

**ПЕРЕЧЕНЬ РАЗНОГЛАСИЙ**

**по проекту федерального закона "О внесении изменений в Федеральный закон "О защите конкуренции" и отдельные законодательные акты Российской Федерации (в редакции от 27.12.2013 г.) (далее – Законопроект)**

№ п/п	ФАС России	Позиция РСПП
1.	<p><b>Статья 1, пункт 2 Законопроекта:</b>  "в пункте 19 статьи 4 слова <i>"Не является "вертикальным" соглашением агентский договор исключить"</i>.</p>	<p><b>Исключить.</b>  <b>Обоснование предложения:</b>  "Вертикальное" соглашение определяется Законом как "...соглашение между хозяйствующими субъектами, один из которых приобретает товар, а другой предоставляет (продает) товар", т. е. как соглашение между продавцом и покупателем одного и того же товара. Стороны агентского договора ничего друг у друга не покупают и ничего друг другу не продают. Следовательно, агентский договор не является «вертикальным» соглашением, и неясно, по каким причинам на него должны распространяться ограничения, предусмотренные законом для вертикальных соглашений.  Неясно, по каким причинам необходимо исключение положения, принятого Федеральным законом № 401-ФЗ от 06.12.2011 г.</p>
2.	<p><b>Статья 1, пункт 5 Законопроекта:</b>  В статье 10  б) часть 4 изложить в следующей редакции:  <i>"4. По результатам проведенного федеральным антимонопольным органом анализа состояния конкуренции в целях предупреждения создания дискриминационных условий могут устанавливаться нормативным правовым актом Правительства Российской Федерации правила недискриминационного доступа к товарам, производимым и (или) реализуемым хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение и не являющимся субъектом естественной монополии, применительно к которому в совокупности выполняются следующие условия:</i>  <i>доля хозяйствующего субъекта на соответствующем товарном рынке составляет более 70 процентов;</i>  <i>в течение длительного периода (в течение не менее чем одного года или, если такой срок составляет менее чем</i></p>	<p><b>Исключить.</b>  <b>Обоснование предложения:</b>  1. Полномочие Правительства по установлению правил недискриминационного доступа (далее – ПНД) основано на соответствующих нормах Федерального закона от 17.08.1995 N 147-ФЗ "О естественных монополиях" (далее – Закон о естественных монополиях) и введено в целях защиты потребителей субъектов естественной монополии. Обязанность предоставлять доступ на товарные рынки и (или) производимые товары (услуги) субъектов естественных монополий <b>вытекает из прямых норм закона о естественных монополиях</b>, антимонопольным законодательством могут устанавливаться <u>лишь условия (правила)</u> такого доступа. Любое ограничение прав и свобод в соответствии со ст. 55 Конституции РФ может быть осуществлено только на основании <b>непосредственно федерального закона</b>, а не решения Правительства РФ по инициативе антимонопольного органа.  Распространение режима ПНД на хозяйствующие субъекты, не являющиеся субъектами естественных монополий, фактически означает распространение естественно-монопольного регулирования в отношении указанных хозяйствующих субъектов в нарушение процедуры, установленной Законом о естественных монополиях.  2. Предлагаемая норма может создавать дискриминационные условия ведения предпринимательской деятельности для различных хозяйствующих субъектов (в т.ч.</p>

<p><i>один год, в течение срока существования соответствующего товарного рынка) относительные размеры долей хозяйствующих субъектов неизменны или подвержены малозначительным изменениям;</i></p> <p><i>доступ на соответствующий товарный рынок новых конкурентов затруднен, в том числе вследствие наличия экономических, технологических, административных или иных ограничений;</i></p> <p><i>спрос на товар существенно превышает предложение товара в течение длительного периода, определенного федеральным антимонопольным органом, в результате проведенного им анализа состояния конкуренции.</i></p> <p><i>Указанные правила должны содержать:</i></p> <p><i>1) перечень товаров, к которым предоставляется недискриминационный доступ;</i></p> <p><i>2) перечень информации, позволяющей обеспечить возможность сопоставления участниками соответствующего товарного рынка условий обращения товаров на товарном рынке, а также иной необходимой для доступа на товарный рынок и (или) обращения товаров на товарном рынке существенной информации;</i></p> <p><i>3) порядок раскрытия информации, предусмотренной пунктом 2 настоящей части, в том числе о товарах, стоимости этих товаров или принципах определения цены и оплаты товара, возможном объеме производства или реализации этих товаров, о технических и технологических возможностях предоставления этих товаров;</i></p> <p><i>4) условия проведения торгов на приобретение товара, если договоры должны заключаться на торгах в соответствии с законодательством Российской Федерации;</i></p> <p><i>5) существенные условия договоров и (или) типовые договоры о предоставлении доступа к товарам;</i></p> <p><i>6) порядок определения потребителей, подлежащих</i></p>	<p>конкурентов), так как в отношении одних хозяйствующих субъектов, не являющихся субъектами естественных монополий, режим ПНД может быть введен, в отношении других нет.</p> <p>3. Норма нарушает принцип определенности права и предоставляет ФАС России неоправданно широкие дискреционные полномочия (право вносить представление о принятии ПНД в Правительство РФ на основании неопределенного критерия "по результатам анализа рынка"). При этом порядок проведения анализа рынка не определен в целях реализации указанного правомочия ФАС России.</p> <p>Таким образом, норма содержит коррупциогенные факторы, устанавливающие необоснованно широкие пределы усмотрения или возможность необоснованного применения исключений из общих правил:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- широта дискреционных полномочий - отсутствие или неопределенность сроков, условий или оснований принятия решения, наличие дублирующих полномочий органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц);</li> <li>- определение компетенции по формуле "вправе" - диспозитивное установление возможности совершения органами государственной власти или органами местного самоуправления (их должностными лицами) действий в отношении граждан и организаций;</li> <li>- выборочное изменение объема прав - возможность необоснованного установления исключений из общего порядка для граждан и организаций по усмотрению органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц).</li> </ul> <p>(Методика проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов (утв. постановлением Правительства РФ от 26 февраля 2010 г. № 96).</p> <p>4. Практика разработки ПНД в отношении хозяйствующих субъектов, не являющихся субъектами естественной монополии, показала свою несостоятельность. Последний пример – разработка Правил гарантированного и недискриминационного доступа к производимому этилену в пределах единого технологического комплекса, от которых ФАС России отказалась в связи с урегулированием спора между производителями этилена-участниками конкурентных отношений и потребителями этилена<sup>1</sup>.</p> <p>5. 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, т.к. носит исключительно превентивный характер в отношении будущих предполагаемых действий хозяйствующих субъектов, действующих на конкурентных рынках, и подменяет собой</p>
--	---

	<p><i>обязательному обслуживанию, установления минимального уровня их обеспечения и очередности предоставления доступа к товарам в случае невозможности удовлетворения в полном объеме потребностей в товаре, с учетом необходимости защиты прав и законных интересов граждан, обеспечения безопасности государства, охраны природы и культурных ценностей;</i></p> <p><i>7) требования к характеристикам соответствующего товара, если иное не предусмотрено законодательством Российской Федерации."</i></p>	<p>антимонопольный контроль за злоупотреблением доминирующим положением.</p> <p>6. Введение режима ПНД на рынках, не находящихся в состоянии естественной монополии, может оказать негативное влияние на состояние конкуренции, дестимулировать вхождение новых производителей/продавцов на рынок, появление на рынках новых, инновационных продуктов, в т.ч. заменителей, создать дополнительные барьеры входа на рынки. Оценка регулирующего воздействия нормы на экономику отсутствует.</p> <p>7. Вместо попыток распространения элементов режима естественно-монопольного регулирования в отношении конкурирующих хозяйствующих субъектов целесообразно предложить ФАС представить меры устранения излишних "административных" барьеров входа на рынок.</p> <p>8. В Законопроекте нет нормы об обязательном учете позиции всех участников рынка, в том числе, контрагентов монополиста. В связи с этим есть риск того, что ПНД не будут отражать интересы рынка, а будут направлены в интересах монополиста (как сейчас сложилось с недискриминационным доступом к приобретению апатитового концентрата). Участники рынка, не согласные с ПНД, будут оспаривать в судебном порядке как сами ПНД, так и действия монополиста, основанные на этих правилах. В связи с этим гарантий, что ПНД будут использоваться в интересах защиты конкуренции и уменьшат количество споров, нет. Таким образом, поправки не соответствуют ни одной из заявленных целей ФАС России: уменьшение числа споров и защита конкуренции.</p>
3	<p><b>Статья 1, пункты 5-6 Законопроекта:</b></p> <p><b>Замена редакции части 4 статьи 10 и части 9 статьи 11 влечет отмену иммунитета с действий, связанных с осуществлением исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности по делам о злоупотреблении доминирующим положением и картелям.</b></p>	<p>Фактически предлагаемая редакция исключает из текста Закона о защите конкуренции норму, о том, что требования статей 10, 11 не распространяются на действия по осуществлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг. Таким образом, фактически снят иммунитет в отношении действий, связанных с осуществлением исключительных прав на РИД.</p> <p>Распространение сферы действия Закона о защите конкуренции на сферу осуществления исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ, услуг, концептуально неверно и противоречит Гражданскому кодексу. На это прямо указано в Экспертном заключении Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства № 122-2/2013 от 21 октября 2013 г. «По проекту поправок Правительства Российской Федерации к проекту федерального закона № 199585-6 «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции»».</p>
4.	<p><b>Статья 1, пункты 9-10 Законопроекта:</b></p> <p>часть 1 статьи 15 дополнить пунктом 11 следующего содержания:</p> <p><i>"11) нарушение установленного нормативными правовыми</i></p>	<p><b>Исключить.</b></p> <p><b>Обоснование предложения:</b></p> <p>В настоящий момент контрольными полномочиями в части государственного регулирования цен (тарифов) на товары, работы, услуги наделена Федеральная служба по тарифам (ФСТ).</p>

<p><i>актами порядка ценообразования, формирования тарифов, за исключением случаев, предусмотренных законодательством Российской Федерации о государственном оборонном заказе.";</i></p> <p>статью 16 дополнить пунктом 5 следующего содержания:  <i>"5) нарушению установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования, формирования тарифов, за исключением случаев, предусмотренных законодательством Российской Федерации о государственном оборонном заказе.";</i></p>	<p>Предусмотренные Законопроектом изменения приведут к дублированию ФАС полномочий ФСТ и создадут дополнительные ограничения для субъектов естественных монополий. Кроме того, предлагаемые поправки направлены на преодоление негативной для ФАС России судебной практики по делам о контроле за ценообразованием естественных монополий. Так, Постановлением Президиума ВАС РФ от 28.02.2012 N 8433/11 по делу N А09-3584/2010 об отмене решения и предписания антимонопольного органа, вынесенного по факту нарушения порядка ценообразования, высшая судебная инстанция указала, что "...применение одного из тарифов, установленных уполномоченным органом, не связанное с включением в расчет оплаты дополнительных платежей, не является нарушением порядка ценообразования; кроме того, контроль за применением регулируемых цен на электрическую и тепловую энергию не относится к компетенции антимонопольного органа."</p>
<p>5. <b>Статья 1, пункт 19 Законопроекта:</b>  в часть 1 статьи 28 дополнить пунктами 10 – 12 следующего содержания:  <i>"10) совершение любых сделок, в результате которых субъект естественной монополии приобретает право собственности на основные производственные средства или право пользования основными производственными средствами, не предназначенными для производства (реализации) товаров, в отношении которых применяется регулирование в соответствии с Федеральным законом от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях», если балансовая стоимость таких основных производственных средств превышает 10 процентов стоимости собственного капитала по последнему утвержденному балансу;</i>  <i>11) осуществление инвестиций субъекта естественной монополии в производство (реализацию) товаров, в отношении которых не применяется регулирование в соответствии с Федеральным законом от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях» и которые составляют более 10 процентов стоимости собственного капитала субъекта естественной монополии по последнему утвержденному балансу;</i>  <i>12) получение в собственность, пользование или во владение, сдача в аренду или совершение иной сделки, в результате которой хозяйствующий субъект приобретает право собственности либо владения и (или) пользования частью основных производственных средств субъекта</i></p>	<p><b>Изложить в следующей редакции:</b></p> <p>часть 1 статьи 28 дополнить пунктами 10 – 12 следующего содержания:  «10) совершение любых сделок, в результате которых субъект естественной монополии, у которого доля выручки от естественно-монопольных видов деятельности превышает 1% общего объема его выручки, приобретает право собственности на основные производственные средства или право пользования основными производственными средствами, не предназначенными для производства (реализации) товаров, в отношении которых применяется регулирование в соответствии с Федеральным законом от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях», если балансовая стоимость таких основных производственных средств превышает 10 процентов стоимости собственного капитала по последнему утвержденному балансу;  11) осуществление инвестиций субъекта естественной монополии, у которого доля выручки от естественно-монопольных видов деятельности превышает 1% общего объема его выручки, в производство (реализацию) товаров, в отношении которых не применяется регулирование в соответствии с Федеральным законом от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях» и которые составляют более 10 процентов стоимости собственного капитала субъекта естественной монополии по последнему утвержденному балансу;  12) получение в собственность, пользование или во владение, сдача в аренду или совершение иной сделки, в результате которой хозяйствующий субъект приобретает право собственности либо владения и (или) пользования частью основных производственных средств субъекта естественной монополии, предназначенных для производства (реализации) товаров, в отношении которых применяется регулирование в соответствии с Федеральным законом от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях», если балансовая стоимость таких основных производственных средств превышает 10 процентов стоимости собственного капитала по последнему утвержденному балансу, <b>и если в результате такого приобретения</b></p>

	<p><i>естественной монополии, предназначенных для производства (реализации) товаров, в отношении которых применяется регулирование в соответствии с Федеральным законом от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях», если балансовая стоимость таких основных производственных средств превышает 10 процентов стоимости собственного капитала по последнему утвержденному балансу.»</i></p>	<p><b>доля выручки хозяйствующего субъекта от естественно-монопольных видов деятельности составит более 1% общего объема его выручки.».</b></p> <p><b>Обоснование:</b>  Предлагаемые ФАС России поправки <b>совершенно парализуют и без того почти сошедшую на нуль инвестиционную активность и техническое перевооружение нашего крупного бизнеса.</b> Дело в том, что почти все крупные промышленные предприятия благодаря наследию, оставленному им советской хозяйственной системой, вынуждены заниматься обычно несколькими естественно-монопольными видами деятельности, чаще всего – передачей электрической и тепловой энергии, а также газоснабжением. Несмотря на ничтожный размер выручки от таких видов деятельности (обычно не более 1%), все такие предприятия подпадут под категорию <i>естественных монополий</i>, а значит – и под ограничения планируемых пунктов 10-12 ч. 1 ст. 28. Так, например, если, металлургический комбинат планирует <i>реконструкцию</i> своих основных средств, то в том случае, если ее стоимость превышает 10% стоимости собственного капитала – иначе сделки для целей этой реконструкции будут подлежать согласованию с ФАС. Точно такая же ситуация сложится и тогда, когда тот же металлургический комбинат захочет приобрести новое оборудование, построить новую доменную печь, приобрести акции какого-нибудь добывающего или смежного перерабатывающего предприятия – все это можно будет сделать лишь тогда, когда размер вложений (стоимость покупки) не превысит 10% стоимости собственного капитала инвестора (покупателя). Какое отношение ко всему этому имеет «естественно-монопольная» составляющая бизнеса инвестора (покупателя), какое влияние она могла бы оказать на эти процессы, а значит и та роль, которую во всех них могло бы играть согласование ФАС России – все это совершенно непонятно.  Предлагаемая редакция предлагает исключить применение нормы к субъектам естественной монополии, доля выручки от естественно-монопольных видов деятельности не превышает 1% в общем объеме выручки.</p>
6.	<p>В Законопроекте не предусматривается внесение изменений в положения об институте "коллективного доминирования".</p>	<p><b>Обоснование предложения:</b>  С экономической точки зрения, коллективное доминирование представляет собой характеристику структуры рынка, допускающую возможность решающего влияния на общие условия обращения товара со стороны двух и более хозяйствующих субъектов.  Существующее определение коллективного доминирования в большей степени привязано к ограниченному числу участников рынка, а также пороговым размерам рыночных долей таких участников, и не предусматривает оценку "рыночной власти".  В этой связи ФАС России зачастую квалифицирует поведение субъекта/нескольких</p>

		<p>субъектов на рынке как нарушающее конкуренцию, основываясь только на формальных признаках<sup>2</sup>. Такое регулирование не только излишне ограничивает возможность участников рынка конкурировать и вести производственно-хозяйственную деятельность, но и является излишним административным давлением для притока капитала на рынок, а, следовательно, для развития конкуренции и создания благоприятного инвестиционного климата.</p> <p>Судебная практика по применению части 3 статьи 5 Закона формируется с нарушением базовых принципов экономической теории и допускает признание хозяйствующего субъекта с незначительной долей рынка "индивидуально злоупотребляющим коллективным доминирующим положением с другими участниками рынка"<sup>3</sup>.</p> <p>Сохранение нормы о коллективном доминировании в текущей редакции приведет к следующим последствиям:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(а) применение института коллективного доминирования на основании формального подхода, что не позволяет отграничить случаи влияния хозяйствующих субъектов на условия обращения товара на рынке от простой констатации факта сложившихся рыночных долей;</li> <li>(б) антимонопольное регулирование и контроль будут по-прежнему разфокусированы, что не позволит ФАС России оказывать существенное влияние на развитие конкуренции, а бизнес-сообществу получить оценку своего влияния на условия обращения на товарных рынках, а также ясные ориентиры допустимого поведения при условии наличия такого влияния;</li> <li>(в) неразвитость антимонопольного законодательства Российской Федерации в данной сфере порождает значительное количество случаев привлечения к ответственности компаний, а также обширную противоречивую судебную практику, что не только</li> </ul>
--	--	--

<sup>4</sup> Постановлением от 18 января 2010 года (дело № А53-15322/2009) ФАС Северокавказского округа подтвердил правомерность решения антимонопольного органа о признании ООО "Мегафон" злоупотребившим доминирующим положением путем экономически, технологически и иным образом необоснованного установления цен (тарифов) на один и тот же товар, согласившись с позицией антимонопольного органа, о том, что доля общества на рынке оказания услуг внутризональной связи абонентов с операторами подвижной мобильной связи на территории Ростовской области составляет более 8%, а в совокупности с долями четырех иных операторов связи (ОАО "Вымпел-Коммуникации", ЗАО "Мобиком-Кавказ", ОАО "МТС", ЗАО "Ростовский сотовый телефон") - более 70%, в связи с чем, на него с учетом положений части 3 статьи 5 Закона о защите конкуренции распространяются ограничения, предусмотренные частью 1 статьи 10 данного закона.

<sup>3</sup> Постановление ФАС Дальневосточного округа от 22.02.2012 по делу № А73-4951/2011 ФАС Дальневосточного округа – поддержаны выводы антимонопольного органа об индивидуальном доминировании ОАО "Владивосток Авиа" с долей рынка порядка 26 % путем установления топливного сбора.

Постановление ФАС Уральского округа от 3.08.2012 года (№Ф09-5617/12) - ОАО «Курганский комбинат хлебопродуктов» с долей 21,96% и 70 % в совокупности с другими субъектами на рынке оптовой реализации муки признано виновным в злоупотреблении доминирующим положением.

Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 03.05.2013 года (дело № А43-15906/2012) - ОАО «ТрансКонтейнер» с индивидуальной долей 16,53% (при коллективной доле еще с двумя хозяйствующими субъектами более 50%) признано виновным в злоупотребляет доминирующим положением.

		<p>увеличивает административное давление на бизнес, не обоснованное целями развития конкуренции или иными сформулированными артикулированными публичными целями, но также существенно ухудшает деловой климат, ввиду непрозрачности такого антимонопольного регулирования и сдерживания притока инвестиций и повышения конкуренции.</p>
7.	<p>В Законопроекте не содержится предложений в отношении изменении порядка и стандартов доказывания картельного сговора.</p>	<p><b>Дополнить</b> Закон новой главой 9.1, описывающей порядок и этапы проведения экономического анализа рынка, а также возможности предоставления хозяйствующими субъектами экспертных заключений по вопросам, требующим дополнительного экономического анализа. В этой связи в указанную главу предлагается инкорпорировать положения Приказа № 220 от 28 апреля 2010 года "Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке".</p> <p>Внести изменения в главу 9 Закона о защите конкуренции "Рассмотрение дел о нарушении антимонопольного законодательства" в части оценки ФАС обстоятельств, свидетельствующих о факте нарушения антимонопольного законодательства.</p> <p>Предусмотреть в Законе о защите конкуренции и АПК РФ возможность назначения судом независимой экономической экспертизы.</p> <p>Дополнить Закон о защите конкуренции механизмом, обязывающим ФАС России предоставлять хозяйствующим субъектам данные экономического анализа по ходатайству хозяйствующего субъекта для ознакомления при условии, что такой хозяйствующий субъект подписывает документ о неразглашении такой информации, а также о том, что такая информация не будет использована таким субъектом в коммерческих целях.</p> <p><b>Обоснование предложения:</b></p> <p>Запрет на картельный сговор носит безусловный характер. Закон о защите конкуренции не устанавливает прямых ограничений на доказательства, которые могут быть использованы антимонопольным органом. Существуют примеры использования косвенных доказательств для подтверждения картельного сговора, поддержанные судами<sup>4</sup>. Однако на практике отсутствуют какие-либо единообразные правила оценки достаточности, относимости и допустимости таких доказательств. В этой связи суды не проверяют правильность проведения оценки рынка со стороны ФАС России и не принимают доводы участников рынка о том, что соответствующий экономический анализ проведен ФАС России неверно или неполно<sup>5</sup>.</p> <p>Сохранение текущего подхода к доказыванию приведет к следующим последствиям:</p>

<sup>4</sup> Федеральный арбитражный суд Московского округа в Постановлении от 17 октября 2012 года (№ А40-106906/11-149-684) признал, что фактические действия участников торгов сами по себе свидетельствуют о наличии устного антиконкурентного соглашения, так как такие действия нельзя назвать адекватными и обусловленными объективными экономическими факторами. Суд не потребовал от антимонопольного органа детального анализа соответствующего товарного рынка, доказательств того, что действия участников торгов были заранее согласованы между собой, или доказательств получения участниками торгов реальной экономической выгоды. Впоследствии указанное решение было поддержано Высшим арбитражным судом (Определение от 11.02.2013 N ВАС-505/13).

<sup>5</sup> Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 29.07.2009 по делу №Н А70-8573/2008, оставленном без изменения Постановлением ФАС Западно-Сибирского округа от 12.10.2009 по делу №Н А70-8573/2008).

		<p>(а) необоснованное привлечение хозяйствующих субъектов к ответственности вследствие отсутствия единообразных правил оценки достаточности, относимости и допустимости доказательств;</p> <p>(б) необоснованное привлечение хозяйствующих субъектов к ответственности вследствие отказа от проведения всестороннего экономического анализа в рамках антимонопольного разбирательства, что противоречит сложившейся мировой практике;</p> <p>(б) замедление темпов экономического роста компаний, вследствие неопределенности в отношении того, какое поведение на рынке допустимо, а какое нет, и фактической невозможности доказать, что поведение компании и других хозяйствующих субъектов на рынке обусловлено объективными факторами.</p>
--	--	---