



НОЯБРЬ 2011

Чего ожидать от «ТРЕТЬЕГО АНТИМОНОПОЛЬНОГО ПАКЕТА»

9 сентября 2011 года Госдума приняла в первом чтении новый пакет поправок к антимонопольному законодательству. Предложенный проект «третьего антимонопольного пакета» вызвал много вопросов - не исключено, что работа над поправками потребует времени. В ожидании предстоящих изменений представители ФАС уверенно заявляют о либерализации антимонопольных запретов и смягчении ответственности хозяйствующих субъектов за их нарушение. Насколько реалистичны такие прогнозы?

Регулирование соглашений и согласованных действий

- Предлагая разделить понятия «соглашения» и «согласованные действия», ФАС также предлагает сократить перечень запретов *per se*, применяемых к соглашениям между хозяйствующими субъектами. Насколько данное изменение будет воспринято на практике, зависит в первую очередь от того, насколько требовательны будут суды к качеству доказательной работы антимонопольного органа.
- Согласно новой редакции закона соглашение внутри группы лиц не подпадает под запреты при наличии контроля одного субъекта внутри группы лиц над другим. Между тем, прежде в юридическом сообществе было распространено мнение, что участники группы в принципе не являются надлежащими субъектами по ст.11 Закона, независимо от основания, по которым они такую группу составляют. Таким образом, подход к соглашениям/согласованным действиям в группе лиц, легализованный законодателем, в реальности расширяет сферу ответственности.
- Выделенные в отдельную статью «согласованные действия» (статья 11.1), в соответствии с предложенными поправками, означают только такие действия, которые заранее известны каждому из участвующих в них хозяйствующих субъектов в связи с публичным заявлением о совершении таких действий (новая редакция ч.1 ст.8 Закона). В то же время неясно, что необходимо считать «публичным заявлением», кто должен делать такое заявление и какими полномочиями он должен обладать. Представляется, что в доказывании устного соглашения и последующей защите своей позиции в суде ФАС может столкнуться с определенными сложностями.
- При этом законопроект однозначно ограничивает распространение запретов на ограничивающие конкуренцию соглашения и согласованные действия только конкурирующими между собой субъектами – теми субъектами, которые осуществляют продажу товаров на одном товарном рынке. Между тем, и раньше «вертикальные» согласованные действия, то есть действия, осуществляемые неконкурирующими между собой хозяйствующими субъектами, представляли собой некий нонсенс. Однако такое нововведение, безусловно, является примером либерализации.



Евгений Большаков
Старший юрист
Практика антимонопольного права

evgeny_bolshakov@epam.ru
www.epam.ru



- Среди инициатив «третьего антимонопольного пакета» – также ограничение действия запретов на согласованные действия по отношению к хозяйствующим субъектам, совокупная доля которых на товарном рынке не превышает 20 % и при этом доля каждого из которых не превышает 8 %. Однако по-прежнему сохраняется риск квалификации действий между такими хозяйствующими субъектами в качестве координации.
- Формально устраняется ответственность за согласованные действия, нарушающие запреты per se, при наличии одной угрозы ограничения конкуренции: действия должны реально приводить к перечисленным соответствующей статьей Закона последствиям. По сути, предложенное послабление нивелируется, т.к. антимонопольный орган вправе квалифицировать любой из запретов per se по части 3 ст.11, дополнительно указав на ограничение конкуренции.
- Очень важным нововведением является ограничение распространения запретов на ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов к соглашениям о предоставлении и (или) об отчуждении права использования объектов интеллектуальной собственности (ч.8 ст.11 в новой редакции Закона).

Координация экономической деятельности. Законопроект ограничивает возможность квалификации в качестве координации только такое согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, которое не осуществляет деятельности на том же товарном рынке, на котором осуществляется согласование – то есть координировать можно только хозяйствующих субъектов – не конкурентов.

Институт предостережений. У антимонопольного органа появляется право направлять «предостережения» должностным лицам хозяйствующих субъектов, публично заявляющим о планируемом «антиконкурентном» поведении на товарном рынке, о недопущении нарушения антимонопольного законодательства. Учитывая его правовую неопределенность, институт предостережений может использоваться уполномоченными органами как инструмент рыночного давления на хозяйствующих субъектов в случае его публичного обнародования.

Экономическая концентрация. Увеличиваются финансовые показатели, при достижении которых подлежит согласованию создание и реорганизация коммерческих организаций: суммарная стоимость активов хозяйствующих субъектов выросла с трех до семи миллиардов рублей, а суммарная выручка организаций – с шести миллиардов рублей до десяти миллиардов рублей.

Торги. Одним из новшеств, предлагаемых «третьим антимонопольным пакетом», также является введение положений о рассмотрении жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров, а также установление порядка исчисления административного штрафа на базе стоимости предмета торгов. Предложено установить санкции за соглашения и согласованные действия на торгах.

Кроме того, предлагается исключить возможность для государственных корпораций и государственных компаний заключать договоры, предусматривающие переход прав в отношении государственного (муниципального) имущества, минуя проведение конкурсов или аукционов. В свою очередь, перечень таких лиц в статье 17.1 расширяется путем указания на возможность заключения договоров в отношении государственного (муниципального) имущества без проведения аукциона или конкурса с лицом, подавшим единственную заявку на участие.

Уточняется порядок проведения конкурса и аукциона, а сторонам в определенных случаях предоставляется возможность увеличения цены заключенного договора и заключения нового договора аренды по истечении срока без проведения конкурса и аукциона.

«Третий антимонопольный пакет» также освещает планируемые изменения в нормы, регулирующие ответственность за нарушение Закона о защите конкуренции. Прежде всего, исключается уголовная **ответственность** за согласованные действия.

Значительные изменения также касаются административной ответственности за антимонопольные правонарушения, установленной КоАП РФ:

- установление фиксированных штрафов за злоупотребление доминирующим положением, которое не повлекло последствий в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции. В то же время действия, которые повлекли такие последствия, по-прежнему караются оборотными штрафами;
- введение нового состава административного правонарушения – манипулирование ценами на оптовом и (или) розничных рынках электроэнергии (мощности);
- установление ответственности по ст.19.8 КоАП РФ не только за непредставление информации в антимонопольный орган, но и за несвоевременное ее представление;



- появление «смягчающих» и «отягчающих» обстоятельств, учитываемых при рассмотрении административных дел в сфере конкуренции. В частности, к «смягчающим» обстоятельствам законопроект относит исполнение выданного предписания до окончания производства по делу, письменное признание нарушения и прекращение правонарушения, а также содействие антимонопольному органу в ходе его расследования: каждое из указанных обстоятельства влечет снижение размера административного штрафа на одну четвертую от минимального размера подлежащего наложению административного штрафа. К «отягчающим», в свою очередь, предлагается отнести: продолжительность совершенного правонарушения, причинение значительного ущерба, повторное совершение правонарушения.

Таким образом, последствия принятия «третьего антимонопольного пакета» неоднозначны: в вопросах ответственности хозяйствующих субъектов и экономической концентрации - налицо положительная тенденция. В то же время в правовой регламентации соглашений и согласованных действий нововведения могут на практике оказаться косметическими: расставить акценты поможет практика рассмотрения конкретных дел антимонопольными органами и судами.

Практика антимонопольного права

Удостоенная многочисленных наград и рекомендаций, практика АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры» в области антимонопольного права является крупнейшей в СНГ.

На счету юристов Бюро – согласование с антимонопольными органами России, Украины и Казахстана, более сотни сделок по слиянию, поглощению, созданию совместных предприятий и реструктуризации компаний, в том числе связанных с инвестициями в стратегические отрасли. Наша команда участвовала в десятках сложных антимонопольных дел, успешно урегулированных в рамках административных разбирательств и в суде. Постоянными клиентами практики являются ряд компаний, занимающие доминирующее положение на рынке.

Успех практики объясняется не только ее участием в крупнейших и знаковых для рынка сделках и антимонопольных спорах, но и обширным опытом законотворческой деятельности, в том числе в рамках экспертных советов при ФАС России и некоммерческих партнерств по развитию конкуренции в СНГ и России.

Наша команда в России насчитывает около двадцати экспертов, что позволяет систематизировать обширную практику по статьям 10 и 11 Федерального закона «О защите конкуренции».

Практика антимонопольного права АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры» рекомендована такими изданиями, как Chambers Europe, Who's Who Legal: CIS, PLC Which Lawyer и Best Lawyers, а рейтинг Global Competition Review 100 признает ее крупнейшей на рынке.