



«Третий антимонопольный пакет» поправок – проект взвешенных изменений в российское антимонопольное законодательство

«Третий антимонопольный пакет» устанавливает более четкие антимонопольные требования для бизнеса. В то же время, по ряду вопросов реформы оказались на более скромном уровне, чем можно было бы ожидать.

9 сентября 2011 года Государственная Дума Российской Федерации¹ одобрила в первом чтении так называемый «третий антимонопольный пакет» поправок в российское законодательство о защите конкуренции (далее - «Законопроект»). Процесс разработки Законопроекта начался вскоре после принятия «второго антимонопольного пакета» в 2009 году и шел под руководством государственного ведомства по защите конкуренции - Федеральной Антимонопольной Службы России («ФАС»).

Предложенные поправки были разработаны как с учетом опыта правоприменительной практики, так и замечаний Организации экономического сотрудничества и развития («ОЭСР»), поступивших в рамках процесса вступления России в эту организацию, а также включили пожелания от главных антимонопольных юрисдикций, таких как ЕС.

Поправки, предложенные в Законопроекте, затрагивают ряд широких групп вопросов, таких как (i) уточнение основных антимонопольных ограничений в отношении бизнеса, (ii) усиление

¹ Нижняя палата российского парламента.



ответственности органов власти и (iii) совершенствование административных процедур правоприменения.

Далее мы рассматриваем только основные из предложенных поправок.

Поведенческие вопросы

Центральное место в Законопроекте, как видится, отведено более четкому разграничению между различными видами антиконкурентных соглашений и согласованных действий, а также дифференциации санкций за них в зависимости от характера нарушения и степени негативных последствий для конкуренции.

Картели

В соответствии с особым вниманием ФАС в своей деятельности к картелям, новая редакция ч. 1 ст. 11 теперь четко устанавливает, что она применяется к соглашениям между конкурентами, т.е. к картелям.

В Законопроекте предусмотрен перечень безусловных запретов на образование картелей и не допускается возможность ходатайствовать о допустимости их заключения. Кроме того, картели являются единственным видом антиконкурентных соглашений, за который предлагается сохранить уголовную ответственность.

Такой подход законодателя к строгому запрету картелей соответствует подходу, существующему в основных юрисдикциях антимонопольного регулирования.

Вертикальные соглашения

Хотя ФАС в ряде случаев заявляла, что вертикальные соглашения беспокоят ее гораздо меньше, чем картели и злоупотребление доминирующим положением, Законопроект не предусматривает существенного ослабления ограничений в отношении вертикальных соглашений (например, формулирование списка разрешенных действий). В то же время, некоторая либерализация норм в части вертикальных соглашений достигается за счет предлагаемой

возможности ходатайствовать в ФАС о допустимости заключения вертикальных соглашений в соответствии со статьей 13.

В Законопроекте также однозначно признается, что агентские договоры не являются вертикальными соглашениями (а потому не подпадают под ограничения антимонопольного законодательства). Вместе с тем, это не представляет собой новое исключение, а лишь является подтверждением того, что подлинные отношения агентирования по своему характеру не подлежат антимонопольному контролю, поскольку они не связаны с переходом права собственности на товары.

Существующие безусловные запреты на вертикальные соглашения (т.е. установление цены перепродажи и положения об эксклюзивности) сохраняются в том же виде, за исключением возможности продавцу устанавливать максимальную цену перепродажи (в настоящее время установление любой цены перепродажи запрещено).

Законопроект не затрагивает такой важный вопрос как дублирование каналов сбыта, а также соотношение между допустимыми вертикальными соглашениями и нормами о коллективном доминировании.

Иные соглашения, ограничивающие конкуренцию

Предлагаемая редакция ч. 4 ст. 11 представляет собой расширенную версию существующего ч. 2 ст. 11: в ней устанавливается запрет на любое соглашение, которое приводит или может привести к ограничению конкуренции (за исключением вертикальных соглашений, к которым применяются общие исключения). В новой редакции дан примерный перечень ситуаций, когда соглашение может ограничивать конкуренцию (он был заимствован из существующей ч. 1 ст. 11 о запрещенных горизонтальных соглашениях).

Таким образом, представляется, что предлагаемые поправки об иных соглашениях, ограничивающих конкуренцию, помимо некоторой перестановки текста, не предусматривают никаких

значимых изменений, которые могли бы уменьшить риски слишком широкого толкования данного общего запрета.

Согласованные действия

Как в ряде случаев признавала ФАС, существующие положения о согласованных действиях и связанная с ними практика правоприменения страдают недостатком доказательных критериев. В результате возникает риск квалификации как согласованных действий так называемого «параллельного поведения» конкурентов, вызванного общими объективными факторами.

В Законопроекте предлагается уточнить, что согласованные действия имеют место только тогда, когда участники согласованных действий предварительно были поставлены в известность о соответствующем поведении на рынке в результате публичного объявления о таком поведении, сделанного одним из них.

Согласованные действия теперь рассматриваются в отдельной статье 11.1, которая предусматривает: (i) более четкое разграничение между запрещенными соглашениями и согласованными действиями и (ii) более строгий критерий (по сравнению с соглашениями) для применения запретов на согласованные действия. В частности, в случае согласованных действий соответствующие действия должны привести к оговоренным последствиям, в то время как запреты в отношении соглашений применимы даже если оговоренные последствия являются лишь возможным результатом таких соглашений.

Кроме того, предлагается не распространять запреты на согласованные действия лиц, совокупная доля которых на товарном рынке не превышает 20% и при этом доля каждого из них на товарном рынке не превышает 8%. В отличие от действующего режима, также предлагается разрешить лицам ходатайствовать о допустимости согласованных действий.

Внутригрупповые соглашения

Одним из наиболее существенных улучшений антимонопольного режима, предлагаемых Законопроектом, является исключение



SALANS

www.salans.com

некоторых (отвечающих определенным критериям) внутригрупповых соглашений из сферы применения большинства запретов (таких как запреты на картели, вертикальные соглашения, соглашения об ограничении конкуренции и согласованные действия).

Так, запреты не распространяются на соглашения лиц, входящих в одну группу, если (i) одно из лиц контролирует другое, либо (ii) оба лица контролируются одним и тем же лицом.

Под контролем Законопроект устанавливает способность лица определять (прямо или косвенно) решения, принимаемые подконтрольным ему юридическим лицом, посредством: (i) распоряжения более чем 50% голосующих акций (долей), и (или) (ii) права определять условия ведения его предпринимательской деятельности, и (или) (iii) осуществления функций его исполнительного органа.

Координация экономической деятельности

Координация экономической деятельности хозяйствующих субъектов третьим лицом является особой концепцией запрещенного поведения в российском антимонопольном законодательстве. Такая координация запрещена, если она приводит или может привести к совершению координируемыми лицами действий, в настоящее время запрещенных ч. 1 ст. 11 в отношении горизонтальных соглашений. Данная концепция недостаточно разработана и часто приводит к спорам в процессе применения. В частности, неясно, в какой степени данный вид нарушения может применяться к поставщику и его сбытовой сети.

В Законопроекте предпринята попытка предусмотреть определенные исключения из общего запрета на координацию экономической деятельности. В частности, предусматривается, что (i) необходимо, чтобы координирующее лицо действовало на ином товарном рынке, нежели координируемые лица (при этом нет ясности относительно того, каким образом в данном случае будет определяться товарный рынок, особенно в отношении поставщика и его сбытовой сети), (ii) координация запрещается лишь в случае, если она приводит к запрещенным последствиям (а не создает



возможность их наступления) и (iii) координация может быть разрешена либо в силу общих исключений в отношении вертикальных соглашений, либо на основании индивидуального ходатайства в ФАС (согласно статьям 12 и 13, соответственно).

С другой стороны, Законопроект предусматривает что запрещенная координация имеет место не только в ситуациях, когда она приводит к запрещенным горизонтальным соглашениям, но также и к запрещенными вертикальным соглашениям.

Злоупотребление доминирующим положением

Что касается злоупотребления доминирующим положением, то основное изменение связано с дифференциацией административных штрафов в зависимости от последствий соответствующего нарушения (на данный момент за все виды нарушений предусмотрены оборотные штрафы).

В частности, когда злоупотребление доминирующим положением приводит (или может привести) к нарушению прав других лиц (как правило, контрагентов), однако нет риска негативного воздействия на конкуренцию, предлагается применять фиксированные штрафы (для юридических лиц – до 1 млн. рублей²). Если же соответствующее нарушение ведет (или может привести) к ограничению конкуренции, то предлагается применять действующие оборотные штрафы.

Указанная дифференциация представляет собой позитивное развитие в пользу «защиты конкуренции, а не контрагентов». Кроме того, дифференциация административных санкций в зависимости от последствий нарушения должна привести к необходимости для ФАС в каждом случае доказывать риски отрицательных последствий для конкуренции, и потенциально может привести к положительным изменениям в судебной практике (которая на данный момент, как правило, не требует доказывания отрицательных последствий для конкуренции).

² Приблизительно 23 000 евро.

Другие изменения касаются детализации норм о монопольно высоких ценах (в основном в отношении товаров, обращающихся на биржах), и введения ряда условий для порядка продаж на биржах, которые позволили бы избежать риска злоупотребления доминирующим положением при установлении цен.

Также следует отметить, что спорная концепция коллективного доминирования осталась без изменений.

Контроль за экономической концентрацией

Ключевым новшеством норм контроля за экономической концентрацией является уточнение их применения к сделкам за пределами территории России. В настоящее время российские нормы контроля за экономической концентрацией применяются к любым соглашениям (действиям) в отношении лиц, осуществляющих деятельность в России или оказывающих иное воздействие на конкуренцию в России. При этом не уточняется, что является «осуществлением деятельности в России», и что понимать под воздействием на конкуренцию.

Законопроект устанавливает, что приобретение доли в капитале иностранной компании подпадает под юрисдикцию российских норм контроля за экономической концентрацией в следующих случаях: (а) приобретаемая иностранная компания за год, предшествующий сделке, поставила товары или оказала услуги на территории России на сумму свыше 1 млрд. рублей³; и (б) покупатель приобретает свыше 50% голосующих акций (долей) приобретаемой компании, или же иные права на определение условий ведения ее предпринимательской деятельности, или же право осуществлять функции ее исполнительного органа.

При этом, Законопроект не решает существующую уже долгое время неопределенность в применении российских норм контроля за экономической концентрацией в отношении косвенных приобретений акций (долей) в капитале российских компаний, в

³ Приблизительно 23 млн. евро.



случае когда такое косвенное приобретение не ведет к контролю над российской дочерней компанией.

В Законопроекте предлагается сократить перечень оснований, по которым те или иные лица образуют «группу лиц» в соответствии с законодательством о защите конкуренции, в том числе, путем удаления из определения термина «группа лиц» большинства горизонтальных связей (таких как общества с одним и тем же контролирующим акционером или с одним и тем же генеральным директором). Вместе с тем, в действительности те же виды горизонтальных связей будут по-прежнему подпадать под оставшиеся признаки «группы лиц». При этом в Законопроекте все-таки предпринята попытка сократить объем сведений о группе лиц, который необходимо представлять в ФАС при подаче ходатайств в соответствии с нормами о контроле за экономической концентрацией - за счет отсылки к лицам, осуществляющим деятельность на тех же товарных рынках, что покупатель и приобретаемая компания.

Что касается пороговых (финансовых) значений для подачи ходатайств в целях контроля за экономической концентрацией, Законопроект предусматривает их увеличение только в случае создания и реорганизации коммерческих организаций, но не в связи с приобретением. К сожалению, уведомительный порядок совершения сделок остался неизменным, хотя ФАС неоднократно выражала мнение о том, что она хотела бы полностью отказаться от требований об уведомлении по факту совершения сделок.

Выводы

Законопроект устанавливает более четкие антимонопольные требования для бизнеса, в особенности в части разграничения запрещенных видов поведения и соответствующей ответственности за антиконкурентные соглашения/действия. Можно согласиться с заявлениями официальных представителей ФАС о том, что Законопроект представляет собой либеральный шаг с целью сбалансировать антимонопольный режим после его ужесточения при принятии «второго антимонопольного пакета» в 2009 году. В то же время, по ряду вопросов реформы оказались на более скромном



уровне, чем можно было бы ожидать. Положительный аспект состоит в том, что столь осторожный подход сохраняет преемственность и устойчивость в антимонопольном законодательстве. Вместе с тем, основной проблемой остается развитие практики антимонопольного правоприменения.

Согласно недавним заявлениям ФАС, к моменту второго-третьего чтения в Государственной Думе ожидается внесение в Законопроект ряда дополнительных поправок⁴. Тем не менее, было бы разумно предположить, что основные предложенные поправки останутся неизменными.

Рассылка

Данный обзор изменений в законодательстве не является юридической консультацией по какому-либо вопросу или какой-либо совокупности фактов, и на него нельзя полагаться для таких целей. Читателям рекомендуется получить соответствующую юридическую консультацию перед заключением любой сделки, принятием любого решения или совершением любого действия в связи с вопросами, рассмотренными в данном обзоре. Никакая часть данного обзора не должна копироваться или цитироваться без предварительного письменного согласия фирмы Salans.

© 2011. Все права защищены.

⁴ Руководитель ФАС России г-н Артемьев недавно объявил, что вследствие значительного числа новых дополнений к проекту он ожидает, что второе и третье чтения состоятся не ранее ноября-декабря этого года (РБК-daily, 05.09.11).

Контактная информация:



Матье Фабр-Маньян
Управляющий партнер
московского офиса,
со-глава Российской
антимонопольной практики
E: mfabre-magnan@salans.com



Эдуард Боровиков,
Управляющий партнер
брюссельского офиса,
со-глава Российской
антимонопольной практики
E: eborovikov@salans.com



Елизавета Иванова,
Советник
E: eivanova@salans.com