

Исх. № 837 от « 04 » июля 2014г.

О правовых аспектах проекта федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации»

Помощнику Президента Российской Федерации – начальнику Государственно-правового управления Президента

Л.И. БРЫЧЁВОЙ

Уважаемая Лариса Игоревна!

В апреле 2013 года ФАС России разработала проект Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – Законопроект). Законопроект сочетал в себе мероприятия, направленные на выполнение Дорожной карты «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики» с новациями Федеральной антимонопольной службы, не предусмотренными этим документом которые вызвали замечания бизнес-объединений, научного и экспертного сообщества, федеральных органов исполнительной власти, Президентского совета по кодификации, Общественной палаты РФ, Экспертного совета при Правительстве РФ. Законопроект получил отрицательное решение по оценке регулирующего воздействия, на антикоррупционную экспертизу было отведено 3 дня.

В ходе дискуссий вокруг Законопроекта значительная часть замечаний федеральных органов исполнительной власти, бизнес-объединений и экспертного сообщества была учтена. Например, из Законопроекта были исключены нормы, затрагивающие вопросы регулирования распоряжением исключительными правами на объекты интеллектуальной собственности, необходимость отмены которых неоднократно отмечалась предпринимательским сообществом. Принятие данных новаций повлекло бы за собой ущемление прав хозяйствующих субъектов, изобретателей и инноваторов, и противоречило бы букве и духу «Всемирной конвенции об авторском праве», а также ГК РФ.

Вместе с тем, версия Законопроекта, направленная ФАС России в Правительство РФ 30.06.2014 по-прежнему содержит ряд спорных новаций, которые, на наш взгляд, увеличивают административную нагрузку на бизнес, снижают общий уровень определенности и однозначности требований к предпринимателям и содержит новые нормы, которые не соответствуют мировому опыту:

1. Пункт в) часть 5) статьи 1 Законопроекта вводит новый вид регулирования – правила недискриминационного доступа (далее – ПНД) для хозяйствующих субъектов, не относящихся к субъектам естественных монополий.

Актом Правительства РФ не могут быть установлены условия недискриминационного доступа к услугам конкретного хозяйствующего субъекта, если такие услуги не являются публичными в силу закона. Это является нарушением одного из основных принципов гражданского законодательства о недопустимости произвольного вмешательства государственных органов в предпринимательскую деятельность. Статья 426 ГК РФ предусматривает возможность установления Правительством РФ в предусмотренных законом случаях обязательных правил доступа только к публичным услугам.

135-ФЗ в действующей редакции уже содержит достаточный перечень запрещенных действий, связанных с фактами злоупотребления хозяйствующими субъектами своим доминирующим положением, а также ответственность за нарушение данных запретов. Кроме того, предлагаемая поправка не только ставит принятие решения об установлении ПНД в зависимость от совершения конкретными хозяйствующими субъектами нарушений требований антимонопольного закона, но и дает возможность вводить ПНД на основе анализа состояния конкуренции, что, по нашему мнению, также создает риск злоупотреблений со стороны антимонопольных органов при оценке и принятии решения о внесении представления в Правительство РФ.

Указанные в поправке условия, при которых антимонопольный орган вправе внести на рассмотрение Правительства РФ ПНД, применяются сейчас к товарным рынкам, являющимся естественной монополией. Но на рынках, к которым предлагается применение ПНД рассматриваемым Законопроектом, присутствует незначительное количество конкурирующих организаций. Таким товарным рынкам свойственна ожесточенная конкуренция. В целях устранения или ограничения конкуренции вероятность того, что такие организации могут прибегнуть к недобросовестным действиям путем привлечения антимонопольных органов, крайне высока.

Предлагаемая норма может создавать дискриминационные условия ведения предпринимательской деятельности для различных хозяйствующих субъектов (в т.ч. конкурентов), так как в отношении одних хозяйствующих субъектов, не являющихся субъектами естественных монополий, режим недискриминационного доступа может быть введен, в отношении других - нет.

Кроме того, практика разработки ПНД в отношении хозяйствующих субъектов, не являющихся субъектами естественной монополии, показала свою несостоятельность: правила, выданные ФАС ОАО «ФосАгро» якобы в интересах потребителей апатитового концентрата, были оспорены этими потребителями в Высшем арбитражном суде, т.к. привели к росту цен в 1,5-1,8 раза.

Распространение режима ПНД на хозяйствующих субъектов, не являющихся субъектами естественной монополии, означает необоснованное и чрезмерное ограничение свободы экономической деятельности (Конституция РФ) и принципа свободы договора, потому что носит исключительно превентивный характер в отношении будущих предполагаемых действий хозяйствующих субъектов, действующих на конкурентных

рынках, и подменяет собой антимонопольный контроль за злоупотреблением доминирующим положением.

Как следует из доклада НИУ ВШЭ «Оценка ожидаемых экономических эффектов отдельных новаций «пятого антимонопольного пакета», который был направлен первому заместителю Председателя Правительства РФ И.И. Шувалову письмом от 07.04.2014 № 6.18.1-10/0704-02, в большинстве российских рынков покупатели не получают существенных выигрышей от применения формулы цены, связывающей эту цену с мировыми рынками. Более того, в ряде случаев цены могут быть завышены. Например, нефтяная отрасль – внутренние цены ниже сопоставимых зарубежных рынков; если вводить ПНД и привязывать цены к международным рынкам, то в ряде случаев здесь будет только увеличение цены для российских потребителей. На рынках минеральных удобрений введение ПНД, по расчетам НИУ-ВШЭ, нанесло ущерб потребителям в размере 10-15 млрд. рублей ежегодно.

Кроме того, ПНД будет предусматривать порядок раскрытия информации, в том числе и о стоимости товаров или принципах определения цены и оплаты товаров и другие сведения. При ограниченном числе конкурентов на мировых рынках, где у отдельных участников есть возможность оказывать влияние на мировые рынки, такое информирование может служить основанием для формирования стратегического поведения иностранных конкурентов. То есть фактически введение ПНД сработает против российской экономики.

Считаем необходимым это положение – распространение ПНД на хозяйствующих субъектов, не являющихся субъектами естественных монополий из законопроекта исключить.

2. Законопроект исключает из текста п. 19 ст. 4 135-ФЗ норму, о том, что агентские договоры не относятся к категории «вертикальных» соглашений. Тем самым, под требования 135-ФЗ о запрете и допустимости некоторых «вертикальных» соглашений подпадают любые агентские договоры вне зависимости от предмета и условий последних.

Вместе с тем, для целей антимонопольного законодательства агентский договор не может относиться к вертикальным соглашениям с точки зрения правовой природы данного договора, поскольку агент действует в чужом интересе от своего имени или имени клиента (принципала).

Кроме того, поправка по сути квалифицирует услуги по агентскому договору как товар, что на наш взгляд, является необоснованным. При этом, агентские договоры по своей природе не предусматривают предоставление услуг, которые можно было бы квалифицировать как товар в смысле, установленном п. 1 ст. 4 135-ФЗ.

Учитывая запрет на заключение «вертикальных» соглашений, установленный частью 2 статьи 11 135-ФЗ, данная поправка ограничивает возможность свободного заключения агентских договоров, что противоречит статьям 1007 и 1009 ГК РФ.

Пояснительная записка к поправкам Законопроекта говорит о том, что для целей применения 135-ФЗ агентский договор должен оцениваться исходя из фактических прав и обязанностей сторон, позволяющих квалифицировать такой договор как агентский не только исходя из его названия.

С данными доводами нельзя согласиться, поскольку поправками к Законопроекту не установлены критерии и порядок оценки условий агентского договора, что позволяет антимонопольному органу осуществлять оценку по своему усмотрению вне зависимости от наличия в нем признаков агентского договора, установленных главой 52 ГК РФ. В то же время свободное толкование признаков агентского договора несет собой риск злоупотреблений со стороны антимонопольного органа, что противоречит, как основным принципам свободы договора, так и целям и принципам гражданского и антимонопольного законодательства.

3. Пункт б) ч. 17) статьи 1 Закона проекта дополняет ст. 27 135-ФЗ, вводя требование предварительного согласия на заключение соглашений о совместной деятельности между юридическими лицами, если суммарная стоимость их активов превышает 7 млрд. рублей или суммарная выручка таких организаций за предыдущий год превышает 10 млрд. рублей.

Необходимо отметить, что законодательством Российской Федерации установлен принцип невмешательства в предпринимательскую деятельность хозяйствующих субъектов. Данная поправка накладывает существенные ограничения на процесс осуществления предпринимательской деятельности. В данной формулировке под действие указанной статьи подпадают любые соглашения о совместной деятельности, что по смыслу определяет указанную статью, как устанавливающую императивный контроль за совместной предпринимательской деятельностью.

Основания, по которым антимонопольный орган принимает такие решения в отношении указанных соглашений законодательством и Законом проектом не установлены, что ставит хозяйствующих субъектов, выразивших намерение заключить указанное соглашение, и их дальнейшую предпринимательскую деятельность в зависимость от результатов решения антимонопольного органа.

Кроме того, представляется необходимым определить понятие термина «совместная деятельность» в 135-ФЗ. При этом с точки зрения юридической техники некорректна отсылка к нормам зарубежного права, поскольку в различных правовых порядках совместная деятельность может определяться различно.

4. Предлагается (п. а) ч. 6) ст. 1 Закона проекта) ч. 1 ст. 11 ФЗ-135 дополняется словами «либо приобретение товаров». ФАС России в пояснительной записке объясняет данную новацию необходимостью пресечения картелей покупателей, что не вызывает возражений. Однако представляется целесообразным дать четкое и недвусмысленное определение картеля в ст. 4 135-ФЗ, в которой определены все термины и понятия, включая определение менее общественно опасных деяний, чем картель (например, ограничивающие конкуренцию «вертикальные» соглашения). Отсутствие четкого определения понятия картель (уголовно наказуемого деяния) уже сейчас приводит к злоупотреблениям, особенно в территориальных управлениях ФАС России. Например, как картельные квалифицируются соглашения между продавцом и покупателем, соглашения малого бизнеса, не угрожающие конкуренции и потребителям.

В качестве примеров можно привести дела в отношении: 4-х индивидуальных предпринимателей из г. Рубцовск, которые были обвинены в сговоре из-за повышения цен на 20 руб. по перевозке пассажиров и багажа легковым такси в декабре 2012 г. (Дело № А03-

19755/2013); фермерского хозяйства Водопьянова С.С. и ООО «Животновод» (Ставропольский край), учредителем которого является жена Водопьянова, за нарушение антимонопольных требований к торгам и картельный сговор за совместное участие в открытом конкурсе по продаже прав на заключение договора аренды земельного участка, хотя супруги в силу п. 7 ч. 1 ст. 9 135-ФЗ составляют группу лиц, а внутри группы лиц картеля быть не может (Дело № А63- 6158/2011); магазина экономкласса «Свежачок» из Белгорода, за «картельное» соглашение с поставщиком сока ООО «Мограк», за пункт договора — Покупатель обязуется предоставить продавцу во избежание демпинга необходимую информацию, касающуюся продажи продукции (дело № А08-8118/2011); ФГУП «Росспиртпром» (производитель и поставщик крупнооптовых партий алкогольной продукции, не имеет права реализации в розницу) и ООО «Беркут 3000» - покупатель продукции ФГУП «Росспиртпром», которую потом реализует мелким оптом и в розницу признаны картелем за договор поставки, по сути своей являющийся вертикальным соглашением, а не картелем (дело №А-79-9164/2010); дело в отношении ОАО «РЖД», администрации Кемеровской области, крупнейших грузоотправителей и 12 железнодорожных операторов, которое ФАС России возбудила по подозрению в сговоре из-за принятых успешных мер РЖД, операторами и руководством Кузбасса для разрешения ситуации с вывозом угля (в указанных действиях могут быть признаки нарушения ст. 16 135-ФЗ, но не ст. 11 135-ФЗ).

Принятие же рассматриваемой поправки может привести к тому, что число дел, когда обычная договорная практика, либо в нарушение принципа соразмерности наказания вертикальные и иные по своей сути антиконкурентные соглашения будут трактоваться как картель, еще более возрастет. Такая поправка позволит признавать картельными соглашения между продавцом и покупателем.

В этой связи, представляется целесообразным дать четкое и недвусмысленное определение картеля в ст. 4 135-ФЗ, дать отдельно определение ограничивающих конкуренцию горизонтальных соглашений (не все горизонтальные соглашения являются картелями). В определении картеля возможно указать, что существуют отдельно картели продавцов и отдельно картели покупателей товара.

5. Пункт б) ч. 13 ст.1 Законопроекта в состав ст. 23 135-ФЗ включает п.п. 3-13, в соответствии с которыми в антимонопольном органе образуется Президиум, целью которого является рассмотрение материалов, изучение и обобщение практики применения антимонопольными органами антимонопольного законодательства и разъяснения по вопросам практики применения антимонопольного законодательства, а также пересмотр решений антимонопольных органов в случае нарушения такими решениями единообразия в толковании и применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства, либо нарушения прав и законных интересов неопределенного круга лиц или иных публичных интересов.

Необходимо отметить, что в соответствии со ст. 52 135-ФЗ дела об обжаловании решения и (или) предписания антимонопольного органа подведомственны арбитражному суду.

Согласно п. 2 ст. 23 135-ФЗ контроль соблюдения антимонопольного законодательства, обобщение и анализ практики применения антимонопольного законодательства, предоставление разъяснений по вопросам применения антимонопольного законодательства являются функциями ФАС России. Поправка дублирует указанные функции и является некорректной, что снижает эффективность контроля и может привести к затягиванию сроков рассмотрения дел, связанных с нарушением антимонопольного законодательства.

Таким образом, поправки вводят в состав антимонопольных органов дополнительную структуру, по сути, дублирующую предусмотренные 135-ФЗ функции ФАС России и арбитражных судов в соответствии с ч. 2 статьи 23 и статьи 52 135-ФЗ.

Кроме того, Законопроект устанавливает двухмесячный срок рассмотрения Президиумом жалоб на решения антимонопольного органа. При этом Президиуму предоставляется вправо продлить срок до трех месяцев. Трехмесячный срок рассмотрения соответствует сроку на обжалование решения антимонопольного органа в судебном порядке, в результате чего имеется риск пропуска указанных сроков, что лишает хозяйствующий субъект права на обжалование, предусмотренного ст. 52 135-ФЗ.

При этом, п. 7 дополнений прямо устанавливает запрет на пересмотр решений Президиумом в случае их обжалования в судебном порядке.

Законопроект устанавливает, что порядок работы Президиума определяется непосредственно ФАС России. Такие нормы вызывают существенные опасения в части злоупотребления ими антимонопольным органом, поскольку Законопроект должен предусматривать прозрачный и открытый порядок рассмотрения жалоб и обжалования решений Президиума. В противном случае это исключает возможность обжалования решений самого Президиума в судебном порядке.

В этой связи, предлагается доработать данную поправку. Возможно, стоит рассмотреть целесообразность возложения полномочий по пересмотру решений территориальных органов не на вновь образуемый орган (президиум ФАС России), а на Коллегию – существующий и соответствующий Положению о Федеральной антимонопольной службе орган.

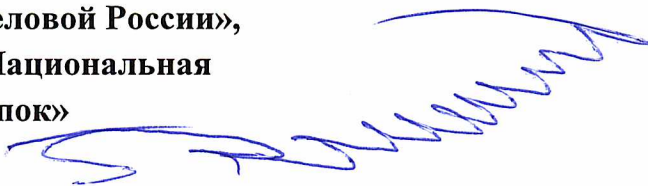
6. Законопроект не направлен на решение основной проблемы российской антимонопольной политики: число дел, возбуждаемых ежегодно ФАС России, выросло в 7 раз за последние 8 лет, и теперь больше, чем в остальных странах мира, вместе взятых. Вал антимонопольных дел не оказывает положительного воздействия на конкуренцию, растет доля дел против малого и среднего бизнеса, а доля дел против крупных иностранных корпораций не превышает статистической погрешности. При том, что в США иностранные конкуренты американского бизнеса являются главным объектом антимонопольных разбирательств (92,2% антимонопольных штрафов накладывается в США на иностранные компании), а оборот самого маленького фигуранта антимонопольного дела составляет почти 1 млрд. долл.

С инициативами по сокращению антимонопольного давления на малый бизнес выступили Минэкономразвития - в части законодательных предложений по внесению изменений в антимонопольное законодательство (письмо от 11.04.2014 № 7754-НП/ДО5и), Правительственная комиссия по вопросам конкуренции и развития малого и среднего

предпринимательства под председательством Первого заместителя Председателя Правительства РФ И.И. Шувалова (протокол заседания от 17.06.2014 № 1), заместитель Председателя Правительства А.В. Дворкович - в части снижения избыточного антимонопольного регулирования на субъекты малого и среднего предпринимательства (МСП) и согласования проведения внеплановых проверок ФАС России с судами и органами прокуратуры (поручение от 03.06.2014 № АД-П13-4090), Уполномоченный по правам предпринимателей при Президенте РФ Б.Ю. Титов (Доклад Президенту РФ «Книга жалоб и предложений российского бизнеса») - в части введения «иммунитетов» от антимонопольного преследования МСП, сокращения количества полномочий антимонопольного органа и ввода санкции прокуратуры для проведения внеплановых проверок ФАС России.

Положения указанных документов, равно как и семи подпунктов пунктов 9-10 Поручения Председателя Правительства РФ Д.А. Медведева от 04.07.2013 № ДМ-П13-4698 по итогам бизнес-форума «Ставим на конкуренцию!» (обязательное проведение и размещение на официальном сайте анализа рынка при подготовке всех решений ФАС России, возбуждение антимонопольных дел по злоупотреблению доминирующим положением только в случае угрозы устранения конкуренции, признание допустимым горизонтальных соглашений, доля рынка участников, которых на соответствующем рынке не превышает 20%, повышение суммарной доли рынка участников согласованных действий с 20 до 50% для признания их допустимыми, повышение размера активов приобретаемой компании, введения общепринятой в законодательстве развитых стран системы «двойных порогов» согласования сделок между крупными зарубежными компаниями и освобождение от предварительного согласования всех сделок внутри группы лиц) не нашли отражения в Законопроекте. Представляется целесообразным дополнить Законопроект указанными нормами.

С уважением,
член Генерального совета «Деловой России»,
генеральный директор НП «Национальная
Ассоциация Институтов Закупок»



С.В. Габестро