



Сушкевич А. Г., канд. экон. наук, начальник Аналитического управления ФАС, г. Москва, susha@fas.gov.ru

НОВАЦИИ В АНТИМОНОПОЛЬНОМ РЕГУЛИРОВАНИИ

Необходимость принятия так называемого второго антимонопольного пакета — комплекса мер и поправок в законодательство — продиктована современной российской действительностью, которую отличают злоупотребление рыночной властью со стороны госу-

дарственных органов управления, грубейшие антиконкурентные действия со стороны участников рынка. За это нарушители должны нести уголовную ответственность. Одна из основных инициатив второго антимонопольного пакета — новая редакция ст. 178 Уголовного кодекса РФ, предусматривающая уголовную ответственность за наиболее тяжкие нарушения антимонопольного законодательства. Поправки, составляющие второй антимонопольный пакет, призваны сделать правовой инструментарий борьбы с антиконкурентной деятельностью более современным, адекватным существующей экономической действительности и способствовать поддержанию благоприятной конкурентной среды в стране.

*По просьбе редакции журнала о новациях в антимонопольном регулировании рассказал начальник Аналитического управления Федеральной антимонопольной службы **Алексей Геннадьевич Сушкевич**.*

Какие документы вошли в состав второго антимонопольного пакета законопроектов, который недавно вступил в силу?

Так называемый второй антимонопольный пакет включает изменения в три федеральных закона:

- во-первых, в Закон о защите конкуренции;
- во-вторых, в Кодекс РФ об административных правонарушениях;
- в-третьих, в Уголовный кодекс РФ.

Какие изменения внесены в законодательство о защите конкуренции?

Серьезной ревизии подверглись положения Закона «О защите конкуренции»¹ в части установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке. В России на рынках нефти и нефтепродуктов, по сути, существует олигополия во всех регионах Российской Федерации. Однако де-юре антимонопольный орган не мог квалифицировать такого рода ситуацию как отклонение от состояния конкуренции, поскольку доминирующее положение компании с долей менее 35% не могло быть установлено либо

¹ Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» в ред. от 29 апреля 2008 г.

оно могло быть установлено в очень редких случаях. Сегодня Закон «О защите конкуренции» дополнен положением, согласно которому антимонопольный орган может установить доминирующее положение компании с долей даже 15–20% на товарном рынке.

Существенным образом переработаны и расширены положения этого закона, в которых определяются понятия монополично высокой и монополично низкой цены товара. Можно без преувеличения сказать, что сегодня эти положения являются самыми подробными, самыми развернутыми, самыми детализированными по сравнению с законодательством других юрисдикций.

Тем не менее обоснованность высоких цен, которые производители порой устанавливают на свои товары и услуги, по-прежнему остается одной из серьезных проблем отечественного рынка.

Благодаря поправкам, предусмотренным вторым антимонопольным пакетом, возможности регулирования в сфере ценообразования значительно расширены и детализированы. По существу, сегодня, для того чтобы устанавливать цены на товары, работы и услуги, значительно отличающиеся от цен, которые сложились на рынках Западной, Центральной и Восточной Европы, бизнес должен иметь очень серьезные основания. В частности, речь идет о повышении цены по сравнению с ценой на центральноевропейских рынках или о запаздывающей ценовой динамике — неснижении цены в том случае, если на рынке Западной Европы цена пошла вниз. Отклонение от доминирующих тенденций на мировом рынке должно быть вызвано очень вескими причинами. Это могут быть особые условия налогообложения, особые условия ведения торговли соответствующим товаром в России. Скажем, это может быть вызвано высокими издержками по доставке товара в отдельные регионы страны. Никто не говорит, что цена должна быть универсальной для всей Российской

Федерации и должна копировать цены Западной и Восточной Европы. Нет. Но бизнес должен осознавать, что произвольное повышение цены, связанное с использованием своего доминирующего положения на товарном рынке, будет выявляться и наказываться антимонопольным органом.

Что служит основанием для определения доминирующего положения той или иной компании на товарном рынке?

Доминирующее положение компании на товарном рынке устанавливается антимонопольным органом по результату анализа данного рынка. Для этих целей существует утвержденный нормативный акт, определенная методика исследования состояния конкуренции на товарном рынке. Это ключевой приказ для любого антимонопольного органа. По сути, то, что сегодня мы имеем в России, ненамного отличается от американского или европейского варианта такого рода методики. При этом мы сознательно позаимствовали за рубежом самые лучшие методы анализа товарного рынка в целях выявления доминирующего положения или иных ограничений конкуренции на товарном рынке. Это один из наиболее широко используемых судами документов, с которым прекрасно знаком бизнес, — так называемый приказ № 108, принятый в апреле 2006 г.²

Каковы критерии и механизм выявления случаев злоупотребления рыночной властью?

Все достаточно просто. Юридический термин «доминирующее положение» на языке экономистов как раз и означает то, что называется рыночной властью. Есть три альтернативных критерия, в силу которых хозяйствующим

² Приказ Федеральной антимонопольной службы от 25 апреля 2006 г. № 108 «Об утверждении Порядка проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке».

щий субъект признается доминирующим на товарном рынке. Либо такой хозяйствующий объект обладает возможностью устранять с товарного рынка своих конкурентов, т. е. фактически он формирует круг своих конкурентов самостоятельно, и те, кто ему не нужен, с этого рынка устраняются. Либо он обладает возможностью не допускать на товарный рынок потенциальных конкурентов, что опять демонстрирует тот же результат формирования круга конкурентов исключительно исходя из видения одного участника рынка. И третье альтернативное условие: он обладает возможностью своими действиями определять общие условия обращения товара.

Иначе говоря, независимо от рыночной доли на соответствующем рынке хозяйствующий субъект сам формирует цену, как ему это представляется целесообразным, и прочие условия обращения товара — например, условия поставки, отгрузки, оплаты, послепродажного ремонта, обслуживания, прочих общих условий обращения товара. Известны случаи, когда, обладая даже небольшой рыночной долей, хозяйствующий субъект самостоятельно устанавливает такие общие условия обращения товара. Классическим примером является положение ОАО «РЖД» на рынке услуг по перевозке грузов железнодорожным транспортом. По некоторым видам грузов — допустим, по скоропортящимся грузам — доля РЖД незначительно мала. Однако, предоставляя доступ к услугам инфраструктуры железнодорожного транспорта, РЖД самостоятельно определяют как общие условия обращения товара, так и круг конкурентов, которые на этом рынке могут оказывать услуги. Это типичный пример доминирующего положения и рыночной власти независимо от доли хозяйствующего субъекта на рынке.

Обладает ли антимонопольное ведомство необходимыми возможностями для выявления случаев нарушения действующего законодательства в сфере конкуренции?

Вторым антимонопольным пакетом в Закон «О защите конкуренции» была введена очень детальная регламентация проведения проверок антимонопольным органом. Можно сказать, что полномочия антимонопольного органа по проведению проверок унифицированы с полномочиями налоговых органов.

По существу, для нас не осталось закрытых, «серых» зон. Антимонопольному органу доступны любые документы, любые прямые и косвенные свидетельства, которые используются для выявления нарушений антимонопольного законодательства. Мы стали проводить опросы работников компаний. И совершенно однозначно законодателем выражена позиция, в силу которой проверки, проводимые антимонопольным органом, исключены из-под действия закона, упорядочивающего проверочную деятельность в отношении бизнеса. Так, антимонопольные проверки выведены из-под общего правила, ограничивающего проведение проверок в течение года в одном хозяйствующем субъекте.

Не приведет ли это к дополнительным неудобствам для бизнеса, вызванным увеличением количества проверок?

Антимонопольный орган проводит ничтожно малую долю всех проверок: речь идет о сотых — может быть, даже о тысячных — долях процента. Хотя у нас есть своя территориальная сеть, и в каждом субъекте Российской Федерации присутствует наше территориальное отделение. Тем не менее мы не докучаем бизнесу проверками. Основная часть — больше половины всех проверок, которые мы проводим — это проверки в отношении органов власти, их территориальных органов, субъектов Федерации, органов местного самоуправления. Дело в том, что около 56% выявляемых нарушений антимонопольного законодательства — это антиконкурентные действия органов власти, органов местного самоуправления.

Второй антимонопольный пакет предусматривает серьезные изменения в Кодексе РФ об административных правонарушениях и Уголовном кодексе РФ. Что Вы можете сказать об этих новациях?

Самое важное изменение в Кодексе РФ об административных правонарушениях состоит в том, что введена административная ответственность должностных лиц органов власти и органов местного самоуправления, связанная с изданием антиконкурентных актов и совершением антиконкурентных действий. И если до сих пор должностные лица не несли прямой ответственности за подобные действия, то с октября 2009 г. такая ответственность возникает.

Важная новация внесена в Уголовный кодекс — серьезной ревизии подверглась ст. 178, устанавливающая уголовную ответственность за нарушение антимонопольного законодательства. Введена так называемая административная преюдиция³: трехкратное привлечение к административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства создает преюдицию, т. е. последующее нарушение антимонопольного законодательства влечет за собой непосредственно уголовную ответственность.

³ **Наша справка.** Преюдиция как правовое понятие возникла в римском праве. Термин «преюдиция» произошел от латинского *praedictum* — предрешение вопроса, заранее принятое решение, обстоятельство, позволяющее судить о последствиях. В странах общего права, где источником права признается прецедент, судебным решениям отведена роль закона. Преюдициальность — обязательность для всех судов, рассматривающих дело, принять без проверки и доказательств факты, ранее установленные вступившим в законную силу судебным решением или приговором по какому-либо другому делу. Так, если судебным решением, вступившим в законную силу, установлена ответственность владельца источника повышенной опасности за причиненный вред, то в случае предъявления регрессного иска владельцем такого источника к непосредственному причинителю факты, установленные судебным решением в первом процессе, имеют преюдициальное значение и не подлежат оспариванию.

Каков механизм привлечения к уголовной ответственности за нарушения антимонопольного законодательства? В чем будет заключаться роль ФАС?

Механизм привлечения к уголовной ответственности за подобные правонарушения совершенно стандартный. Нарушения антимонопольного законодательства могут выявляться только антимонопольным органом. При наличии соответствующих обстоятельств (выявленное нарушение антимонопольного законодательства, предыдущее трехкратное привлечение к административной ответственности) следователь возбуждает уголовное дело и ведет соответствующее расследование.

И наконец, еще одна новация. Если до сих пор согласно ст. 178 Уголовного кодекса РФ привлечение к уголовной ответственности было возможно лишь в случае выявления причинения ущерба антиконкурентными действиями соответствующего лица, то теперь согласно новой редакции этой статьи помимо причинения ущерба альтернативным квалифицирующим признаком может также являться извлечение дохода в особо крупном размере. Причем в этом случае предусмотрена возможность привлечения к уголовной ответственности даже без административной преюдиции, о которой шла речь выше.

Предполагается ли в связи с перечисленными нововведениями расширить полномочия ФАС?

Все, что связано с новациями в Уголовном кодексе, прежде всего касается полномочий Следственного комитета МВД, Генеральной прокуратуры. Как известно, в соответствии с законодательством ФАС не обладает полномочиями на проведение розыскных мероприятий. Максимум, что мы можем сделать, — это передать соответствующие материалы на рассмотрение правоохранительных органов. Поэтому говорить о расширении полномочий ФАС было бы некорректно.

Наши полномочия привлекать к административной ответственности как были, так и остались. А что касается изменений в закон «О защите конкуренции», то здесь действительно произошло небольшое расширение полномочий ФАС в части проведения проверок.

В рамках второго антимонопольного пакета предусмотрена детализация правил недискриминационного доступа к товарам и услугам, производимым либо реализуемым субъектами естественных монополий. О каких параметрах этих правил идет речь?

Мы подняли очень важную тему. Сегодня закон «О защите конкуренции» содержит детальную регламентацию того, что называется правилами недискриминационного доступа к товарам, работам и услугам субъектов естественных монополий. В своей предыдущей редакции ст. 5 Закона «О защите конкуренции» наделяла правительство полномочиями издавать такого рода правила доступа потребителей к товарам, работам и услугам субъектов естественных монополий. Однако она не раскрывала их содержания, что вызывало большие проблемы при разработке таких правил, при их регистрации, издании их правительством. И не было единого мнения о том, как они должны выглядеть. Вступивший в силу второй антимонопольный пакет включает закон, который детальнейшим образом регламентирует содержание такого рода правил. Обозначает обязательные разделы, которые должны быть в этих правилах, приближая перспективу издания правительством такого рода правил по самым разным вопросам, относящимся к сфере естественных монополий.

Предусмотрены ли какие-то меры по защите интересов малого бизнеса? В частности, по размещению госзаказов, дроблению заказов?

Такого рода новации касаются закона по размещению муниципальных и государственных заказов и Федерального закона №94⁴, и не имеют отношения ко второму антимонопольному пакету. Подобные положения, которые стимулируют участие малого бизнеса в продаже государству товаров и услуг, были внесены еще в 2006 г. в законодательство о размещении заказов и не зависят от антимонопольного законодательства. Действительно, предусмотрены дробление лотов, чтобы малый бизнес мог участвовать в аукционах, и обязательная доля в закупках, которая должна осуществляться в субъектах малого предпринимательства.

Какие изменения были внесены в положения закона, регулирующего порядок вертикальной конкуренции?

Внесено дополнение в ст. 11 Закона «О защите конкуренции», которым признаны запрещенными два вида вертикальных соглашений. **Во-первых**, это соглашения, в которых устанавливается цена перепродажи товара, причем любая цена перепродажи: максимальная, минимальная, фиксированная. Такая максималистская практика не встречается в законодательстве других стран мира, и ее нельзя однозначно оценить как положительную. Трудно себе представить, почему, допустим, производитель товара в договорах со своими дилерами не может установить максимальную цену перепродажи товара, тем самым форсируя продажи товара и не давая дилерам возможность использовать свою рыночную власть в целях увеличения объема продаж в стоимостном размере и уменьшения в натуральных единицах. Зачастую при выходе на уже сформированный рынок, где конкуренция, как правило, особен-

⁴ Федеральный закон от 21 июля 2005 г. №94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

но остра, производитель бывает заинтересован в захвате доли рынка по невысокой цене. Сложно понять, почему нужно было запрещать вертикальные соглашения, в которых устанавливается максимальная цена перепродажи.

Что касается минимальной цены перепродажи, то в подобных ситуациях все более определено. Наверное, есть смысл вводить такой запрет, хотя и он не всегда полностью оправдан. Наконец, фиксированная цена перепродажи, установление которой в договоре сегодня тоже подпадает под запрет. Нужно понимать, что мы сталкиваемся с очень широко распространенной практикой установления фиксированной цены перепродажи, например, на сигареты, газеты и другие печатные издания. Необходимо для себя решить, как мы будем действовать с помощью административных мер, чтобы не было выборочного правоприменения в отношении только тех субъектов рынка, которые нам покажутся плохими. Нужно разобраться с той практикой, которая сегодня существует.

Во-вторых, это вертикальные соглашения, содержащие запрет. Возможно, что лучше оставить в авторской редакции для покупателя товара на приобретение конкурирующего товара у других продавцов. Например, когда крупная компания, выпускающая прохладительные напитки, входит в ка-

кую-либо торговую сеть и условием заключения договора с ней ставит отказ данной торговой сети от покупки конкурирующих прохладительных напитков у других производителей. Вот такого рода абсолютный запрет сегодня и введен в антимонопольное законодательство.

С моей точки зрения, это более оправданный запрет. Однако из него сделано очень странное исключение, которое, по существу, делает недействующим этот запрет. Это исключение в отношении так называемой фирменной торговли, или торговли под фирменным наименованием. Если торговля товаром осуществляется под фирменным наименованием, то этот запрет не действует. А под фирменным наименованием, насколько я понимаю, можно торговать даже песком из карьера. Поэтому вводя такой запрет и делая из него такое широкое исключение, закон, по сути, легализует любое ограничение доступа конкурентов в дистрибуцию или в дилерскую сеть производителя, если только эти дилеры или дистрибьюторы торгуют товаром под фирменным наименованием производителя. Это неправильное положение. Оно очень похоже на техническую ошибку, которую надо в скором времени исправить.

*Беседу вел журналист
Никита Сергеев*

A. G. Sushkevich, PhD (Economics), Head of the Federal Antimonopoly Service, susha@fas.gov.ru

INNOVATIONS IN ANTIMONOPOLY REGULATIONS

The necessity for the adoption of the so-called second antimonopoly statute — a set of measures and amendments in the legislation — is predetermined by the present day situation in Russia characterized by governmental abuse of market power, tough anticompetitive acts of market participants. Such law-breakers should be criminally prosecuted. One of the main ideas of the second antimonopoly statute is the new version of Article 178 of the Criminal Code of the RF which states criminal responsibility for the gravest violations of the antimonopoly legislation. The amendments that make up the second antimonopoly statute are aimed at making legal anticompetitive measures more up-to-date, suitable for the existing economic activity and maintaining favourable competitive environment in the country.

Aleksey Gennadievich Sushkevich, Head of the Federal Antimonopoly Service, spoke for the journal on innovations in antimonopoly regulations.