

Научная статья

УДК: 346.546

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.205.229

Концепция экономической зависимости в регулировании предпринимательской деятельности



Евгения Юрьевна Борзило

Исследовательский центр частного права им. С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации, Москва, Россия, borzilo@rambler.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3832-9018>



Аннотация

Институт экономической зависимости — один из традиционных институтов предпринимательского законодательства и законодательства о конкуренции. Несмотря на то, что он отсутствует в законодательстве ЕС, его развитие и применение наблюдается на уровне ряда национальных европейских юрисдикций. Этот институт через запрет злоупотребления им призван решать критически важную сегодня проблему: пресечение злоупотребления положением экономически зависимой или слабой стороны, достижение баланса в отношениях с недоминирующим хозяйствующим субъектом. Сквозной анализ, проведенный автором, охватывает как нормы национального европейского законодательства, так и наиболее существенные судебные дела. Изучение национального законодательства отдельных европейских юрисдикций позволяет выделить основные характеристики института, к которым относятся в том числе отсутствие альтернативы и дисбаланс в предпринимательских отношениях и как следствие — несамостоятельность зависимого участника рыночных отношений. Сравнивая институт экономической зависимости и проблемы идентификации злоупотребления ею с родственным ему институтом доминирующего положения, автор выявляет сходные и различные характеристики. К схожим автор относит такие характеристики, как элементы власти, влияния на контрагентов, возможность определять их поведение на рынке, отсутствие у них альтернативы. К отличающимся характеристикам относятся, по мнению автора, количественные характеристики, присущие доминирующему положению, а также степень влияния и содержание власти. Злоупотребление зависимостью и доминирующим положением также имеет сходные и отличные черты, особенно это относится к так называемым «договорным» случаям злоупотреблений. Однако сфера

применения запрета злоупотребления доминирующим положением и запрета злоупотребления экономической зависимостью принципиально отличаются. Отдельно необходимо отметить, что злоупотреблением экономической зависимостью могут быть признаны те договорные модели, которые традиционное законодательство о конкуренции сочло бы допустимыми. Автор приходит к выводу, что категория экономической зависимости, хотя ее правоприменителем зачастую является антимонопольный орган, образует самостоятельную категорию экономического права с растущей популярностью и функциональностью, а также с широкой сферой применения.



Ключевые слова

конкуренция, конкурентное законодательство, экономическая зависимость, злоупотребление экономической зависимостью, альтернатива, доминирующее положение и злоупотребление им, разумность

Для цитирования: Борзило Е.Ю. Концепция экономической зависимости в регулировании предпринимательской деятельности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 4. С.205–229. DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.205.229

Research article

Concept of Economic Dependence in Business Regulation



Evgeniya Yu. Borzilo

S.S. Alekseev Research Center of Private Law under the President of the Russian Federation, Moscow, Russia, borzilo@rambler.ru, <https://orcid.org/0000-0002-3832-9018>



Abstract

Economic dependence and prohibition of abuse thereof are traditional institutes of competition law. Although we cannot observe it in EU competition law, it exists and it is used very efficiently in many national laws. By prohibition of abuse of economic dependence it solves a crucial problem of prevention of abuse of dependent party position. The analysis is through and it embraces both law and practice. Comparing economic dependence and dominance as well as abuse thereof author identifies common and different features. Elements of power, influence on counterparties, ability to define their mode to conduct business and absence of any viable alternative are those in common. The different features are those connected with quantitative characteristics of the market dominance and the scale of the market power. Abuse of the economic dependence as well as abuse of market dominance also have much in common, especially if so called “contract related” abuses are in question. However author believes that the scope of the application of these prohibitions is absolutely different although the practices in question may look similar in similar situations. It is worth adding that prohibition of abuse of economic dependence covers and thus is capable to solve the problems that the prohibition of the abuse of dominance is unable to solve. In addition contract models admissible under traditional competition law are prohibited if applied to establish economic dependence or to abuse thereof. Upon the results of the comparison

author believes that economic dependence is one of the categories of the economic law with very wide application scope and high functionality.



Keywords

competition, competition law, economic dependence, abuse of economic dependence, dominant position and abuse thereof, alternative, reason.

For citation: Borzilo E. Yu. Concept of economic dependence in business regulation. *Law. Journal of the Higher School of Economics*. 2021, vol. 13, no. 4, pp. 205–229. (In Russ.). DOI: 10.17323/2072-8166.2021.4.205.229

Введение

Основой свободной конкуренции является независимость — как независимость самих конкурентов, так и независимость их контрагентов. Однако в реалиях современной экономики ни абсолютного равенства, ни абсолютной независимости не существует. Поэтому законодательство практически всех юрисдикций, и Россия здесь не исключение, содержит нормы, направленные на достижение баланса сторон в предпринимательской деятельности: за это отвечают нормы гражданского и антимонопольного законодательства. Но является ли это регулирование во всех случаях совершенным и полным? Данная статья посвящена исследованию специального правового регулирования отношений, которым присущ один из видов вид неравенства — экономическая зависимость. Для анализа использовано несколько научных методов, как общих (диалектика, анализ и синтез, абстрагирование и конкретизация), так и частных: историко-правовой, сравнительно-правовой, формально-логический, метод анализа документов. Поскольку исследование носит комплексный характер, ряд вопросов изучен как междисциплинарный, т.е. на стыке права и экономики. Учитывая экономическое содержание ряда элементов рассматриваемого правового института, анализ является сквозным: характеристики одного и того же института рассмотрены через призму различных законодательных и правоприменительных подходов.

1. Категория «экономическая зависимость» в законодательстве и правоприменении

Категория «экономическая зависимость» в российском законодательстве не определена, хотя используется в предпринимательском правоприменении. Так, п. 14 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации (далее — ВС РФ) от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возника-

ющих в связи с применением судами антимонопольного законодательства»¹ применительно к антимонопольным спорам подтверждается право участника гражданского оборота защищаться по правилам ст. 10 и 428 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), «в том числе по основаниям, связанным с неравенством переговорных возможностей, экономической зависимостью одной стороны договора от другой и несправедливостью условий договора, предложенных доминирующим на рынке субъектом». ВС РФ не определяет принадлежность данной категории к определенной отрасли законодательства, однако подчеркивает ее значимость применительно к спорам с занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектам.

Самостоятельной категории экономической зависимости нет в законодательстве Евросоюза, которое традиционно является источником имплементации норм конкурентного законодательства в российский правовой порядок. Однако в ряде публикаций можно видеть точку зрения: нормы об экономической зависимости являются следствием расширения национальных законодательств во исполнение европейских директив [Wachsmann A., Zacharie N., 2012: 112–115]. Не оспаривая эту позицию, обратимся непосредственно к первоисточнику.

Анализ национальных законодательств зарубежных стран позволяет выделить ряд юрисдикций, в которых данная категория давно живет самостоятельной и весьма продуктивной жизнью. В первую очередь, с учетом недавних поправок, обратимся к праву Германии. В 2013 году так называемая Восьмая поправка к Закону о борьбе с ограничениями конкуренции (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* — *GWB*)² ввела сразу несколько новых категорий рыночной власти и корреспондирующие запреты. Помимо непосредственно доминирующего положения Закон стал содержать категории: «относительная рыночная власть», которая означает такую зависимость от контрагента, при которой разумной возможности заменить его не существует; «более значимая рыночная власть», чем власть конкурента; непосредственно «зависимость». Зависимость поставщика от покупателя презюмировалась, если поставщик регулярно предоставлял покупателю не только скидки, но и вознаграждения в иной форме, если подобные преимущества другим не предоставлялись. Мы наблюдаем здесь, как законодатель использует косвенный критерий: существо отношений устанавливается посредством анализа внешних признаков.

До недавнего времени все три категории применялись со значительными оговорками: зависимыми могли быть признаны только средние и малые

¹ Available at: URL: <https://www.vsrfr.ru/documents/own/29742/> (дата обращения: 11.10.2021)

² Available at: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/> (дата обращения: 11.10.2021)

предприятия, в равной степени недобросовестное использование относительной или более значимой рыночной власти было запрещено только в их отношении.

Запреты при этом были специфичны: обладая относительной рыночной властью, нельзя было необоснованно ущемлять контрагента или дискриминировать его, у зависимых нельзя было требовать необоснованных преимуществ. Наличие слабого конкурента обязывало хозяйствующего субъекта в ряде случаев не использовать цены ниже собственных затрат, а также не вынуждать их повышать цены на смежных конкурентных рынках. Сразу же отметим особенность немецкого законодательства — это единственная юрисдикция из исследованных, где обнаружена норма, прямо направленная на защиту не только контрагентов, но и конкурентов. Таким образом, законодательство давало очевидно слабому участнику дополнительные гарантии, причем как в ходе конкуренции, так и при заключении и исполнении договоров³.

Однако в январе 2021 года правовое регулирование данной сферы в Германии претерпело изменения. Десятая поправка к GWB, которая в основном касалась цифровой сферы, расширила сферу использования категорий «зависимость» и «относительная рыночная власть» для всех случаев: пострадавший контрагент более не должен относиться к малым и средним предприятиям, защитная норма теперь общедоступна⁴. Это дополнение позволит существенно изменить ландшафт правоприменения, поскольку уравняет всех участников рынка. Обращает внимание предложенная немецким законодателем трактовка зависимости в связи с внесенным изменением: законодатель прямо признает, что в современной экономике «расклад сил» таков, что возможна эксплуатация одних сильных участников рынка другими, не менее сильными.

Дело в данном случае не только в том, что поправки стали частью так называемого «цифрового» пакета, направленного на пресечение злоупотреблений конкурентными преимуществами в сфере цифровых технологий, где сильные и слабые участники рынка могут постоянно меняться местами. С экономической точки зрения зависимость может быть свойственна любой отрасли: производитель, долгое время проработавший с одним дистрибьютором, становится от него зависимым в силу сложившихся стабильных экономических связей. Аналогично соглашения об эксклюзивности в долгосрочной перспективе приводят к возникновению экономически зависимой стороны, а, возможно, и к взаимной зависимости.

³ Available at: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/GWB.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (дата обращения: 13.06.2021)

⁴ https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s0002.pdf%27%5D__1611043118542 (дата обращения: 13.06.2021)

Норма о запрете злоупотребления экономической зависимостью активно используется. Одним из ярких дел последних лет является дело Edeka (дело о «свадебных предпочтениях»), когда новый приобретатель торговой сети, не имея обоснований, кроме факта приобретения данной инфраструктуры, затребовал у поставщиков игристых алкогольных напитков те же предпочтения (бонусы, скидки, отсрочки и т.п.), что и предыдущий владелец⁵. Зависимость поставщиков была установлена, в том числе и с учетом характеристик поставляемого товара: игристые алкогольные напитки не уникальны, круг их производителей очень широк, в него входят не только немецкие производители. Как было установлено, потребителю важен напиток сам по себе, в отличие от уникальных вин, а не напиток конкретного производителя. Следовательно, сеть имеет возможность быстро заменить поставщика, что будет незаметно потребителю, а производитель не так мобилен, он не обладает возможностью так же быстро войти в новую сеть.

Следующая юрисдикция, хоть и небольшая, но значимая с точки зрения исследования также хронологически — Бельгия. В 2020 году Бельгия ввела в экономическое законодательство нормы о запрете злоупотребления экономической зависимостью. В частности, Законом от 04.04.2019, вступившим в силу 22.08.2020, введена ст. IV.2/1 Бельгийского кодекса экономического права (CEL)⁶. Бельгийский подход сходен с близким автору французским: констатация экономической зависимости во многом через ту же безальтернативность, запрет злоупотребления ею, фактическое или потенциальное влияние на конкуренцию на бельгийском рынке. Формулировка следующая: запрещается одной или несколькими компаниям злоупотреблять экономической зависимостью, в которой одна или несколько компаний оказываются по отношению к ней (ним), поскольку это может повлиять на конкуренцию на бельгийском рынке или его существенной части. За нарушение налагается штраф в размере до 2% от консолидированного оборота компании-нарушителя в Бельгии. Как следует из открытых источников, в октябре 2020 года эта норма была применена без учета третьего критерия⁷. Обратим внимание на оговорку о влиянии на бельгийский рынок по двум причинам: во-первых, дословного аналога в немецком законодательстве нет, что важно для дальнейшего сравнения, во-вторых, аналогичную норму о влиянии на рынок как условие квалификации можно наблюдать в правилах, регулирующих поведение доминирующих хозяйствующих субъектов [Blox J., 2021: 322].

⁵ Available at: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-52bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=KVR%203/17&nr=80792> (дата обращения: 05.06.2021)

⁶ Available at: https://www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/20190404_loi_wet.pdf (дата обращения: 05.06.2021)

⁷ Available at: <https://www.klgates.com/The-Enforcement-of-Abuse-of-Economic-Dependence-in-the-EU-1-28-2021> (дата обращения: 13.06.2021)

Перейдем к источнику заимствования CEL — французскому законодательству, которое содержит, по сути, три запрета для участников рынка, обладающих властью на нем: запрет злоупотребления доминирующим положением, запрет злоупотребления экономической зависимостью и запрет дискриминационных практик. В интересующей нас части запрета злоупотребления экономической зависимостью предусмотрена оговорка — когда такое злоупотребление влияет или может повлиять на функционирование или структуру конкуренции (ч. 2 ст. 420-2 Французского торгового кодекса (далее — ФТК), т.е. бельгийское заимствование было практически полным⁸. Характерна разница во времени: в ФТК норма существует с 2001 года.

Как и в ранее рассмотренных случаях, экономическая зависимость во Франции — понятие комплексное. Экономически зависимым может быть признан клиент или поставщик, у которого нет выбора на рынке. Отсутствие альтернативного заменителя товара может быть связано с отсутствием на рынке конкуренции, низким уровнем спроса, характеристиками сети дистрибуции товара или его потребительскими свойствами. Французское Министерство экономики приводит следующие критерии экономической зависимости: значительность продаж, приходящихся на конкретного контрагента; известность торговой марки/популярность товара; важность сегмента рынка или самого контрагента; наличие или отсутствие альтернативы; совокупность факторов, приведшая к возникновению зависимости (самостоятельное решение или вынужденное).

Практика запрета широка, хотя и неоднородна, что является одной из причин ее частой критики [Marty F., Reis P., 2013: 582]. Одним из самых известных дел стало дело 2009 года в отношении Carrefour⁹, которая использовала целую систему инструментов для эксплуатации своих дистрибьюторов и расширения собственной торговой сети. С рядом дистрибьюторов Carrefour заключила франчайзинговый договор сроком на семь лет с возможностью его автоматического продления еще на такой же срок. Параллельно с франчайзингом подписывался еще один семилетний контракт, согласно которому дистрибьюторы обязывались вводить в оборот товары, произведенные под собственной торговой маркой Carrefour. Контракты заключались с разницей в один месяц, так что один них всегда был в силе. Отмена любого из контрактов влекла выплату существенной неустойки.

⁸ Available at: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000005634379/LEGISCTA000006113741/#LEGISCTA000006113741 (дата обращения: 14.06.2021)

⁹ Autorité de la Concurrence, Décision n° 10-D-08 du 3 mars 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité. Available at: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10d08.pdf> (дата обращения: 08.06.2021). Во всех случаях автор приводит ссылки на дела без детального пересказа их содержания и этапов рассмотрения для краткости изложения.

Кроме того, Carrefour планомерно входила в уставный капитал своих франчайзи с правом выкупа дополнительных акций/долей и увеличения своего участия. В дополнение к этим мерам, которые сами по себе создают зависимость в долгосрочной перспективе, франчайзинговые договоры предусматривали скидки за лояльность и обязанность соблюдать рекомендованные цены перепродажи.

Дело известно в первую очередь тем, что несмотря на очевидную созданную Carrefour системную зависимость, французский антимонопольный орган не установил ее существования. Правоприменитель пошел по пути дробного анализа договоров и, рассмотрев каждый договор по отдельности, пришел к выводу о его потенциальной прибыльности для отдельно взятого контрагента. Анализировать созданную Carrefour систему в целом Autorité de la Concurrence отказалась. Этот подход затем был раскритикован [Boy L., 2013: 586].

Однако в современных условиях данная норма стала действенным инструментом пресечения торговых практик, находящихся вне периметра формализованного запрета злоупотребления доминирующим положением. Так, в марте 2020 года французское антимонопольное ведомство оштрафовало Apple на 1,1 млрд. евро за злоупотребление экономической зависимостью своих премиальных дистрибьюторов. Дистрибьюторы премиум-класса экономически зависели от Apple, поскольку в контрактах содержалось условие об эксклюзивности, а клиенты Apple, как правило, лояльны. Apple злоупотребила этой экономической зависимостью, дискриминируя дистрибьюторов премиум-класса по сравнению с собственными торговыми точками Apple и более крупными розничными продавцами (например, супермаркетами). Система скидок для премиальных дистрибьюторов также была неопределенной, что не позволяло дистрибьюторам планировать торговые практики и существенно затрудняло их предпринимательскую деятельность¹⁰.

Очевидно, что за прошедшие годы французское антимонопольное ведомство изменило подход к анализу экономической зависимости: место анализа каждого отдельно взятого договора занял системный анализ последствий и анализ договорных моделей. В контексте экономической зависимости эта смена вектора важна и с другой точки зрения: как видно из приведенных примеров, экономическая зависимость конструируется с помощью методов, разрешенных в договорном праве. Ни один из видов договоров, и ни одна из моделей, примененных Carrefour и Apple не являются недопустимыми исключительно в рамках норм законодательства о договорах. Недопустимыми

¹⁰ Decision. № 20-D-04, 16 mars 2020, Apple. Available at: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-secteur-de-la-distribution-de-produits-de-0> (дата обращения: 09.06.2021)

их делают результаты использования, которые оцениваются с точки зрения законодательства о конкуренции.

Возможно, рекордсменом по срокам существования нормы о запрете злоупотребления экономической зависимостью в массиве предпринимательского законодательства является Италия. Здесь отметим интересный отраслевой подход: норма содержится в специальном законодательстве. Статья 9 итальянского Закона № 192 от 18.06.1998 (Закон о субподряде в производственной деятельности)¹¹ запрещает злоупотребление экономической зависимостью одной или нескольких компаний. Зависимым может быть признан как поставщик, так и его контрагент. Зависимость определяется как дисбаланс в правах и обязанностях в коммерческих отношениях. При оценке экономической зависимости также принимается во внимание возможность найти удовлетворительную альтернативу на том же товарном рынке. Несмотря на то, что категория отраслевая — субподряд в производственных отношениях (хотя в этом случае термин «производственные отношения» объемён), компетентным административным правоприменителем является итальянский антимонопольный орган (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, далее — AGCM). Он же уполномочен налагать административное взыскание и применять предупредительные меры в этом случае. Защищаться от данной формы злоупотребления допустимо также в суде через запретительные меры и требования о взыскании убытков.

Характерно, что норма активно применяется. Так, в ноябре 2020 года AGCM начало расследование в отношении группы Benetton (возглавляемой Benetton Group S.r.l.)¹² за предполагаемое злоупотребление экономической зависимостью на рынке одежды. AGCM сосредоточило свое внимание на двух франчайзинговых соглашениях, заключенных с независимым розничным продавцом продукции под брендом Benetton. Согласно AGCM, Benetton влияла, помимо прочего, также на организационную структуру своих франчайзи, делая ее менее гибкой, а также влияла на стратегический выбор розничного продавца, например, на определение предложений продажи и заказов на закупку, не только с точки зрения сроков, но и количества. Тем самым франчайзи был лишены возможности самостоятельно определять свою коммерческую практику на рынке. На момент подготовки настоящей статьи дело еще не рассмотрено до конца, однако конечный результат будет безусловно интересен.

¹¹ Available at: <https://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/dettaglio?id=58e16284-f1d9-4712-9db9-cfcf13959ec4&parent=Normativa&parentUrl=/competenze/tutela-della-concorrenza/normativa> (дата обращения: 10.06.2021)

¹² Available at: <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2020/11/A543>; <https://www.idi-project.com/news/italy-critical-remarks-investigation-opened-agcm-against-benetton-abuse-economic-dependence> (дата обращения: 11.06.2021)

2. Характеристики экономической зависимости

Проведенный обзор позволяет сделать ряд промежуточных выводов общего характера в отношении иностранных юрисдикций и самой категории «экономическая зависимость», которые затем попробуем экстраполировать на российское правоприменение и реальность. В первую очередь: категория экономической зависимости не является в зарубежном правоприменении ни новой, ни экстраординарной. Из законодательных определений и правоприменительной практики можно вывести основные сущностные характеристики экономической зависимости: безальтернативность, дисбаланс в предпринимательских отношениях и, как следствие, несамостоятельность зависимого хозяйствующего субъекта.

Безальтернативность во всех случаях — это не абсолют, у нее есть пределы. У контрагентов может быть техническая и юридическая возможность расторгнуть договор, прекратить не устраивающие коммерческие отношения и найти нового поставщика, возможно, с новой договорной моделью. При этом даже на законодательном уровне заложена условность этой альтернативы, где базовым критерием становится экономическая разумность. Штрафные неустойки, которые могут быть предусмотрены условиями договора с экономически более сильным контрагентом, могут выступать в качестве серьезного экономического аргумента против прекращения договорных отношений. Однако потери от выплаты неустойки потенциально восполнимы в средне- или долгосрочной перспективе по результатам сотрудничества с другим контрагентом, который не будет навязывать свою стратегию и требовать предоставления преимуществ.

В условиях конкуренции (а в ситуации экономической зависимости конкуренция все же существует) возможности избежать навязывания путем смены модели сотрудничества и переход к конкуренту не могут не учитываться. Однако как оценить этот фактор конкуренции? Правоприменительная практика исходит из того, что факт конкуренции — между поставщиками или между их контрагентами — не означает, что альтернатива есть. Не отрицая свободу каждого участника рынка в выборе контрагента, законодательство и правоприменительная практика констатируют экономическую трудность смены контрагента как обязательное условие установления экономической зависимости [Wagner von Papp F., 2018: 225-264].

Причины этой экономической трудности (читай — невыгодности) могут быть самыми разными, как например, экстраординарная лояльность покупателей в деле Apple, или долгий срок сотрудничества с предыдущим собственником и невозможность быстро перенаправить потоки товара на другие торговые точки при низкой потребительской лояльности, как в деле Edeka. При всем своем разнообразии причины всегда имеют экономическую

основу и должны быть разумными. Кроме того, крайне важно, что в данном случае мы наблюдаем не власть на рынке, а власть над конкретным контрагентом, что, кстати, во многом разграничивает злоупотребление экономической зависимостью и злоупотребление доминирующим положением.

Следствием безальтернативности является дисбаланс в отношениях между сторонами. Сильная сторона в данном случае обладает большими переговорными возможностями и как следствие может навязывать свою политику другой, слабой стороне. В зарубежном правоприменении этот термин зачастую обозначается как *superior bargaining position* (SBP) и во многих случаях считается разновидностью экономической зависимости либо полностью с нею ассоциируется. В 2008 году International Competition Network¹³ выпустила большой обзор практики законодательного закрепления и разрешения споров, связанных с регулированием SBP, где классифицировала несколько групп юрисдикций: юрисдикции, где специальные положения об SBP отсутствовали; где вопросы SBP были поглощены категорией «экономическая зависимость»; где SBP регулировалась самостоятельно.

Отметим, что для России ICN усмотрела регулирование SBP в нормах законодательства о конкуренции, что само по себе спорно. Исследование проводилось до внесения изменений в часть 1 ГК РФ, поэтому привести соответствующие нормы ICN на тот момент технически мы не могли, однако, как представляется, Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹⁴ (далее — Закон о защите конкуренции) в очень малой степени регулирует и вопросы экономической зависимости, и вопросы SBP.

Характерно, что SBP и способность эффективно вести переговоры не эквивалентны: компания может квалифицированно проводить переговорную кампанию, отстаивать свои интересы и все равно находиться в дисбалансе по отношению к своему контрагенту. Так было в деле Edeka: производители игристых вин успешно провели переговоры с торговой сетью, добились некоторых результатов, но все равно дали сети требуемую и ничем не обоснованную скидку. В этом деле именно успешные переговоры стали одним из камней преткновения, поскольку Высший суд Дюссельдорфа расценил их как доказательство отсутствия дисбаланса и зависимости, с чем впоследствии Федеральный суд не согласился.

На практике эффективность переговорной позиции обеспечивается не только положением компании, но конъюнктурой в точке времени, когда ве-

¹³ ICN Special Program for Kyoto Annual Conference Report on Abuse of Superior Bargaining Position Prepared by Task Force for Abuse of Superior Bargaining Position, ICN 7th annual conference, 14-16.04.2008. Available at: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/11/SP_ASBP2008.pdf (дата обращения: 07.06.2021)

¹⁴ СЗ РФ. 2006. №31 (1 ч.). Ст. 3434

дуются переговоры, и в значительной степени квалификацией сотрудников, т.е. зависит от субъективных факторов. Дисбаланс в коммерческих отношениях и свойственная ему SBP одного из участников правоотношений не точечное явление — она является следствием глобальной ситуации, которая складывается из нескольких постоянных компонентов (используемая сторонами договорная модель, общее состояние конкуренции на рынке, состав и количество его участников, характеристики товара, уровень и интенсивность потребительского спроса, доступные каналы дистрибуции). Наличие дисбаланса является одним из факторов потери самостоятельности слабого контрагента.

Снижение самостоятельности (не полное ее отсутствие) является не столько признаком, сколько следствием экономической зависимости. В отношениях с сильным контрагентом зависимый хозяйствующий субъект лишается возможности определять свою торговую политику без оглядки на сильного контрагента. Причем эта несамостоятельность может быть как «тактической» (как в случае с Opel, отказавшейся раскрывать особенности своего нового программного обеспечения большинству дилеров¹⁵), так и «стратегической» (Benetton и потенциальная невозможность его контрагентов самостоятельно планировать собственную деятельность в долгосрочной перспективе).

Выявив характеристики экономической зависимости, необходимо ответить на ряд практических и теоретических вопросов. В первую очередь необходимо определить отраслевую принадлежность института экономической зависимости и запрета злоупотребления ею. На первый взгляд, ответ очевиден: это часть антимонопольного законодательства / законодательства о конкуренции. Первая причина, лежащая на поверхности, — место нахождения соответствующей нормы: законы, регулирующие правила конкуренции. Во Франции запрет злоупотребления экономической зависимостью и запрет злоупотребления доминирующим положением даже включены в одну норму ФТК (ст. 420-2). Второй признак — правоприменитель. Даже если норма не является формально частью законодательства о конкуренции, как, например, в Италии, административным правоприменением занимается антимонопольный орган. Однако такой подход формален, неоправданно сужает сферу применения нормы и искажает ее смысл, а также опровергается при расширении «выборки» юрисдикций.

В Греции злоупотребление экономической зависимостью регулируется Законом № 146/1914 «О недобросовестной конкуренции». Закон запрещает злоупотребление одним или несколькими предприятиями экономической зависимостью, которая связывает одного хозяйствующего субъекта с дру-

¹⁵ Там же.

гим, не имеющим какой-либо эквивалентной альтернативы. Первоначально запрет на злоупотребление отношениями экономической зависимости содержался в законодательстве о конкуренции, в 1995 году эта норма была исключена, затем последовала долгая история возвращений и исключений, в результате чего в 2009 году она была включен в упомянутый закон, что в итоге привело к плачевным результатам [Truli E., 2017: 579–585].

Ответ на вопрос лежит в понимании назначения законодательства о конкуренции и его места в системе норм права. Традиционное восприятие законодательства о конкуренции как административного и направленного, в первую очередь, на защиту публичных интересов [Petersen N., 2013: 600–636], в значительной степени устарело. В отличие от, например, налоговых правоотношений, в случае с правилами конкуренции государство не является обязательным участником, отношения конкуренции складываются в первую очередь между предпринимателями.

Абсолютное большинство правил конкуренции регулирует именно отношения в ходе заключения, исполнения или прекращения гражданско-правовых договоров, в том числе и запрет злоупотребления доминирующим положением, с которым наиболее часто ассоциируют вопросы экономической зависимости. Безусловно, ряд норм об экономической зависимости имеет квалифицирующее условие «влияние на рынок или существенную его часть» (например, Франция и Бельгия), которое в европейском понимании также указывает на публичный интерес [Šmejkal V., 2015: 38–40]. Однако предметом довольно детального регулирования являются именно гражданско-правовые договоры. Кроме того, во всех изученных юрисдикциях допускается и самостоятельное принудительное исполнение норм законодательства о конкуренции, в том числе и нормы об экономической зависимости. Таким образом, законодательство о конкуренции является частью предпринимательского, или, как его называют, экономического законодательства.

3. Соотношение экономической зависимости и доминирующего положения

Поняв отраслевую принадлежность, можно провести разграничение между данной категорией и другой, наиболее близкой к ней — доминирующее положение. Для этого необходимо обратиться к содержанию данного института и ограничениям предпринимательской деятельности, с ним связанными. В отличие от экономической зависимости, при идентификации доминирующего положения существенное значение имеет соотношение количественных и качественных показателей. Здесь анализ следует проводить с учетом не только национального законодательства, но и законодательства ЕС [Jones A., Surfin.B., 2014: 6–15].

В знаковом для определения концепции доминирующего положения деле *United Brands*¹⁶ суд указал, что: «Доминирующее положение... означает экономическую силу, которая позволяет не допускать эффективную конкуренцию, предоставляя возможность действовать независимо от конкурентов, клиентов и в конечном итоге — от потребителей». В общепринятую европейскую практику входит использование системного анализа, особенно в отношении высокотехнологичных и наукоемких отраслей, где речь идет не о борьбе на рынке, а борьбе за него [Graef I., 2016: 23].

Европейская доктрина и правоприменительная практика, описывая признаки доминирующего положения, говорят, что доминирующая фирма с такой рыночной властью могла бы устанавливать свои цены на сверхконкурентном уровне, продавать некачественные продукты или снижать уровень инноваций до более низкого уровня, чем на конкурентном рынке. Согласно европейскому законодательству о конкуренции, занятие доминирующего положения не является незаконным, поскольку оно может быть достигнуто законными средствами конкуренции, например, путем разработки и продажи более качественного продукта [Cayot M., Depincé M., Mainguy D., 2019: 248–260]. Европейская система контроля за слияниями (процедура контроля за слияниями) отличается от этого принципа тем, что запрещает объединенным предприятиям приобретать или укреплять доминирующее положение посредством концентрации. Доминирующее положение также могут совместно занимать два или более независимых хозяйствующих субъекта, связанных экономическими связями на данном рынке¹⁷.

Доминирующее положение не означает полного отсутствия конкуренции, но позволяет обладающему властью хозяйствующему субъекту, который извлекает из нее преимущества, оказывать существенное влияние на условия конкурентной борьбы [Stoffel-Munck O., 2000: 35]; [Ramos J.M., 2020: 67]. Значительная доля на рынке является одним из доказательств того, что хозяйствующий субъект занимает доминирующее положение и может самостоятельно эту власть реализовывать. При оценке доли на рынке как критерия доминирующего положения предусмотрен многофакторный подход, основанный, впрочем, на опровержимой презумпции. О доминирующем положении свидетельствуют: доля участия на рынке, превышающая 30%; наличие всего двух конкурентов при том, что доля потенциально доминирующего хозяйствующего субъекта превышает их доли на 5%; принадлежность к четверем самым крупным участникам рынка при превышении их

¹⁶ Case 27/76 [1978]. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0027> (дата обращения: 13.06.2021)

¹⁷ Для целей сфокусированности анализа намеренно не включаются в сферу вопросы коллективного доминирующего положения.

долей на 5% (при этом совокупная доля участников должна составлять не менее 80%)¹⁸.

В принципе такой же подход можно наблюдать и на национальном уровне. Бельгийское антимонопольное законодательство определяет доминирующее положение как экономическую власть, не допускающую эффективной конкуренции на рынке в силу положения и степени независимости от конкурентов, поставщиков и покупателей, которой пользуется ее обладатель. Процедура определения доминирующего положения включает в себя, помимо оценки рынка, еще изучение характеристик спроса.

Очень подробное описание доминирующего положения можно наблюдать в немецком законодательстве. По ст. 18 GWB Компания является доминирующей там, где как поставщик или покупатель определенного товара на продуктовом или географическом рынке и географическом рынке она не имеет конкурентов совсем либо не подвергается какой-либо существенной конкуренции, или занимает лидирующую позицию на рынке по отношению к своим конкурентам. Причем рынок, на котором товар вводится в оборот бесплатно, должен быть включен в сферу исследования. При оценке рыночной позиции предприятия по отношению к его конкурентам необходимо учитывать, в частности: собственную долю на рынке, параметры финансовой устойчивости, доступ к рынкам и каналам дистрибуции, торговые связи с другими предприятиями, юридические или фактические барьеры для выхода на рынок других компаний, фактическую или потенциальную конкуренцию со стороны предприятий, способность доминирующего хозяйствующего субъекта смещать свое предложение или спрос на другие товары, способность потребителя заменить товар в личном или коммерческом потреблении. В частности, в случае многосторонних рынков и сетей при оценке рыночной позиции компании также принимаются во внимание: прямые и косвенные сетевые эффекты, параллельное использование услуг от разных поставщиков и затраты на переключение для пользователей, эффект масштаба предприятия, возникающий в связи с сетевыми эффектами, доступ предприятия к данным, имеющим отношение к конкуренции, конкурентное давление, обусловленное инновациями [Mongouachon C., 2012: 403–408]. Компания считается доминирующей, если ее рыночная доля составляет не менее 40%.

Французское законодательство содержит подход, идентичный принятому в ЕС: в нем есть запрет злоупотребления доминирующим положением, идентификация которого отдана на откуп правоприменительным органам. Если доли конкурентов компании не превышают 10%, антимонопольное ведомство может признать ее положение доминирующим. Однако соотно-

¹⁸ См., например: Council Regulation (EC) № 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), OJ C 366, 14.12.2013. P. 1–22.

шение долей 45% к 35% не дает возможность определить, занимает ли компания доминирующее положение на рынке, обладает ли достаточной властью на нем. Если доля компании составляет 45%, а ее конкурента — 37%, критерий размера доли окажется недостаточным — необходимо будет использовать дополнительные факторы (динамический подход, применяемый при оценке власти на рынке), учитывать финансовое состояние компании в целом [Vogel J., Vogel L., 2015: 13–26].

Приведенные определения доминирующего положения позволяют выделить схожие и отличные черты экономической зависимости и доминирующего положения.

Может показаться, что между качественными характеристиками доминирующего положения и экономической зависимости много общего. В первую очередь они в той или иной форме опосредуют власть. Вторая сходная черта — относительная независимость сильной стороны. Сильная сторона может диктовать условия слабому контрагенту, может определять его политику на рынке, может действовать вне зависимости от конкурентов. Как видно из приведенных примеров экономической зависимости, сильная сторона действует без опасения потерять контрагента. Аналогично и в случае с доминирующим положением его обладатель действует полностью автономно, вполне может пренебрегать намерениями и конкурентов, и контрагентов¹⁹. Однако степень власти и широта действий не идентична. Еще одна схожая черта, скорее относящаяся уже к внешним характеристикам: и доминирующее положение, и экономическая зависимость не подразумевают отсутствия конкуренции (за исключением абсолютной формы доминирующего положения — монополии). На примере немецкого законодательства можно также наблюдать следующую схожую черту: множественность факторов, которые формируют и экономическую зависимость, и доминирующее положение. Так в чем же разница?

В первую очередь это уже упомянутая диверсификация качественных и количественных критериев. В отличие от экономической зависимости, доминирующее положение определяется не только на основании качественных, но и количественных критериев, которые зачастую имеют приоритетное значение [Geradin D., Layne-Farrar L., Petit N., 2021: 68]. Количественные критерии не сдают своих позиций, прежде всего благодаря обманчивой простоте их применения. Далее следует упомянуть разницу в характеристиках власти. Если в случае с экономической зависимостью это исключительно власть над конкретным контрагентом, то доминирующее положение характеризуется властью на рынке в целом, следствием которой помимо прочего может быть в том числе и власть над контрагентом. Немногочисленные

¹⁹ См., например. Tetra Pak International v. Commission. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61994CJ0333> (дата обращения: 06.06.2021)

различия хоть и кажутся незначительными, в действительности являются капитальными. И дело не только в доле на рынке как формальном элементе, препятствующем «слиянию» двух понятий. Из приведенных определений видно, что качественный критерий доминирующего положения является ключевым, а количественный — доля на рынке — дополнительным, хотя и часто применяемым, популярным и функциональным. Однако в действительности качественные критерии описывают принципиально разные ситуации и принципиально разную власть: возможность определять условия обращения товара на всем товарном рынке, действовать без учета интересов конечного потребителя (доминирующее положение) не идентична возможности извлекать преимущества из слабости контрагента, управляя им в собственных интересах (экономическая зависимость).

Поэтому и инструменты создания зависимости зачастую не линейны и еще более многофакторны, чем инструменты создания доминирующего положения. Последнее зачастую создает не только сам хозяйствующий субъект, но и рыночная инфраструктура: построить доминирующее положение на рынке с низкими входными барьерами невозможно, в равной степени это невозможно на высоко конкурентных рынках [Maitland-Walker J., 1995: 128]. Экономическая же зависимость всегда создается на конкурентных рынках, барьеры входа на них могут и не иметь значения, не зря самые частые примеры экономической зависимости — это отношения между поставщиками и сетями, а также отношения на так называемых цифровых рынках. Кроме того, основной, если не единственный инструмент создания и эксплуатации зависимости — это коммерческие отношения, в частности, используемые договорные модели. Причем, как показывает приведенная выше практика, это модели зачастую комплексные, включающие в себя, на первый взгляд, легитимный и безопасный с антимонопольной точки зрения механизм франчайзинга. Поэтому дела, связанные с вопросами экономической зависимости, даже сложнее, чем «просто» антимонопольные дела.

4. Злоупотребление экономической зависимостью: отдельные запреты и особенности их применения

Перейдем к более детальному анализу сферы использования категории «экономическая зависимость». Это, как уже отмечалось, запрет злоупотребления ею. Так, ст. 19 и 20 GWB специально запрещают прямо или косвенно применять недобросовестные торговые практики к экономически зависимому контрагенту, а также применять к нему отличающиеся от стандартных договорные условия без надлежащего обоснования. В равной степени запрещено требовать от контрагента необоснованных преимуществ, принимая во

внимание наличие или отсутствие пропорциональных оснований для такого требования.

ФТК (ст. 420-2, 442-1-442-3) запрещает злоупотребление экономической зависимостью, которое может выражаться в отказе от заключения договора, в навязывании дополнительных товаров и дискриминационных практиках, в частности: предоставление необоснованных преимуществ, наложение дополнительных обременений, несоразмерные штрафы, отказ от поставки при не подтвержденной задолженности, запрет на уступку прав третьим лицам, запрет на предоставление необоснованных преимуществ конкуренту контрагента и многое другое. Статья 442-3 ФТК объявляет договоры, содержащие перечисленные в ней дискриминационные условия, недействительными.

Бельгийский CEL предусматривает, в частности, следующие запрещенные формы злоупотребления экономической зависимостью: отказ в приобретении, продаже или других условиях договора; прямое или косвенное использование неравных ценовых и неценовых условий договора; ограничение производства, точек продаж или технологической поддержки, если это наносит вред конечному потребителю; применение неравных условий к эквивалентным услугам по отношению к контрагентам, тем самым ставя их в невыгодное положение с точки зрения конкуренции; обуславливание заключения контрактов принятием экономическими партнерами дополнительных услуг, которые по своему характеру или в соответствии с коммерческим использованием не имеют отношения к предмету таких договоров (связанные продажи).

В соответствии с итальянским законодательством одной из форм злоупотребления экономической зависимостью является дискриминация, наряду с ней — неоправданно обременительные договорные условия, а также произвольный разрыв устоявшихся коммерческих отношений. Характерно, что подобная сделка по итальянскому законодательству является ничтожной.

Из формулировок запретов можно сделать несколько выводов. Первый — закрытого списка форм злоупотребления экономической зависимостью не существует. Второй — запрет направлен на регулирование договорных отношений; все формы злоупотребления экономической зависимостью так или иначе имеют отношение к заключению, исполнению или расторжению договоров. Очевидно, эти запреты крайне близки к договорным запретам для хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение. Даже если мы обратим внимание на российский Закон о защите конкуренции, в его ст. 10 мы найдем достаточное количество идентичных по существу, но не идентичных по формулировкам запретов. Снова встает вопрос: зачем нужно было создавать целую ветвь законодательства для регулирования отношений, вроде бы уже урегулированных объемным законодательством о конкуренции, и к тому же с тем же правоприменительным органом (антимонопольным ведомством)? Ответ прост — с самого начала создания евро-

пейского законодательства о конкуренции раздавалась критика «дыры» в конкурентном регулировании: существует ограничитель недобросовестных торговых практик уже занимающих доминирующее положение компаний, однако для компаний, стремящихся к нему, подобных ограничителей нет²⁰.

Как уже было показано, содержание понятий «экономическая зависимость» и «доминирующее положение» значительно отличаются, в равной степени различаются механизмы и соответствующих злоупотреблений. Нормы об экономической зависимости и злоупотреблении ею направлены на достижение рыночного равновесия в тех случаях, когда стороны экономически не равны, а юридических средств для достижения равенства недостаточно. При этом европейские взгляды на институт экономической зависимости не единодушно одобрительны. Очевидно, что критиковать много лет существующую, а сейчас обретающую второе дыхание норму не имеет смысла. Однако вызывает удивление попытка разграничить эти два запрета по критерию направленности на общее благо и некий аморфный баланс рынка (запрет злоупотребления доминирующим положением) и критерию баланса в торговых отношениях (запрет злоупотребления экономической зависимостью) [Di Porto F., Podszun R., 2018: 157–184]. С точки зрения автора очевидно, что необоснованное ущемление или дискриминация одного участника в долгосрочной перспективе повлечет за собой последствия для всего рынка, рынок и его участники существуют во взаимосвязи и не в вакууме. В этом плане российский подход, заложенный в ст. 10 Закона о защите конкуренции, отчасти отвечает европейским веяниям, так как норма направлена и на защиту рынка, и на защиту экономически слабой стороны, однако экономически зависимую сторону она все же защищает лишь от хозяйствующего субъекта, чье положение формально признано доминирующим. Именно эту важную, но не единственную цель антимонопольного законодательства преследует норма о запрете злоупотребления экономической зависимостью. Поэтому ее применение в большинстве исследованных случаев отдано на откуп антимонопольному органу со всеми возможностями расследования и принятия им оперативных мер.

Объективности ради следует отметить, что в российском законодательстве была предпринята попытка сформулировать особые правила для отдельных рынков, где наличие экономической зависимости, вероятно, презюми-

²⁰ Röller L.-H. Exploitative Abuses. 12th Annual Competition Law and Policy Workshop Robert Schuman Centre, 8-9 June 2007 EUI, Florence. Available at: <https://www.eui.eu/Documents/RS-CAS/Research/Competition/2007ws/200709-COMPed-Roeller.pdf> (дата обращения: 06.06.2021). Способ разрешения данной проблемы автором предложен не вполне корректный: широко толковать норму о запрете злоупотребления доминирующим положением, пресекая антиконкурентные практики, которые приводят к возникновению доминирующего положения и устранению с рынка его участников. Европейская практика по этому пути в итоге не пошла.

ровалось. Это Федеральный закон от 28.12.2009 № 381-ФЗ «О государственном регулировании торговой деятельности»²¹, где для торговых сетей во взаимоотношении с поставщиками предусмотрен ряд специальных правил. Статьи 9 и 13 Закона запрещают ряд договорных условий (взимание или внесение платы за право поставок, за изменение ассортимента, возмещение расходов в связи с утратой товара после перехода права собственности на него с определенными оговорками, расходов, связанных с утилизацией или уничтожением непроданных продовольственных товаров), а также дискриминационные условия, которые определяются в соответствии с Законом о защите конкуренции. Норма также запрещает создавать препятствия для доступа на рынок или выход с него; нарушать установленный нормативными актами порядок ценообразования, навязывать условия об эксклюзивности, об ответственности за непредоставление таких же выгодных условий, как уже предоставленные иным контрагентам, условия, не относящиеся к предмету договора, использовать агентские или комиссионные схемы реализации товара. За нарушение правил предусмотрена административная ответственность в форме фиксированного штрафа, правоприменителем является антимонопольный орган.

Даже беглый анализ норм позволяет выделить две специфические характеристики: схожесть запретов и с нормами ст. 10 Закона о защите конкуренции, и сущностное сходство с нормами зарубежного законодательства о запрете злоупотребления экономической зависимостью контрагента (например, формулировки дискриминационных практик в ФТК). Однако данный закон, неоднократно раскритикованный, все же не привел к балансу в регулируемой им сфере. Причина тому — метод регулирования, выбранный в данном случае: перечисление точечных частных запретов без определения общего правила. Российский подход к правоприменению в большинстве случаев основан на позитивном понимании права: если есть формальный запрет, его обход нарушением не считается. В отсутствие общего правила, позволяющего идентифицировать соотношение сил в отношениях между сетями и поставщиками, а также общей формулировки пределов допустимого в договорной деятельности, перечисление частных запретов мало эффективно. Российский законодатель в данном случае действует полумерами: прописывает частное, но умалчивает об общем.

5. Договорное право и запрет злоупотребления экономической зависимостью

Еще один важный аспект — соотношение непосредственно законодательства о заключении, исполнении и прекращении договоров с нормами

²¹ СЗ РФ. 2010. № 3. Ст. 2.

законодательства об экономической зависимости. Анализ позволяет сделать ряд существенных важных выводов. В первую очередь и этот тезис во многом верен и для классических институтов законодательства о конкуренции (антиконкурентные соглашения, доминирующее положение, недобросовестная конкуренция в широком смысле). Законодательство о конкуренции содержит ограничения свободы договора, которые допускаются предпринимательским законодательством. При этом, как это видно из законодательства различных юрисдикций, нет запретов на применение отдельных видов договора (исключение — Россия с запретом на посреднические договоры для торговых сетей), однако есть ограничение на использование определенных предпринимательских практик (в первую очередь тех, которые могут быть отнесены к дискриминационным). При этом оценке подлежит не соответствие договоров или действий, совершаемых для их заключения или исполнения императивным требованиям гражданского законодательства (форма договора, требования о регистрации и т.п.), а последствия применения тех или иных договоров для отдельных участников рынка с позиций справедливости.

При этом у норм о запрете злоупотребления экономической зависимостью есть интересная особенность: во многих случаях инструментом создания зависимости или механизмом реализации злоупотребления ею послужили франчайзинговые договоры, т.е. договоры, содержащие элементы авторского права. Во многих юрисдикциях, например в России, такие соглашения исключены из сферы запретов и к ним применяются антимонопольные иммунитеты. Однако в случае с экономической зависимостью мы наблюдаем абсолютно иной подход правоприменителя: даже в закончившихся с различным результатом делах Carrefour и Apple антимонопольное ведомство изучало содержание договоров франчайзинга, оценивало их последствия для определения наличия зависимости, а не применило автоматически антимонопольный иммунитет.

Следующий немаловажный вопрос в части соотношения норм об экономической зависимости и запрете злоупотребления ею относится к оценке техник навязывания, управления переговорными позициями и SBP в ходе преддоговорного переговорного процесса.

Несмотря на нормы законодательства практически всех юрисдикций о порядке ведения переговоров (в России, например, это ст. 434.1 ГК РФ), требований о добросовестности сторон при их проведении, которые также теоретически могут защитить экономически зависимую сторону, их практическое применение в краткосрочной перспективе малоэффективно, поскольку обеспечивается только судом, а это означает время и издержки. Основная задача любого бизнеса — не судиться, а бесперебойно функционировать и оперативно решать поставленные задачи. Поэтому в острой фазе злоупотре-

бления зависимостью применение специального запрета и вмешательство правоприменительного органа могут дать более весомые результаты и превентивный эффект, при условии, конечно, что это вмешательство будет качественным.

Последнее, что отметим перед подведением итогов — растущий интерес к внедрению и применению института экономической зависимости и запрета злоупотребления ею. Он помогает решить задачу достижения баланса и добросовестности участников гражданского оборота в тех отраслях, где бесспорно и предпринимательское, и конкурентное, и зачастую отраслевое законодательство: деятельность торговых сетей и цифровая сфера. Причем в последнем случае речь не гигантах (Facebook и т.д., действия которых чаще рассматриваются с позиции злоупотребления доминирующим положением), а о средних цифровых платформах и всевозможных маркетплейсах, зависимость от которых поставщиков и покупателей только возрастает. В условиях растущего спроса на дистанционную торговлю нет оснований думать, что эта зависимость в ближайшей перспективе пойдет на убыль. Отсюда и «цифровые» пакеты с нормами об экономической зависимости, и просто внедрение этой нормы в отрыве от цифры. Уже не раз цитированный GWB (ст. 18) содержит ряд специальных норм, направленных на оценку положения на цифровых рынках, однако без отсылки к тому, что такое положение должно быть оценено как доминирующее.

Некоторое время назад Россия пыталась разрешить вопросы регулирования конкуренции в цифровой сфере: ФАС сделала весьма неуклюжую попытку описать доминирующее положение на цифровых рынках, которая, к счастью, не удалась. Возможно, имеет смысл изменить подход, и раз уж российское законодательство о конкуренции зиждется на заимствованиях, расширить соответствующее поле изучения.

Заключение

Институт экономической зависимости — традиционный институт предпринимательского права, сформулированный в законодательстве о конкуренции либо в смежном с ним отраслевом законодательстве. Несмотря на то, что проводить расследования и применять санкции уполномочен, как правило, антимонопольный орган, институт предназначен для защиты прав участников рынка от сильного контрагента и для установления баланса в их отношениях, поэтому самостоятельное правоприменение в случае с злоупотреблением экономической зависимостью в судебном порядке возможно и доступно, хотя и не всегда действенно в краткосрочной перспективе. Экономическую зависимость формирует совокупность качественных критериев, в том числе безальтернативность; значимое место занимают также характери-

стики товара и параметры товарного рынка. Запрет злоупотребления экономической зависимостью применяется к недобросовестным договорным практикам и не аналогичен запрету злоупотребления доминирующим положением, поскольку направлен на установление баланса в неидентичных ситуациях при заключении или исполнении предпринимательских договоров. В условиях современной экономики институт экономической зависимости, будучи определенно более гибким и менее формальным, чем доминирующее положение, открывает широкие возможности для достижения баланса между сильными и слабыми участниками рынка и свободы предпринимательства.



Список источников

1. Blocx J. Belgian Prohibition of Abuse of Economic Dependence Enters into Force. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, vol. 12, no. 4, pp. 322–329.
2. Boy L. Abus de dépendance économique: Reculer pour mieux sauter? *Revue Lamy de la Concurrence*, 2010, no. 23, pp. 21–93.
3. Cayot M., Depincé M., Mainguy D. *Droit de la concurrence*. Paris: LexisNexis, 2019. 446 p.
4. Di Porto F., Podszun R. *Abusive Practices in Competition Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2018. 552 p.
5. Geradin D., Layne-Farrar L., Petit N. *EU Competition Law and Economics*. Oxford: University Press, 2012. 600 p.
6. Graef I. *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility (International Competition Law)*. Alphen an den Rijn: Wolters Kluwer, 2016. 440 p.
7. Jones A., Surfin. B. *EU competition law*. Oxford: University Press, 2014. 1331 p.
8. Maitland-Walker J. *Competition law of Europe*. L.: Butterworths, 1995. 425 p.
9. Marty F., Reis P. Une approche critique de contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économique par l'abus de dépendance économique. *Revue Internationale de Droit Economique*, 2013, vol. 4, pp. 579–588.
10. Mongouchon C. *Abus de position dominante et secteur public: L'application par les autorités de concurrence du droit des abus de position dominant*. Brussels: Bruylant, 2012. 804 p.
11. Ramos J.M. *Firm Dominance in EU Competition Law: The Competitive Process and the Origins of Market Power (International Competition Law)*. Alphen an den Rijn: Wolters Kluwer, 2020. 360 p.
12. Petersen N. Antitrust Law and the Promotion of Democracy and Economic Growth. *Journal of Competition Law & Economics*, 2013, vol. 9, no. 3, pp. 563–636.
13. Šmejkal V. Competition law and the social market economy goal of the EU. *International Comparative Jurisprudence*, 2015, vol. 1, no. 1, pp. 38–40.
14. Stoffel-Munck O. *Essai sur une théorie de l'abus*. Paris: LGDJ, 2000. 628 p.
15. Truli E. Relative Dominance and the Protection of the Weaker Party: Enforcing the Economic Dependence Provisions and the Example of Greece. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, vol. 8, no. 9, pp. 579–585.

16. Vogel J., Vogel L. *La négociation commerciale: depuis la loi Hamon*. Bruxells: Bruylant, 2015. 336 p.

17. Wachsmann A., Zacharie N. Abus de dépendance économique- Refus d'achat — clauses d'exclusivité: l'Autorité de la concurrence rejette une saisine pour rupture abusive des relations commerciales, mais renvoie le dossier à l'instruction en ce qui concerne l'examen de clauses d'exclusivité et de leurs effets potentiellement anticoncurrentielles. *Conurrences*, 2012, vol. 3, pp. 112–115.



References

1. Blox J. (2021) Belgian Prohibition of Abuse of Economic Dependence Enters into Force. *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 12, no. 4, pp. 322–329.
2. Boy L. (2010) Abus de dépendance économique: Reculer pour mieux sauter? *Revue Lamy de la Concurrence*, no. 23, pp. 21–93.
3. Cayot M., Depincé M., Mainguy D. (2019) *Droit de la concurrence*. Paris: LexisNexis, 446 p.
4. Di Porto F., Podszun R. (2018) *Abusive Practices in Competition Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 552 p.
5. Geradin D., Layne-Farrar L., Petit N. (2012) *EU Competition Law and Economics*. Oxford: University Press, 600 p.
6. Graef I. (2016) *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility (International Competition Law)*. Alphen an den Rijn: Wolters Kluwer, 440 p.
7. Jones A., Surfin B. (2014) *EU competition law*. Oxford: University Press, 1331 p.
8. Maitland-Walker J. (1995) *Competition law of Europe*. L.: Butterworths, 425 p.
9. Marty F., Reis P. (2013) Une approche critique de contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économique par l'abus de dépendance économique. *Revue Internationale de Droit Economique*, vol. 4, pp. 579–588.
10. Mongouchon C. (2012) *Abus de position dominante et secteur public: L'application par les autorités de concurrence du droit des abus de position dominant*. Bruxells: Bruylant, 804 p.
11. Ramos J.M. (2020) *Firm Dominance in EU Competition Law: The Competitive Process and the Origins of Market Power (International Competition Law)*. Alphen an den Rijn: Wolters Kluwer, 360 p.
12. Petersen N. (2013) Antitrust Law And The Promotion Of Democracy And Economic Growth. *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 9, no. 3, pp. 563–636.
13. Šmejkal V. (2015) Competition law and the social market economy goal of the EU. *International Comparative Jurisprudence*, vol. 1, no. 1, pp. 38–40.
14. Stoffel-Munck O. (2000) *Essai sur une théorie de l'abus*. Paris: LGDJ, 628 p.
15. Truli E. (2017) Relative Dominance and the Protection of the Weaker Party: Enforcing the Economic Dependence Provisions and the Example of Greece. *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 8, no. 9, pp. 579–585.
16. Vogel J., Vogel L. (2015) *La négociation commerciale: depuis la loi Hamon*. Bruxells: Bruylant, 336 p.
17. Wachsmann A., Zacharie N. (2012) Abus de dépendance économique- Refus d'achat — clauses d'exclusivité: l'Autorité de la concurrence rejette une saisine pour rupture abusive des relations commerciales, mais renvoie le dossier à l'instruction en

ce qui concerne l'examen de clauses d'exclusivité et de leurs effets potentiellement anticoncurrentielles. *Conurrences*, vol. 3, pp. 112–115.

Информация об авторе:

Е.Ю. Борзило — кандидат юридических наук, профессор.

Information about the author:

E.Yu. Borzilo — Candidate of Sciences (Law), Professor.

Статья поступила в редакцию 22.06.2021; одобрена после рецензирования 11.10.2021; принята к публикации 25.10.2021.

The article was submitted 22.06.2021; approved after reviewing 11.10.2021; accepted for publication 25.10.2021.