

ОБСУЖДАЕМ ЧЕТВЕРТЫЙ



КУРС НА ЛИБЕРАЛИЗАЦИЮ

Более двух лет Федеральная антимонопольная служба России разрабатывала Четвертый антимонопольный пакет. Законопроект подготовлен во исполнение «дорожной карты» развития конкуренции, поручений Председателя Правительства Д. Медведева, а также рекомендаций ОЭСР в адрес России, которая в июне 2013 года была признана соответствующей стандартам этой организации. В работе над Четвертым антимонопольным пакетом активно принимали участие представители бизнеса и экспертного сообщества. Тем не менее некоторые вопросы даже после неоднократной доработки пакета остались открытыми и будут обсуждаться в рамках рассмотрения законопроекта Государственной Думой РФ.

Елена НАЗАК,
н. ю. н., старший юрист, адвокатское бюро
«Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»,
г. Москва

Нсения ФИРСОВА,
юрист, адвокатское бюро «Егоров, Пугинский,
Афанасьев и партнеры»,
г. Москва

Что предполагается

Изменения, предлагаемые Четвертым антимонопольным пакетом, носят институциональный характер и направлены на дальнейшую либерализацию антимонопольного законодательства. Законопроект затрагивает важнейшие сферы антимонопольного регулирования, включая уточнение определения картеля, положений о доминирующем положении, ограничивающих конкуренцию соглашений, расширение института предупреждений и предостережений, введение правил недискриминационного доступа, согласования соглашений о совместной деятельности, а также изменения организации работы ФАС России. Предполагается внесение изменений в закон о защите конкуренции, КоАП РФ, а также закон о государственных и муниципальных унитарных предприятиях, закон о государственной регистрации юридических лиц и закон о естественных монополиях.

Проанализируем наиболее существенные и обсуждаемые изменения и дополнения, содержащиеся в законопроекте.

Создание государственных и муниципальных унитарных предприятий

Одной из новелл законопроекта является введение предварительного согласования для создания государственных и муниципальных унитарных предприятий. Предлагается установить запрет на создание таких предприятий без согласия антимонопольного органа. Порядок получения согласия в целом аналогичен процедуре согласования сделок экономической концентрации. Одна-

ко ходатайство о создании унитарного предприятия может быть удовлетворено, только если предприятие создается для осуществления деятельности на товарном рынке с неразвитой или недостаточно развитой конкуренцией.

При этом предусмотрена возможность удовлетворения такого ходатайства с одновременной выдачей предписания об осуществлении действий, направленных на обеспечение конкуренции. В случае нарушения порядка получения предварительного согласия антимонопольного органа на создание унитарного предприятия законопроект предусматривает ответственность в соответствии с законодательством РФ, включая отказ в государственной регистрации, а также административную ответственность за невыполнение предписания. Корреспондирующие изменения вносятся в КоАП, законы о государственных и муниципальных унитарных предприятиях и о государственной регистрации юридических лиц.

Предлагаемые изменения в закон о защите конкуренции направлены на контроль за созданием унитарных предприятий, что допустимо и оправданно только на рынках со слабо развитой конкуренцией. Они свидетельствуют о стремлении сократить участие государства в экономике, особенно на локальных рынках.

Контроль за экономической концентрацией

Четвертый антимонопольный пакет вносит изменения в закон о естественных монополиях, предусматривающие исключение необходимости уведомления антимонопольных органов о сделках экономической концентрации субъектов естественных монополий. В настоящее время согласно закону о естественных монополиях такое уведомление требуется направить в 30-дневный срок со дня приобретения более чем 10% акций (долей) субъекта естественной монополии, более чем 10% акций (долей) другого хозяйствующего субъекта субъектом естественной монополии, а также во всех случаях изменения принадлежащего им количества голосов.

На практике зачастую происходит дублирование, поскольку компании обязаны представлять в антимонопольный орган све-

ращение числа сделок, подлежащих согласованию, что позволит антимонопольному органу сосредоточиться на более крупных сделках, которые могут привести к ограничению конкуренции.

Вместе с тем Четвертый антимонопольный пакет распространяет действие ст. 27 закона о защите конкуренции на заключения соглашения о совместной деятельности между хозяйствующими субъектами. Такие соглашения потребуют предварительного согласия антимонопольного органа, если они будут заключены между конкурентами и если будут соблюдены пороги по стоимости активов или выручке (суммарная стоимость активов групп лиц превышает 7 млрд руб. или суммарная выручка превышает 10 млрд руб.).

Данная новелла обусловлена высокой вероятностью ограничения конкуренции в результате заключения таких соглашений конкурентов, а также необходимостью отграничить их от картелей, которые определяются как соглашения между конкурентами. Для этого, в частности, законопроект содержит норму, исключающую применение положений ст. 11 закона о защите конкуренции (запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения) к соглашениям о совместной деятельности, согласованным с антимонопольным органом.

Следует отметить, что, если компании-конкуренты желают получить заключение антимонопольного органа о соответствии их соглашения антимонопольному законодательству, но стоимость активов или выручки меньше указанных порогов, они тем не менее вправе подать ходатайство о согласовании такого соглашения, а антимонопольный орган обязан его рассмотреть.

Предлагаемые дополнения позволяют антимонопольному органу провести оценку положительных эффектов в связи с соглашением конкурентов о совместной деятельности и в случае принятия решения о его одобрении позволяют снизить для его участников антимонопольные риски. Вместе с тем в настоящее время соглашения о совместной деятельности могут быть согласованы в добровольном порядке согласно ст. 35 закона о защите конкуренции. Насколько нам известно, на практике соглашения, которые могут ограничить конкуренцию, в большинстве случаев согласовываются с антимонопольным органом. В связи с этим нельзя исключать, что замена добровольного на обязательный порядок согласования может в определенной мере увеличить административную нагрузку.

Кроме того, законопроект исключает из закона о защите конкуренции формальное условие предварительного согласования сделок. В настоящее время сделки компаний, которые входят или в группу лиц которых входят компании, включенные в реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35% или занимающих доминирующее положение на рынке определенного товара (далее – Реестр), требуют предварительного согласования по формальным основаниям независимо от стоимости активов или выручки их групп лиц.

Дискуссии о необходимости исключения Реестра как носящего обременительный характер для бизнеса велись достаточно давно. В результате Четвертым антимонопольным пакетом Реестр упраздняется, и, как следствие, исключается соответствующее условие предварительного согласова-

ния сделок. Полагаем, что административная нагрузка на бизнес будет сокращена и количество сделок, требующих предварительного согласования, существенно сократится, особенно в субъектах РФ.

Условия доминирующего положения

Четвертым антимонопольным пакетом предлагается исключить возможность признания хозяйствующего субъекта, доля которого на товарном рынке составляет менее 35%, занимающим доминирующее положение. При этом в отношении коллективного доминирования такая возможность сохраняется. Данные изменения, на наш взгляд, окажут положительное влияние на развитие бизнеса ряда компаний и обеспечат большую стабильность.

Законопроект также направлен на сокращение функций антимонопольного органа по защите прав потребителей. Согласно действующей редакции ч. 1 ст. 10 закона о защите конкуренции хозяйствующему субъекту, занимающему доминирующее положение, запрещаются действия (бездействие), результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц. Предлагается дополнить эту часть уточнением, что это должны быть лица (хозяйствующие субъекты) в сфере предпринимательской деятельности или неопределенный круг потребителей. При этом для целей понимания, кто является потребителем, в закон о защите конкуренции вносится соответствующее определение потребителя – юридическое лицо или физическое лицо, приобретающее товар.

Таким образом, с одной стороны, предлагается исключить из сферы контроля антимонопольного органа действия доминирующего хозяйствующего субъекта, ущемляющие интересы граждан и организаций, не связанные с осуществлением предпринимательской деятельности. С другой стороны, предлагается определение потребителя является, по нашему мнению, широким и не устанавливает ограничение только для сферы предпринимательства. Возможно, законопроект в этой части претерпит изменения при рассмотрении в Государственной Думе РФ.

Расширение применения предупреждений и предостережений

Институт предупреждения был введен в антимонопольное законодательство РФ после принятия в декабре 2011 года соответствующих поправок к закону о защите конкуренции (Третий антимонопольный пакет). Необходимость введения предупреждения была обусловлена, во-первых, предоставлением возможности лицам, занимающим доминирующее положение, оперативно исправить допущенные нарушения антимонопольного законодательства. Во-вторых, необходимость разгрузить антимонопольный орган ввиду длительности процедуры рассмотрения дел данной категории (до 9 месяцев), которые фактически могут быть прекращены в связи с добровольным устранением нарушений хозяйствующим субъектом.

За последние почти два года практика применения института предупреждения показала свою эффективность. Учитывая этот опыт, законопроект расширяет применение предупреждения для иных форм злоупотребления доминирующим положением – экономически, технологически и иным образом необоснованное установление различных цен (тари-

Предлагается исключить из сферы контроля антимонопольного органа действия доминирующего хозяйствующего субъекта, ущемляющие интересы граждан и организаций, не связанные с осуществлением предпринимательской деятельности

дения о сделке по двум основаниям: по закону о естественных монополиях и по закону о защите конкуренции (при соблюдении установленных условий). Таким образом, по нашему мнению, предлагаемые изменения позволят снизить административную нагрузку на бизнес.

Кроме того, законопроект исключает контроль за сделками хозяйствующих субъектов, доля выручки которых от осуществления естественно-монопольных видов деятельности не превышает 1%. Тем самым вводится дополнительный порог для предварительного согласования с антимонопольным органом сделок субъектов естественных монополий. Новелла направлена на со-

АНТИМОНОПОЛЬНЫЙ ПАКЕТ

фев) на один и тот же товар и создание дискриминационных условий (п. 6 и 8 ч. 1 ст. 10 закона о защите конкуренции). Также предусмотрено распространение предупреждений на недобросовестную конкуренцию (п. 1–3 ч. 1 ст. 14), кроме случаев нарушения исключительных прав, а также на действия органов государственной власти и местного самоуправления (ст. 15).

Не оставлен без внимания законопроект и институт предостережения, используемый в случае публичного заявления о планируемом антиконкурентном поведении. Так, расширяется круг лиц, которым могут быть направлены предостережения о недопустимости нарушения антимонопольного законодательства, а именно должностным лицам федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, организаций, участвующих в предоставлении государственных и муниципальных услуг, государственных внебюджетных фондов.

По мнению ФАС России, расширение применения институтов предупреждения и предостережения должно привести к тому, что через пару лет количество возбуждаемых антимонопольных дел снизится в 2–3 раза. Предлагаемые изменения, по нашему мнению, создадут баланс в применении предупреждения и предостережения к частным и публичным образованиям.

Новый коллегиальный орган в ФАС России

В целях оптимизации деятельности антимонопольного органа Четвертым антимонопольным пакетом предусмотрено создание особого коллегиального органа, предположительно Президиума ФАС России.

Данный орган наделяется полномочиями по разъяснению и обобщению практики применения антимонопольного законодательства, а также по пересмотру решения и (или) предписания территориальных антимонопольных органов по делам о нарушении антимонопольного законодательства при наличии предусмотренных обстоятельств. К таким обстоятельствам относятся нарушение единообразия в толковании и применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства либо нарушение прав и законных интересов неопределенного круга лиц или иных публичных интересов.

Согласно законопроекту в Президиум ФАС России может быть подана жалоба на решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа в течение 3 месяцев со дня принятия решения или выдачи предписания. При этом не определяется специальный субъект обжалования. Следовательно, жалоба может быть подана любым лицом, которое докажет, что принятием решения или выдачей предписания нарушаются единообразие в толковании норм антимонопольного законодательства, права и законные интересы неопределенного круга лиц или иных публичных интересов.

По нашему мнению, предоставление права обжалования неопределенному кругу лиц может привести к большей нагрузке антимонопольного органа, что может негативно сказаться на работе нового института, а также создать неопределенность в отношении правовой судьбы таких решений и предписаний.

Общий срок рассмотрения жалобы Президиумом ФАС России составляет 2 месяца со дня ее получения и может быть продлен не более чем на 30 дней. Надо отметить, что процедура пересмотра имеет сходство с рассмотрением дела о нарушении антимонопольного законодательства, так как о дате и времени пересмотра извещаются лица, участвующие в деле, и антимонопольный орган, принявший решение.

По результатам рассмотрения жалобы Президиум ФАС России вправе отказать в ее удовлетворении, отменить либо изменить решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа или вынести новое решение и (или) предписание. При этом в таком случае не может ухудшаться положение лица, в отношении которого вынесено решение или которому выдано предписание.

Полагаем, что образование особого коллегиального органа в ФАС России будет способствовать выработке единой и непротиворечивой практики применения антимонопольного законодательства, а следовательно, большей стабильности и предсказуемо-

сти правоприменения, особенно в субъектах РФ.

Иные изменения и дополнения

Четвертый антимонопольный пакет также включает ряд изменений, необходимость принятия которых вызвана сложившейся спорной практикой применения антимонопольного законодательства.

Например, исключается положение о том, что агентский договор не является «вертикальным» соглашением. Уточняется, что картелем признаются соглашения хозяйствующих субъектов-конкурентов, не только осуществляющих продажу товаров на одном товарном рынке, но и осуществляющих приобретение товаров на одном товарном рынке.

Антимонопольные требования к торгам дополняются новым составом, согласно которому запрещаются соглашения между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками таких торгов, если такие соглашения имеют своей целью либо приводят или могут привести к ограничению конкуренции и (или) созданию преимущественных условий для каких-либо участников, если иное не предусмотрено законодательством Российской Федерации. Устанавливается требование о проведении анализа рынка в объеме, необходимом для принятия решения о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства, по признакам которого возбуждено дело. Вводится норма, устанавливающая, что предписание о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства, не может быть выдано лицу, привлекаемому к административной ответственности, в виде «оборотного» штрафа. Из оснований прекращения дела исключается добровольное устранение нарушения антимонопольного законодательства. КоАП РФ дополняется положением о смягчении административной ответственности лиц, содействующих расследованию антимонопольного нарушения.

Кроме того, законопроект предусматривает корректировку отдельных положений ч. 1 ст. 9 закона о защите конкуренции в отношении понятия «группа лиц», уточнение особенностей заключения договоров с финансовыми организациями, введение обязанности по представлению сведений, содержащих налоговую тайну. Из сферы действия закона о защите конкуренции исключаются отношения на трансграничных рынках, осуществление контроля на которых относится к компетенции Евразийской экономической комиссии.

Одной из самых дискуссионных новелл Четвертого антимонопольного пакета является введение полномочий Правительства РФ по утверждению правил недискриминационного доступа (ПНД) к товарам хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение и не являющихся субъектами естественной монополии, доля которых на товарном рынке составляет более 70%. Такие правила предлагается устанавливать в случае выявления факта злоупотребления хозяйствующим субъектом доминирующим положением, установленным вступившим в законную силу решением антимонопольного органа. Правила должны содержать в том числе перечень товаров, перечень и порядок раскрытия информации, существенные условия договоров, порядок определения потребителей, требования к товару и др.

Вопрос о введении ПНД вызвал бурную дискуссию в экспертном и бизнес-сообществах. Крупный бизнес выступает против, указывая, что ПНД могут привести к оттоку капитала, государственному регулированию рыночной экономики, росту издержек, что их формулировки неоднозначны, не содержат указание на срок их установления, могут быть использованы иностранными конкурентами и т. д. Эти и иные вопросы остаются открытыми, в связи с чем обсуждение правил недискриминационного доступа, вероятнее всего, продолжится в Государственной Думе РФ.

Таким образом, Четвертый антимонопольный пакет предполагает качественное изменение антимонопольного законодательства. Антимонопольный орган наделяется широкими предупредительными полномочиями, что позволит частично переместить акцент с его карательно-надзорных функций.

Несмотря на то что ряд новелл предполагает регуляторные обязанности, общей направленностью Четвертого антимонопольного пакета является снижение административной нагрузки на бизнес. В целом законопроект носит либеральный характер и учитывает лучшие мировые практики. ■