отмечает, что запреты на осуществление монопольной деятельности не тождественны запретам на злоупотребление правом, так как занятие субъектом доминирующего положения на рынке свидетельствует не о наличии у него особого права, а о существовании определенной экономической ситуации (доминирования, монополии), предполагающей осуществление специального антимонопольного контроля со стороны государства⁸.

³ Это характерно не для германской правовой конструкции злоупотребления правом, на основе которой сформирована российская правовая модель регулирования данных отношений, а скорее для французской правовой традиции.

⁴ Чичерин Б. Н. Философия права. СПб. : Наука, 1998. С. 148 ; Zippelius R. Das Wesen des Rechts. München, 1997. S. 22.

⁵ Федеральный закон от 30.12.2012 № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. I). Ст. 7627.

⁶ Дождев Д. В. Добрая совесть (*bona fides*) как принцип правового общения // Проблемы ценностного подхода в праве: традиции и обновление / отв. ред. В. С. Нерсисянц. М., 1996. С. 33.

⁷ Новицкий И. Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 2006. № 1. С. 64—65.

⁸ Парашук С. А. Конкурентное право (правовое регулирование конкуренции и монополии). М. : Городец-издат, 2002. С. 157.

Думается, что в данном случае неверно квалифицируется предмет правового регулирования указанных запретов. И злоупотребление правом, и злоупотребление доминирующим положением представляют собой разновидность действия по осуществлению прав. Как было указано выше, злоупотребление доминирующим положением осуществляется монополистом не с намерением причинить вред другому лицу или путем совершения действий в обход закона с противоправной целью (ч. 1 ст. 10 ГК РФ), а в целях извлечения экономических преимуществ из своего рыночного положения, предоставляющего ему возможность реализации реальной рыночной власти.

Право монополиста не должно рассматриваться в качестве «особого» вида права. По существу, оно представляет собой равное право любого участника рынка, обладающего равным объемом правосубъектности по отношению к своим конкурентам и контрагентам. Установление запрета злоупотребления этим правом связано как раз с наличием неравенства в рыночном положении конкурентов и контрагентов, позволяющего монополисту реализовать свое право, входящее в содержание его общей правоспособности, в ущерб иным участникам рынка, ущемляя их интересы. Постольку монополистом в подавляющем большинстве случаев является профессиональный предприниматель, постольку он не может не контролировать последствия своих действий по осуществлению правом, тем более, когда они приводят к ущемлению интересов других хозяйствующих субъектов. Иными словами, монополист, ущемляя интересы других участников рынка или неопределенного числа лиц, осуществляет свое право заведомо недобросовестно (ч. 1 ст. 10 ГК РФ), в нарушение принципов добросовестности, разумности и справедливости (ч. 5 ст. 10 ГК РФ).

При исследовании многочисленной правоприменительной практики ФАС России выясняется, что в практической деятельности антимонопольных органов возможность непосредственного применения запрета злоупотребления правом в некоторых случаях явля-

ется практически единственным способом защиты от нарушений антимонопольного законодательства. Даже несмотря на то, что ФАС России в соответствии с п. 2 ст. 10 ГК РФ не входит в число субъектов, которым предоставлено право применения ст. 10 ГК РФ, это все же не лишает антимонопольный орган возможности ссылаться на действие принципа запрета злоупотребления правом при разрешении дел, связанных с нарушением антимонопольного законодательства. Это тем более актуально, что абз. 2 п. 1 ст. 10 ГК РФ прямо запрещает использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также путем злоупотребления доминирующим положением на рынке. Антимонопольный орган в качестве вспомогательного средства защиты от антимонопольного нарушения использует гражданско-правовой способ защиты не в виде установления факта злоупотребления доминирующим положением, которое является лишь частным случаем злоупотребления правом, а путем применения самого принципа запрета злоупотребления правом, который в качестве общего правила презюмирует добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий (п. 5 ст. 10 ГК РФ).

Такой подход видится очень перспективным, поскольку обновленный вариант ГК РФ существенно изменил правовое регулирование последствий злоупотребления правом. Используя норму ст. 10 ГК РФ, можно не только отказать неисправному поставщику в судебной защите (п. 2 ст. 10 ГК РФ), но также и возместить убытки потерпевшему лицу (например, упущенную выгоду неавторизованному дистрибьютору) на основании п. 4 ст. 10 ГК РФ⁹.

Не выдерживает критики позиция А. В. Волкова, который утверждает, что при антиконкурентных действиях злоупотребления имеют экономический характер, а при злоупотреблении правом — юридический¹⁰. Ведь совершение антиконкурентных действий по своей правовой природе представляет собой действие по осуществлению прав, составляющих содержание общей правоспособности равноправных хозяйствующих субъектов. Следова-

⁹ Решение по делу № 180-ФАС52-05/12 по признакам нарушения КБ «Юниаструм банк» (ООО), ООО «СК «Согласие», ОСаО «Ингосстрах» пункта 1 части 4 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // URL: <http://solutions.fas.gov.ru/to/nizhegorodskoe-ufas-rossii/ss-05-5912>.

¹⁰ Волков А. В. Злоупотребление гражданскими правами: проблемы теории и практики : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2010. С. 378.

тельно, и злоупотребление доминирующим положением, и злоупотребление правом, представляя собой разновидность юридически значимого действия, всегда имеют юридический характер. То, что действия монополиста по осуществлению права приводят или могут привести к ограничению конкуренции, не изменяет правовую природу самого действия, которое по существу остается действием по осуществлению прав.

С. Д. Радченко, выступая против отождествления правовой природы злоупотребления правом и злоупотребления доминирующим положением, полагает, что участие в рыночной конкуренции необходимо рассматривать не как использование особых гражданских прав, а как соблюдение особого режима предпринимательской деятельности¹¹. Следует отметить, что злоупотребление правом относится законодателем к разновидности ограничения права (ст. 10 ГК РФ «Пределы осуществления гражданских прав»). Режимы правового регулирования предпринимательской деятельности также по своему содержанию представляют собой совокупность дозволений, ограничений и запретов, причем в антимонопольном регулировании предпринимательской деятельности запреты доминируют над иными способами правового регулирования. Поэтому злоупотребление правом и злоупотребление доминирующим положением по признаку правовой сущности не отграничиваются, а, напротив, объединяются общностью правовой природы, так как оба представляют собой разновидности ограничения прав. В этом отношении следует полностью поддержать мнение, что и запрет совершения антиконкурентных действий (в частности, сделок) представляет собой один из пределов осуществления гражданских прав¹².

Другим аргументом противников единой правовой природы злоупотребления правом и злоупотребления доминирующим положением является тезис об их различии в правовом содержании и об особом характере правовых последствий, что позволяет их отграничить друг от друга в качестве самостоятельных пра-

вовых институтов гражданского права, один из которых призван обеспечивать нормальное развитие и защиту рыночных отношений¹³. Согласно п. 2 ст. 10 ГК РФ основным правовым последствием злоупотребления правом является отказ в защите права. В соответствии с ч. 1 ст. 10 ЗоЗК злоупотребление доминирующим положением признается правонарушением в случае, если его последствием стало «ущемление интересов» других лиц, а в некоторых случаях и ограничение (или угроза ограничения) конкуренции. В отсутствие данных признаков действие по осуществлению права субъектом, занимающим доминирующее положение, должно признаваться правомерным. При доказанности нарушения запрета злоупотребления доминирующим положением действия монополиста должны квалифицироваться как нарушение законодательства, и к нему могут быть применены санкции, предусмотренные административным законодательством (ст. 14.31 КоАП РФ). Однако данное отличие не дает оснований для усмотрения различий в правовой природе рассматриваемых явлений: и в том, и в другом случае основой правонарушения является недобросовестное осуществление права, что позволяет рассматривать злоупотребление доминирующим положением как частный случай злоупотребления правом.

Е. Ю. Борзило видит отличие рассматриваемых категорий в различном содержании их защитных механизмов, отмечая, что при злоупотреблении доминирующим положением меры защиты, установленные законодателем в ЗоЗК, имеют как частноправовой, так и публичный характер и, соответственно, направлены на защиту либо экономически зависимой стороны (частноправовые нормы — запрет навязывания экономически невыгодных условий договора, применение монопольно высоких цен, установление дискриминационных условий и т.п.), либо на защиту рыночного равновесия (публичные нормы).

Следует возразить, что и в том, и в другом случае в основе возникающего неравенства сторон и необходимости установления специальных защитных механизмов лежит фактор

¹¹ Радченко С. Д. Злоупотребление правом в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 95—98.

¹² Донецков Е. С. Соотношение запрета совершения антиконкурентных действий с запретом злоупотребления субъективным гражданским правом // Юрист. 2016. № 20. С. 35.

¹³ Гражданское право Российской Федерации : учебник : в 2 т. / под ред. О. Н. Садикова. М. : Контакт ; Инфра-М, 2006. Т. 1. С. 51 (автор параграфа — О. Н. Садиков).

наличия у монополиста рыночной власти, использование которой может привести к двум различным видам последствий: как частноправового (возникновение убытков), так и публичного (ограничение или угроза ограничения конкуренции) характера.

Согласно дефиниции понятия «доминирующее положение», регламентированной абз. 1 ч. 1 ст. 5 ЗоЗК, можно заключить, что в российском антимонопольном законодательстве «доминирующее положение» в первую очередь позиционируется в качестве аналога рыночной власти, а не как производная от структуры рынка. Об этом свидетельствуют критерии доминирующего положения, включенные в его дефиницию: 1) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке; 2) возможность устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов; 3) возможность затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

Именно наличие рыночной власти предоставляет возможность субъекту, обладающему признаками доминирующего положения, в целях извлечения экономических преимуществ недобросовестно (т.е. в ущерб другим участникам рынка) осуществлять свои права в пределах общей правоспособности. Исходя из этого, злоупотребление доминирующим положением должно расцениваться в качестве частного случая злоупотребления правом.

Другая группа исследователей безоговорочно причисляет злоупотребление доминирующим положением к разновидности злоупотребления правом¹⁴, ссылаясь на правовую

позицию Высшего Арбитражного Суда РФ, в соответствии с которой применение норм о злоупотреблении правом не противоречит антимонопольному законодательству, поскольку ЗоЗК является комплексным актом, который, наряду с публичными, включает ряд гражданско-правовых норм¹⁵.

Оригинальная модель соотношения норм абз. 2 п. 1 ст. 10 ГК РФ и ч. 1 ст. 10 ЗоЗК, которая может быть определена как «концепция доказательственной неопровержимой презумпции злоупотребления правом при ограничении конкуренции»¹⁶, была предложена К. Ю. Тотьевым. Суть данной концепции заключается в том, что любое использование субъективного права, приведшее к фактическому ограничению конкуренции, или любое злоупотребление доминирующим положением с точки зрения абз. 2 п. 1 ст. 10 ГК РФ должно презюмироваться в качестве злоупотребления правом. Представляется, что единственным недостатком данной концепции является ее ограничительное толкование. Между тем сам автор склоняется к тому, что применение правила абз. 2 п. 1 ст. 10 ГК РФ должно пониматься расширительно, т.е. для того, чтобы применить к определенному действию правовой режим запрета злоупотребления правом, регламентированный ст. 10 ГК РФ, достаточно доказать, что это действие привело к фактическим последствиям в виде ограничения конкуренции. В этом случае даже не правовое, а экономическое поведение хозяйствующих субъектов, а также любые действия, не связанные с использованием субъективных прав, но ущемляющие интересы других лиц в отношении их конкурентного положения

¹⁴ См.: Комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный) / А. М. Баринков, О. А. Городов, Д. А. Жмулина [и др.] ; под ред. В. Ф. Попондопуло, Д. А. Петрова. М. : Норма ; Инфра-М, 2013. С. 54 ; *Петров Д. А.* Конкурентное право: теория и практика применения : учебник для магистров / под общ. ред. В. Ф. Попондопуло. М. : Юрайт, 2013. С. 155 ; *Поротикова О. А.* Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. М. : Волтерс Клувер, 2008. С. 44 ; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая : учебно-практический комментарий / под ред. А. П. Сергеева. М. : Проспект, 2010 (автор комментария — А. П. Сергеев) ; *Избрехт П. А.* Злоупотребление гражданскими правами в сфере предпринимательской деятельности : дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005. С. 122 ; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части первой) / под ред. О. Н. Садикова. М., 2004 ; (автор комментария — Н. И. Клейн) ; *Поротикова О. А.* Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. С. 149 ; *Яценко Т. С.* Шикана как правовая категория в гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2001. С. 141.

¹⁵ Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30.03.1998 № 32 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением антимонопольного законодательства». П. 14 // Вестник Высшего Арбитражного Суда. 1998. № 5.

¹⁶ *Тотьев К. Ю.* Конкурентное право : учебное пособие. М. : Контракт ; Инфра-М, 2000. С. 35.

на рынке, в качестве юридической фикции могут приравняться по правовым последствиям к злоупотреблению правом.

По этому пути идет и судебная практика, что находит свое отражение в первую очередь в позиции Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, которая базируется на двух основополагающих принципах: 1) требования антимонопольного законодательства применяются к гражданско-правовым отношениям; 2) нормы ст. 10 ГК РФ и ст. 3 и 10 ЗоЗК должны толковаться системно, в соответствии с чем для квалификации действий (бездействия) как злоупотребления доминирующим положением достаточно наличия (или угрозы наступления) любого из перечисленных последствий, а именно: недопущения, ограничения, устранения конкуренции или ущемления интересов других лиц¹⁷. После появления указанной позиции Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ в судебной практике наметилась тенденция на существенное расширение составов антимонопольных нарушений, подпадавших под действие правового режима запрета злоупотребления правом, установленного ст. 10 ГК РФ. Конституционный Суд РФ констатировал расширение области судебного усмотрения в сфере пресечения недобросовестной конкуренции и многообразие форм и методов недобросовестной конкуренции, не все из которых могут прямо противоречить законодательству или обычаям делового оборота, указав также на возможность для суда обосновывать отказ в защите того или иного субъективного права в соответствии с п. 2 ст. 10 ГК РФ¹⁸.

Верховный Суд РФ указал, что назначение субъективного права состоит в предоставлении уполномоченному субъекту юридически гарантированной возможности удовлетворять

потребности, не нарушая при этом интересов других лиц, общества и государства. Если субъективное право осуществляется в противоречии с назначением, происходит конфликт между интересами общества и конкретного лица. По смыслу ст. 10 ГК РФ, злоупотребление правом, т.е. осуществление субъективного права в противоречии с его назначением, имеет место в случае, когда субъект поступает вопреки норме, предоставляющей ему соответствующее право, не соотносит поведение с интересами общества и государства, не исполняет корреспондирующую данному праву юридическую обязанность¹⁹. При злоупотреблении правом субъектом, обладающим признаками доминирующего положения, результатом которого являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей (ч. 1 ст. 10 ЗоЗК), безусловно, происходит нарушение публичного интереса, из чего необходимо заключить, что злоупотребление доминирующим положением представляет собой частный случай злоупотребления правом. При этом монополист нарушает не только требования антимонопольного законодательства, но, совершая действия с незаконной целью или незаконными средствами, также нарушает права и законные интересы других лиц, причиняя им вред или создавая соответствующие условия, что в соответствии с позициями Верховного Суда РФ должно расцениваться в качестве разновидности злоупотребления правом²⁰.

С учетом особенностей правового регулирования недобросовестных действий ГК РФ в совокупности с критериями ч. 1 ст. 10 ЗоЗК

¹⁷ Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства». П. 1, 4 // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2008. № 8.

¹⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 01.04.2008 № 450-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы закрытого акционерного общества «Московский завод плавленых сыров «Карат» на нарушение конституционных прав и свобод положениями ст. 4 и п. 2 ст. 10 Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», ст. 4 и ч. 2 ст. 14 Федерального закона «О защите конкуренции», п. 1 ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2008. № 6 ; определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 31.01.2013 № 11980/12 по делу № А40-98682/11-92-844 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁹ См.: определение Верховного Суда РФ от 03.02.2015 № 32-КГ14-17 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁰ См.: определения Верховного Суда РФ от 14.06.2016 № 52-КГ16-4 ; от 01.12.2015 № 4-КГ15-54 ; от 20.10.2015 № 18-КГ15-181 ; от 20.10.2015 № 18-КГ15-169 ; от 14.04.2015 № 33-КГ15-5 // СПС «КонсультантПлюс».

злоупотребление доминирующим положением может быть признано разновидностью антиконкурентного действия только в том случае, когда это действие соответствует полной совокупности следующих критериев: 1) субъект, осуществляющий действие, обладает признаками доминирующего положения в соответствии со ст. 5 ЗоЗК; 2) в процессе рыночной деятельности субъект заведомо осуществляет свои права недобросовестно (п. 1 ст. 10 ГК РФ); 3) результатом действий монополиста является ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей.

Вместе с тем в целях совершенствования антимонопольного законодательства, *de lege ferenda*, представляется, что в силу особенностей своей правоприменительной деятельности и функций компетенции ФАС России должны быть существенно расширены в части возможности применения прямых (сквозных) принципов гражданского права, таких как принципы разумности, справедливости, добросовестности, одним из элементов которых является принцип запрета злоупотребления правом. В то же время следует поддержать предложение А. Ю. Кинёва, отстаивающего необходимость введения в правоприменительную практику особых антимонопольных процедур²¹, в рамках которых специальный антимонопольный судебный состав мог бы рассматривать дела не только в порядке административного, но и в рамках гражданского судопроизводства, что сегодня наиболее актуально в делах, связанных со взысканием убытков, возникших в результате нарушения антимонопольного законодательства.

Пленум Верховного Суда РФ указал, что в силу п. 4 ст. 1 ГК РФ никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения, поэтому, оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, следует исходить из поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении не-

обходимой информации. По общему правилу п. 5 ст. 10 ГК РФ добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются, пока не доказано иное²². Действие по злоупотреблению доминирующим положением нарушает принципы законности, добросовестности и разумности, являющиеся основополагающими принципами гражданского законодательства. Признак «злоупотребление» применительно к действиям субъекта, занимающего доминирующее положение, может быть квалифицирован в качестве неправомерного поведения только в его сопоставлении с понятием «злоупотребление правом», которое в соответствии с п. 1 ст. 10 ГК РФ представляет собой «заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав».

Вместе с тем, несмотря на то, что злоупотребление доминирующим положением представляет собой частный случай злоупотребления правом, которое осуществляется лицом, обладающим признаками доминирования, необходимо точно разграничивать эти два института, так как они имеют различные правовые последствия.

Антимонопольный орган, признавая злоупотребление доминирующим положением частным случаем злоупотребления правом, исходит из того, что злоупотребление доминирующим положением предполагает необходимость установления антимонопольным органом объективной взаимосвязи между рассматриваемыми действиями и доминирующим положением хозяйствующего субъекта на рынке. Главным критерием в данном случае является невозможность или экономическая нецелесообразность применения способа реализации права хозяйствующим субъектом в отсутствие доминирующего положения. Наличие такой объективной взаимосвязи позволяет отграничить факт злоупотребления доминирующим положением от гражданского правонарушения субъекта предпринимательской деятельности.

Поскольку при злоупотреблении доминирующим положением конкретный способ реализации права должен находиться в непосредственной объективной взаимосвязи с до-

²¹ См.: Кинёв А. Ю. Административно-правовая защита конкуренции: проблемы и пути совершенствования : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2014. С. 213—216.

²² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». П. 1 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 8.

минирующим положением, хозяйствующий субъект, обладающий признаками доминирования, может злоупотребить гражданским правом таким способом, который не связан с его положением на рынке. В связи с этим антимонопольный орган различает: а) формы реализации гражданских прав хозяйствующего субъекта, связанные с его доминирующим положением, которые должны квалифицироваться в качестве злоупотребления доминирующим положением; б) осуществление субъектом, занимающим доминирующее положение, злоупотребления правом при осуществлении своих прав вне связи с доминирующим положением²³, т.е. таких действий, результатом которых не являются или не могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей (ч. 1 ст. 10 ЗоЗК).

Верховный Суд РФ указал, что без учета целей ЗоЗК, без установления обстоятельств, свидетельствующих о нарушении оператором почтовой связи при ненадлежащем оказании услуг почтовой связи норм антимонопольного законодательства, которое обусловлено имен-

но злоупотреблением им своим доминирующим положением, имеет антиконкурентную направленность, привело или могло привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции и (или) ущемлению интересов других лиц и, соответственно, требует принятия мер антимонопольного регулирования, нельзя расценивать злоупотребление правом в качестве гражданско-правового нарушения антимонопольного законодательства²⁴.

Таким образом, злоупотребление доминирующим положением не может расцениваться иначе, как разновидность злоупотребления правом, результатом которого являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей (ч. 1 ст. 10 ЗоЗК), и, кроме санкций, предусмотренных административным законодательством, в качестве гражданско-правовых последствий злоупотребления доминирующим положением могут выступать отказ в защите права (п. 2 ст. 10 ГК РФ) и возмещение убытков (п. 4 ст. 10 ГК РФ).

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Волков А. В. Злоупотребление гражданскими правами: проблемы теории и практики : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2010.
2. Гражданское право Российской Федерации : учебник : в 2 т. / под ред. О. Н. Садикова. — М. : Контракт ; Инфра-М, 2006. — Т. 1.
3. Дождев Д. В. Добрая совесть (bona fides) как принцип правового общения // Проблемы ценностного подхода в праве: традиции и обновление / отв. ред. В. С. Нерсисянц. — М., 1996.
4. Донецков Е. С. Соотношение запрета совершения антиконкурентных действий с запретом злоупотребления субъективным гражданским правом // Юрист. — 2016. — № 20.
5. Избрехт П. А. Злоупотребление гражданскими правами в сфере предпринимательской деятельности : дис. ... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2005.
6. Кинёв А. Ю. Административно-правовая защита конкуренции: проблемы и пути совершенствования : дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2014.
7. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (части первой) / под ред. О. Н. Садикова. — М., 2004.
8. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая : учебно-практический комментарий / под ред. А. П. Сергеева. — М. : Проспект, 2010.

²³ Разъяснение Президиума ФАС России от 07.06.2017 № 8 «О применении положений статьи 10 “Закона о защите конкуренции”» // СПС «КонсультантПлюс».

²⁴ Определение Верховного Суда РФ от 04.07.2016 № 301-КГ16-1511 по делу № А82-777/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

9. Комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный) / А. М. Баринов, О. А. Городов, Д. А. Жмулина [и др.] ; под ред. В. Ф. Попондопуло, Д. А. Петрова. — М. : Норма ; Инфра-М, 2013.
10. Новицкий И. Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. — 2006. — № 1.
11. Паращук С. А. Конкурентное право (правовое регулирование конкуренции и монополии). — М. : Городец-издат, 2002.
12. Петров Д. А. Конкурентное право: теория и практика применения : учебник для магистров / под общ. ред. В. Ф. Попондопуло. — М. : Юрайт, 2013.
13. Поротикина О. А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. — М. : Волтерс Клувер, 2008.
14. Поротикина О. А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом : дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 2002.
15. Радченко С. Д. Злоупотребление правом в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2007.
16. Тотьев К. Ю. Конкурентное право : учебное пособие. — М. : Контракт ; Инфра-М, 2000.
17. Чичерин Б. Н. Философия права. — СПб. : Наука, 1998.
18. Яценко Т. С. Шикана как правовая категория в гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук. — Ростов н/Д, 2001.
19. Zippelius R. Das Wesen des Rechts. — München, 1997.

Материал поступил в редакцию 16 января 2018 г.

ABUSE OF A DOMINANT POSITION AS A SPECIFIC CASE OF ABUSE OF THE RIGHT

EGOROVA Maria Aleksandrovna — Doctor of Law, Associate Professor, Head of the Department of Competition Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Honorary Professor of Logos University (USA, Miami). Chairman of the Commission on Improvement of Antimonopoly Legislation of the Moscow Branch of the Association of Lawyers of Russia, member of the Business Security Committee of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation
egorova-ma-mos@yandex.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The issue concerning the interrelation between the concepts “abuse of dominant position” and “abuse of the right” has not been explicitly resolved in the legal doctrine so far.*

The paper the categories in question are compared against the following criteria: 1) composition of grounds for application; 2) purposes of legal regulation; 3) legal consequences of violation of norms in question; 4) principles of legal regulation; 5) the balance between private and public interests in the formation of the model of legal regulation of categories in question.

The author considers the basic doctrinal approaches concerning the interrelation between the categories “abuse of the right” and “abuse of a dominant position.” One approach is based on the identity of these categories, and the second approach, on the contrary, is based on their differentiation. Also, the paper scrutinizes a wide range of law enforcement practices applied by the FAS of Russia.

The paper concludes that the presence of the market power provides an opportunity for the participant that possesses characteristics of the dominant position to enjoy his or her rights within the limits of common legal capacity unconscientiously (in bad faith) in order to gain economic advantage (to the detriment of other market participants). Accordingly, the author argues that abuse of the dominant position should be regarded as a specific case of abuse of the right.

In order to improve the antimonopoly legislation, de lege ferenda, it seems that, due to the peculiarities of the RF FAS law enforcement activities and functions, its competences should be significantly expanded in terms of the possibility to apply direct (cross-cutting) principles of civil law, such as the principle of reasonableness, the principle of fairness, the principle of good faith one of the elements of which is the principle of prohibition of abuse of the right.

The author concludes that abuse of the dominant position cannot be regarded as anything but a form of abuse of the right that results or may result in preventing, limiting, or eliminating competition and (or) infringement of interests of other persons (economic entities) or uncertain circle of consumers in the sphere of business activity (Part 1 Art. 10 of the Federal Law "On Protection of competition). Besides sanctions provided for by administrative legislation, the denial of protection of the right (Para. 2 Art. 10 of the RF CC) and compensation for damages (Para. 4 Art. 10 of the CC) can be resorted to as consequences of abuse of the dominant position.

Keywords: Dominant position, competition, restriction of competition, abuse of dominant position, abuse of the right, unfair conduct, principle of good faith, principle of reasonableness.

REFERENCES

1. Zippelius R. Das Wesen des Rechts. München, 1997.
2. Volkov A. V. Zloupotrebleniye grazhdanskimi pravami: problemy teorii i praktiki [Abuse of civil rights: Problems of the theory and law enforcement]. Doctoral Dissertation (Law). M., 2007.
3. Grazhdanskoye pravo Rossiiskoi Federatsii [Civil Law of the Russian Federation]. A textbook. In 2 Vol. (Ed.) O.N. Sadikova (the paragraph author O.N. Sadikov). M. Contact. INFRP-M, 2006. Vol. 1.
4. Dozhdev D. V. Dobraya sovest (*bona fides*) kak printsyp pravovogo obshcheniya [Good faith (*bona fides*) as a principle of legal intercourse]. Problemy tsennostnogo podkhoda v prave: traditsii i obnovleniye [Problems of the axiological approach in law: Traditions and changes]. V.S. Nersesyants (Ed.). M., 1996.
5. Donetskov E. S. Sootnosheniye zapreta soversheniya antikonkurentnykh deistviy s zapretom zloupotrebleniya subyektivnym grazhdanskim pravom [Interrelation between the prohibition of anticompetitive actions and the prohibition of abuse of a civil right] Jurist [Lawyer]. 2016. No. 20.
6. Izbrekht P. A. Zloupotrebleniye grazhdanskimi pravami b sfere predprinimatelskoi deyatel'nosti [Abuse of civil rights in the field of entrepreneurial activity]. PhD Thesis (Law). Yekaterinburg, 2005.
7. Kinev A. Yu. Administrativno-pravovaya zashchita konkurentsii: problemy i puti sovershenstvovaniya [Administrative-Law protection of competition: Problems and ways of improvement]. Doctoral Dissertation (Law). Moscow, 2014.
8. Kommentariy k Grazhdanskomu kodeksu Rossiiskoi Federatsii (chasti pervoi) [Commentary to the Civil Code of the Russian Federation (Part One)] O.N. Sadikova (Ed.) M., 2004.
9. Kommentariy k Grazhdanskomu kodeksu Rossiiskoi Federatsii. Chast pervaya: Uchebno-prakticheskiy kommentariy [Commentary to the Civil Code of the Russian Federation. Part One: Study and Practice Guide]. A.P. Sergeeva (Ed.). M. Prospekt. 2010.
10. Kommentariy k Federalnomu zakonu "O Zashchite konkurentsii" (postateinyi) [Commentary to the Federal Law "On Protection of Competition" (annotated)]. A.M. Barinov, O.A. Gorodov, D.A. Zhmulina, et al. V.F. Popondopulo (Ed.), D.A. Petrov. M. Norma, Infra-M, 2013.
11. Konkurentnoye pravo [Competition Law]. uchebnik dlya magistrrov [Competition Law: theory and practice of application A textbook for LLM]. D.A. Petrov, V.F. Popondopulo (Ed.). M., Jurait Publishing House, 2013.
12. Novitskiy I. B. Printsyp dobroy sovesti v proekte obyazatel'stvennogo prava [The principle of good faith in the draft obligations law]. Vestnik grazhdanskogo prava [Bulletin of Civil Law]. 2006. No. 1.
13. Parashhuk S. A. Konkurentnoye pravo (pravovoye regulirovaniye konkurentsii i monopolii) [Competition Law (legal regulation of competition and monopoly)]. M. Gorodets-izdat Publishing House. 2002.
14. Porotikova O. A. Problema zloupotrebleniya subyektivnym grazhdanskim pravom [The problem of abuse of a civil right]. M. Walters Kluwer. 2008.
15. Porotikova O. A. Problema zloupotrebleniya subyektivnym grazhdanskim pravom [The problem of abuse of a civil right] PhD Thesis (Law). Saratov, 2002.
16. Radchenko S. D. Zloupotrebleniye pravom v grazhdanskom prave Rossii [Abuse of the right in Civil Law of Russia]. PhD Thesis (Law). M., 2007.
17. Totyev K. Yu. Konkurentnoye pravo [Competition Law]. Study Guide. M., CONTRACT, INFRA-M, 2000.
18. Chicherin B. N. Filosofiya prava [Philosophy of Law]. St.Petersburg, Nauka Press, 1998.
19. Yatsenko T. S. Chicanery as a legal category in civil law: PhD Thesis (Law). Rostov on Don, 2001.