

№ ИП-318/10 от 02.10.2013
На № _____ от _____

Первому заместителю Председателя
Правительства Российской
Федерации
И.И. Шувалову

О проекте поправок к проекту
федерального закона № 199585-6 «О
внесении изменений в Федеральный
закон «О защите конкуренции»

Уважаемый Игорь Иванович!

Некоммерческое партнерство «Национальная ассоциация институтов закупок» (далее – НП «НАИЗ») рассмотрело проект поправок к проекту федерального закона № 199585-6 «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» (далее – проект поправок) и сообщает.

Принятие указанного пакета поправок будет означать выполнение значительной части мероприятий пункта 6 Дорожной карты «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики», утвержденной распоряжением Правительства Российской Федерации от 28.12.2012 № 2579-р (далее – Дорожная карта).

Было учтено замечание НП «НАИЗ» в части сохранения части 4 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – 135-ФЗ), предусматривающей исключения на действия по осуществлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг. Действующая редакция части 4 статьи 10 135-ФЗ является гарантией для предпринимателей, осуществляющих инновационную деятельность, от необоснованного антимонопольного преследования.

Иные замечания НП «НАИЗ», направленные в ФАС России письмом от 13.09.2013 № 1143, не были учтены (Приложение). В этой связи прошу поддержать наши замечания.

Проект поправок предусматривает введение новых видов регулирования, являющихся, по мнению НП «НАИЗ» избыточными, что противоречит духу

дорожной карты, предусматривающей упрощение деятельности предпринимателей в рамках антимонопольного контроля. Таким образом, принятие проекта поправок в представленной редакции повлечет ухудшение деятельности предпринимателей.

Необходимо отметить, что поручения Председателя Правительства Российской Федерации от 04.07.2013 № ДМ-П13-4698 (далее – Поручение) и рекомендации Комитета по конкуренции ОЭСР для Российской Федерации по вопросам будущих действий (далее – Рекомендаций) в проекте поправок не учитываются. ФАС России сообщила письмом (от 24.07.2013 № ИА/28891/13), что пункты Поручения будут учтены в новом законопроекте – «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» (далее – Законопроект-2). Однако, размещенный на Едином портале раскрытия информации о подготовке федеральными органами исполнительной власти проектов нормативных правовых актов и результатах их общественного обсуждения (далее – сайт ОРВ) Законопроект-2 обеспечивает выполнении лишь одного полностью и одного – частично из 11 подпунктов Поручения, требующих внесения изменений в 135-ФЗ.

Также на сайте ОРВ размещен проект «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и некоторые законодательные акты Российской Федерации» (далее – Законопроект-3). Он содержит, помимо иных инициатив, мероприятия по исполнению пунктов «устранение возможности одновременного наложения на правонарушителя оборотного штрафа в соответствии с Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях и выдачи предписания о взыскании незаконно полученного дохода от нарушения антимонопольного законодательства, предусмотренного Федеральным законом «О защите конкуренции» и «исключение предварительного согласования сделок субъектов естественных монополий внутри группы лиц, объединенных по основанию, предусмотренному пунктом 1 части 1 статьи 9 Федерального закона «О защите конкуренции» Дорожной карты.

В этой связи, считаем целесообразным поручить ФАС России подготовить единый проект поправок в Федеральный закон «О защите конкуренции», направленный исключительно на выполнение мероприятий Дорожной карты, пунктов 9-10 Поручения и Рекомендаций.

Приложение: Перечень замечаний Общероссийской общественной организации «Деловая Россия» по проекту поправок к проекту федерального закона № 199585-6 «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» на 8 л. в 1 экз.

С уважением,
Генеральный директор
НП «Национальная ассоциация
институтов закупок»



С.В. Габестро

Приложение

Перечень замечаний Общероссийской общественной организации «Деловая Россия» и НП «НАИЗ» по проекту поправок к проекту Федерального закона № 199585-6 «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции»

№ п/п	НП «НАИЗ»	ФАС России
1	<p>Считаем целесообразным включить в проекте федерального закона № 199585-6 «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» (далее – проект поправок) выполнение всех подпунктов пунктов 9-10 поручения Председателя Правительства Российской Федерации от 04.07.2013 № ДМ-П13-4698 (далее – Поручение) и рекомендации Комитета по конкуренции ОЭСР для Российской Федерации по вопросам будущих действий (далее–Рекомендации) (в соответствии с формулировками которые были представлены в письме НП «НАИЗ» от 13.09.2013 № 1144).</p>	
2	<p>Проектом поправок предлагается ввести дополнительно регулирование в отношении компаний. А именно наделить ФАС России правом выдавать по результатам рассмотрения дела о злоупотреблении доминирующим положением, а также в рамках контроля экономической концентрации предписания о необходимости разработки, согласования с ФАС России, обязательной публикации и дальнейшего соблюдения т.н. правил торговой практики. По сути, речь идет об антимонопольном контроле за всей торговой и закупочной деятельностью бизнеса.</p> <p>Это предложение:</p> <ul style="list-style-type: none">- противоречит международному опыту – нигде в мире антимонопольный орган так жестко не регулирует рыночные отношения, включая политику продаж крупных компаний, в Великобритании и Австралии есть лишь практика совместной разработки антимонопольным органом и бизнесом кодексов поведения, которые являются весьма гибкими и несут рекомендательный характер;- получило много отрицательных отзывов при прохождении процедуры ОРВ;- получило отрицательные отзывы членов рабочей группы по развитию конкуренции Экспертного совета при Правительстве Российской Федерации;- подверглось критике в докладе «Практики и возможных последствий антимонопольной регламентации торговой политики частных компаний», разработанном Центром исследования конкуренции и экономического	Не учтено

	<p>регулирования РАНХиГС при Президенте Российской Федерации при участии экспертов Аналитического центра при Правительстве Российской Федерации;</p> <ul style="list-style-type: none"> - получило негативные отзывы бизнес сообщества; - снижает гибкость и соответственно внутреннюю и международную конкурентоспособность российских компаний; - бюджет означать отказ от поиска новых, более современных, удобных и гибких практик продаж; - публикация торговых практик бюджет повышать вероятность картельных створов и согласованных действий; - представляет собой неэффективное и избыточное государственное вмешательство в экономику. <p>Предлагаемые ФАС России нормы содержат предмет регулирования (характеристика товара, принципы определения цены и оплаты, объемы реализации, условия контрактов и типовые контракты) далеко выходящий за рамки предмета антимонопольного регулирования и чрезмерно ограничивают свободу экономической деятельности, а также фактически сводят на нет принцип свободы договора. Разработка торговой политики принимает характер принудительной меры.</p> <p>Предмет регулирования правил значительно шире, чем «обеспечение недискриминационного доступа к товару». Кроме того, нет определенности, с какого момента считать исполненным предписание (например, если хозяйствующий субъект представит заведомо неприемлемые в понимании антимонопольного органа правила). Не предусмотрено порядка изменения правил.</p> <p>В этой связи НП «НАИЗ» предлагает пункт в) части 9) статьи 1 проекта поправок исключить.</p>	
3	<p>Проектом поправок предлагается ликвидировать п. 1.1. ст. 13 135-ФЗ, устанавливающий допустимость соглашений о совместной деятельности, если их результатом является совершенствование производства и получение покупателями выгод, соразмерных с выгодами участников соглашений.</p> <p>С учетом вектора развития российской экономики видится приоритетным привлечение как можно большего числа инвестиций путем создания совместных производств (далее – СП), поэтому исключение нормы о допустимости соглашений о совместной деятельности представляется нецелесообразным. В этой части проект поправок может привести к сокращению потока иностранных инвестиций в</p>	<p>Не учтено</p>

<p>высокотехнологичные отрасли, темпов экономического роста, затормозить модернизацию российской экономики.</p> <p>Более, того, в действующей редакции 135-ФЗ выполнение всех критериев допустимости соглашений о совместной деятельности в совокупности обременительно для организаций создающих СП на территории России затруднительно.</p> <p>В этой связи НП «НАИЗ» предлагает:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Сохранить п. 1.1. ст. 13 135-ФЗ, устанавливающий допустимость соглашений о совместной деятельности. 2. Внести изменения в п. 1 и п. 1.1. ст. 13 135-ФЗ обеспечив допустимость указанных в соответствующих пунктах ст. 13 действий, бездействий, соглашений и согласованных действий и соглашений о совместной деятельности не при соблюдении не всех в совокупности, а хотя бы одного из условий. Это повысит привлекательность инвестиций в высокотехнологические отрасли российской экономики. 	
<p>4</p> <p>Проектом поправки предлагается дополнить части 1 статьи 11 135-ФЗ словами «либо приобретение товаров».</p> <p>Данное дополнение представляется целесообразным. Даже действующая редакция части 1 и 2 135-ФЗ привела к росту дел, когда признавались картелем соглашения между продавцами и покупателями, то есть такие соглашения, которые по своей сути являются вертикальными. В некоторых случаях на предпринимателей налагались санкции, несоразмерные нарушению, в некоторых случаях предприниматели привлекались к ответственности (выпять до угрозы уголовного преследования) за соглашения, которые должны были быть признаны допустимыми (вертикальные соглашения компаний с долей рынка менее 20% признаются допустимыми).</p> <p>Проект поправки увеличит риск признания картелем соглашений между продавцом и покупателем.</p> <p>В этой связи НП «НАИЗ» предлагает:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Исключить пункт а) части 10) статьи 1 Проекта поправки. – Внести изменения в действующую редакцию части 1 ст. 11 135-ФЗ, не позволяющие ни при каких обстоятельствах признавать картелем соглашения между продавцом и покупателем. 	<p>Не учтено</p>

<p>5</p> <p>Проектом поправки предлагается дополнить статью 11 135-ФЗ частью 7.1, которая распространяет действие статьи на соглашения между хозяйствующими субъектами, входящими в одну группу лиц, также является нецелесообразным.</p> <p>Группа лиц, как правило, строится именно на вертикальном контроле; одно из его возможных оснований – соглашение, в силу которого контролирующей субъект вправе давать обязательные указания контролируемому. Таким образом, сама природа группы лиц предполагает заключение соглашения, которое предлагается запретить.</p> <p>В этой связи НП «НАИЗ» предлагает исключить пункт в) части 10) статьи 1 проекта поправки.</p>	<p>Не учтено</p>
<p>6</p> <p>Проектом поправки предлагается внести изменения в ст. 3 135-ФЗ п. 3, согласно которому действие указанного нормативного акта распространяется на отношения, связанные с обращением товаров, произведенных с использованием объектов исключительных прав, в связи с чем из текста закона предлагается исключить п. 9 ст. 11, устанавливающий ограничение действия закона на деятельность в сфере осуществления исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации.</p> <p>В соответствии с Дорожной картой «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики» (далее – Дорожная карта), принятие законодательства, вводящего ограничения на осуществление действий и заключение соглашений о реализации исключительных прав, повлечет за собой ущемление прав хозяйствующих субъектов, изобретателей и инноваторов, будет противоречить букве и духу «Всемирной конвенции об авторском праве» к которой Российская Федерация присоединилась в 1994 году.</p> <p>Вопрос обращения объектов интеллектуальной собственности отдельно регулируется Гражданским кодексом. В силу их исключительности и новизны, применение к таким объектам общих принципов антимонопольного законодательства противоречит их правовой природе. Производство продукции с использованием объектов интеллектуальной собственности служит прежде всего целям инновационного развития отраслей экономики. Принимая во внимание установленное разделом 7 ГК РФ право на свободное распоряжение исключительным прав на интеллектуальную собственность, предлагаемая поправка ограничивает права и законные интересы всех правообладателей.</p>	<p>Не учтено</p>

<p>В свою очередь, введение данной поправки может привести к снижению потребности в результатах интеллектуальной деятельности и средствах индивидуализации, а также к отказу правообладателей от внедрения новых разработок, что негативноым образом скажется на инновационном развитии.</p> <p>Кроме того, предлагаемые поправки противоречат общим принципам ГК РФ, предусматривающим возможность ограничения гражданских прав только в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.</p> <p>Необходимо отметить, что в соответствии с Рекомендациями, обладание правами на интеллектуальную собственность не должно вести к презумпции доминирования</p> <p>В этой связи НП «НАИЗ» предлагает пункт г) части 10) статьи 1 проекта поправок исключить.</p>	
<p>7</p> <p>Проектом поправок предлагается ограничение функций Реестра хозяйствующих субъектов, занимающих долю на рынке определенного товара свыше 35% (далее – Реестр) путем исключения хозяйствующих субъектов через 4 года по предоставлению ими соответствующего обоснования исключения. При этом проводить анализ и сбор материалов подтверждающих исключение возлагается на хозяйствующие субъекты.</p> <p>Реестр был введен в 1991 году. За пределами стран СНГ, в том числе во всех развитых странах подобного Реестра нет.</p> <p>Нахождение в Реестре влечет для предприятия следующее:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Необходимость заполнения дополнительной формы статистической отчетности 1-МОН. ● Необходимость согласования с ФАС России сделок, даже если величина активов у предприятия в реестре существенно меньше 250 млн. руб. <p>Доля компании на соответствующем рынке берется из реестра, соответственно доминирующее положение не доказывается, и ФАС России возбуждает дела по «упрощенной» схеме.</p> <p>Согласно исследованию, проведенному НП «НАИЗ» совместно с РАНХ иГС, свыше 15% числящихся в Реестре компаний ликвидированы, более 60% относятся к субъектам малого и среднего предпринимательства (в т.ч. 3% - индивидуальные предприниматели).</p> <p>При этом, в Реестре отсутствуют такие крупные компании, очевидно занимающие большую долю на соответствующих товарных рынках, как ГК «Ростехнологии»,</p>	<p>Не учтено</p>

	<p>ОАО «Объединенная судостроительная корпорация», ОАО «Объединенная двигателестроительная корпорация», ОАО «Объединенная авиастроительная корпорация», ОАО «УГМК», ОАО «ФСК» и другие.</p> <p>Аргументация за сохранение Реестра сводится к необходимости контроля за «показными монополиями». Однако при этом от 50% до 90% субъектов естественных монополий, внесенных в реестры ФСТ по тепло-водо-, газоснабжению и т.д., отсутствуют в реестре ФАС России.</p> <p>Что же касается такой аргументации в пользу сохранения Реестра в целях контроля экономической концентрации, то, во-первых, отмена этой функции предусмотрена Дорожной картой, во-вторых, случаи, когда ФАС России отказал в согласовании сделки по ходатайству, представленному на основании наличия одной из компаний в Реестре, чрезвычайно редки.</p> <p>В Дорожной карте предусмотрено «определение функции реестра, как фиксирующей наличие доминирующего положения». По сути это означает, что Реестр не будет использоваться для функции контроля экономической концентрации. Рекомендации Комитета по конкуренции ОЭСР для РФ по вопросу будущих действий (далее – Рекомендации ОЭСР), выполнение которых необходимо для вступления РФ в эту организацию предусматривают отмену второй функции реестра – определение доминирующего положения.</p> <p>Поскольку Дорожной картой предполагается отменить одну функцию Реестра, а Рекомендациями ОЭСР – вторую, л. 10 поручения Председателя Правительства РФ от 04.07.2013 № ДМ-П13-4698 (далее- Поручения) предполагается полная отмена указанного реестра.</p> <p>В проекте поправки данное требование Дорожной карты, Рекомендаций ОЭСР и Поручений не отражено.</p> <p>В этой связи НП «НАИЗ» предлагает исключить часть 18) статьи 1 проекта поправки. Необходимо изъять из 135-ФЗ пункт 8) части 1 ст. 23, а также исключить слово «Реестр» из ст. 27-28 135-ФЗ.</p>	
8	<p>Проектом поправки предлагается ввести дополнительное регулирование путем дополнения ст. 10 135-ФЗ пунктом 3.1 согласно которому Правительство РФ по представлению федерального антимонопольного органа вправе установить правила недискриминационного доступа, содержащие условия, которые устанавливаются запрет на злоупотребление доминирующим положением хозяйствующим субъектом применительно к товарам такого хозяйствующего субъекта.</p>	<p>Не учтено</p>

<p>Порядок установления правил в отличие от правил «торговых практик» (п. 1 настоящей таблицы) детально регламентирован, что снижает коррупционные риски.</p> <p>Вместе с тем, не приводится обоснования необходимости распространения регулирования, применяемого для субъектов естественных монополий на компании, занимающие доминирующее положение. Также не приведены обоснования, почему ФАС России не может использовать в отношении доминирующих компаний инструментарий в рамках действующего 135-ФЗ.</p> <p>Следует отметить, что 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.</p> <p>В этой связи НП «НАИЗ» предлагает пункт б) части 9) ст. 1 проекта поправок исключить</p> <p>Предлагается вернуться к рассмотрению вопроса после представления ФАС России обоснования введения указанного вида регулирования, а также дать поручение Экспертному совету при Правительстве РФ подготовить доклад по вопросу международного опыта применения режима правил недискриминационного доступа на рынках, не находящихся в состоянии естественной монополии</p>	
<p>9</p> <p>Проектом поправок предлагается ввести дополнительное регулирование путем внесения в федеральный закон «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» требования к документам, представляемым при регистрации, «предварительное согласие антимонопольного органа о создании юридического лица, если такое согласие является обязательным».</p> <p>В представленной редакции указанное требование можно отнести ко всем видам юридических лиц, а не только к государственным и муниципальным предприятиям, хозяйственным обществам, более пятидесяти процентов акций (долей) которых принадлежат государству. Таким образом указанная инициатива в данной формулировке:</p> <p>– представляет собой дополнительную административную нагрузку при регистрации бизнеса, в то время как Президентом и Правительством поставлена</p>	<p>ФАС России считает данное замечание НП «НАИЗ» не принципиальным, а редакторским, и выразило готовность учесть его при рассмотрении проекта поправок в Правительстве РФ.</p>

	<p>задача снижать эту нагрузку в целях повышения места России в международном рейтинге Doing Business;</p> <p>– переключает функции антимонопольного контроля на налоговые органы, которые не в состоянии проверить величину активов предприятия, его группу лиц и т.д.;</p> <p>– приведет к лавинообразному росту числа обращений в ФАС России с ходатайствами, либо с просьбой дать разъяснения для налоговой, что ходатайство не требуется;</p> <p>– является избыточным, поскольку совершение крупной с ки сопровождают инвестиционные банки и юридические фирмы, которые не допустят нарушения требования о согласовании сделки с антимонопольным органом; что же касается мелких сделок, то их целесообразно вообще не контролировать.</p> <p>В этой связи НП «НАИЗ» предлагает распространить требование о предоставлении согласия антимонопольного органа только на государственные компании в связи с возникающими у ФАС России полномочиями по контролю за созданием указанных предприятий. В абзаце 2 статьи 5 проекта поправок слова «юридического лица» заменить словами «государственного и муниципального унитарного предприятия, хозяйственного общества, более пятидесяти процентов акций (долей) которого принадлежит государству».</p>	
10	<p>Во исполнение пункта «внедрение механизма досудебного обжалования решений территориальных управлений ФАС России» мероприятий Дорожной карты проектом поправок предлагается образовать в федеральном антимонопольном органе Президиум. Однако, процедура обжалования решений территориальных органов в проекте поправок не регламентирована. Также из предложенной редакции проекта поправок следует что решения территориальных органов могут быть отменены Президиумом без участия заинтересованных сторон.</p> <p>Считаем целесообразным прописать процедуру обжалования решений территориальных органов ФАС России с обязательным привлечением заинтересованных сторон-участников антимонопольного дела. Это должно обеспечить легитимность и справедливость решений Президиума.</p>	