

УДК 339.137.2

*И.Ю. Артемьев, руководитель Федеральной антимонопольной службы РФ**А.Г. Сушкевич, начальник Аналитического управления ФАС РФ*

НОВЫЙ РОССИЙСКИЙ ФЕДЕРАЛЬНЫЙ ЗАКОН «О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ»

Федеральный закон «О защите конкуренции» призван сделать отношения бизнеса, государства и потребителей максимально прозрачными. Принципиально меняется система правоотношений в области защиты конкуренции: предусмотрены жесткие меры, направленные против монополизации рынков и коллективного доминирования, предусмотрены ограничения конкуренции со стороны государственных чиновников, конкретизированы положения об экстерриториальности антимонопольного законодательства.

26 октября 2006 г. в России вступил в силу Федеральный закон «О защите конкуренции». Новый закон выбрал лучшее из 15-летней практики правового регулирования защиты конкуренции и применения законодательного запрета на монополистическую деятельность и недобросовестную конкуренцию.

Потребность в обновлении антимонопольного законодательства

Как и любая другая страна с переходной экономикой, Россия пережила бурный рост правового регулирования различных секторов общественной жизни. С 1991 года в стране возникли и сложились принципиально новые разделы законодательства: адекватное рыночной экономике гражданское законодательство, законодательство о банкротстве, антимонопольное и корпоративное законодательство, соответствующее им законодательство об административных и уголовных правонарушениях, законодательство о природопользовании, а также многие другие самостоятельные разделы законодательства, обеспечивающие функциониро-

вание свободного рынка. Антимонопольное законодательство — старейшее в этом ряду, первая редакция Закона Российской Федерации «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» вступила в силу в марте 1991 года (далее — Закон 1991 года), т.е. еще до распада СССР.

Уже в своей первоначальной редакции Закон 1991 года содержал базовые для антимонопольного законодательства положения: запрет на злоупотребление доминирующим положением, запрет на соглашения и согласованные действия, ограничивающие конкуренцию, антимонопольное регулирование слияний и присоединений, регламентацию полномочий и функций антимонопольного органа, а также запреты на антиконкурентные действия органов власти и органов местного самоуправления.

Закон 1991 года позволил развернуть деятельность антимонопольного органа в масштабах страны: за 90-е годы в России было создано более 70 территориальных отделений антимонопольного органа; была налажена практика применения антимонопольного законодательства по всем категориям дел; накоплен опыт рассмотрения судами дел с применением антимонопольного

законодательства; усилиями антимонопольного органа соответствующие антимонопольные положения были включены в законодательство о приватизации, в базовые федеральные законы о природопользовании; создано отдельное законодательство о естественных монополиях. Благодаря Закону 1991 года защита конкуренции из романтической идеи превратилась в практическую каждодневную деятельность федерального органа государственной власти.

Основные категории дел, рассматриваемые ФАС России

Статистика рассматриваемых ФАС России дел по видам нарушений остается стабильной на протяжении длительного периода. Ежегодно антимонопольным органом возбуждается более 60 дел по признакам заключения картельных соглашений, примерно в 40 случаях факт нарушения устанавливается и выдается предписание о его устранении. ФАС России раскрывает картельные соглашения в электроэнергетике, на рынке розничной реализации бензина, хлеба, банковских, страховых и транспортных услуг и на иных рынках.

Значительно более многочисленны дела, связанные со злоупотреблением доминирующим положением. Ежегодно антимонопольный орган возбуждает более 1000 таких дел, из них не менее 600 заканчивается установлением факта нарушения и выдачей соответствующего предписания. ФАС пресекает создание дискриминационных условий, навязывание условий договора, необоснованный отказ от заключения договора, а также установление монопольно высоких цен (около 20 случаев в год). Большинство таких дел рассматриваются в отношении субъектов естественных монополий, осуществляющих передачу электрической энергии, транспортировку газа, оказание услуг связи и иные услуги.

Около 300 дел о недобросовестной конкуренции ежегодно заканчиваются решениями, которые подтверждают факт такого поведения на товарном рынке. Именно по делам этой категории антимонопольный орган рассматривает случаи использования в целях недобросовестной конкуренции подлежащих защите объектов промышленной собственности (фирменных и торговых наименований, торговых марок, мест происхождения товара и иных). Если запатентованные объекты промышленной собственности используются в целях недобросовестной конкуренции, лицу, которому причинен вред такими действиями, вправе на основании решения ФАС потребовать отмены их защиты государством (например, отмены регистрации товарного знака или фирменного наименования).

Около 1100 дел ежегодно возбуждается антимонопольным органом в отношении органов власти и органов местного самоуправления. ФАС пресекает издание актов и совершение действий этими органами, которые ограничивают конкуренцию. Около 650 дел заканчивается установлением факта нарушения и выдачей предписания о его устранении.

Это основные категории из общего количества возбуждаемых ежегодно дел (более 3000). Оставшиеся дела связаны с совершением сделок в нарушение установленного антимонопольным законодательством порядка, а также с отказом предоставить информацию по запросу антимонопольного органа.

Почему были необходимы изменения

Ситуация с нормативным оформлением защиты конкуренции была далека от совершенной:

- Закон 1991 года не мог применяться к отношениям на финансовых рынках

и на рынке ценных бумаг (лишь значительно позднее, в 1999 году, вступил в силу Закон «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг»);

- регулирование слияний и присоединений содержало необоснованно низкие пороговые значения активов сторон сделки, начиная с которых разрешение на сделку следовало получать у антимонопольного органа;

- процедура рассмотрения антимонопольным органом ходатайств и уведомлений (*pre-, and post-merger notifications*) являлась непрозрачной и предполагала избыточные (неограниченные) требования к информации, предоставляемой участниками сделки вместе с ходатайством или уведомлением;

- установленные в законе исключения из запретов на злоупотребление доминирующим положением и антиконкурентные соглашения и согласованные действия были крайне неясны и не позволили сформироваться убедительной практике применения таких исключений ни антимонопольным органом, ни судом;

- применимость антимонопольного регулирования к отношениям, возникающим в связи с распределением государством прав на природные ресурсы, оставалась под вопросом и не находила убедительного подтверждения в решениях суда;

- понятийный аппарат закона был неясен и требовал толкования и разъяснения со стороны антимонопольного органа, что затрудняло формирование единообразной практики применения закона судами и даже территориальными органами самого антимонопольного органа;

- фрагментарные обновления закона в 1995, 1998, 2000, 2002 и 2005 годах были недостаточно органично связаны между собой и, главное, со стремительно формирующимся законодательством о полномочиях органов власти и органов местного самоуправления, корпоративным законодательством, законодательством о рынке ценных бумаг;

- нетерпимой являлась ситуация, при которой трактовкой объема собственных полномочий, недостаточно однозначно и последовательно определенных в законе, должен был постоянно заниматься сам антимонопольный орган;

- неплодотворное и искусственное разделение между двумя законами (Законом 1991 года и Законом 1999 года) единого объекта регулирования — отношений, связанных с защитой конкуренции, — по признакам их принадлежности к товарному или финансовому рынку осложнялось тем, что из-под антимонопольного регулирования выпадал самостоятельный и обширный пласт отношений, связанных с любым избирательным предоставлением органами государственной власти или органами местного самоуправления преимуществами конкурирующим участникам рынка (т.е. отсутствовало регулирование предоставления государственной помощи), а также тем, что значительный объем регулирования переносился упомянутыми законами на уровень подзаконных актов.

Закон искусственно ограничивал набор рыночных ситуаций, моделей рыночного поведения и особенностей контрактных отношений, которые потенциально могли стать предметом анализа антимонопольного органа; упрощенное понимание доминирования на товарном рынке, отсутствие легального определения понятий согласованных действий, антиконкурентной координации деятельности участников рынка, запутанное и неприменимое антимонопольное регулирование вертикальных соглашений обедняли инструментарий антимонопольного органа и стимулировали как неадекватное применение имеющихся средств воздействия на нарушителей, так и игнорирование очевидных фактов ограничения конкуренции.

Лишь 15-летняя практика применения Закона 1991 года позволила детально сформулировать его недостатки. Тем не менее разработка нового закона не свелась только к устранению недостатков Закона 1991 года.

Унификация правового оформления защиты конкуренции на товарных и финансовых рынках

Наиболее глубокой концептуальной новацией нового Закона «О защите конкуренции» следует признать унификацию правового оформления защиты конкуренции на товарных и финансовых рынках. Существовавшее разделение сфер регулирования между Законом 1991 года и принятым в 1999 году Законом «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг» создавало ряд проблем как для регулятора, так и для компаний, действующих на рынке.

Ключевая из них — отсутствие ясной границы между сферами регулирования, в силу чего многие компании не могли определить, каким из двух законов регулируется их деятельность, а суды были не в состоянии выбрать закон, который следует применить в конфликтной ситуации. Кроме того, конкуренция двух законов обуславливала избыточное дублирование основных процедур (рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства и рассмотрения ходатайств и уведомлений о слияниях и присоединениях).

В целях унификации регулирования базовые понятия Закона «О защите конкуренции» были существенным образом скорректированы: в понятие товара была включена финансовая услуга как разновидность товара наряду с другими потенциальными объектами рыночного оборота (собственно товарами в материальной форме, иными услугами, работами, информацией, правами); был определен закрытый перечень видов компаний, которые являются финансовыми организациями и в отношении которых Законом «О защите конкуренции» устанавливаются особенности регулирования, и, дополнительно, перечень базовых понятий был расширен и стал включать определение конкурентной цены финансовой услуги,

а также необоснованно низкой и необоснованно высокой цены финансовой услуги.

Унификация правового оформления в одном федеральном законе потребовала сохранения особенностей регулирования в отношении финансовых организаций по ряду направлений:

- законом определены самостоятельные правила и нормативы установления доминирующего положения финансовой организации на товарном рынке;
- в отношении финансовых организаций не могут применяться положения о монопольных видах цен, вместо них подлежат применению положения о конкурентной цене финансовой услуги и необоснованно высокой (низкой) цене финансовой услуги;
- правила допустимости вертикальных соглашений, ограничивающих конкуренцию, не распространяются на соглашения с участием финансовых организаций;
- в отношении финансовых организаций установлены специальные критерии, по которым определяется, подпадают ли сделки с их участием под контроль антимонопольного органа.

Наиболее существенные положения, обусловленные спецификой финансовой организации и финансовой услуги как объектов регулирования антимонопольного законодательства, реализованы в законе в форме введения государственного сорегулирования при защите конкуренции на рынке финансовых услуг, а также в обязанности органов власти, органов местного самоуправления и субъектов естественных монополий проводить конкурсный отбор финансовых организаций при заключении договора на приобретение финансовой услуги.

Государственное сорегулирование — уникальный инструмент, который редко реализуется в федеральных законах. Речь идет о консенсуальном принятии единого решения несколькими органами государственной власти по определенному частному делу. В случае Закона

«О защите конкуренции» установлено, что рассмотрение дел о нарушении банками и другими кредитными организациями антимонопольного законодательства осуществляется на основе общих правил рассмотрения таких дел одновременно двумя органами — Федеральной антимонопольной службой и Центральным банком РФ (Банком России). Закон определяет, что комиссия, рассматривающая такое дело, формируется на паритетных началах и принимает свое решение консенсусом. Аналогичным образом законодатель поступил с делами в отношении иных финансовых организаций, при этом сорегулятором, наряду с ФАС России, является Федеральная служба по финансовым рынкам.

Введение сорегулирования позволит избежать конфликта регуляторов при вынесении оценки тому или иному виду рыночного поведения, а также даст возможность выбрать наиболее действенный и адекватный способ восстановления конкуренции на рынке с минимальными потерями для клиентов финансовых организаций.

В части обязывания органов власти, органов местного самоуправления и субъектов естественных монополий осуществлять отбор финансовых организаций на конкурсной основе новый закон содержит положения, которые не встречаются в законодательстве о защите конкуренции иных стран. Специфика российского закона обусловлена особенностями законодательства о государственных и муниципальных закупках, поскольку оно определяет, что именно в Законе «О защите конкуренции» должны содержаться специальные положения, способствующие поддержанию и развитию конкуренции при осуществлении закупок государством и муниципалитетами. В этих целях закон предусматривает, что органы государственной власти и местного самоуправления, а также субъекты естественных монополий обязаны отбирать на открытых конкурсах и аукционах финансовые организации для последующего приобретения финансовых услуг у победителя. Перечень таких услуг приводится в законе.

Экстерриториальность и расширение антимонопольного законодательства

Законодатель подтвердил, что российское антимонопольное законодательство является экстерриториальным, т.е. применяется к отношениям, возникшим за пределами юрисдикционной территории России. Новый Закон «О защите конкуренции» применяется к достигнутым за пределами территории России соглашениям между российскими или иностранными лицами или организациями, если такие соглашения:

- достигнуты в отношении находящихся на территории Российской Федерации основных производственных средств или нематериальных активов, акций (долей в уставном капитале) российской компании или прав в отношении российской компании (например, права назначать исполнительного директора в российской компании);
- приводят или могут привести к ограничению конкуренции.

Следует отметить, что Закон «О защите конкуренции» впервые вводит в антимонопольное законодательство легальное определение понятия соглашения. Оно предельно широко и включает, в частности, все виды коммерческих договоров. Таким образом, закон прямо определяет обязанность иностранных компаний обращаться в российский антимонопольный орган для получения согласия на совершение сделок за пределами России, если такие сделки приводят к перераспределению прав на акции (доли в уставном капитале) российских коммерческих организаций или прав в отношении таких организаций.

Новый закон распространил действие антимонопольного законодательства на случаи распределения государством прав на использование природных ресурсов между частными компаниями. Частично это реализовано через установление особых антимонопольных запретов, относящихся

к проведению любых торгов по заказу органа государственной власти. Теперь результаты аукциона на право добычи полезных ископаемых могут быть оспорены, если заказчиком (государством) была ограничена конкуренция реальных или потенциальных участников.

Дополнительно, новый Закон «О защите конкуренции» закрепляет функцию антимонопольного органа осуществлять контроль за экономической концентрацией в сфере использования земли, недр, водных и других природных ресурсов. Правила и объекты такого контроля должны быть определены в соответствующих федеральных законах.

Новацией закона является непосредственное определение в самом законе основных процедур антимонопольного расследования: правил рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства, а также правил рассмотрения ходатайств и уведомлений о сделках. Такое решение законодателя позволит гарантировать права заинтересованных лиц, сделать эти процедуры прозрачнее, а практику их применения унифицировать (в т. ч. и через накопление соответствующего судебного опыта).

Новации в запретах на осуществление монополистической деятельности

Закон «О защите конкуренции» сохранил устоявшееся в российском законодательстве определение монополистической деятельности, которое включает злоупотребление доминирующим положением, а также заключение ограничивающих конкуренцию соглашений или осуществление антиконкурентных согласованных действий.

В законе введено новое детализированное определение доминирующего положения компании (за исключением финансовой организации) на товарном рынке. По общему пра-

вилу доминирующим признается положение компании, доля которой на товарном рынке превышает 50%; если доля компании менее 50%, то для установления ее доминирующего положения антимонопольному органу следует доказать наличие качественных признаков такого доминирования (т. е. продемонстрировать, что компания самостоятельно определяет наиболее существенные параметры рынка). Компания, доля которой менее 35%, не может быть признана доминирующей.

Однако из общего правила законом сделано два исключения. Первое исключение касается иных федеральных законов, которыми может быть установлено, что на определенных товарных рынках доминирующей может быть признана компания с долей менее 35%. Второе исключение — это непосредственное определение в Законе «О защите конкуренции» рыночной ситуации, при которой доминирующей на товарном рынке может быть признана компания с долей менее 35% (но не менее 8%), при этом закон устанавливает, что доминирование может быть коллективным. Закон содержит определение качественных признаков такого рынка и положения на нем 2-5 крупнейших компаний.

Закон исходит из заключения, что на рынке с олигополистической структурой индивидуальная модель рыночного поведения крупнейшей компании, которая оказывается эффективной (прибыльной), легко перенимается иными участниками рынка и становится общим условием обращения товара на рынке. В случае если такая стратегия наносит ущерб потребителю либо ограничивает вход на рынок новых компаний, закон позволяет рассматривать ее как злоупотребление доминирующим положением.

Помимо легального определения понятия согласованных действий, закон вводит особое регулирование соглашений, ограничивающих конкуренцию. Во-первых, сохранен достаточно широкий в сравнении с законодательствами других стран перечень запретов *per se*, который распро-

страняется на все виды соглашений (вертикальные в том числе). Во-вторых, для вертикальных соглашений в законе сделаны два исключения: допустимым признается вертикальное соглашение, доля любого участника которого не более 20% на любом товарном рынке, а также вертикальные соглашения, заключенные в форме договора коммерческой концессии (т. е. договора о передаче прав на результаты интеллектуальной деятельности или объекты промышленной собственности). Для всех видов соглашений, ограничивающих конкуренцию и не попадающих под запрет *per se*, установлена возможность признания их допустимыми либо на основе критериев, сформулированных в статье 81 (3) Договора об учреждении Европейского сообщества 1957 года, либо с использованием общих исключений (*block exemptions*), которые будут издаваться Правительством РФ по инициативе антимонопольного органа.

Новое в контроле слияний и присоединений

Закон значительно снижает нагрузку на бизнес, которая связана с антимонопольным контролем слияний и присоединений. До 2004 года антимонопольный орган ежегодно рассматривал более 13 тысяч ходатайств (*pre-merger notifications*). Предпринятое в 2005 году радикальное увеличение пороговых значений для сделок, подлежащих контролю (в 150 раз до 3 млрд рублей или 110 млн долларов США совокупных активов сторон сделки) обусловило не столь существенное, как изначально планировалось Федеральной антимонопольной службой, снижение числа ходатайств до 6-7 тысяч по прогнозу на 2006 год. Перед новым законом ставилась задача рационализировать нагрузку антимонопольного органа, связанную с рассмотрением ходатайств, т. е. исключить ходатайства о

сделках, которые не оказывают влияния на конкуренцию, что также должно избавить бизнес от необходимости прерывать совершение сделок на срок их рассмотрения антимонопольным органом.

Некоторые виды сделок в новом законе полностью выведены из-под контроля антимонопольного органа как не оказывающие влияния на конкуренцию. Дополнительно, попадающие под контроль случаи приобретения акций (долей в уставном капитале) российских хозяйственных обществ сведены исключительно к приобретению контроля или полного контроля (75% и выше акций акционерного общества) над обществом либо блокирующего пакета голосов на общем собрании акционеров (участников) общества.

При этом для случаев приобретения акций (долей в уставном капитале) хозяйственных обществ законом введено еще одно упрощение: если приобретаются акции (доли в уставном капитале) относительно небольшой компании (с размером активов не более 150 млн рублей, или 5,6 млн долларов США), то такие сделки контролю не подлежат, несмотря на суммарный размер активов или оборота участников сделки.

Новый закон вводит дополнительный оборотный критерий, в соответствии с которым сделки попадают под контроль антимонопольного органа, если суммарная выручка от реализации участников сделки превышает 6 млрд рублей (220 млн долларов США). Предположительно, это не приведет к заметному росту количества ходатайств, однако даст возможность антимонопольному органу контролировать сделки с акциями (долями в уставном капитале) крупнейших сбытовых компаний с значительными активами.

По прогнозу ФАС России, количество ходатайств, ежегодно представляемых в антимонопольный орган, должно сократиться в 2-3 раза.

Запрет на оказание государственной помощи

Введенный Законом 1991 года запрет на предоставление органами власти и органами местного самоуправления преимуществ отдельным компаниям на избирательной основе был задуман законодателем и, соответственно, применялся антимонопольным органом и судами как запрет, основанный на правиле разумности (*rule of reason*). Такая формулировка не способствовала формированию единообразной практики рассмотрения дел судами и антимонопольным органом, многие случаи ограничения конкуренции органами власти и органами местного самоуправления не пресекались.

Закон «О защите конкуренции» вводит запрет *per se* на предоставление органами власти избирательных преимуществ компаниям, действующим на рынке. Законом допускается предоставление государственной помощи только на указанные в законе цели и лишь после разрешения ФАС России. Разрешенная государственная помощь не должна приводить к устранению либо недопущению конкуренции на соответствующем рынке.

Закон также определяет действия органов власти и органов местного самоуправления, которые не являются предоставлением государственной помощи и не подлежат запрету (например, действие органа власти, которое он обязан совершить в силу федерального закона).

Заключение

Сложившаяся в России более чем 15-летняя традиция защиты конкуренции государством упростила применение нового закона. Еще на стадии разработки новый закон подвергся предельно широкому обсуждению в научном и деловом сообществе, представители ФАС России провели более сотни встреч, семинаров и общественных обсуждений текста законопроекта, а также несколько десятков его согласований внутри Правительства РФ.

Закон соответствует пониманию российским обществом приоритетности защиты конкуренции, а также связанной с такой защитой допустимой степени вмешательства государства в деловую активность предпринимателей и функционирование рынков.

Эффективность применения нового закона напрямую связана с успешностью прохождения через российский парламент законопроекта об ужесточении наказаний за нарушение антимонопольного законодательства. Предложенный разработчиком законопроекта — Федеральной антимонопольной службой — оборотный штраф в размере до 4% от выручки компании-нарушителя должен стать действенным средством принуждения к исполнению Закона «О защите конкуренции».

Статья поступила в редакцию 09.10.2006

Igor Artemyev, Aleksey Sushkevich

NEW RUSSIAN FEDERAL LAW "ON PROTECTION OF COMPETITION"

The new Russian Federal Law "On Protection of Competition" is aimed at making business relations between the state bodies, businesses and consumers absolutely transparent. The principle upon which the competitors' legal relations system is built is changing radically. The law stipulates that strict measures should be taken against market monopolists and group domineering, there are restrictions in regard to the state officials' competitive rights. The provisions which concern the extraterritorial use of the antimonopoly legislation are made more coherent.