

***ЛПКП
ЛССР***

**Лаборатория
Проблем конкуренции и
конкурентной политики**
119899, Москва, Воробьевы горы, Третий
корпус гуманитарных факультетов
www.lccp.econ.msu.ru

Бюллетень конкурентной политики

Выпуск №1
Январь, 2012



**Третий антимонопольный пакет:
штрихи к портрету**

Автор:

А.Е.Шаститко

Аннотация

Обозначены основные изменения в российское антимонопольное законодательства в рамках третьего пакета. Объяснено содержание, основания или риски, связанные с применением основных новых (уточненных, модифицированных) норм материального права в антимонопольном законодательстве. В том числе: новые условия определения монополю высокой цены, признаки согласованных действий, группы лиц и контроля, введение исключения для результатов интеллектуальной деятельности в части соглашений, введение концепций предостережения и предупреждения. Раскрыты ключевые характеристики процесса обсуждения третьего антимонопольного пакета и обозначены перспективы возможных корректировок антимонопольного законодательства в будущем.

При использовании, частичном или полном, материалов, изложенных в настоящем бюллетене, ссылка на Лабораторию проблем конкуренции и конкурентной политики обязательна.

© А.Шаститко, 2011

© ЛПККП, 2011

Содержание

Введение	4
1. Что в пакете?	6
1.1. Монопольно высокая цена	6
1.2. Согласованные действия	7
1.3. Группа лиц и контроль	8
1.4. Картель	9
1.5. Исключения для результатов интеллектуальной деятельности.....	10
1.6. Вертикальные соглашения	11
1.7. Предупреждения и предостережения	11
2. Процесс имеет значение... ..	12
3. Перспективы	14
Заключение.....	15
Литература	15
Summary.....	16

Введение

Одно из самых заметных событий в области конкурентной политики 2010-2011гг. – обсуждение и принятие третьего пакета поправок в законодательство Российской Федерации, направленных на корректировку инструментов антимонопольной политики. И это несмотря на то, что за это время состоялось много других судьбоносных событий для российского антитраста. Это и решение Высшего арбитражного суда по ТНК-ВР, и кампания в отношении картелей на ряде российских рынков.

Значимость данного события состоит в том, что в российское антимонопольное законодательство вновь – уже в третий раз за последние шесть лет - вносятся не косметические, а системные изменения, которые касаются не только формулировки запретов, но и процессуальных вопросов, а также изменения системы санкций в отношении нарушителей антимонопольного законодательства. Поскольку только лишь текст законопроекта «О внесении изменений в Федеральный закон "О защите конкуренции" и отдельные законодательные акты Российской Федерации», который был одобрен Государственной думой в третьем чтении во второй половине ноября 2011 года, занимает около 120 страниц и затрагивает более полутора десятков федеральных законов, в настоящем бюллетене будут обозначены некоторые наиболее значимые изменения в материальной части закона «О защите конкуренции»². Процессуальные аспекты не рассматриваются.

В то же время ничуть не меньший интерес представляет сам процесс обсуждения, описание которого гораздо сложнее документировать, если не сводить его к формальным требованиям, предусмотренным регламентами Государственной Думы Российской

¹ Третий антимонопольный пакет включает также изменения в следующие законы: "О недрах", "О естественных монополиях", УК РФ (ст.178), Земельный кодекс РФ, "О приватизации государственного и муниципального имущества", "Об электроэнергетике", "Об особенностях функционирования электроэнергетики в переходный период и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "Об электроэнергетике", "О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов", Жилищный кодекс РФ, Градостроительный кодекс РФ, Водный кодекс РФ, Лесной кодекс РФ, "О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации", "Об исполнительном производстве", "О передаче прав на единые технологии", "Об охоте и о сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации", "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "О национальной платежной системе".

Федерации. Драматизм процесса заслуживает того, чтобы быть обсужденным не только в контексте изменений антимонопольного законодательства в прошлом и будущем, но и российского законодательства в целом.

Наконец, оценка итогов обсуждения третьего антимонопольного пакета была бы неполной, если не затронуть вопрос об основаниях следующих «пакетных» изменений антимонопольного законодательства. Будет ли ФАС России инициировать разработку нового, «четвертого пакета» поправок? Каким образом необходимо изменить процесс обсуждения изменений, чтобы улучшить баланс позитивных и негативных эффектов? Зависят ли ответы на предыдущие вопросы от того, будет ли соблюдаться принцип оценки регулирующего воздействия ко всем последующим значимым изменениям российского антимонопольного законодательства? Представленный бюллетень содержит ответы на указанные вопросы.

1. Что в пакете?

Не претендуя на полное изложение изменения российского антимонопольного законодательства (только законопроект об изменениях в законе «О защите конкуренции» занимает около 100 страниц), следует отметить ряд важных нововведений, включая существенную модификацию. В их числе

- дополнительные условия, при которых цена не признается монопольно высокой;
- изменение формулировки и набора признаков согласованных действий;
- критерии определения группы лиц и концепция контроля;
- введение в оборот термина «картель» как правового с сокращением признаков картеля по сравнению с признаками ограничивающих конкуренцию соглашений;
- последовательное различие сговоров и согласованных действий (разные статьи);
- допустимость горизонтальных соглашений о совместной деятельности;
- введение исключения для соглашений, связанных с использованием результатов интеллектуальной деятельности;
- корректировки регулирования вертикальных соглашений;
- требования к торгам, запросу котировок и проведению аукционов;
- введение института предостережений;
- введение института предупреждений;
- модернизация контроля сделок экономической концентрации.

Есть ли основания для того, чтобы уже сейчас давать какие-то оценки относительно ожидаемого баланса позитивных и негативных эффектов? Можно указать на ожидаемо смешанный характер последствий, интегральная оценка которых – крайне сложная задача. Гораздо проще дать оценки отдельным изменениям. Далее будут рассмотрены лишь некоторые из них.

1.1. Монопольно высокая цена

В третьем антимонопольном пакете предпринята попытка создать «безопасную гавань» для субъектов, которые, занимая доминирующее положение на рынке, могут быть обвинены в установлении монопольно

высоких цен. Это условие непревышения в рамках определенных границ цен, сформировавшихся на биржевых торгах. Однако сами торги должны удовлетворять ряду условий. Это и минимальные требования к объемам реализации участниками, и само количество участников торгов, регулярность и равномерность распределения объемов по торговым сессиям, минимальные размеры биржевых лотов, согласованные с антимонопольными органами особенности формирования стартовой цены.

Одна из причин появления данной нормы в том, что для квалификации действий доминирующих субъектов как злоупотребления в форме установления монопольно высокой цены антимонопольным органам пришлось пользоваться практически единственным критерием – экономически обоснованными затратами, оценка которых в свою очередь основывалась на преобладающем бухгалтерском, а не экономическом подходе. Вторым признаком монопольно высокой цены – превышение цены на рассматриваемом рынке над ценой на сопоставимом рынке в условиях конкуренции – оказался мало востребованным из-за чрезмерно жестких критериев сопоставимости³.

Принятие данной нормы, скорее всего, приведет к довольно высоким издержкам администрирования, не обеспечивая вместе с тем соразмерного повышения уровня правовой определенности для компаний.

1.2. Согласованные действия

Принятая формулировка содержит более четкое определение признаков согласованных действий. С учетом существовавших ранее формулировок теперь для определения действий как согласованных необходимо установить, что: результат таких действий соответствует интересам каждого из указанных хозяйствующих субъектов; действия заранее известны каждому из участвующих в них хозяйствующих субъектов в связи с публичным заявлением одного из них о совершении таких действий; действия каждого из указанных хозяйствующих субъектов вызваны действиями иных хозяйствующих субъектов, участвующих в согласованных действиях, и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на все хозяйствующие субъекты на соответствующем товарном рынке.

Наиболее важными являются изменения, связанные с ответом на вопрос, откуда участникам согласованных действий станет заранее известно о действиях других. Это публичные заявления. Однако критерии для определения, что можно считать публичным заявлением, а что нет, видимо должны появиться в результате накопления опыта по применению данной нормы. Иными словами – это сфера для судебного

² О проблемах сопоставимости рынков см. [Шаститко, 2010а, б]

усмотрения. Действительно, если компания публикует в средствах массовой информации обещание повысить, например, через месяц, цены на 15%, то сложно будет оспорить предположение, что это и есть один из вариантов публичных заявлений. А если специализированное агентство, которое занимается мониторингом и прогнозированием конъюнктуры на определенных товарных рынках, сформулирует свой прогноз о ценах в будущем, который будет доступен пусть даже за определенную плату?

В числе объективных факторов, которые могут вызвать параллельное поведение, которое вместе с тем не будет квалифицировано как согласованные действия, законопроект выделил изменение регулируемых тарифов, изменение цен на сырье, используемое для производства товара, изменение цен на товар на мировых товарных рынках, существенное изменение спроса на товар в течение не менее чем одного года или в течение срока существования соответствующего товарного рынка, если этот срок составляет менее чем один год. Однако вряд ли можно ожидать, что все перечисленные факторы в *равной* мере будут влиять на все хозяйствующие субъекты на соответствующем товарном рынке. Речь идет лишь о направлении их действия.

Однако попытка разграничить «естественный» и «сознательный» параллелизм в поведении – безусловно, шаг вперед. Таким образом, наиболее серьезная новая проблема с применением данной нормы – вопрос о публичных заявлениях. Итоговая результативность применения данной нормы будет связана с тем, удастся ли решить проблему так называемого «объективного вменения».

1.3. Группа лиц и контроль

В третьем антимонопольном пакете дан новый ответ на вопрос, кто будет объектом применения антимонопольного законодательства. Существует принцип, согласно которому группа лиц (в отличие от аффилированных лиц или зависимых лиц в других сферах законодательства) рассматривается как один хозяйствующий субъект.

Однако если действия, которые совершаются в рамках одного хозяйствующего субъекта, действительно не представляют интереса для антимонопольных органов в плане применения запретов, сформулированных в законе, то, несмотря на декларацию об эквивалентности группы лиц хозяйствующему субъекту, данный принцип к группе лиц не применялся. Иными словами, получалось, что в рамках группы лиц можно было обнаружить и согласованные действия, и сговоры.

В третьем антимонопольном пакете не только сократилось количество признаков группы лиц (вместо 15 всего 9), но и, по сути,

появилась конструкция, которая позволяет выделить группу лиц в широком и узком смыслах. В широком смысле группа лиц определяется на основе признаков, сформулированных в статье 9, тогда как группа в узком смысле определяется на основе признаков прямого или косвенного контроля (пункт 7 статьи 11).

После длительного обсуждения данной поправки осталось два признака контроля:

- распоряжение более чем пятьюдесятью процентами общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица;
- осуществление функций исполнительного органа юридического лица.

Данная концепция применяется для ограничения сферы антимонопольного контроля применительно к соглашениям (статья 11), согласованным действиям (статья 11¹) и сделкам экономической концентрации (статья 32).

Третий признак, «следы» которого остались в формулировках статей, посвященных порядку антимонопольного контроля сделок экономической концентрации - определение условий осуществления предпринимательской деятельности (например, в пункте 9 статьи 28). На последней стадии обсуждения он был изъят из поправок к статье 11.

1.4. Картель

На завершающей стадии обсуждения третьего антимонопольного пакета была внесена поправка, которая фактически в лаконичной форме передает смысл произошедших изменений в статье 11 закона «О защите конкуренции».

Во-первых, это продолжение модификации российского антимонопольного законодательства в направлении более последовательного разграничения и формирования различных инструментов регулирования горизонтальных и вертикальных соглашений

Во-вторых, признание того, что не все горизонтальные соглашения настолько опасны, что их необходимо запретить как таковые, безотносительно последствий. В соответствии с новым подходом запрету согласно букве закона подлежат только те горизонтальные соглашения, которые приводят или могут приводить к

- установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок;
- повышению, снижению или поддержанию цен на торгах;

- разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков);

- сокращению или прекращению производства товаров;

- отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками).

В-третьих, это попытка еще более четко отделить горизонтальные соглашения от согласованных действий. В частности, статья 11 посвящена исключительно соглашениям, тогда как для согласованных действий предусмотрена статья 11¹.

1.5. Исключения для результатов интеллектуальной деятельности

Третий антимонопольный пакет предусматривает введение исключения для результатов интеллектуальной деятельности в части применения норм, запрещающих соглашения, ограничивающие конкуренции (часть 9 статьи 11).

Это изменение дополняет ряд важных исключений, которые предусмотрены в законе «О защите конкуренции» для стимулирования нововведений, которые в значительной степени зависят именно от результатов интеллектуальной деятельности (часть 4, статьи 10, статья 13).

Данная поправка оказалась одной из наиболее многострадальных, поскольку на разных стадиях ее то вносили в текст законопроекта, то изымали, то вновь вносили. Судьба данной поправки – отражение сложного вопроса: сопряжение инструментов антимонопольной политики с защитой прав интеллектуальной собственности, которая предусмотрена частью IV Гражданского кодекса РФ, принятого в 2008 году.

Гражданским кодексом предусмотрен принцип свободы договора. Однако тем же кодексом предусмотрены исключения из данного принципа (статья 10), где установлено ограничение на свободу использования гражданских прав: не допускается их использования в целях ограничения конкуренции. Именно это обстоятельство не дает оснований считать, что Гражданский кодекс обладает абсолютным приоритетом над законом «О защите конкуренции». В связи с этим возникают основания для формулировки исключения из исключений. К такого рода исключениям относятся и проблемы использования в хозяйственном обороте результатов интеллектуальной деятельности.

1.6. Вертикальные соглашения

В «третьем антимонопольном пакете» не была обойдена вниманием, пожалуй, одна из самых запутанных сфер антимонопольного законодательства – вертикальные соглашения. Следует начать с того, что, строго говоря, речь идет о регламентации вертикальных ограничивающих контрактов – гораздо более узкого множества, чем взаимоотношений между покупателями и продавцами, которые более логично представить в терминах вертикальных соглашений. Хотя согласно п.19 статьи 4 в новой редакции вертикальное соглашение – соглашение между хозяйствующими субъектами, один из которых приобретает товар, а другой предоставляет (продает) товар. Но именно по причине неопределенности расположения «безопасных гаваней», а также избыточной репрессивности законодательства, в том числе по причине непоследовательного разграничения горизонтальных и вертикальных соглашений, рисковало гораздо более широкое множество компаний, чем можно было предположить, опираясь на разработки современной экономической теории. И риски были очень ощутимые.

1.7. Предупреждения и предостережения

Статьей 26⁷ предусмотрена возможность направления должностному лицу предостережения о недопустимости нарушения антимонопольного законодательства. Данная норма направлена на смягчение проблемы «оценочных норм» в антимонопольном законодательстве, которые предполагают применение сложной техники для квалификации действий на предмет соответствия установленным правилам (в том числе инструментов экономического анализа). Предостережение – способ сдерживания в дополнение к санкциям, предусмотренным за нарушение антимонопольного законодательства.

В отличие от предостережения, которое связано с публичными заявлениями должностного лица о будущих действиях, предупреждение, возможность которого предусматривается статьей 39¹, адресовано субъектам, в действиях которых уже могут содержаться признаки нарушений. Предупреждение выдается до того, как на нарушителя заведено дело, что дает возможность избежать административных издержек, связанных с участием в рассмотрении дела как со стороны антимонопольного органа, так и со стороны субъекта

Однако, каковы перспективы применения предупреждения и предостережения, во многом зависит от того, каким образом удастся снять коррупционные риски применения данных статей.

2. Процесс имеет значение...

Третий антимонопольный пакет отличается от предыдущих изменений в антимонопольном законодательстве не только количеством внесенных изменений, но и тем, каким образом было организовано обсуждение⁴.

По интенсивности публичных обсуждений поправок он сопоставим разве что с первым антимонопольным пакетом, в результате принятия которого произошли тектонические сдвиги в российском антитрасте: тогда был принят новый закон вместо двух, а также установлена возможность применения оборотных штрафов, в результате чего размер возможных санкций сразу увеличился на несколько порядков.

Однако самой важной особенностью обсуждения третьего антимонопольного пакета стала неустойчивость режима публичности самого обсуждения. Документировать данное обстоятельство довольно сложно, но, тем не менее, ряд признаков свидетельствует о том, что это так.

В течение более чем года (начиная с февраля 2010 года) поправки обсуждались не только в органах исполнительной власти (в первую очередь между ФАС и Минэкономразвития), но и на площадках бизнес-ассоциаций (в первую очередь РСПП), экспертных площадках НП «Содействие развитию конкуренции», «Объединения корпоративных юристов».

Нет доступной статистики, которая позволила бы оценить, какое количество поправок на каждой из итераций обсуждения было проанализировано, какое количество содержательных замечаний и предложений было сформулировано партнерами антимонопольного органа по обсуждению, какое количество замечаний и предложений было учтено, и каков процент аргументированных (мотивированных и документированных) согласий или отказов учесть замечания и предложения. Однако даже применение самого простого варианта - включенного наблюдения⁵ - показывает: обмен информацией возрос. Означает ли это, что одновременно произошел переход количество в качество?

Вот здесь появляются сомнения. Они связаны с тем, что мотивированных и документированных отказов антимонопольного

³ В задачу данного бюллетеня не входит описание процесса участия бизнес-ассоциаций в обсуждении поправок, хотя, безусловно, этот вопрос представляет интерес.

⁴ Автор – участник многочисленных обсуждений третьего антимонопольного пакета с февраля 2010 года по ноябрь 2011 года в ФАС, Минэкономразвития, Правительстве России, а также в НП «Содействие развитию конкуренции» и РСПП.

органа учесть те или иные предложения в рамках обсуждения третьего антимонопольного пакета практически не было. Понять, каковы мотивы, можно было (и то не всегда) лишь непосредственно участвуя в обсуждениях очередной серии поправок.

Наиболее важным в этом плане стал период между первым и вторым чтением законопроекта в Государственной думе осенью 2011 года. Оказалось, что ко второму чтению вносится закон, который содержит большое количество концептуальных поправок, которые раньше публично если и обсуждались, то не применительно к вопросу о внесении в перечень поправок к антимонопольному законодательству.

Хотя в результате во втором и третьем чтении был принят закон с минимальными отличиями от закона, принятого в первом чтении, остается вопрос: почему стало возможным внесение большого количества изменений после более чем полутора лет публичных обсуждений.

Характерной чертой обсуждения третьего антимонопольного пакета было неиспользование возможностей по обеспечению прозрачности, минимизации рисков дублирующих обсуждений («хождения по кругу»), принятия поправок формально в соответствии с буквой закона, а по сути «с голоса». В свою очередь именно такие характеристики процесса обсуждения законопроектов сопряжены с наибольшими рисками законодательных ошибок в широком и узком смысле слова⁶.

Именно эти возможности дает применение процедуры оценки регулирующего воздействия⁷. И это несмотря на то, что другие нормативные правовые акты такую процедуру (какая бы она несовершенная не была) проходят. В этом он ничем не отличается ни от первого, ни от второго пакетов, ни от сложившихся традиций обсуждения проектов нормативных правовых актов.

Подведем итог: процесс публичного обсуждения характеризовался высоким, хотя и неустойчивым уровнем гласности, но очень ограниченной слышимостью.

⁵ Законодательная ошибка в узком смысле слова – это ошибка ввиду несовершенства юридическое техники, тогда как ошибки в широком смысле включают также нормы, которые хотя и с приемлемым качеством юридическое техники, но все же приводят к проблемам так называемых ошибок I и II рода.

⁶ Подробно об оценках регулирующего воздействия см. [Крючкова П.В. (ред.), 2005; Кокорев, Шаститко, 2006].

3. Перспективы

Один из первых вопросов, который напрашивается после обсуждения и принятия третьего антимонопольного пакета – будет ли четвертый?

Основания для такой постановки есть не только потому, что уже звучали заявления руководства ФАС России о дальнейших планах по изменению антимонопольного законодательства; но также потому, что практически все поправки, которые были предложены ко второму чтению, были отклонены на уровне Правительства; наконец, потому, что если был первый, второй, третий, то что мешает появиться четвертому.

Есть еще одно основание – это «работа над ошибками». Ведь часть изменений в третьем пакете – это, по сути, та же работа над ошибками. Речь идет не только о статье 178 УК РФ в части исключения из нее согласованных действий, но и внесение изменений в статью 6 о критериях определения монополюс высокой цены (биржевая торговля).

И, если одна ошибка порождает другую ввиду устройства процесса формулирования и обсуждения изменения в законодательство, то, строго говоря, этот процесс можно сделать бесконечным. Соответственно, можно было бы ожидать не только четвертого, но и пятого, шестого пакетов... Нужно ли это? Ведь практически любое изменение в законодательстве (разве только за исключением явных пробелов, не восполняемых судебной практикой, а также коллизий норм), даже с добрыми намерениями, сопряжено с рисками.

Мораторий на изменение норм был бы хорошим сигналом, если бы не два «но». Во-первых, понятно, что мораторий не может быть вечным. Нужно определение срока действия моратория. Кроме того, пока практика рассмотрения проектов норм и оценки их действенности на основе работающих критериев не стала рутинной, довольно сложно оценить, при каких условиях можно приостановить действие моратория.

Заключение

«Третий антимонопольный пакет» – безусловно знаковое событие не только в сфере российского антитраста, но и в целом для российской экономической политики первого десятилетия XXI века.

И в содержании, и в процессе обсуждения поправок нашли отражения как позитивные изменения в процессе правоустановления, так и наследственные черты, сдерживающие повышение качества законотворческого процесса и, в конечном счете – повышение качества институциональной среды предпринимательской деятельности в России.

«Третий антимонопольный пакет» - свидетельство того, что гармонизация норм российского антимонопольного законодательства с европейскими нормами – широкая магистраль с множеством ответвлений, собственными «бермудскими треугольниками», и не прекращающимися попытками вновь и вновь изобретать колесо в надежде на чудо.

Литература

Кокорев Р.А, Шаститко А.Е. (ред) [2006]. Использование оценок регулирующего воздействия для совершенствования корпоративного законодательства, Москва, Бюро экономического анализа, Теис.

Крючкова П.В. [2005]. Принципы и процедуры оценки целесообразности мер государственного регулирования. Москва, Бюро экономического анализа, Теис

Шаститко А.Е. [2010а]. Сопоставимость рынков в контексте антимонопольного регулирования // Экономическая политика, №1, с.98-105.

Шаститко А.Е. [2010б]. «Сопоставимые рынки» как инструмент антимонопольной политики // Вопросы экономики, 2010, №5, с.97-109.

Summary

A.Shastitko

Third antimonopoly package: touches to the portrait

The main changes in Russian antimonopoly law within the framework of the “third antimonopoly package” are described. The content, foundations or risks related to the new (clarified, modified) material norms of antitrust law enforcement are explained. Among them are the following changes: new requirements for monopoly price identification, signs of concerted practice, group of entities and control, exclusions for intellectual activity results as related to anticompetitive agreements, adoption of rules of caution and warning. Key features of public disputes around the “third antimonopoly package” are described alongside with perspectives of future changes in Russian antitrust law.