



ФАС России

**МИНИСТЕРСТВО
ЭКОНОМИЧЕСКОГО РАЗВИТИЯ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
(МИНЭКОНОМРАЗВИТИЯ РОССИИ)
СТАТС-СЕКРЕТАРЬ-
ЗАМЕСТИТЕЛЬ МИНИСТРА**

ул. 1-я Тверская-Ямская, д. 1,3, Москва,

ГСП-3, А-47, 125993

Тел. (495) 694-03-53, Факс (499) 251-69-65

E-mail: mineconom@economy.gov.ru

<http://www.economy.gov.ru>

28.03.2014 № *6393-ОФ/Д.260*

На № _____ от _____

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

На письмо ФАС России
от 25 февраля 2014 г. № ЦА/6567-ПР/14

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

об оценке регулирующего воздействия
на проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите
конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации»

Минэкономразвития России в соответствии с разделом IV Правил проведения федеральными органами исполнительной власти оценки регулирующего воздействия проектов нормативных правовых актов, проектов поправок к проектам федеральных законов и проектов решений Совета Евразийской экономической комиссии, утвержденных постановлением Правительства Российской Федерации от 17 декабря 2012 г. № 1318 (далее – правила проведения оценки регулирующего воздействия), рассмотрело проект федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее - проект акта), подготовленный и направленный для подготовки настоящего заключения ФАС России (далее - разработчик), и сообщает следующее.

Проект акта направлен разработчиком для подготовки настоящего заключения впервые.

Информация об оценке регулирующего воздействия проекта акта размещена разработчиком на официальном сайте в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» по адресу <http://regulation.gov.ru/project/10492.html>.

Разработчиком проведены публичные обсуждения уведомления о подготовке проекта акта в срок с 9 по 24 декабря 2013 г., а также проекта акта и сводного отчета в срок с 25 декабря 2013 г. по 23 февраля 2014 г.

По итогам публичного обсуждения проекта акта и сводного отчета разработчиком было получено значительное количество предложений и замечаний экспертов и составлена сводка предложений с указанием комментариев разработчика.

Считаем целесообразным обратить внимание разработчика на необходимость дополнительного анализа позиций участников обсуждения с целью возможного их учета при доработке проекта акта и совершенствовании антимонопольного законодательства.

По результатам рассмотрения установлено, что при подготовке проекта акта разработчиком не соблюден порядок проведения оценки регулирующего воздействия в части содержания сводного отчета о проведении оценки регулирующего воздействия (далее – сводный отчет), предусмотренного пунктом 15 правил проведения оценки регулирующего воздействия, а также приложением № 3 приказа Минэкономразвития России от 27 мая 2013 г. № 290 «Об утверждении формы сводного отчета о проведении оценки регулирующего воздействия, формы заключения об оценке регулирующего воздействия, методики оценки регулирующего воздействия» (далее – приказ № 290).

Так, разработчиком в качестве проблемы, на решение которой направлен предлагаемый проект акта, приводятся общие формулировки существующих проблем российской экономики, недостаток конкуренции, административные барьеры и пробелы в законодательстве. Конкретные проблемы на решение, которых направлено проектируемое регулирование в сводном отчете не отражены.

Обращаем внимание, что в соответствии с пунктом 3.4.2 приложения № 3 приказа № 290 наличие поручений по разработке тех или иных нормативных правовых актов не может само по себе, без анализа возможных путей реализации указанных поручений, являться достаточным обоснованием целесообразности введения нового правового регулирования и, соответственно, не должно использоваться в качестве обоснования

проблемы. По тем же причинам не может рассматриваться в качестве проблемы отсутствие нормативного правового регулирования в определенной сфере.

Кроме того, сводный отчет не содержит информации о возникновении проблемы, принятых мерах, направленных на ее решение, а также затраченных ресурсах и достигнутых результатах решения проблемы, об анализе международного опыта в соответствующих сферах деятельности, описания возможных способов решения проблемы, а также рисков решения проблемы предложенным способом регулирования и рисков негативных последствий, оценки основных групп субъектов предпринимательской и иной экономической деятельности, а также необходимости установления переходного периода и (или) отсрочки вступления в силу проекта акта либо необходимости распространения предлагаемого регулирования на ранее возникшие отношения, необходимые для достижения заявленных целей регулирования организационно-технические, методологические, информационные и иные мероприятия.

Ранее Минэкономразвития России было подготовлено отрицательное заключение об оценке регулирующего воздействия на поправки к проекту федерального закона № 199585-6 «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и направлено в ФАС России письмом от 19 сентября 2013 г. № 19967-ОФ/Д26и.

Пунктом 2 поручения Правительства Российской Федерации от 6 декабря 2013 г. № ИШ-П13-125пр ФАС России совместно с заинтересованными федеральными органами исполнительной власти и с участием Экспертного совета при Правительстве Российской Федерации, АНО «АСИ», Общероссийского объединения работодателей «Российский союз промышленников и предпринимателей, Торгово-промышленной палаты Российской Федерации, Общероссийской общественной организации «Деловая Россия» и общественных объединений потребителей поручено доработать проект поправок к проекту федерального закона № 199585-6 «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции».

В частности, отмечено, что проект поправок необходимо доработать по вопросам, касающимся уточнения полномочий ФАС России в сфере осуществления исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ и услуг, дополнительного рассмотрения вопроса о возможности определения хозяйствующими субъектами правил торговой практики, разработки правил

недискриминационного доступа к товарам, производимым и реализуемым хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение.

Во исполнение указанного поручения ФАС России подготовлен представленный доработанный проект акта.

Следует отметить, что при его доработке исключены положения, касающиеся правил торговых практик, реестра хозяйствующих субъектов. Однако актуальными являются замечания в части распространения положений Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Федеральный закон № 135-ФЗ) на результаты интеллектуальной деятельности.

По результатам проведенной оценки регулирующего воздействия проекта акта были определены следующие риски, возникающие в результате принятия проекта акта и препятствующие достижению целей правового регулирования.

1. Подпунктом «б» пункта 5 статьи 1 проекта акта исключается норма о не распространении запрета на злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением на действия по осуществлению прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации лица, средства индивидуализации продукции, работ и услуг и подпунктом «в» пункта 6 статьи 1 проекта акта исключается норма о не распространении запрета на ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов на соглашения о предоставлении и (или) об отчуждении права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ и услуг.

В соответствии со статьей 1225 Гражданского кодекса Российской Федерации к результатам интеллектуальной деятельности и приравненным к ним средствами индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, которым предоставляется правовая охрана (интеллектуальной собственностью), являются:

- 1) произведения науки, литературы и искусства;
- 2) программы для электронных вычислительных машин (программы для ЭВМ);
- 3) базы данных;
- 4) исполнения;
- 5) фонограммы;

- 6) сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач (вещание организаций эфирного или кабельного вещания);
- 7) изобретения;
- 8) полезные модели;
- 9) промышленные образцы;
- 10) селекционные достижения;
- 11) топологии интегральных микросхем;
- 12) секреты производства (ноу-хау);
- 13) фирменные наименования;
- 14) товарные знаки и знаки обслуживания;
- 15) наименования мест происхождения товаров;
- 16) коммерческие обозначения.

В тоже время согласно статьям 9 и 14 Федерального закона № 135-ФЗ не допускается недобросовестная конкуренция, то есть любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, которые могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам – конкурентам, связанные с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг.

Статьей 14.33 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях установлено наказание в виде административного штрафа на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей за нарушение статьи 14 Федерального закона № 135-ФЗ.

К ответственности за нарушение статьи 14 Федерального закона № 135-ФЗ могут быть привлечены субъекты предпринимательской деятельности-владельцы товарных знаков, программ для ЭВМ, произведений науки, литературы и искусства, отказавшиеся заключать договор о продаже продукции, являющейся результатом интеллектуальной деятельности.

Обращаем внимание, что ряд торговых сетей, а также иные организации, осуществляющие торговую деятельность, имеют ассортимент товаров, произведенных под собственными торговыми марками для реализации внутри своей сети. К такой продукции относятся как товары широкого потребления (в том числе продукция легкой и пищевой промышленности), так и бытовой электроники. Таким образом, наличие у торговой сети

своей торговой марки может являться основанием для применения санкции за нарушение статьи 14 Федерального закона № 135-ФЗ.

Полагаем, что исключение из текста статьями 10 и 11 Федерального закона № 135-ФЗ положений о не распространении действия указанных статей на действия по осуществлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации противоречит заложенному в российском законодательстве принципам охраны и защиты прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации.

Полагаем, что предлагаемые изменения создают угрозу невозможности реализации субъектами предпринимательской деятельности конкурентных преимуществ, которые предоставляют указанные права, для возмещения расходов, понесенных для создания объектов интеллектуальной деятельности, что окажет дестимулирующее воздействие на инновационную и патентную активность в России. Вышеуказанные положения проекта акта могут способствовать введению избыточных административных и иных ограничений для субъектов предпринимательской деятельности, а также возникновению необоснованных расходов субъектов предпринимательской деятельности. Распространение норм статьи 10 и 11 на сферу интеллектуальной собственности может стать инструментом недобросовестной конкуренции.

Учитывая изложенное, считаем необходимым в этой части оставить нормы статей 10 и 11 Федерального закона № 135-ФЗ в действующей редакции.

2. Подпунктом «б» пункта 5 статьи 1 проекта акта закрепляется право Правительства Российской Федерации устанавливать правила недискриминационного доступа (далее – ПНД) к товарам, производимым и (или) реализуемым хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение и не являющимся субъектом естественной монополии, по результатам проведения федеральным антимонопольным органом анализа состояния конкуренции.

2.1. Институт ПНД в настоящее время применяется при необходимости антимонопольного регулирования и ограничения возможности дискриминации потребителей на товарных рынках, находящихся в состоянии естественных монополий, регулирование деятельности которых осуществляется в соответствии с Федеральным законом от 17 августа 1995 г. № 147-ФЗ «О естественных монополиях» (далее – Федеральный закон № 147-ФЗ).

ПНД ориентированы на определение условий доступа к товарам и услугам субъектов естественных монополий, доступности информации для потребителей, раскрытия содержания типовых договоров и т.д.

Необходимо отметить, что механизм ПНД функционирует в том числе с учетом исключительного положения субъектов естественной монополии на рынке и комплекса государственного регулирования их деятельности в рамках Федерального закона № 147-ФЗ: регулируются тарифы (цены), доходность, инвестиционные программы и др.

Вместе с тем, само по себе доминирующее положение хозяйствующего субъекта не является исключительным, как положение естественной монополии, в отношении доминирующих компаний не применяется весь комплекс регулирования как в отношении субъектов естественных монополий, а злоупотребление доминирующим положением является частным случаем противоправных действий конкретного лица, и меры антимонопольного реагирования применяются по факту совершенного деяния.

С учетом изложенного представляется неоднозначным включение согласно законопроекту в ПНД для доминантов требований, касающихся стоимостных характеристик товара и порядка ценообразования, в том же виде, как предусмотрено в ПНД для субъектов естественных монополий.

Указанное требование может привести к увеличению административной нагрузки на бизнес, к дополнительным издержкам и негативным финансовым последствиям, а также к затруднениям в планировании хозяйственной и инвестиционной деятельности, включая деятельность по обеспечению и/или расширению доступа к товарам/услугам.

Например, с учетом комплексности регулирования субъектов естественных монополий ПНД для естественных монополий должны предусматривать порядок возмещения экономически обоснованных расходов субъектов естественных монополий на производство и реализацию соответствующих товаров и/или организацию доступа на товарный рынок (пункт 4 части 3 статьи 10 Федерального

закона № 135-ФЗ). Аналогичные нормы в отношении доминантов в проекте акта отсутствуют, как и иные механизмы снижения указанных рисков.

С учетом изложенного полагаем, что данная норма проекта акта требует доработки.

2.2. В настоящее время федеральный антимонопольный орган проводит анализ состояния конкуренции на основании подпункта 3 пункта 2 статьи 23 Федерального закона № 135-ФЗ.

Согласно пункту 9 перечня поручений по итогам встречи Председателя Правительства Российской Федерации Д.А. Медведева с членами Общероссийской общественной организации «Деловая Россия» от 26 июня 2013 г. ФАС России должен в обязательном порядке проводить анализ рынка при осуществлении контроля экономической концентрации и при подготовке решений по делам о нарушениях антимонопольного законодательства и размещать его на своем официальном сайте. Срок исполнения указанного поручения был установлен 5 сентября 2013 г.

В то же время обращения экспертов, отраженные в сводке предложений по итогам публичного обсуждения текста проекта акта, свидетельствуют об отсутствии на сайте ФАС России анализа состояния конкуренции в различных сферах, таким образом, существующая обязанность федерального антимонопольного органа, закрепленная подпунктом 3 пункта 2 статьи 23 Федерального закона № 135-ФЗ в настоящее время исполняется не в полной мере.

2.3. Согласно положениям проекта акта по результатам проведенного федеральным антимонопольным органом, анализа состояния конкуренции товарного рынка, в случае, если один из хозяйствующих субъектов занимает доминирующее положение (в частности, доля которого на соответствующем товарном рынке составляет более 70 процентов), Правительством Российской Федерации могут устанавливаться ПНД к товару.

В тоже время, в соответствии с абзацем седьмым подпунктом «б» пункта 5 статьи 1 проекта акта указанные ПНД должны содержать перечень товаров, к которым предоставляется недискриминационный доступ.

Таким образом, проект акта содержит неопределенность – предполагается ли утверждение ПНД в отношении каждого товарного рынка или предполагается утвердить

общий перечень товаров, к которым должен быть предоставлен недискриминационный доступ.

Учитывая вышеизложенное, а также в связи с отсутствием в проекте акта четкого механизма формирования перечня товаров, утверждаемого ПНД, порядка внесения в него изменений, срока установления ограничения и периодичности проведения анализа товарного рынка, введение ПНД в предлагаемой редакции представляется избыточным.

3. В соответствии с абзацем шестым - тринадцатым подпункта «б» пункта 5 статьи 1 проекта акта ПНД должны содержать определенный перечень информации. Вместе с тем, Минэкономразвития России полагает, что указанный перечень информации содержит положения, допускающие неоднозначность толкования требований.

3.1. Обращаем внимание, что формулировки требований о содержании ПНД содержат оценочные термины «иной необходимости», «существенные условия», представляются декларативными и неоднозначными в толковании. Считаем необходимым уточнить перечень требований, а также сделать данный список исчерпывающим.

3.2. Согласно абзацу девятому подпункта «б» пункта 5 статьи 1 проекта акта ПНД должны содержать порядок раскрытия информации, в том числе о стоимости товаров или принципах определения цены.

Обращаем внимание, что информация, подлежащая опубликованию может составлять коммерческую тайну, что нарушает режим конфиденциальности информации, защита которых предусмотрена Федеральным законом от 29 июля 2004 г. № 98-ФЗ «О коммерческой тайне».

Считаем необходимым конкретизировать требования к информации, публикуемой в составе ПНД.

3.3. Согласно абзацу тринадцатому подпункта «б» пункта 5 статьи 1 проекта акта ПНД должны содержать требования к характеристикам соответствующего товара, если иное предусмотрено законодательством Российской Федерации.

В настоящее время на территории Таможенного союза и Единого экономического пространства приняты и действуют Технические регламенты Таможенного союза, устанавливающие требования к продукции.

Обращаем внимание, что согласно пункту 3 статьи 5 Соглашения между Правительством Российской Федерации, Правительством Республики Беларусь, Правительством Республики Казахстан от 18 ноября 2010 г. «О единых принципах и правилах технического регулирования в Республике Беларусь, Республике Казахстан и Российской Федерации» (далее – Соглашение) со дня вступления в силу технического регламента Таможенного союза на территориях Сторон соответствующие обязательные требования, установленные законодательствами Сторон, не применяются. В тоже время, согласно пункту 4 статьи 3 Соглашения стороны не допускают установление в своем законодательстве обязательных требований в отношении продукции, не включенной в единый перечень. Таким образом, в законодательстве Российской Федерации не могут быть установлены требования в отношении продукции – товара отличные от требований установленных Евразийской экономической комиссии.

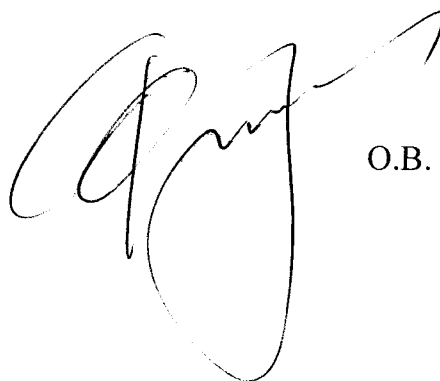
4. Проектом акта предусматривается внесение изменений в законодательство Российской Федерации в части переноса положений статьи 7 Федерального закона от 17 августа 1995 г. № 147-ФЗ «О естественных монополиях», устанавливающих государственное согласование отдельных категорий сделок субъектов естественных монополий, связанных с приобретением субъектами естественных монополий основных средств, не предназначенных для осуществления регулируемого вида деятельности, инвестирования в непрофильные виды деятельности, сделок по приобретению третьими лицами основных средств субъектов естественных монополий, в статью 28 Федерального закона № 135-ФЗ.

При этом посредством внесения изменений в статьи 33 и 34 Федерального закона № 135-ФЗ, проектом акта закрепляется право ФАС России отказывать в согласовании сделок, в случае если такие «сделки или иные действия, осуществляемые субъектом естественной монополии, приведут или могут привести к сдерживанию экономически оправданного перехода рынка из состояния естественной монополии в конкурентное состояние, ущемлению со стороны субъекта естественной монополии интересов других лиц».

Считаем, что данная формулировка, описанная в оценочных терминах «иные действия», «могут привести к сдерживанию», «могут привести к ущемлению», представляется декларативной и неоднозначной в толковании. Требование может быть сопряжено с возможностью регулятора выносить решение о согласовании/не согласовании соответствующих сделок на основании внутренних, закрытых и непрозрачных алгоритмов, тем самым ограничивая возможность независимой деятельности организаций.

С учетом вышесказанного, в целях исключения рисков возложения избыточных обязанностей и ограничений на субъектов естественных монополий, в том числе рисков снижения инвестиционной привлекательности проектов в сфере естественных монополий, считаем необходимым доработку предлагаемой нормы с закреплением оснований для отказа в согласовании сделок субъектов естественных монополий в форме, исключающей ее неоднозначное толкование.

На основе проведенной оценки регулирующего воздействия проекта акта с учетом информации, представленной разработчиком Минэкономразвития России сделан вывод о наличии положений, вводящих избыточные обязанности, запреты и ограничения для физических и юридических лиц в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности или способствующих их введению, а также положений, приводящих к возникновению необоснованных расходов физических и юридических лиц в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, а также бюджетов всех уровней бюджетной системы Российской Федерации.



О.В. Фомичев