

Статья 2. Закона о конкуренции определяет, что он распространяется на отношения, влияющие на конкуренцию на товарных рынках в Российской Федерации, в которых участвуют российские и иностранные юридические лица, федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов Российской Федерац

Таким образом, принимая во внимание закрепленную в статьях 10 и 12 Конституции Российской Федерации систему разделения властей, можно прийти к выводу, что статья 9 Закона о конкуренции распространяется только на одну из ветвей государственной власти - исполнительную и на служащих органов местного самоуправления.

Руководствуясь приведенными основаниями, а также из согласования статей 2, 7, 8 и 9 Закона о конкуренции можно сделать вывод о применении статьи 9 только в отношении должностных лиц федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления.

3. Статья 9 Закона о конкуренции
как запретительная норма

В статье 9 раздела II Закона о конкуренции ("Монополистическая деятельность") установлен прямой запрет на участие должностных лиц федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления в предпринимательской деятельности. Из чего можно сделать вывод о том, что названная статья, в сущности, носит запретительный характер.

Следует учитывать, что подобная трактовка сути статьи 9 Закона о конкуренции полностью согласуется с нормативными правовыми актами, регламентирующими деятельность государственных и муниципальных служащих и устанавливающими виды ответственности за нарушения ограничений, связанных с замещением государственных и муниципальных должностей. Так, статья 11 Федерального закона "Об основах государственной службы Российской Федерации" и статья 11 Федерального закона "Об основах муниципальной службы Российской Федерации" не допускают участие государственных и муниципальных служащих в предпринимательской деятельности, то есть указанными актами подтверждены установленные Законом о конкуренции ограничения в отношении государственных и муниципальных служащих.

В соответствии со статьей 14 Закона "Об основах государственной службы Российской Федерации" и статьей 14 Закона "Об основах муниципальной службы Российской Федерации" предусматривается ответственность государственного и муниципального служащего за неисполнение или ненадлежащее исполнение государственным или муниципальным служащим возложенных на него обязанностей (должностной проступок). Согласно указанным нормам на государственного или муниципального служащего органом или руководителем, имеющим право назначать служащего на должность, могут налагаться дисциплинарные взыскания. Таким образом, предусмотренная в соответствии с названными Законами дисциплинарная ответственность, в том числе за несоблюдение ограничений, связанных с исполнением должностных обязанностей государственным или муниципальным служащим, налагается руководителем соответствующего государственного или муниципального органа власти.

Как уже указывалось выше, в Законе о конкуренции не предусмотрены механизмы привлечения к ответственности лиц, нарушивших статью 9 этого Закона. При этом, квалифицируя нарушения статьи 9 Закона о конкуренции, следует учитывать фактор влияния на конкуренцию допущенного

нарушения.

Таким образом, статью 9 Закона о конкуренции следует расценивать как запрещающую норму прямого действия и решать проблему о возможных в данной ситуации действиях антимонопольных органов по пресечению действий, запрещенных статьей 9.

4. Ответственность за нарушение статьи 9

Закона о конкуренции

В соответствии со статьей 14 Закона "Об основах государственной службы Российской Федерации" на государственного служащего могут быть наложены следующие дисциплинарные взыскания:

- 1) замечание;
- 2) выговор;
- 3) строгий выговор;
- 4) предупреждение о неполном служебном соответствии;
- 5) увольнение.

Указанная статья содержит оговорку о том, что государственный служащий, допустивший должностной проступок, может быть временно (но не более чем на месяц), до решения вопроса о его дисциплинарной ответственности, отстранен от исполнения должностных обязанностей с сохранением денежного содержания.

В соответствии со статьей 14 Закона "Об основах муниципальной службы Российской Федерации" за неисполнение или ненадлежащее исполнение муниципальным служащим возложенных на него обязанностей (должностной проступок) на муниципального служащего могут налагаться дисциплинарные взыскания, предусмотренные нормативными правовыми актами органов местного самоуправления в соответствии с федеральными законами, законами субъекта Российской Федерации. Таким образом, ответственность может быть дополнительно определена федеральными законами или законами субъекта Российской Федерации.

Для квалификации нарушения как нарушения статьи 9 необходимо, чтобы:

- 1) нарушение запрета было допущено именно должностным лицом федерального органа исполнительной власти, органа исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органа местного самоуправления;
- 2) действия по участию в предпринимательской деятельности должностных лиц федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления оказывали влияние на конкуренцию, то есть такие действия имели или могли иметь своим результатом ограничение конкуренции.

При обнаружении иных нарушений антимонопольным органам необходимо обращаться в правоохранительные органы, в компетенции которых находится контроль исполнения законов.

Так, например, в соответствии со статьей 1 Федерального закона "О прокуратуре Российской Федерации" в целях обеспечения верховенства закона, единства и укрепления законности, защиты прав и свобод человека и гражданина, а также охраняемых законом интересов общества и государства прокуратура Российской Федерации осуществляет:

надзор за исполнением законов федеральными министерствами, государственными комитетами, службами и иными федеральными органами исполнительной власти, представительными (законодательными) и исполнительными органами субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, органами военного управления, органами контроля, их должностными лицами, органами управления и руководителями коммерческих и некоммерческих организаций, а также за соответствием законам издаваемых ими правовых актов;

надзор за соблюдением прав и свобод человека и гражданина федеральными органами исполнительной власти, органами власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, органами военного управления, органами контроля, их должностными лицами, а также органами управления и руководителями коммерческих и некоммерческих организаций.

Вместе с тем статьей 51 Федерального закона "Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации" определено, что прокуратура Российской Федерации осуществляет надзор за исполнением федеральных законов, законов субъектов Российской Федерации и уставов муниципальных образований органами местного самоуправления и должностными лицами местного самоуправления.

Кроме того, в соответствии с пунктом 3 Указа Президента Российской Федерации от 2 мая 1996 года N 642 "О мерах по развитию органов юстиции Российской Федерации" Министру юстиции Российской Федерации предоставлено право внесения Президенту Российской Федерации и в Правительство Российской Федерации представлений о привлечении к ответственности должностных лиц федеральных органов исполнительной власти по фактам неисполнения или ненадлежащего исполнения Конституции Российской Федерации, федеральных законов, указов и распоряжений Президента Российской Федерации, постановлений и распоряжений Правительства Российской Федерации.

Помимо органов прокуратуры и юстиции, при обнаружении нарушений статьи 9 Закона о конкуренции антимонопольным органам рекомендуется обращаться в суды общей юрисдикции с иском о прекращении нарушения антимонопольного законодательства, возможность подачи которого предусмотрена статьей 12 Закона о конкуренции.

Иногда территориальные управления МАП России в случае обнаружения нарушений статьи 9 Закона о конкуренции выдают предписания, предусмотренные статьей 12 этого Закона. По сути, Закон допускает выдачу обязательного для исполнения предписания антимонопольного органа федеральным органам исполнительной власти, органам исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органам местного самоуправления об отмене или изменении принятых ими неправомερных актов, о прекращении допущенных нарушений, а также о расторжении или изменении заключенных ими соглашений, противоречащих антимонопольному законодательству. При этом необходимо учитывать специфику субъекта, которому выдается предписание. Вместе с тем до рассмотрения вопроса о выдаче предписания об отмене принятого акта о назначении должностного лица с нарушением статьи 9 Закона о конкуренции или предписания о прекращении нарушения антимонопольного законодательства следует учитывать множество факторов:

- 1) каким образом принималось решение (коллективно, избирательно, единолично);
- 2) знало(и) ли лицо(а), принимающее(ие) решение о назначении должностного лица о нарушении им статьи 9 Закона о конкуренции;
- 3) кто является субъектом нарушения Закона;
- 4) степень вины лиц(а), принимающих(его) решение о назначении должностного лица, нарушавшего статью 9 Закона о конкуренции.
- 5) является ли лицо, нарушившее Закон о конкуренции, должностным лицом;
- 6) представляет ли совершенное лицом действие реальную или потенциальную угрозу конкуренции.

В совокупности все факторы делают затруднительным использование механизма выдачи предписаний по статье 9 Закона о конкуренции об отмене неправомерного акта или о прекращении нарушения антимонопольного законодательства.

Необходимо также отметить, что на сегодняшний день не создан реально действующий институт передачи в доверительное управление под гарантию государства на время прохождения государственной службы находящихся в собственности государственного служащего долей (пакетов) акций в уставном капитале коммерческих организаций. Упомянутое положение пункта 1 статьи 11 Федерального закона "Об основах государственной службы Российской Федерации" должно быть реализовано в порядке, установленном федеральным законом, которого до сих пор нет. При этом отсутствие отсылочного акта не означает отсутствие необходимости реализации федерального закона, имеющего прямое действие согласно статьям 4 и 76 Конституции Российской Федерации.

В качестве механизма заключения договоров доверительного управления можно учитывать статьи 1012 - 1026 Гражданского кодекса Российской Федерации, а также положения Федерального закона "О банках и банковской деятельности", в части, устанавливающей права банков, имеющих соответствующую лицензию, заключать договоры доверительного управления ценными бумагами с физическими и юридическими лицами.

Следует также заметить, что статьей 289 Уголовного кодекса Российской Федерации предусмотрена ответственность за незаконное участие в предпринимательской деятельности должностных лиц упомянутых органов власти.

Таким образом, выяснен круг лиц, уполномоченных привлекать к ответственности, налагать взыскания и пресекать нарушения статьи 9 Закона о конкуренции, к ним относятся: вышестоящий руководитель государственного органа или органа местного самоуправления, в отношении подчиненных, не соблюдающих положения указанной статьи; органы юстиции и прокуратуры; антимонопольные органы; судебные органы.

5. Реализация ограничений, предусмотренных статьей 9 Закона о конкуренции

В статье 9 Закона о конкуренции установлен исчерпывающий перечень запретов, который не допускает должностным лицам:

заниматься самостоятельной предпринимательской деятельностью;

иметь в собственности предприятия;

самостоятельно или через представителя голосовать посредством принадлежащих им акции, вкладов, паев, долей при принятии решений общим собранием хозяйственного товарищества и общества;

занимать должности в органах управления хозяйствующего субъекта.

Остановимся более подробно на квалификации каждого из запретов.

5.1. Должностные лица не могут заниматься предпринимательской деятельностью.

Понятие "предпринимательская деятельность" следует трактовать в соответствии со статьей 2 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее ГК РФ), согласно которой предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

Из определения "предпринимательской деятельности", данного в ГК РФ, а также из статей 23 и 50 ГК РФ, определяющих, что основной целью коммерческой организации является систематическое извлечение прибыли, то есть осуществление предпринимательской деятельности, можно сделать вывод, что должностное лицо может осуществлять предпринимательскую деятельность самостоятельно (при регистрации в качестве индивидуального предпринимателя, без образования юридического лица).

Факт самостоятельности при занятии предпринимательской деятельностью подразумевает только личную и прямую принадлежность должностному лицу лицензии на право осуществлять предпринимательскую деятельность без образования юридического лица.

В соответствии с Федеральным законом "Об основах государственной службы Российской Федерации" государственный служащий не вправе заниматься предпринимательской деятельностью лично или через доверенных лиц. Таким образом, Закон "Об основах государственной службы Российской Федерации" пошел дальше Закона о конкуренции, установив ограничение на осуществление предпринимательской деятельностью через доверенных лиц.

Следует оговориться, что государственный служащий вправе неограниченно вести любую оплачиваемую научную, преподавательскую и творческую деятельность.

Итак, государственным и муниципальным служащим, должностным лицам федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления запрещается заниматься производством, реализацией или приобретением продукции или товаров, оказанием услуг, выполнением работ с целью извлечения прибыли; владеть, пользоваться, распоряжаться имуществом, составляющим материальную основу предпринимательской деятельности.

Законодательство о государственной и муниципальной службе, устанавливая подобное ограничение, стремится не допустить коррупции в служебных и административных правоотношениях, а также нанесения ущерба интересам службы государству и обществу.

5.2. Предприятие как собственность должностного лица.

Государственный или муниципальный служащий не может быть сотрудником коммерческой организации, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами, быть собственником предприятия и т.д.

Данный запрет по своей сути дублирует предыдущий, однако, как уже указывалось выше, законодатель при внесении изменений и дополнений в статью 9 Закона о конкуренции не учел норм Гражданского кодекса Российской Федерации. В частности, содержание абзаца третьего статьи 9 указанного Закона, запрещающего должностным лицам иметь в собственности предприятия, осталось в старой редакции, то есть соответствующим законодательству, принятому до вступления в силу Гражданского кодекса.