

*Татьяна Алексеевна Каменская
Член Общественного совета при ФАС России*

***Внесение поправок в проект Федерального закона № 160280-8
«О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции»***

В настоящее время на рассмотрении ГД ФС РФ находится законопроект № 160280-6 «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции», вносящий изменения в действующее антимонопольное законодательство, которые направлены в первую очередь на учет особенностей рынков в сфере цифровой экономики (пятый антимонопольный пакет).

Вопросы антимонопольного регулирования на цифровых рынках и, в частности, в сфере e-commerce являются крайне актуальными для российского правоприменения и законодательства. Отдельные вопросы, включенные в текущую редакцию пятого антимонопольного пакета, напрямую касаются сферы e-commerce. Важно, что разработка данных изменений не только была следствием конкретных антимонопольных разбирательств, проведенных ФАС России, но и основана на зарубежном опыте регулирования отношений конкуренции в рассматриваемой сфере, в связи с чем законопроект РСПП в целом поддерживается.

Вместе с тем РСПП резко возражает против следующих предложений законопроекта:

1. Законопроектом предлагается признать незаконными и картельными разрешенные сегодня соглашения на торгах между хозяйствующими субъектами, входящими в одну группу лиц. В соответствии с пунктом 5 статьи 1 законопроекта часть 7 статьи 11 Закона о защите конкуренции подлежит дополнению, предполагающему существенное сужение антикартельных иммунитетов. РСПП не может согласиться с указанной инициативой по следующим причинам.

1.1. В соответствии с Законом о защите конкуренции признаются картелем и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, если такие соглашения приводят или могут привести в том числе к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах (пункт 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции).

Под конкуренцией Закон понимает соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

В настоящее время в соответствии с пунктом 7 статьи 11 Закона о защите конкуренции указанный запрет не распространяется на соглашения между хозяйствующими субъектами, если одним из таких хозяйствующих субъектов в отношении другого хозяйствующего субъекта установлен контроль, либо если такие хозяйствующие субъекты находятся под контролем одного лица.

Указанное исключение обусловлено тем, что субъекты, связанные отношениями контроля, не конкурируют друг с другом, а действуют в едином экономическом интересе, в том числе на торгах, а их действия не ведут и не могут привести к ограничению конкуренции. В противном случае хозяйствующие субъекты были бы вынуждены, имитируя несуществующую конкуренцию, действовать во вред своим экономическим интересам.

Следовательно, вносимая поправка, исключая применение рассматриваемого иммунитета, прямо противоречит понятийному аппарату Закона о защите конкуренции и логике запрета картельного сговора как горизонтального соглашения.

Поэтому требование диспозиции пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции о наличии между участниками соглашения конкурентных отношений в отношении таких субъектов не выполняется и выполняться не будет после принятия законопроекта. Следовательно, дополнение части 7 статьи 11 Закона о защите конкуренции не будет иметь практической ценности, однако может повлечь необоснованное возбуждение дел о нарушении антимонопольного законодательства.

1.2. Важно подчеркнуть, что рассматриваемая поправка не соответствует содержанию законопроекта, целью которого является совершенствование антимонопольного регулирования в условиях цифровой экономики, в том числе предотвращение злоупотребления доминирующим положением на цифровых рынках для предупреждения их монополизации.

Таким образом, поправка, направленная на ужесточение ответственности за картели, вносится в обход обсуждаемого сейчас отдельного «антикартельного» пакета, который встретил резкую критику со стороны представителей как органов власти, так и общественности с целью отвлечения внимания от содержания вносимого изменения.

1.3. В текущей редакции Закона о защите конкуренции понятие «контроля» раскрывается в пункте 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции. Для целей применения статьи 11 под контролем понимается возможность физического или юридического лица прямо или косвенно определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством одного или нескольких следующих действий: 1) распоряжение более чем 50 % общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица; 2) осуществление функций исполнительного органа юридического лица.

Таким образом, контроль определен достаточно узко, практика антимонопольного органа применяет указанное положение, руководствуясь сугубо формальными критериями, не допуская расширительного толкования или не оценивая фактические обстоятельства, которые могут свидетельствовать о наличии контроля со стороны единственного бенефициара при отсутствии выполнения формальных признаков, указанных выше.

При проведении антимонопольного расследования служба не оценивает и не учитывает реальные бизнес-связи, существующие между потенциальными ответчиками по делу о картеле, отклоняя соответствующие доводы защитников.

Любые взаимосвязи между ответчиками, свидетельствующие об их аффилированности и отсутствии конкурентных отношений, толкуются в пользу выводов комиссии о заключении антиконкурентного соглашения. Таким образом, антимонопольная служба полагает, что хозяйствующие общества, контролируемые одним лицом, путем обладания долей, отличной от размера 50 %, но достаточной для контроля в силу структуры акционерного капитала, или в силу заключения акционерного соглашения или заключения договора доверительного управления, обязаны при участии в конкурентных процедурах конкурировать между собой, снижая цену, несмотря на то, что по сути представляют собой экономически единый субъект. Обязанность снижения цены рассматривается при этом как абсолютная.

Тем не менее, весьма распространены на практике случаи, когда юридические лица, входящие в один холдинг, участвуют в конкурентных процедурах не все одновременно, а попеременно, выходя на торги теми компаниями, которые в настоящий момент имеют для указанной цели экономическую возможность (ресурс) или могут выполнить заказ наиболее экономически эффективно, исходя, например, из логистических или производственных соображений.

Кроме того, участие в конкурентных процедурах хозяйствующих субъектов, входящих в подконтрольную группу лиц, может быть направлено на то, чтобы торги были признаны состоявшимися, и к ним не применялись правила заключения договора с единственным участником. Однако, с точки зрения ФАС России, такое поведение может быть оценено как подозрительное и, более того, неправомерное.

Частично указанная проблема затрагивает и случаи участия в торгах компаний, представляющих собой форму организации семейного бизнеса. При этом ФАС России не поясняется, каким образом рассматриваемые действия приводят к ограничению доступа других участников к торгам, каким образом ограничивается или устраняется конкуренция на соответствующем рынке. Тем не менее, решения антимонопольного органа служат основанием для возбуждения уголовного дела автоматически при превышении суммы НМЦК торгов 50 млн рублей.

Представляется, что позиция ФАС России не вполне поддерживается судебной практикой. Так, в соответствии с пунктом 28 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства», при доказывании ограничивающего конкуренцию соглашения, предусмотренного частью 1 статьи 11 Закона, в отношении хозяйствующих субъектов, не отвечающих требованиям частей 7, 8 статьи 11 Закона, но формирующих группу лиц по иным основаниям, установленным статьей 9 Закона, тем не менее должно быть установлено, что указанные лица являются конкурентами. Следовательно, при решении вопроса о наличии контроля (фактическом контроле) одного лица над другим хозяйствующим субъектом необходимо установить отсутствие между ними конкурентных отношений, а такой вывод может быть по общему правилу сделан лишь при установлении – на основе тщательного анализа всех обстоятельств – таких фактов, которые свидетельствуют об аффилированности таких хозяйствующих субъектов и действия в едином экономическом интересе.

Также существует тенденция в судебной-арбитражной практике, которая склонна менее формально подходить к вопросу применения иммунитетов для картельных соглашений (решения Арбитражного суда Свердловской области от 11.03.2022 по делу № А60-46538/2021, от 07.09.2021 по делу № А60-12421/2021, решения Арбитражного суда Ханты-Мансийского автономного округа – Югры от 05.04.2021 по делу № А75-16013/2020, от 17.02.2021 по делу № А75-15776/2020, решение Арбитражного суда г. Москвы от 27.04.2022 по делу № А40-43715/22).

Таким образом, существующие в настоящий момент антимонопольные иммунитеты имеют тенденцию к либерализации своего применения, расширению круга лиц, подлежащих освобождению от ответственности, несмотря на занятую ФАС России позицию. Правильность такого подхода широко поддерживается экспертным и деловым сообществом.

В связи с этим представляется крайне неоправданной и идущей вразрез с судебной практикой инициатива законопроекта о полном исключении существующего (весьма ограниченного) антикартельного иммунитета для случаев заключения соглашений между хозяйствующими субъектами, если одним из таких хозяйствующих субъектов в отношении другого хозяйствующего субъекта установлен контроль, либо если такие хозяйствующие субъекты находятся под контролем одного лица, которые приводят или могут привести в том числе к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах (пункт 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции).

1.4. Обращаем внимание, что по статистике самого ведомства, соглашения, квалифицируемые по пункту 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, составляют 90 % от всех выявляемых службой незаконных договоренностей. Это означает, что отмена антикартельных иммунитетов будет применяться не в отдельных случаях, а повсеместно.

Следовательно, поправка приведет к неоправданному расширению оснований для привлечения к ответственности за заключение картельных соглашений (как административной, так и уголовной), росту количества возбуждаемых дел, усилению давления на бизнес, что в текущих экономических условиях не может быть воспринято положительно. Учитывая изложенное, практически любые хозяйствующие субъекты, находящиеся под контролем одного учредителя или генерального директора, могут быть привлечены к ответственности только по основанию одновременного участия в одних и тех же торгах. Также полагаем, что ужесточение регулирования создаст антистимулы для участия бизнеса в торгах, что негативно скажется на экономическом развитии в целом.

Вывод: необходимо и целесообразно пункт 5 статьи 1 законопроекта исключить.

2. Пункт 4 статьи 1 законопроекта дополняет Закон о защите конкуренции статьей 10.1, в соответствии с которой запрещается монополистическая деятельность лицами, использующими в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в сети «Интернет», программы для ЭВМ для заключения сделок между пользователями.

Предлагаемая Законопроектом редакция статьи 10.1 Закона о защите конкуренции (пункт 4 статьи 1 законопроекта) де-факто вводит нового специального

субъекта – лицо, владеющее программой для ЭВМ и удовлетворяющее условиям данной статьи.

При этом, исходя из названия указанной проектируемой статьи 10.1 «Запрет монополистической деятельности лицами, использующими в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в сети «Интернет», программы для электронных вычислительных машин для заключения сделок между продавцами и покупателями» и отсылка в части 1 указанной статьи на запрет осуществления действий, предусмотренных частью 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, можно утверждать, что указанные нормы направлены на противодействие злоупотреблению доминирующим положением.

В этой связи представляется обоснованным изучить проектируемую статью на предмет включения в нее гарантий, предусмотренных статьей 10 Закона о защите конкуренции, в целях минимизации рисков дискриминации «цифровых доминантов» как хозяйствующих субъектов, осуществляющих функционирование в отдельной отрасли экономики.

В первую очередь следует обратить внимание, что Законопроект исключает действие антимонопольных иммунитетов для интеллектуальной собственности для компаний цифровой отрасли.

В настоящее время в отношении всех хозяйствующих субъектов действуют предусмотренные частью 4 статьи 10 Закона о защите конкуренции антимонопольные иммунитеты для результатов интеллектуальной деятельности, позволяющие защищать инновационные разработки бизнеса. Законопроект предлагает ввести новую статью 10.1, содержащую запрет злоупотребления доминирующим положением для цифровых компаний, при этом не предоставляя возможности распространять часть 4 статьи 10 Закона на действия цифровых компаний по осуществлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг.

Представляется, что такое исключение носит дискриминационный характер, так как лишает именно рассматриваемых хозяйствующих субъектов (цифровых компаний) важной составляющей свободы экономической деятельности. При этом ФАС России не приводит обоснование такого решения: примеры, из которых бы следовала невозможность для антимонопольного органа возбудить дело и провести расследование в конкретных случаях по причине действия иммунитетов для интеллектуальной собственности, со стороны ведомства отсутствуют.

РСПП последовательно возражает против позиции ФАС России о том, что монополия, которую априори в силу закона получает правообладатель, незаконна и не обоснована с конкурентной точки зрения. Обладание таким активом (результатом интеллектуальной деятельности) может существенно повысить конкурентные возможности субъекта, однако не следует забывать о том, что в разработку объектов исключительной собственности вкладываются существенные человеческие, временные и денежные ресурсы, которые, безусловно, с понятной точки зрения любого субъекта экономической деятельности должны быть не только возмещены, но и должны служить гарантией и источником получения прибыли,

в противном случае инвестиции в разработку новых технологий, высокотехнологичные отрасли могут существенно сократиться.

Таким образом, целесообразно либо исключить пункт 4 статьи 1 Законопроекта, который дополняет Закон о защите конкуренции статьей 10.1, целиком, включив соответствующие положения в статью 10 Закона о защите конкуренции, либо прямо распространить действие антимонопольных иммунитетов для интеллектуальной собственности на отношения, регулируемые проектируемой статьей 10.1 Закона о защите конкуренции путем включения в предлагаемую статью 10.1 части 3, в соответствии с которой «требования настоящей статьи не распространяются на действия по осуществлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг».

Кроме того, по аналогии со статьей 10 Закона о защите конкуренции в проектируемой статье 10.1 можно перечислить релевантные составы злоупотребления доминирующим положением, а также указать, что хозяйствующий субъект вправе представить доказательства того, что его действия (бездействие) могут быть признаны допустимыми в соответствии с требованиями части 1 статьи 13 Закона о защите конкуренции (в текст которой также должны быть внесены корреспондирующие изменения).

Проектируемые составы злоупотребления необходимо также перечислить в статье 39.1 Закона о защите конкуренции «Предупреждение о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства» в целях предоставления аналогичных иным категориям хозяйствующих субъектов процессуальных прав и гарантий.

Кроме того, в целях защиты интересов хозяйствующих субъектов – собственников интернет-магазинов следует предусмотреть исключение о том, что требования проектируемой статьи 10.1 Закона о защите конкуренции не распространяются на программы (совокупности программ) для ЭВМ, используемые хозяйствующим субъектом исключительно при реализации собственных товаров, работ и услуг.

На основании вышеизложенного РСПП предлагает принять проектируемую статью 10.1 Закона о защите конкуренции с учетом предлагаемых изменений.

3. Согласно проектируемым частям 3 и 11 статьи 9.2 Закона о защите конкуренции (пункт 3 статьи 1 Законопроекта) информация о назначении экспертизы, привлечении экспертов, сроке проведения экспертизы и порядке оплаты услуг эксперта указываются при рассмотрении ходатайства о даче согласия на осуществление сделки в решении антимонопольного органа.

Вместе с тем решение по результатам рассмотрения ходатайства является заключительным актом процедуры предварительного согласования сделки.

Таким образом, полномочия, срок и стоимость услуг экспертов не подтверждаются никаким актом, кроме решения, которое оформляется только после окончательного рассмотрения антимонопольным органом сделки.

В этой связи представляется целесообразным внедрить в Закон о защите конкуренции институт определений о назначении экспертизы и привлечении экспертов.

Указанные изменения могут быть включены в состав статьи 33 Закона о защите конкуренции.

4. Согласно проектируемой части 10 статьи 9.2 в редакции Законопроекта антимонопольный орган ведет реестр экспертов, привлекаемых антимонопольным органом.

РСПП представляется, что не совсем понятно предложение по ведению реестра экспертов (пункт 3 статьи 1 Законопроекта, часть 10 статьи 9.2 в редакции Законопроекта) и его функционированию, а именно:

- 1) основания и критерии включения эксперта в реестр;
- 2) целесообразность и ожидаемый эффект от ведения реестра;
- 3) наличие возможности включения (привлечения) в реестр экспертов, обладающих знаниями в узких и уникальных отраслях.

Кроме того, в качестве пояснений к обоснованию необходимости ведения реестра антимонопольных экспертов отсутствует оценка возложения на антимонопольный орган дополнительной нагрузки и затрат из федерального бюджета.