

ЛПККП
ЛССР

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

Бюллетень конкурентной политики

Выпуск №3
Февраль, 2012



Между третьим и четвертым перерыв не будет долгим?

**Комментарии к законопроекту «О внесении изменения в
федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные
законодательные акты Российской Федерации»**

Автор:

А.Е.Шаститко

Редактор:

Н.С.Павлова

Аннотация

Данный бюллетень содержит замечания и предложения к законопроекту «О внесении изменений в федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее - Законопроект) с учетом поправок в российское законодательство, вступивших в силу с принятием третьего антимонопольного пакета.

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

© А.Шаститко, 2012

© ЛПККП, 2012

Содержание

1. Общие комментарии.....	4
2. Комментарии по содержанию отдельных поправок.....	5
Литература	10
Summary	11

1. Общие комментарии

Пакет поправок, разработанный ФАС России, вынесен на обсуждение менее чем через месяц после вступления в силу поправок в рамках третьего антимонопольного пакета. Более того, часть изменений в закон «О защите конкуренции», эффекты которых можно оценить лишь гипотетически, предлагается исключить, что в целом не может не создавать ожиданий усиления правовой неопределенности в сфере применения инструментов антимонопольной политики.

К предлагаемому Законопроекту прилагается пояснительная записка, в которой перечислены основные изменения. В этой связи следует отметить, что отсутствует соответствие между содержанием Законопроекта и пояснительной записки к нему. В частности, полностью обойдены вниманием исключения для результатов интеллектуальной деятельности, которые предполагается исключить из статей 10 и 11 действующего закона.

Кроме того, не во всех случаях представлено обоснование необходимости предполагаемых изменений и тем более ожидаемых последствий применения новых норм хотя бы на основе обобщения практики правоприменения.

Обсуждение предложенных изменений без оценки регулирующего воздействия, о необходимости которой неоднократно говорилось на согласительных совещаниях, неизбежно приведет к значительным рискам ошибок правоустановления I и II рода. В последующем это может привести к усилению проблем ошибок II и даже I рода в правоприменении¹.

Предложение: провести серию публичных обсуждений предлагаемых поправок с представителями экспертного сообщества (в первую очередь юристами и экономистами), а также компаний и ассоциаций, арбитражных судов и профильных ведомств на основе предварительно разработанного обоснования, включая оценку ожидаемых последствий принятия поправок.

¹ Подробнее о проблеме ошибок I и II рода в правоприменении [Шаститко, 2011]

2. Комментарии по содержанию отдельных поправок

2.1. *Агентский договор.* Следует согласиться с предложением исключить из пункта 19 статьи 4 положение о том, что агентский договор не является вертикальным соглашением, поскольку значение имеет не правовая форма договора, а реальное распределение обязательственных прав и связанных с ними рисков. Поскольку в Гражданском кодексе существуют другие формы, допускающие возложение бремени риска на одну из сторон договора, что фактически соответствует и принципам построения агентского договора, изъятие указанного пункта расширит возможности трактовать договорную практику опираясь на экономическое содержание отношений между участниками хозяйственного оборота. Вместе с тем, если форма агентского договора соответствует сути экономических отношений, данный договор должен быть выведен из сферы регулирования вертикальных соглашений.

Предложение: изъять данный пункт из текста действующей редакции закона, антимонопольному органу разъяснить свою позицию в отношении указанной нормы.

2.2. *Исключения для результатов интеллектуальной деятельности.* В Законопроекте предлагается изъять из текста действующей редакции закона часть 4 статьи 10, а также новую (внесена в рамках 3-го антимонопольного пакета) часть 9 статьи 11, посвященные исключениям для результатов интеллектуальной деятельности. Данное предложение не может быть поддержано по следующим основаниям.

Третьим пакетом поправок в антимонопольное законодательство было введено исключение для результатов интеллектуальной деятельности в части применения норм, запрещающих соглашения, ограничивающие конкуренцию (часть 9 статьи 11).

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

В целом это было сделано логично, и представители ФАС России всегда подтверждали, что по своей правовой природе исключительное право на результаты интеллектуальной деятельности, закрепленное в гражданском законодательстве РФ и международных соглашениях, является монопольным правом, и антимонопольные запреты на него не распространяются. На практике же, оценивая обсуждаемые поправки, видна противоположная позиция.

Данная поправка является одной из принципиальных. Судьба данной поправки – отражение сложного вопроса: сопряжение инструментов антимонопольной политики с политикой в сфере защиты

прав интеллектуальной собственности, которая предусмотрена частью IV Гражданского кодекса РФ, принятого в 2008 году.

Гражданским кодексом предусмотрен принцип свободы договора, который, казалось бы, позволяет ответить на вопрос, почему нет оснований для указанных исключений в статьях 10 и 11 закона «О защите конкуренции». Однако тем же кодексом предусмотрены и 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», хотя некоторые участники дискуссии предлагают презюмировать данный приоритет и вынести за скобки обсуждения отдельных вопросов, связанных с результатами интеллектуальной деятельности. Однако именно в связи с наличием статьи 10 ГК РФ, правомерность существования которой нет причин оспаривать, возникают основания для формулировки исключений из исключений. К такого рода исключениям и относятся проблемы использования в хозяйственном обороте результатов интеллектуальной деятельности.

В свою очередь государственная политика в отношении инноваций в развитых странах построена на идее, что инновации тесно связаны с монопольной властью инноватора, которая ограничена во времени либо сроками правовой защиты результатов интеллектуальной деятельности, либо возможностями других участников хозяйственного оборота создать и использовать в коммерческой практике заменяющий результат интеллектуальной деятельности.

Создать необходимые стимулы для инноватора кроме как путем введения исключений из статей 10 и 11 в отношении результатов интеллектуальной деятельности крайне сложно, если вообще возможно.

Кроме того, известно, что в России еще не сложились традиции и механизмы эффективной защиты результатов интеллектуальной деятельности, которые создают дополнительные проблемы поиска сбалансированного применения инструментов антимонопольной политики и политики в области защиты прав интеллектуальной собственности. В публикациях по данному вопросу показано, что жесткость антимонопольной политики наряду со слабой защитой прав интеллектуальной собственности приводит к худшим результатам по сравнению с более мягкой антимонопольной политикой в отношении использования результатов интеллектуальной деятельности и слабой защитой прав интеллектуальной собственности².

И наконец, если возвращаться к теме оценки регулирующего воздействия, то со стороны разработчиков поправок нет ни одного

² [Шаститко, Курдин, 2012].

обоснования того, зачем сейчас вносить указанные поправки в статью 10 и статью 11. Если же существуют какие-то локальные мотивы для разрешения одного-двух отдельных примеров, то решать таким образом проблему, существенно ухудшая жизнь всем остальным инноваторам – недопустимо.

Предложение: в действующем законе предлагаемые поправки в ст. 10 и ст. 11 (в отношении исключений для РИД) не принимать, но уделить особое внимание практике правоприменения с последующим ее обобщением и корректировками отдельных вопросов, связанных с использованием прав на результаты интеллектуальной деятельности.

2.3. *Регламентация торговых практик.* В Законопроекте вновь появился раздел о регламентации правил взаимодействия доминирующего хозяйствующего субъекта с контрагентами. Следует напомнить, что его не стали обсуждать ранее как не проработанный. Только если ранее этот вопрос рассматривался в терминах торговой политики, то теперь в терминах торговой практики. В части 4 статьи 10 предлагается определить основные параметры торговой практики. Направленность предложенного текста понятна, и ее можно поддержать как хорошее основание для дискуссии. Действительно, правила, по которым доминирующий хозяйствующий субъект выстраивает свои взаимоотношения с контрагентами вдоль технологической цепочки, имеют большое значение для объяснения распределительных эффектов. Но вот какие эффекты возникают в связи с задачей защиты конкуренции и рисками ее ограничения – вопрос открытый.

Формулировки оставляют очень много неясностей. В частности, это касается характеристик товара, на рынке которого хозяйствующий субъект занимает доминирующее положение.

На наш взгляд, в итоге вопрос о регламентации торговых практик следует разделить на две части. Первый – это требования к содержанию торговых практик тех компаний, которые нарушили законодательство о конкуренции в форме злоупотребления доминирующим положением. Несмотря на то, что условия, определенные в качестве обязательных компонентов торговых практик, слишком похожи на те требования, которым следует регулируемая компания (и таким образом, вводя обязательные требования использования торговых практик, мы вводим регулирование компаний, злоупотребивших доминирующим положением), нельзя исключить, что в конкретных случаях требования применения публично доступных торговых практик окажутся благоприятными для конкуренции. Однако второй вопрос, возникающий в этой связи – это механизм наложения требования об обязательной торговой политике. В принципе антимонопольные органы имеют право выдавать обязательное для исполнения предписание любому нарушителю антимонопольного законодательства. Поэтому, возможно, в

тех случаях, когда применение обязательной торговой политики оправдано, оно может быть регламентировано не законом о защите конкуренции, а административными регламентами антимонопольного органа.

Предложение: подготовить оценку регулирующего воздействия с последующим обсуждением среди экспертов, участников рынка из разных отраслей, представителей судейского сообщества в формате, учитывающем не только различные цели разработки торговой политики, но и варианты их достижения, выгоды, издержки и риски групп, чьи интересы затронуты данным вопросом.

2.4. *Сдерживание экономически оправданного перехода соответствующего товарного рынка из состояния естественной монополии в состояние конкурентного рынка.* В Законопроекте вновь, как на завершающей стадии обсуждения третьего пакета поправок, появилась формулировка «сдерживание экономически оправданного перехода соответствующего товарного рынка из состояния естественной монополии в состояние конкурентного рынка». Хотя намерение авторов данной поправки понятны и их можно было бы поддержать идеологически, тем не менее, с точки зрения возможных последствий применения данной нормы, возникает целый ряд вопросов. Во-первых, что означает экономически оправданный переход? Он будет определяться на основе аналитического или классификаторского подхода к определению сфер, в которых существует естественная монополия? Если на основе аналитического, то в этом случае к проблеме количественной оценки экономически обоснованных издержек добавятся вопросы, связанные с квалифицированной количественной оценкой пределов возрастания отдачи от масштаба (пределов субаддитивности издержек по объемам выпуска) и соотношения ее с условиями спроса. Однако и это еще не все. Ввиду нерешенности вопроса о возможностях выявления сопоставимых рынков в условиях конкуренции будет довольно трудно объяснить состояние рассматриваемого рынка и, соответственно, ответить на вопрос, является ли он конкурентным или нет. Ведь механическое добавление одного и более участников рынка не делает его автоматически более конкурентным, если только не путать конкуренцию на рынке с уровнем его концентрации.

Предложение: выявить признаки, на основе которых можно судить, является ли переход в конкретном случае экономически оправданным или нет, а также оценить, с какими издержками может быть сопряжено выявление и/или обоснование наличия данных признаков.

2.5. *Акционерные соглашения.* Поскольку согласно статье 5 Законопроекта предлагается сделать все акционерные соглашения публичными, есть основание не поддерживать данное предложение. Это связано с тем, что акционерные соглашения могут различаться по предмету, что в свою очередь может влиять на конкурентоспособность компании в зависимости от того, удастся ли ей сохранять эти соглашения в режиме коммерческой тайны или нет.

Предложение: проработать варианты ограниченного информирования инвесторов о наличии акционерных соглашений.

Литература

Шаститко А., Курдин А. Антитраст и защита интеллектуальной собственности в странах с развивающейся рыночной экономикой // Вопросы экономики. 2012, № 1.

Шаститко А. Экономические аспекты верховенства права: стоимость услуг гарантов и ошибки правоприменения // Вопросы экономики, 2011, № 3

Summary

A.Shastitko

Not too long between the third and fourth

Commentary on the draft of the new law “On Introducing Amendments to the Federal Law “On Protection of Competition” and Some Legislative Acts of the Russian Federation”

The bulletin contains some remarks and suggestions concerning the new draft of changes to the law “On Protection of Competition” and related legislative acts, taking into account the changes that have just been introduced by the “third antimonopoly package”.