**Вопрос 2**

*Татьяна Алексеевна Каменская*

*Член Общественного совета*

*при ФАС России*

**«Административная ответственность за правонарушения, посягающие на конкуренцию: анализ изменений»**

**Вопросы:**

* **соглашение о сотрудничестве,**
* **использование программ для ЭВМ в качестве обстоятельства, отягчающего ответственность,**
* **понятие организатора антиконкурентного соглашения,**
* **несовпадение перечня средств индивидуализации в статье 27.4 проекта КоАП РФ и действующей редакции ЗоЗК,**
* **отсутствие однозначного подхода к исчислению сроков давности привлечения к административной ответственности за непредставление информации.**

При обсуждении изменений в сфере административной ответственности за правонарушения, посягающие на конкуренцию, стоит обратить особое внимание на проект нового КоАП РФ, которым планируется объединение всех административных правонарушений, относящихся к компетенции антимонопольных органов, в одну главу (Глава 27).

В указанную главу должны войти составы административных правонарушений, касающихся злоупотребления доминирующим положением, заключения антиконкурентных соглашений (антиконкурентных действий), недобросовестной конкуренции, ограничения конкуренции органами власти, нарушений в сферах рекламы, торговли и ценообразования.

Вместе с тем наиболее актуальными для бизнеса являются нарушения в первых трех поименованных ранее сферах (доминирующее положение, антиконкурентные соглашения и недобросовестная конкуренция).

Так, **абзацем 4 примечания 1 к статье 27.2 проекта нового КоАП РФ предусмотрена возможность заключения соглашения о сотрудничестве** в целях освобождения от административной ответственности, предусмотренной за участие в антиконкурентном соглашении, между хозяйствующим субъектом и антимонопольным органом.

Вместе с тем в настоящее время законодательством не предусмотрен порядок и форма, а также само понятие такого соглашения.

Основные требования и порядок заключения соглашения о сотрудничестве предусмотрен проектом федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции», который находится в стадии рассмотрения с 2017 года (размещен на https://regulation.gov.ru/projects#npa=74495).

В связи с этим, по нашему мнению, необходимо:

1. принятие проекта нового КоАП РФ одновременно с законопроектом, устанавливающим требования к соглашению о сотрудничестве и порядок его заключения; либо
2. заблаговременное принятие вышеуказанного законопроекта до принятия нового КоАП РФ.

В противном случае норма КоАП РФ, предусматривающая заключение соглашения о сотрудничестве, будет не сможет применяться в отсутствие соответствующей нормы, регламентирующей порядок и основания его заключения.

Кроме того, **пунктом 3 приложения 4 к статье 27.2 проекта нового КоАП РФ в качестве обстоятельства, отягчающего административную ответственность** за участие хозяйствующего субъекта в запрещенном антиконкурентном соглашении (картеле), **предлагается установить совершение** административного **правонарушения с использованием программ для электронно-вычислительных машин**, предназначенных для расчета и (или) согласования цен.

Аналогичное изменение в КоАП РФ также предусмотрено проектом Федерального закона «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях», разработанным в рамках «пятого (цифрового) антимонопольного пакета».

Вместе с тем само по себе использование таких программ, в частности, при участии хозяйствующих субъектов конкурентных процедурах, не является нарушением и не может считаться неоспоримым доказательством заключения антиконкурентного соглашения и участия в нем.

Таким образом, формулировка признаков программы представляется слишком оценочной. Практически любая программа обрабатывает информацию «в автоматическом режиме». На основе этой информации человек принимает решение. Иными словами, **предложенная формулировка охватывает слишком широкий круг программ**.

Учитывая изложенное, в целях включения вышеуказанных действий в качестве отягчающего обстоятельства и исключения ошибок при его применении к действиям хозяйствующих субъектов, заключивших антиконкурентное соглашение, **полагаем целесообразным заранее определить случаи, при которых использование программ для электронно-вычислительных машин**, предназначенных для расчета и (или) согласования цен **будет однозначно квалифицироваться в качестве действий, направленных на нарушение антимонопольного законодательства**.

**Предложение в Протокол:** В связи с этим **предлагается вернуться к подходу, основанном на выработке более специальных признаков такой программы**: «использование лицом, совершившим административное правонарушение, ответственность за которое предусмотрена частями 1 и 2 настоящей статьи, для целей заключения и (или) исполнения ограничивающего конкуренцию соглашения программ для электронно-вычислительных машин, специально предназначенных для автоматического (без участия человека) согласования (поддержания) цен и (или) формирования цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок для заключения картельного соглашения.».

Кроме того, **примечание 7 к статье 27.2 предлагаемой редакции КоАП вводит понятие организатора антиконкурентного соглашения**. Однако, указанное понятие не предлагает каких-либо конкретных критериев и **выводит понятие организатора через самого себя**, что по прежнему затрудняет его выявление при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства и об административном правонарушении.

**В связи с этим предлагается разработать квалифицирующие признаки организатора антиконкурентного соглашения и имплементировать их в вышеуказанное примечание к статье 27.2 проекта нового КоАП РФ.**

Стоит также обратить внимание и на **статью 27.4 проекта нового КоАП РФ**, положения которой, по нашему мнению, противоречат положениям Гражданского кодекса Российской Федерации и Закона о защите конкуренции».

В указанной статье **предлагается уточнить положения о повышенной ответственности в отношении недобросовестной конкуренции** (статья 14.6 Закона о защите конкуренции), которая заключается в смешении **путём использования чужой интеллектуальной собственности и средств индивидуализации**. Предлагается раскрыть перечень средств индивидуализации, в который входят: *товарный знак, фирменное наименование (****наименование****), коммерческое обозначение, географическое указание и наименование места происхождения товара.*

Однако, статьей 14.6 Закона о защите конкуренции не допускается недобросовестная конкуренция путём незаконного использования «**обозначения, тождественного товарному знаку, фирменному наименованию, коммерческому обозначению, наименованию места происхождения товара**».

Таким образом, **перечень средств индивидуализации**, изложенный **в статье 27.4 проекта нового КоАП РФ**, **не совпадает с перечнем, указанным в статье 14.6 Закона о защите конкуренции**. Так, в статье 27.4 проекта нового КоАП РФ этот **перечень шире за счёт *«наименования»* и *«географического указания»***. Следовательно, для внесения таких изменений необходимо уточнить положения статьи 14.6 Закона о защите конкуренции.

Кроме того, согласно статье 1225 ГК РФ перечень охраняемых средств индивидуализации закрытый и в него входят: фирменные наименования; товарные знаки и знаки обслуживания; географические указания; наименования мест происхождения товаров; коммерческие обозначения. При этом фирменные наименования в силу статьи 1473 ГК РФ существуют только у коммерческих организаций. Иные наименования не являются охраняемыми средствами индивидуализации.

Учитывая изложенное, ***«наименованию»***, как результату интеллектуальной деятельности/средству индивидуализации, **правовая охрана не предоставляется**. В этой связи перечисление в статье 27.4 проекта нового КоАП РФ *«наименования»* как объекта, охраняемого в качестве средства индивидуализации (результата интеллектуальной деятельности) прямо противоречит положениям ГК РФ.

Вместе с тем дополнение перечня охраняемых объектов в Законе о защите конкуренции является необходимым для гармонизации гражданского и антимонопольного законодательства. Также следует отметить, что Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» в пункте 147 прямо указывает на необходимость защиты *«наименований»* посредством положений о недобросовестной конкуренции.

Таким образом, по нашему мнению, **предлагаемые изменения являются полезными, однако, требуют одновременного либо заблаговременного внесения изменений в статью 14.6 Закона о защите конкуренции.**

**Отсутствие однозначного подхода к исчислению сроков давности привлечения к административной ответственности за непредставление информации по запросу антимонопольного органа**

В ходе анализа судебной практики и мониторинга постановлений о привлечении к административной ответственности хозяйствующих субъектов за непредставление или несвоевременное представление сведений (информации) по требованию антимонопольного органа было выявлено отсутствие единообразного подхода к исчислению сроков давности привлечения к административной ответственности.

В частности, согласно позиции ряда территориальных антимонопольных органов и арбитражных судов, непредставление информации относится к правонарушениям в сфере порядка управления, в связи с чем к ним применяется двухмесячный срок давности привлечения к административной ответственности[[1]](#footnote-1).

В свою очередь ФАС России считает, что непредставление информации антимонопольному органу является нарушением именно антимонопольного законодательства, в связи с чем срок давности привлечения к ответственности за подобное правонарушение является один год. Ряд арбитражных судов занял схожую с федеральным антимонопольным органом позицию[[2]](#footnote-2).

Вместе с тем, по нашему мнению, непредставление информации по запросу антимонопольного органа, равно как непредставление информации по запросу налогового, таможенного и иных органов власти, относится к правонарушениям в сфере именно порядка управления.

Более того, вышеуказанный состав правонарушения не является сложным для его выявления, расследования и получения доказательств, чтобы к нему применялся годичный срок давности привлечения к ответственности. Иными словами, антимонопольному органу более чем достаточно двух месяцев для того, чтобы установить факт непредставления информации, провести административное расследование и принять соответствующее решение о наличии/отсутствии нарушения законодательства.

**В связи с этим, в целях устранения правовой неопределенности полагаем целесообразным рекомендовать ФАС России обратиться в Правительство РФ с законодательной инициативой по внесению соответствующих изменений в КоАП, направленных на конкретизацию разумного срока привлечения к ответственности за непредставление информации по требованию антимонопольного органа (как органа власти).**

**Кроме того, ФАС России может внести изменения в текущую версию проекта нового КоАП РФ.**

1. Постановление Кемеровского УФАС России от 02.07.2021 по делу № 042/04Э19.8-865/2021, Постановление Татарстанского УФАС России от 22.09.2021 № АР-05/12016, Постановление АС Поволжского округа от 09.03.2021 № Ф06-1313/2021, Постановление АС Волго-Вятского округа от 13.11.2020 по делу № Ф01-13938/2020, Определение ВС РФ от 01.09.2021 № 302-ЭС21-14521, Определение ВС РФ от 12.01.2021 № 310-ЭС20-17750, Определение ВС РФ от 17.08.2021 № 306-ЭС21-9832 [↑](#footnote-ref-1)
2. Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 09.10.2020 № 07АП-7233/2020 по делу № А03-1547/2020, Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 15.04.2020 № Ф09-2372/20 по делу № А60-50119/2019 [↑](#footnote-ref-2)