

ЧТО ЖДАТЬ БИЗНЕСУ ОТ РЕФОРМЫ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

В январе-феврале 2016 года Государственная дума должна принять во 2 чтении антикризисный законопроект об «иммунитетах» для субъектов малого предпринимательства (СМП) от антимонопольного контроля. Вкупе с вступающим в силу 6 января 2016 года «четвертым антимонопольным пакетом» (4АМП, объемные поправки в закон «О защите конкуренции», далее 135-ФЗ, уже вступившими в силу 30.01.2014 изменениями в 135-ФЗ, 20.03.2018 – либерализационными поправками в ст. 178 Уголовного кодекса РФ) – это масштабная реформа государственной политики защиты конкуренции.



«Антикризисный» законопроект возник по инициативе «Деловой России», предложившей освободить малый бизнес от избыточного антимонопольного контроля: соответствующие нормы вошли в антикризисный план Правительства РФ. Также после более чем двухлетних дискуссий 4АМП и поправки в Уголовный кодекс были существенным образом скорректированы, можно сказать, изменились до неузнаваемости.

Основные изменения сводятся к следующему:

1. Устранена уголовная ответственность за неоднократное злоупотребление доминирующим положением. Хотя статья применялась относительно редко, но даже небольшой риск уголовного преследования негативно отражался на инвестиционном климате, тем более дел по злоупотреблению доминированием в РФ возбуждается больше, чем во всех остальных странах мира, вместе взятых. Кстати, уголовной ответственности за указанное нарушение нигде более в мире не существовало. Изменение можно оценить как исключительно положительное¹.

2. Пороги для привлечения к уголовной ответственности за картели по ущербу в крупном и особо крупном и незаконно полученному доходу в крупном и особо крупном размерах повышены в 10 раз – до 10, 30, 50 и 250 млн. руб. соответственно. Это ограничит возможность привлечения к уголовной ответственности СМП. И хотя наши правоохранительные органы часто рассматривают в качестве незаконного дохода всю выручку, а ущерба – всю сумму госконтракта, изменение можно оценить как исключительно положительное, правда, недостаточное².

3. Расширен институт предупреждений и предостережений³. По большинству составов нарушений антимонопольного законодательства введен т.н. предупредительный порядок. То есть за первое нарушение будет выдавать-

ся предупреждение, и только за повторное – возбуждаться дело и налагаться штраф. Система предупреждений была апробирована еще с 2012 г. (введена «третьим антимонопольным пакетом» для двух видов нарушений). Теперь она вводится по всем составам злоупотребления доминирования (ст. 10 135-ФЗ), кроме установления монопольно высоких и низких цен, недобросовестной конкуренции (кроме использования чужого товарного знака и интеллектуальной собственности), антиконкурентных действий органов власти (ст. 15). Мы прогнозируем, что одна только эта новация сократит число дел, ежегодно возбуждаемых ФАС России, в 2 раза и более – с 10 до 4-5 тыс. Безусловно, можно оценить как положительное изменение, хотя по числу возбуждаемых дел ФАС все равно останется мировым чемпионом. Для предпринимателя лучше получить предупреждение, пусть даже он считает его необоснованным, чем «необоснованное» дело и «необоснованный» штраф. Остается вопрос и о самой возможности оспаривания предупреждений (судебная практика в этом вопросе разнится). Анализ рынка для выдачи предупреждения не требуется, поэтому не исключены риски злоупотребления чиновниками своими полномочиями. Например, Вашей компании может быть выдано предупреждение о необходимости заключить договор с той или иной компанией X, пересмотреть условия контракта с компанией Y, установить неизвестной компании Z такую же цену, как и вашему основному и крупнейшему контрагенту (т.к. вы «монополист» и не имеете права отказывать в заключении договора, навязывать невыгодные условия и дискриминировать мелких покупателей). И все это – без анализа рынка, комиссии по делу и доводов сторон. Дальше у Вас будет выбор – исполнить такое предупреждение, или про-

игнорировать его, надеясь, что повышенные требования к возбуждению и рассмотрению дела отсекут откровенные коррупционные истории. Забавным примером является выданное в ноябре 2015 г. предупреждение главе «АвтоВАЗА» за заявление, что компания будет поддерживать на стабильном уровне (!) цены на Лада Vesta.

4. «Дела дачников» перестанут быть антимонопольными⁴. ФАС не будет больше рассматривать дела по ущемлению интересов отдельных физлиц. Обычной практикой терорганов ФАС было возбуждение антимонопольного дела за неподключение, неправильный расчет тарифов, нарушение сроков ремонта теплотрассы и т.д. и т.п. для индивидуальных домов, включая дачные домики. Это сократит число антимонопольных дел примерно на 5%, и конечно, возбуждать антимонопольное расследование по таким эпизодам было неправильно. Подобное никак не связано с защитой конкуренции, и зачастую вся проблема была в отключении горячей воды на несколько часов или задержка с ремонтом теплотрассы на 1 день. Однако дилемма заключается в том, что аналогичные дела по ущемлению интересов, в т.ч. «подключению» юридических лиц (в т.ч. индивидуальных предпринимателей) по-прежнему будет рассматривать ФАС в рамках 135-ФЗ. При этом, и сами «дела дачников», видимо не уйдут из поля зрения ФАС – по ним будут возбуждаться не антимонопольные дела, а дела по ст. 9.21 КоАП (см. п. 5).

5. За нарушения правил техприсоединения к электросетям, правил подключения к сетям тепло-, электро-, газо- и водоснабжения, и даже за нарушение сроков предоставления потребителю проекта договора будет введена дисквалификация помимо штрафа⁵. На наш взгляд, за нарушение сроков такая жесткая

¹ Инициатива «Деловой России», также содержалась в рекомендациях ОЭСР, выданных ФАС России.

² Инициатива «Деловой России», поддержанная АСИ.

³ Требование Дорожной карты «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики» (далее – ДК «Конкуренция»), инициатива исходила от РСПП и юридического сообщества.

⁴ Инициатива ФАС России и Минэкономразвития России.

⁵ Инициатива ФАС России.

мера является чрезмерной. Более того, она может быть применена не только к крупным энергомонополистам и предприятиям ЖКХ, но и организациям промышленности и сельского хозяйства, имеющих на своем балансе котельные, ТЭЦ, водоканалы, и снабжающие внешних потребителей.

6. Отменено требование по уведомительному согласованию слияний среднего бизнеса с величиной активов участников сделки от 200 млн. до 7 млрд. руб.⁶. Сделки внутри группы лиц субъектов естественных монополий не будут подлежать согласованию, по аналогии с компаниями на конкурентных рынках⁷. Контроль за сделками субъектов естественных монополий больше не будет распространяться на тех, у кого доля от естественно-монопольных видов деятельности <1%⁸. Порог по активам приобретаемой компании повышается с 250 млн. до 400 млн. руб.⁹ Это выводит из-под контроля ФАС более 1 тыс. мелких слияний ежегодно. Изменения можно оценить как положительные, но недостаточные: ФАС по-прежнему будет контролировать больше слияний, чем любой другой антимонопольный регулятор мира, включая США. Необходимо и более пристальное рассмотрение крупных слияний, расширение практики блокировки слияний, ведущих к монополизации. Или выдачи по ним серьезных структурных требований (продажа на свободном рынке части активов при слиянии).

7. Отменяется функция ведения и сам реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке свыше 35%¹⁰. Такой реестр существовал только в России и Украине, у нас в нем находилось свыше 10 тыс. компаний, реестр редко обновлялся, 15% его фигурантов были ликвидированы или преобразованы, еще почти 60% – относились к СМП. Отмена реестра означает, что компании, в нем числившиеся, перестанут согласовывать мельчайшие сделки с ФАС, служба должна будет анализировать рынок и устанавливать доминирующее положение в каждом конкретном случае, а не ссылаться, что компания занесена в реестр. Качество дел должно повыситься, изменение можно оценить как исключительно положительное.

8. В законе появляется запись об обязательном проведении анализа рынка в «необходимом» объеме¹¹. Вкупе с изменениями в Приказе ФАС №220 о порядке проведения анализа рынка¹², ужесточившие требования к чиновникам, и сократившие свободу их действий при выборе методов анализа, это новшество должно повысить качество ре-

шений ФАС и их обоснованность. До последнего времени анализ в большинстве дел не проводился, неприемлемой была ситуация с делами по «антиконкурентным соглашениям» (ст. 11 135-ФЗ). Изменение можно оценить как положительное, но недостаточное. До сих пор не закреплена обязанность ФАС проводить анализ рынка по самым тяжелым – картельным – делам, при выдаче предупреждений. Стоит отметить, что повышение качества анализа – долгая и кропотливая работа. Требуемая роста квалификации сотрудников, дополнительных ассигнований на исследование рынка и т.д.

9. Вместо одной статьи в законе появилась целая глава о недобросовестной конкуренции¹³. Более детально прописаны нарушения, закрепляется положительная судебная практика и подходы уже существующие ФАС, что положительно оценивается предпринимателями. Однако перечень нарушений по-прежнему остается открытым, что оставляет почву для вольных трактовок чиновниками на местах.

10. Порядок рассмотрения антимонопольных дел прописывается на уровне закона¹⁴. В принципе существенных изменений, не считая техники, с уже действующим порядком немного, появляется новый процессуальный документ – заключение об обстоятельствах дела, что даст компаниям возможность на более ранней стадии понять, в чем же ее обвиняют, что можно рассматривать как положительное изменение.

11. Запрещается привлечение к ответственности дважды (в виде наложения штрафа и изъятия незаконно полученного дохода) за одно нарушение¹⁵. Удивительно, что так долго продержалась эта, по сути, неконституционная норма, но лучше поздно, чем никогда. При этом, целесообразно вообще отказаться от изъятия в бюджет незаконно полученного дохода – их в идеале должны заменить иски пострадавших от нарушения потребителей.

12. Ходатайство можно будет подавать в ФАС в электронной форме, а заседания комиссии проводить в режиме видео-конференцсвязи¹⁶. Опять же, лучше поздно, чем никогда, и многие ведомства продвинулись гораздо дальше в применении информационных технологий. Пока можно только мечтать о переводе запросов ФАС и ответов на них в режим он-лайн, или возможности следить он-лайн за этапами рассмотрения ходатайства о сделке или Вашего обращения в ФАС.

13. ФАС будет согласовывать создание новых государственных и муниципальных

унитарных предприятий¹⁷. Переключение внимания ФАС с частного бизнеса на госпредприятия можно приветствовать, тем более, что зачастую ГУПы и МУПы, используя административный ресурс, препятствуют развитию конкуренции. Нашему государству неплохо было бы провести приватизацию ГУПов и МУПов в конкурентных секторах экономики, но пока об этом речи не идет. Создана лишь дополнительная инстанция в лице ФАС на пути создания новых ГУПов и МУПов. Кстати, ФАС ничего не сможет сделать, если мэр или губернатор захочет создать не ГУП/МУП, а АО с госучастием.

14. ФАС перестанет контролировать торги частных компаний¹⁸. Конструкция ст. 17 135-ФЗ в действующей редакции подразумевает, что ФАС сможет возбудить дело по ограничению конкуренции при тендере на покупку канцтоваров, объявленном ООО «Ромашка». И хотя штрафа за такое «нарушение» не предполагалось, дела против торгов частных компаний по регионам встречались. Теперь антимонопольные требования будут распространяться только на обязательные торги (госзакупки, закупки госкомпаний и естественных монополий), и ООО «Ромашка» может не бояться проверки, по крайней мере, своих внутренних тендеров.

15. Введены штрафы за нарушение процедуры торгов по реализации госимущества¹⁹, что сделает процедуру более прозрачной и предсказуемой. Снизит коррупционные риски, даст бизнесу больше шансов добиться справедливого решения при участии в таких торгах.

16. Размер штрафа за нарушения на торгах ограничен 4% от оборота компании²⁰. Штраф за сговоры на торгах был установлен в размере от 10 до 50% начальной стоимости предмета торгов, но если штрафовался СМП с небольшой выручкой, то половина стоимости торгов могла доходить до половины его выручки. Теперь размер штрафа по торгам в любом случае не превысит 4% оборота компании, как и для других картельных нарушений, это позитив.

17. Президиум ФАС становится «внутренней апелляцией» и наделяется правом давать разъяснения антимонопольного законодательства²¹. Возможность оспорить решение территориального органа ФАС в Москве с одной стороны, будет ограничителем для возбуждения «заказных» дел, внутренняя апелляция неплохо сработала в налоговой службе. Однако надо иметь в виду, что этим правом могут воспользоваться монополисты для отмены проконкурентных решений терорганов, поэтому Президиуму надо быть очень внимательным. В этой связи неплохо было бы установить ротацию членов Президиума, ввести в него независимых членов – представителей экспертного, научного сообщества и бизнес-ассоциаций, открыто и гласно готовить разъяснения антимонопольного законодательства.

18. Получает право расследовать как картели продавцов, так и картели покупателей²². С экономической точки зрения это

⁶ «Деловая Россия» предложила сократить контроль над слияниями среднего бизнеса, но ФАС России выступила с еще более радикальным предложением – совсем убрать этот контроль, за что службе отдельное спасибо.

⁷ Требование ДК «Конкуренция».

⁸ Инициатива РСПП, «Деловая Россия» предлагала поднять долю до <10%, чтобы контролю не подлежали не только крупные заводы, у которых есть котельные, ТЭЦ, подстанции и прочее хозяйство, питающее коммунальными услугами в т.ч. внешних потребителей, но и небольшие заводы, у которых из-за кризиса доля указанных услуг вполне может быть выше 1% выручки.

⁹ Инициатива «Деловой России».

¹⁰ Инициатива «Деловой России».

¹¹ Инициатива «Деловой России».

¹² Работа над совершенствованием приказа была организована Минэкономразвития России.

¹³ Инициатива РСПП и ТПП. В ходе работы были учтены важные замечания «Деловой России»: втч. не введены новые и еще увеличены действующие штрафы, сокращен перечень новых видов нарушений в части недобросовестной конкуренции. Например, исключены такие спорные моменты, как нарушения в форме «дезорганизации» включая переманивание сотрудников на более высокую зарплату, «нарушение» путем «снижения коммерческой ценности» средств индивидуализации конкурента и даже компании действующей на другом товарном рынке, ФАС отказалась от введения противоречащего ГК РФ принципу «преждепользования» и т.д.

¹⁴ Инициатива ФАС России, поддержанная предпринимательскими объединениями и юридическим сообществом.

¹⁵ Требование ДК «Конкуренция», инициатива РСПП.

¹⁶ Требование ДК «Конкуренция», инициатива ФАС России.

¹⁷ Требование ДК «Конкуренция», инициатива ФАС России.

¹⁸ Инициатива «Деловой России». ФАС России не только поддержала данную инициативу, но и отстояла ее в дискуссиях с другими министерствами и ведомствами, включая Государственное правое управление Администрации Президента, за что службе отдельное спасибо.

¹⁹ Инициатива ФАС России.

²⁰ Инициатива ФАС России.

²¹ Требование ДК «Конкуренция».

²² Инициатива ФАС России.

верно – покупатели также могут создавать картель и играть на понижение цены. При этом, в ст. 4 135-ФЗ («термины и понятия») отсутствуют определения «картель» и «горизонтальные соглашения». Это приводит к расширительному толкованию картеля, и 2/3 картельных дел ФАС признаются судами незаконными. Отсутствие же термина «горизонтальные соглашения» по сути, ставит знак равенства между ними и картелями, что в корне неверно. Совместное производство, совместные НИОКР нашего бизнеса не развиваются из-за риска быть обвиненными в картеле.

19. ФАС будет согласовывать соглашения о совместной деятельности аналогично слияниям, т.е. если активы стороны в сумме превышают 7 млрд. руб.²³ Это позволит совместным предприятиям снять риск обвинения в картеле, получив разрешение от ФАС. Такое новшество можно рассматривать как положительное только в условиях сохраняющегося «картельного беспредела» (см. п. 18). Лучше было бы не вводить разрешительный порядок (так или иначе административный барьер) для создания СП и совместных НИОКР, а всячески поощрять их. Особо отметим, что совместные предприятия и НИОКР среднего бизнеса, где активы участников в сумме меньше 7 млрд. руб. по-прежнему будут ходить под риском быть обвиненными в картеле вплоть до уголовного преследования.

20. Расширяется возможность ФАС по контролю над агентскими договорами²⁴. В старой редакции 135-ФЗ было записано следующее: «не является вертикальным соглашением агентский договор». И хотя не было записи, чем же этот договор, собственно, является, в некоторых, но далеко не во всех, судебных разбирательствах бизнесу удавалось доказать, что агентский договор вообще не должен подлежать контролю ФАС. В совокупности с выведением из-под антимонопольного контроля всех соглашений СМП и компаний с небольшими долями рынка (за исключением разве что сговора на торгах) и проведения тщательного анализа рынка и сути каждого потенциально антиконкурентного соглашения исключение неоднозначной оговорки про агентский договор было бы правильным. Пока этого выведения не происходит, данная новация скорее расширяет возможности для вмешательства ФАС в деятельность бизнеса.

21. Пожалуй, самой негативной новацией является наделение Правительства правом выдавать т.н. «правила недискриминационного доступа» (ПНД) для компаний, которые

не являются субъектами естественных монополий²⁵. Хотя при согласовании удалось добиться, что такое право возникает только после вступившего в законную силу решения о нарушении антимонопольного законодательства (т.е. у бизнеса сохраняется возможность оспаривания вплоть до апелляции), получается, что компания, один раз нарушившая закон, попадает в режим ручного управления. Поскольку ПНД могут не ограничиться правилами справедливой поставки товаров всем контрагентам, ничто не мешает установить в них формулу цены, правила закупок и торговую политику, словом охватить всю деятельность компании. То, что утверждаться

ПНД будут Правительством, повышает открытость принятия решений, но проект распоряжения готовить будет, очевидно, ФАС. Примечательно, что уже были случаи подготовки ПНД в интересах монополистов, а не потребителей.

22. Больше не будет признаваться доминирующим положение компании с долей рынка менее 35%²⁶. Хотя подобных дел было немного (ФАС было проще назвать компанию монополистом с долей рынка в 100% в границах дома, торгового центра, завода и т.д., чем монополистом с долей, скажем, 3% рынка в более широких границах), эту новацию можно оценить как исключительно положительную.

23. «Иммунитеты» для малого бизнеса²⁷. Наконец, будет прописано, что малый бизнес не должен признаваться «монополистом». В законе будет указано, что не признается доминирующим положение индивидуального предпринимателя и СМП, если его учредители – только физлица, и его годовая выручка <400 млн. руб.? и он не относится к естественной монополии. Отметим, что ФАС выбрал самый консервативный вариант – ведь с июля 2015 г. к малому бизнесу относятся компании с выручкой до 800 млн. руб., а к среднему – до 2 млрд. руб. То есть верхняя часть малого и весь средний бизнес иммунитет не получит. Также, если гражданин учредил малое предприятие не лично, а через принадлежащее ему юрлицо, он автоматически может стать «монополистом». Понятны опасения ФАС, чтобы иммунитеты не получили аффилированные с крупными компаниями структуры, но для этого можно было бы тщательнее устанавливать группу лиц (все возможности у ФАС есть), и все-таки дать иммунитет всем СМП. Но гораздо более опасна лазейка, оставленная в законе для преследования СМП за почти любые соглашения. Иммунитет им дается только на «иные» соглашения, а по вертикальным, координации деятельности, согласованным действиям, не говоря уже о картелях – нет. То есть СМП можно будет

по-прежнему «кошмарить» за «запрещенные вертикальные соглашения (банальные договоры купли-продажи), как например, в деле против ИП Метелевой из Сыктывкара за договор поставки крем-краски одной парикмахерской. Или за согласованные действия в виде одинаковой цены в 50 рублей за прыжки на надувном батуте.

24. Согласование внеплановых проверок СМП с прокуратурой²⁸. Это, безусловно, положительный момент, который позволит минимизировать риски заказных проверок. Однако и здесь остается лазейка – внеплановые проверки на предмет картеля с прокуратурой согласовывать не будут. Это означает, что можно будет, ни с кем не согласовывая, нагрянуть на СМП с проверкой на предмет картеля, а дальше – чего найдут. Именно таким образом развивалось дело в отношении ЗАО «Аргус-спектр» - дело по вертикальным соглашениям после проверки на предмет картеля, суды трех инстанций признали незаконным. Согласование с прокуратурой позволяет снизить риск «заказных» проверок, не отменяя их внезапности. Поэтому целесообразно ввести обязанность согласования всех без исключения внеплановых проверок, в т.ч. на предмет картеля, для всех компаний, а не только СМП.

Результатом принятия законопроектов станут сокращение контролируемых ФАС России слияний почти в 2 раза, числа рассматриваемых дел – как минимум в 2-3 раза (по обеим позициям, в основном за счет мелких, не влияющих на конкуренцию). Повысится обоснованность решений и степень открытости ведомства, несколько сместятся от частного бизнеса в сторону органов власти и госпредприятий акценты в антимонопольном регулировании. Наибольших улучшений стоит ожидать в части контроля недобросовестной конкуренции, где дела и так обстояли не лучшим образом. Поскольку часть изменений уже вступила в силу, они уже отразились на повышении места России по позиции «эффективность антимонопольной политики» в рейтинге глобальной конкурентоспособности с 116-го в 2013 до 82-го в 2015 гг. В 2016 г. можно ожидать повышения до 60-65 места.

Тем не менее, сохраняются возможности антимонопольного преследования СМП, не говоря уже о среднем бизнесе и компаниях с небольшими долями рынка (в части соглашений), проведения необоснованных проверок, вмешательства ФАС в споры хозяйствующих субъектов по делам об «ущемлении интересов» отдельных юридических лиц. Сохранится «картельный беспредел», антимонопольное регулирование по-прежнему будет скорее препятствовать развитию совместных предприятий, дилерских сетей и других каналов сбыта отечественной обрабатывающей промышленности.

**Директор по развитию
Национальной ассоциации институтов
закупок (НАИЗ) Алексей Ульянов.**



²³ Инициатива ФАС России.

²⁴ Инициатива ФАС России.

²⁵ Инициатива ФАС России.

²⁶ Инициатива «Деловой России».

²⁷ Инициатива «Деловой России», предлагающей более последовательный вариант – безусловные иммунитеты для всех СМП (за исключением сфер естественной монополии) как от обвинений в доминировании, как и по всем видам соглашений, за исключением сговоров на торгах.

²⁸ Инициатива «Деловой России», предлагающей ввести согласование всех без исключения внеплановых проверок с прокуратурой.