

Российское конкурентное право и экономика

Научно-практический электронный журнал

№ 3(12) 2014



Федеральная антимонопольная служба



Рынок услуг по аэропортовому обслуживанию воздушных перевозок. Конкуренция целесообразна!
Стр. 9



Российские железные дороги. Противоречивое настоящее и туманное будущее.
Стр. 21



Могут ли покупатели товаров быть участниками картельного соглашения?
Стр. 38

Федеральная Антимонопольная Служба

СОДЕРЖАНИЕ

4 ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

ИНТЕРВЬЮ

6 АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

*ИНТЕРВЬЮ С РУКОВОДИТЕЛЕМ ФАС РОССИИ
И.Ю. АРТЕМЬЕВЫМ*

РЕГУЛИРОВАНИЕ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ЕСТЕСТВЕННЫХ МОНОПОЛИЙ

ТРАНСПОРТ

9 ИССЛЕДОВАНИЕ СОСТОЯНИЯ КОНКУРЕНЦИИ МЕЖДУ АЭРОПОРТАМИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

*А.Н. ГОЛОМОЛЗИН,
А.И. ГОРЛИНСКИЙ*

21 КОНКУРЕНЦИЯ НА РЫНКЕ ГРУЗОВОГО ЖЕЛЕЗНОДОРОЖНОГО ТРАНСПОРТА

К.В. ДОЗМАРОВ

АНТИМОНОПОЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

АНАЛИЗ

28 ПРОГРАММА ОСВОБОЖДЕНИЯ ОТ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НАРУШЕНИЕ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА (*LENIENCY*) В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ И ПРАВЕ ЕС

*М.С. БУЛЬБА,
Е.В. АНДРИАНОВА*

33 ДОПУСТИМОСТЬ ВЕРТИКАЛЬНЫХ СОГЛАШЕНИЙ: ПОСЛЕДНИЕ ТЕНДЕНЦИИ

*А.В. ЕГОРУШКИН,
Е.С. ХОХЛОВ*

РЕФОРМЫ

38 К ВОПРОСУ О КАРТЕЛЯХ ПОКУПАТЕЛЕЙ

Г.П. ЧЕРНЫШОВ

43 СОГЛАШЕНИЯ О СОВМЕСТНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ — НОВЫЙ ВИТОК РАЗВИТИЯ

А.В. НЕМИНУЩИЙ



Выбор эффективной модели антимонопольной политики регулирования телекоммуникационного рынка. Опыт США и Евросоюза.
Стр. 50



Антимонопольный комплаенс. Зарубежный опыт в российской действительности.
Стр. 63



Развитие конкуренции как необходимое условие гарантированного снабжения населения высококачественными и доступными лекарственными препаратами.
Стр. 78

АНТИМОНОПОЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

МЕЖДУНАРОДНАЯ ПРАКТИКА

50 АНТИМОНОПОЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ТЕЛЕКОММУНИКАЦИОННОГО РЫНКА

*Е.Б. СОЛОМАТИН,
А.В. РЕГО,
С.В. ВОЙЧЕНКО*

АНТИМОНОПОЛЬНЫЙ КОНТРОЛЬ

ТОЧКА ЗРЕНИЯ

57 ВОЗМОЖНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ПОЛОЖЕНИЙ ЧЕТВЕРТОГО АНТИМОНОПОЛЬНОГО ПАКЕТА О ПРЕЗИДИУМЕ ФАС РОССИИ

О.А. МОСКВИТИН

62 КОММЕНТАРИЙ ФАС РОССИИ

Д.А. ГАВРИЛОВ

63 АНТИМОНОПОЛЬНЫЙ КОМПЛАЕНС

*Д.В. ТАРАСОВА,
А.А. ЛАДЕЙЩИКОВ*

ГРАЖДАНСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

РЕФОРМЫ

68 ПРАВОВОЙ ИНСТИТУТ ЭМФИТЕВЗИСА

М.С. ГУЛЕНКОВ

МНЕНИЕ

74 АДМИНИСТРАТИВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НЕИСПОЛНЕНИЕ ТРЕБОВАНИЙ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ОРГАНОВ В СФЕРЕ ЗАКУПОК

*Н.В. САПРЫКИНА,
К.А. ДОЛГОПОЛОВА*

РЕГИОНАЛЬНАЯ ПРАКТИКА

ОБМЕН ОПЫТОМ

78 ПРАКТИЧЕСКОЕ ПРИМЕНЕНИЕ РЕЗУЛЬТАТОВ АНАЛИЗА РЫНКА

*И.В. ВЕРЕТЕННИКОВ,
А.П. ЖУРБЕНКО*

УВАЖАЕМЫЕ КОЛЛЕГИ И ДРУЗЬЯ!



Председатель Генерального совета НП «Содействие развитию конкуренции», советник АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры» Нумерова А. А.

Мы рады, что выпуск очередного номера журнала «Российское конкурентное право и экономика» совместно с Некоммерческим партнерством «Содействие развитию конкуренции» становится традицией.

2014 год был ознаменован несколькими крупными совместными проектами ФАС России и НП «Содействие развитию конкуренции». Среди них — Четвертый антимонопольный пакет, работа над изменением приказа ФАС России № 220 «О Порядке проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке», разработка предложений по совершенствованию законодательства о недобросовестной конкуренции. Эксперты НП приняли участие в подготовке практического комментария к Закону «О защите конкуренции».

Значительная часть этих проблем нашла свое отражение в статьях, предлагаемых вниманию читателей нашего журнала. Так, авторы размышляют над совершенствованием положений о Президиуме ФАС России (Москвитин О.А.), внедрением антимонопольного комплаенса (Тарасова Д.В., Ладейщиков А.А.),

анализируют зарубежный опыт программы освобождения от ответственности за нарушение антимонопольного законодательства и возможности его использования в России (Бульба М.С., Андрианова Е.В.). Не остались без внимания и задачи борьбы с картелями, регулирование и правоприменение на отраслевых рынках.

Не менее важной составляющей этого выпуска является интервью с руководителем ФАС России И.Ю. Артемьевым, подготовленное по вопросам членов Партнерства на злободневные темы.

Политика антимонопольного органа была озвучена в статьях Голомолзина А.Н., Горлинского А.И., Сапрыкиной Н.В., Долгополовой К.А., Веретенникова И.В., Журбенко А.П.

Представленные в номере материалы являются плодами размышлений над актуальными и подчас весьма неоднозначными проблемами, с которыми на практике встречаются как специалисты антимонопольного органа, так и бизнес-сообщество.

Надеемся, что журнал станет постоянной дискуссионной площадкой для всех сотрудников ФАС России и членов Партнерства.



Начальник Аналитического управления ФАС России, главный редактор научно-практического электронного журнала ФАС России «Российское конкурентное право и экономика» Сушкевич А. Г.

Российское конкурентное право и экономика

ЧАСТЬ 1

№ 3(12) 2014

В интервью **«Актуальные вопросы антимонопольного регулирования»** руководитель ФАС России **Игорь Юрьевич Артемьев** освещает основные события года и отвечает на вопросы, которые больше всего волнуют экспертное и бизнес-сообщество: о состоянии антимонопольной политики на современном этапе, текущей практике применения антимонопольного законодательства и основных функциях антимонопольного ведомства.

Статья **«Исследование состояния конкуренции между аэропортами в Российской Федерации»** заместителя руководителя ФАС России **Анатолия Николаевича Голомолзина** и кандидата политических наук, советника Управления контроля транспорта и связи ФАС России **Алексея Игоревича Горлинского** представляет собой полномасштабное исследование современного состояния конкуренции на рынках услуг по аэропортовому обслуживанию воздушных перевозок. В своей работе авторы доказывают, что, несмотря на то что на естественно-монопольных рынках конкуренция всегда считалась нецелесообразной, в действительности эти процессы играют прогрессивную роль.

Цель статьи **«Конкуренция на рынке грузового железнодорожного транспорта»**, подготовленной юристом антимонопольной практики юридической фирмы *ART DE LEX*, членом Экспертного совета по железнодорожному транспорту при ФАС России **Кириллом Валерьевичем Дозмаровым**, — привлечь внимание участников рынка к наиболее важным проблемам и способам их решения в сфере железнодорожного грузового транспорта. Автор проводит обзор текущей ситуации на рынке железнодорожного грузового транспорта в Российской Федерации, оценивает меры, предпринимаемые для развития конкуренции в рассматриваемой сфере, анализирует динамику развития рынка в условиях реформы железнодорожного транспорта.

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ



События последнего года в России и мире заставляют по-новому взглянуть на развитие государства и его антимонопольной политики. В преддверии VI ежегодной антимонопольной конференции члены некоммерческого партнерства «Содействие развитию конкуренции» традиционно попросили ответить на вопросы, которые волнуют экспертное и бизнес-сообщество, руководителя ФАС России Игоря Юрьевича Артемьева.

Игорь Юрьевич, Минэкономразвития РФ направило в Правительство России очередные предложения, подготовленные членами экспертного совета при Правительстве РФ по поручению Дмитрия Медведева, по лишению ФАС России ряда полномочий. Так, функции по нормотворчеству предполагается отдать Минэкономразвития России, реализацию государственной политики в сфере рекламы лекарств и медикаментов — Минздраву РФ, сферу рекламы финансовых организаций — Центробанку РФ, обеспечение правил государственных закупок — Росфиннадзору, а полномочиями по контролю за рекламой

предлагается наделить органы, отвечающие за защиту прав потребителей. Кроме того, ФАС России планируется вывести из числа регуляторов в сфере иностранных инвестиций и торговли. Как Вы можете прокомментировать данные инициативы Минэкономразвития РФ и есть ли у ФАС России ответ на эти предложения министерства?

Мы слышали про эту инициативу, но она не была поддержана ни Правительством РФ, ни, впоследствии, Минэкономразвития РФ. Мало органов власти имеют такую разветвленную сеть территориальных органов, как ФАС России — ведомство представлено 84 территориальными управлениями во всех субъектах нашей страны, что позволяет реализовать эффективное выполнение задач по всем направлениям и обеспечить значительную экономию бюджетных средств. Поэтому передача ряда полномочий антимонопольной службы другим ведомствам представляется экономически нецелесообразной.

К тому же, среди авторов этой инициативы, помимо настоящих экспертов, есть лица, которые имеют с нами прямой конфликт интересов, так как в свое время были уволены из антимонопольного ведомства за развал работы и некомпетентность. Эти люди нашли свой приют в различных «фондах» и некоммерческих организациях, откуда постоянно «радуют» нас своими инициативами по развалу ФАС России, которые при этом не находят поддержки других ведомств.

Готова ли антимонопольная служба перейти на электронный документооборот в рамках контроля за экономической концентрацией (включая подачу в электронном виде всех документов, прикладываемых к ходатайствам), а также, в рамках рассмотрения антимонопольных дел (например, при подаче ходатайств его участниками)?

Буквально месяц назад мы завершили разработку соответствующего модуля для подачи в электронном виде ходатайств в рамках контроля за экономической концентрацией. Как только он пройдет тестирование, мы начнем его внедрение в эксплуатацию. Надеюсь, что это произойдет до конца 2014 года.

Что касается перехода на электронный документооборот, то мы пока только обсуждаем этот

ИНТЕРВЬЮ

вопрос. Нередко в рамках рассмотрения антимонопольных дел ходатайства подаются непосредственно в момент заседания комиссии, принимаются ее председателем и приобщаются к материалам дела. Внедряя электронный документооборот, мы хотим упростить взаимодействие с антимонопольным органом, а не усложнить его.

Всем хорошо известна позиция ФАС России, базирующаяся на необходимости развития института частных антимонопольных исков. В этой связи хотелось бы уточнить, готова ли служба определенную часть рассматриваемых антимонопольных кейсов перевести в категорию частных исков. Примерами таких кейсов могут служить случаи недобросовестной конкуренции, отдельные формы злоупотребления доминирующим положением и т.д.

Внедрение института коллективных исков, позволяющего лицам, пострадавшим от таких правонарушений, взыскивать убытки, повысит качество соблюдения антимонопольных требований и будет способствовать снижению количества антимонопольных дел. Мы рассматриваем разные подходы к формированию данного института. Недавно обсуждение этой темы прошло в Аналитическом центре при Правительстве РФ. Сейчас мы анализируем его результаты, которые затем будут направлены в Минэкономразвития РФ.

В любом случае я считаю, что только процессуальными нормами проблему решить не удастся, поэтому мы подготавливаем предложения по нормативному определению порядка расчета убытков, причиненных антимонопольным правонарушением.

Антимонопольная служба выступила с инициативой о предоставлении ей полномочий органа дознания. По информации из СМИ, инициатива на данный момент не была поддержана Правительством РФ. Продолжит ли ФАС России добиваться такого права? Если да, то на какие права органа дознания претендует антимонопольная служба и какие механизмы, способные воспрепятствовать возможному злоупотреблению указанными полномочиями, планирует ввести?

Мы действительно просили Правительство РФ рассмотреть вопрос о наделении антимонопольного органа полномочиями по дознанию без права на возбуждение уголовных дел и проведение оперативно-розыскной деятельности. Но нам отказали, указав на то, что подобные полномочия могут попросту испугать бизнес и повредить экономике, особенно при текущей политической конъюнктуре. Так что, на сегодняшний день этот вопрос закрыт.

Международные политические и экономические меры по отношению к России, отраслям российской экономики или определенным лицам, аналогичные меры со стороны отдельных иностранных государств, а также ответные «санкции» Российской Федерации значимо влияют на состояние национальных товарных рынков. Обращались ли хозяйствующие субъекты с жалобами в ФАС России в связи с применением тех или иных санкций? Будет ли служба возбуждать дела о нарушении антимонопольного законодательства или же планируется обеспечить «мягкое» разрешение подобных споров, при содействии ФАС России вести диалог и искать взаимоприемлемые решения?

Для контроля ситуации на продовольственных рынках после введения санкций на ряд продуктов питания, поставляемых из США, Европейского Союза, Канады, Австралии и Норвегии, мы у себя на сайте, а также на сайтах 84 территориальных управлений открыли «горячую линию» по вопросам повышения цен. За первый месяц ее работы к нам поступило около 1700 сообщений, из которых почти 1600 — о повышении розничных цен на продукты питания в разных регионах страны.

Примечательно, что большая часть сообщений касалась роста цен на мясо птицы. Поэтому в начале месяца мы начали внеплановые проверки отечественных производителей мяса птицы в Москве, Ленинградской, Белгородской, Пензенской областях, Ставропольском крае, а также в некоторых других регионах России. В Ставропольском крае, например, уже возбуждено дело по признакам необоснованного повышения цен. Параллельно с анализом обращений граждан и хозяйствующих субъектов мы проводим мониторинг оптово-отпускных цен на социально значимые продукты питания, попавшие под санкции.

Как я уже сказал, проверки начались, некоторые из них еще впереди. В случае выявления признаков нарушений будут возбуждаться дела. Конечно, нам хотелось бы решать вопросы мирным путем. Я уже неоднократно говорил, что мы стремимся стать органом предупредительным, а не карательным. Например, до начала проверок направили в ассоциации и союзы письма с разъяснениями о недопустимости нарушения антимонопольного законодательства. Встретились с производителями и поставщиками на наших экспертных советах. Кроме того, у нас действует такой механизм, как предостережение.

В настоящее время отдельными экспертами настойчиво продвигается идея либерализации антимонопольного законодательства для малого (и среднего) бизнеса. Определение малого бизнеса крайне абстрактно: любая вновь созданная компания, идущая на тендер в 1 млрд руб., может считаться малым бизнесом.

ИНТЕРВЬЮ

Насколько оправдано в данном случае разрешение заключать картельные соглашения для участия в тендере? Какие главные риски Вы видите при введении таких послаблений?

Я думаю, что сторонники иммунитета для малого бизнеса либо недооценивают изобретательность отечественных предпринимателей, либо играют не за ту команду. Допустим, сегодня мы дадим малому бизнесу иммунитет. Что мы увидим завтра? Компании, входящие в одну группу лиц и занимающие доминирующее положение на рынке, начнут действовать таким образом, что при антимонопольном разбирательстве службы «крайним» в сбытовой цепочке всегда будет оказываться субъект малого предпринимательства, а экономическую выгоду получают все другие лица этой группы. А нам останется только пожимать плечами и говорить, что мы ничего не можем с этим поделать. Фактически это приведет к возможности для отдельных групп лиц «легально» злоупотреблять своим доминирующим положением, а пострадавшие от таких действий хозяйствующие субъекты не смогут защитить свои экономические интересы.

Эти же доводы необходимо учитывать при оценке предложений по введению иммунитета для субъектов малого предпринимательства по их участию в картеле. Надо также сказать, что законодательство как ЕС, так и США не предусматривает каких-либо «исключений» для картелей.

В соответствии с Дорожной картой ФАС России совершенствуется система KPI для сотрудников службы. Как изменятся критерии оценки их деятельности, в том числе количественный критерий? За счет каких факторов в работе ФАС России будет сделан акцент на качество дела и его результативность (во всех аспектах, в том числе в аспекте актуальности и значимости нарушения для товарного рынка)?

Мы уделяем достаточно много внимания вопросам эффективности деятельности наших сотрудников. В мае прошлого года у нас был введен показатель эффективности должностных лиц, который формировался на основе количества решений, отмененных впоследствии судами. На мой взгляд, это достаточно объективный показатель, который стимулирует сотрудников максимально качественно рассматривать дела.

Вместе с тем, буквально недавно в соответствии с нашей стратегией был разработан проект, направленный на оценку результативности профессиональной служебной деятельности территориального органа. Первые результаты его тестирования должны появиться уже к следующей весенней коллегии.

ФАС России ведет активную правоприменительную деятельность в сфере экономики. В следствие этого, комментарии и оценки, которые дают сотрудники антимонопольного

ведомства в публичных выступлениях по поводу рассматриваемых службой вопросов, периодически не только затрагивают интересы определенных компаний, но и приводят к негативным последствиям для них. Существуют ли в ФАС России внутренние требования к содержанию публичных выступлений сотрудников в части раскрытия информации и обнародования собственных оценок? Если да, каковы их основные положения? Каким образом, по Вашему мнению, можно соблюсти баланс между потребностью информировать общество о деятельности ФАС России и необходимостью соблюдать коммерческую тайну хозяйствующих субъектов, что исключительно важно для успешной конкуренции на рынке?

Найти этот баланс действительно непросто. Мы, безусловно, осознаем всю ответственность наших публичных заявлений, понимаем, что некорректно поданное сообщение может нанести существенный вред отдельным лицам и компаниям.

Однако необходимо отдавать себе отчет, что на антимонопольное ведомство возложены функции по надзору и раскрывать информацию о своей деятельности — наша прямая обязанность. Мы честно говорим о нарушениях, которые выявляем. При этом мы всегда были и будем очень аккуратны с той информацией, которой располагаем. Мы никогда не раскроем сведения, являющиеся коммерческой тайной, равно как и гостайной.

У антимонопольной службы существует четко сформулированная информационная политика, это документ, зарегистрированный в Минюсте РФ, который регламентирует весь цикл раскрытия ведомством информации. Более того, этот документ устанавливает и круг сотрудников, которые имеют право давать официальные комментарии от лица ФАС России представителям СМИ.

В связи с утверждением подхода о судебном оспаривании предупреждений и планируемым расширением сферы применения данного института предполагается ли провести корректировку требований к работе ФАС России, предшествующей выдаче предупреждения (углубленный анализ рынка, более серьезный контроль со стороны правового управления и т.д.)?

Я считаю, что ведомство проводит достаточно детальные исследования в целях установления и доминирования, и признаков нарушения. Но, безусловно, мы регулярно информируем наши территориальные органы о необходимости повышения качества работы, проводим совместные семинары в целях формирования единого подхода к подготовке анализа.

Интервью с руководителем ФАС России
Артемовым И.Ю.

ИССЛЕДОВАНИЕ СОСТОЯНИЯ КОНКУРЕНЦИИ МЕЖДУ АЭРОПОРТАМИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

На протяжении длительного времени сама вероятность наличия конкуренции между аэропортами на рынках услуг по аэропортовому обслуживанию воздушных перевозок в Российской Федерации подвергалась большим сомнениям. В основном потому, что аэропорт (главный оператор аэропорта) представляет собой субъект естественной монополии и, следовательно, функционирует на том рынке, где конкуренция нецелесообразна.

Вместе с тем, в соответствии с пунктом 3 статьи 4 Федерального закона от 17.05.1995 № 147-ФЗ «О Естественных монополиях» «не допускается сдерживание экономически оправданного перехода сфер естественных монополий из состояния естественной монополии в состояние конкурентного рынка»¹.

Одновременно следует отметить, что, например, в странах Европейского Союза наличие конкуренции между аэропортами на протяжении многих лет признается и активно изучается. Так, в частности, Европейская Комиссия в 2002 году провела исследование состояния конкуренции между аэропортами и правил применения государственной помощи в аэропортах, по результатам которого было установлено наличие конкуренции между аэропортами на территории ЕС, а также определены конкретные перечни конкурирующих между собой аэропортов по различным видам авиаперевозок². В свою очередь, комиссия по конкуренции Великобритании в 2008 году провела исследование рынка аэропортовых услуг, уделив значительное внимание

изучению методологии и текущего состояния конкуренции между аэропортами на территории государства³.

ВВЕДЕНИЕ

В России вопросы конкуренции в сфере аэропортовых услуг, как внутри аэропортов, так и между ними, изучены недостаточно широко — имеются лишь единичные исследования. В одной из таких работ, например, отмечается, что применительно к рынкам аэропортовых услуг конкуренция может быть рассмотрена с нескольких позиций:

- конкуренция за право обеспечить наземное обслуживание авиакомпаний на территории отдельно взятого аэропорта;
- конкуренция за транзитные потоки (за роль хаба);
- конкуренция между аэропортами, расположенными в одном мегаполисе;
- конкуренция за привлечение новых клиентов (авиакомпаний, пассажиров и грузов) между аэропортами с пересекающимися зонами охвата⁴.

Каждая из указанных сфер представляет собой совокупность правоотношений, требующих самостоятельного анализа.

Для конкуренции за право обеспечить наземное обслуживание авиакомпаний на территории отдельно взятого аэропорта

В странах Европейского Союза наличие конкуренции между аэропортами на протяжении многих лет признается и активно изучается.

¹ О естественных монополиях: Федеральный закон от 17.05.1995 № 147-ФЗ [Электронный ресурс]. Справочно-правовая система «Консультант Плюс». Режим доступа: локальный. Дата обновления 15.06.2014 г.

² Study on Competition between Airports and the Application of State Aid Rules. Final Report. Volumes I, II. September 2002 [Электронный ресурс]. http://ec.europa.eu/competition/sectors/transport/reports/airports_competition_1.pdf. Дата обновления 03.07.2014 г.

³ BAA Airports market investigation. Provisional findings report. Published by TSO. 20 August 2008.

⁴ Голомолин А.Н. ФАС России и антимонопольное законодательство // Аэропорт-партнер. № 4. М., 2013.



в России в настоящее время характерно формирование конкурентной среды в отдельных сегментах рынка услуг по наземному обслуживанию, на которых работают от двух до семи операторов. Одновременно развивается конкуренция на рынке услуг по авиатопливообеспечению: на данный момент насчитывается примерно 25 аэропортов, в которых функционируют альтернативные ТЗК.

Такому развитию событий во многом способствовало утверждение Правительством Российской Федерации разработанных ФАС России Правил недискриминационного доступа к услугам в аэропортах, вступивших в силу в октябре 2009 года. В настоящее время ФАС России работает над внесением поправок в данный документ⁵.

Характерной особенностью **конкуренции между аэропортами за роль хаба** является стремление развивать хабовые технологии с тем, чтобы впоследствии использовать их для работы по принципу аэропорта-хаба.

ФАС России считает, что переход на «хабовые» технологии, позволяющие повышать эффективность

⁵ Голомолзин А.Н. ФАС России и антимонопольное законодательство // Аэропорт-партнер. № 4. М., 2013.

Важной особенностью сферы воздушного транспорта в России является то, что при значительном сокращении численности аэропортов в последние годы существенно выросло количество сделок по приобретению аэропортов рядом крупных компаний.

перевозки за счет консолидации пассажиро- и грузопотока в ключевых аэропортах и их последующей доставки по направлениям, можно рассматривать как одну из ключевых задач по оптимизации маршрутной сети российских авиакомпаний⁶.

Говоря о **конкуренции между аэропортами, расположенными в одном мегаполисе**, необходимо отметить, что международный опыт пока не выработал универсальной формы управления аэропортовыми комплексами (равно как и структуры собственности), расположенными в одном мегаполисе. Общим принципом здесь является раздельное функционирование аэропортов и авиакомпаний.

Для МАУ пока не разработаны ни оценка значе-

⁶ Голомолзин А.Н. ФАС России и антимонопольное законодательство // Аэропорт-партнер. № 4. М., 2013.



ни сценарий их дальнейшего развития. При этом следует уточнить, что в МАУ именно конкуренция между аэропортами, прежде всего, между Домодедово и Шереметьево, стала в последнее десятилетие одним из ключевых факторов высоких темпов роста пассажиропотока и качественного обновления инфраструктуры⁷.

В свою очередь, для **конкуренции за привлечение новых клиентов в аэропортах с пересекающимися зонами охвата** характерно стремление поставщиков услуг в аэропортах искать новые формы реализации рыночных стратегий и новые инструменты привлечения клиентуры. Одним из таких инструментов является гибкая ценовая политика субъектов естественных монополий⁸.

Необходимо добавить, что аэропорт привлекает пассажиров в так называемой зоне охвата, границы которой определяются с учетом его транспортной доступности и дальности авиаперелета. По некоторым оценкам зона охвата для региональных рейсов в России составляет 300 км и 2,5–3 часа пути до аэропорта. Для дальнемагистральных рейсов — 500–600 км и 4–5 часов пути соответственно⁹.

Важной особенностью сферы воздушного транспорта в России является то, что при значительном

сокращении численности аэропортов (с 1300 в начале 90-х годов до чуть более 300 в настоящее время) в последние годы существенно выросло количество сделок по приобретению аэропортов рядом крупных компаний, например, ГК «Ренова», «Новаяпорт», ОАО «Базэл». Данное обстоятельство серьезным образом влияет на экономическую концентрацию в отрасли.

В этой связи, а также в целях проведения всестороннего анализа вопросов конкуренции между аэропортами в сфере аэропортовых услуг в нашей стране ФАС России провел исследование состояния конкуренции между аэропортами на рынках услуг по аэропортовому обслуживанию воздушных перевозок в Российской Федерации в период 2011–2012 годов. В настоящей статье дано краткое описание данного исследования, рассматриваются вопросы определения границ товарного рынка, а также приводятся основные результаты и выводы исследования.

В качестве источников при написании статьи использовались нормативные правовые акты в сфере воздушного транспорта, данные официальной статистической информации, в том числе статистические данные официального сайта Федерального агентства воздушного транспорта (Росавиация). Кроме того, авторы опирались на сведения, полученные из опросов и анкетирования хозяйствующих субъектов (аэропортов (главных

⁷ Голомолзин А.Н. ФАС России и антимонопольное законодательство // Аэропорт-партнер. № 4. М., 2013.

⁸ Там же.

⁹ Там же.



операторов аэропорта) и авиакомпаний), а также из выборочных опросов пассажиров, пользующихся услугами аэропортов.

КРАТКОЕ ОПИСАНИЕ ИССЛЕДОВАНИЯ

Исследование состояния конкуренции между аэропортами на рынках аэропортового обслуживания воздушных перевозок (аэропортовая деятельность) проводилось ФАС России за период 2011–2012 годов на основании разработанных соответствующих методических рекомендаций.

В целях более детального анализа состояние конкуренции между аэропортами изучалось с разбивкой по следующим видам перевозок:

- регулярные внутренние перевозки;
- регулярные международные перевозки;
- нерегулярные внутренние перевозки;
- нерегулярные международные перевозки;
- грузовые внутренние перевозки;
- грузовые международные перевозки.

В качестве поставщиков (продавцов) услуг по аэропортовому обслуживанию воздушных перевозок

рассматривались хозяйствующие субъекты (главные операторы аэропортов), которые оказывали такие услуги в 2011–2012 годах.

Потребителями услуг по аэропортовому обслуживанию воздушных перевозок являлись авиаперевозчики, а также пассажиры как конечные потребители таких услуг.

В целях получения максимально полной информации в ходе исследования были проведены опросы аэропортов, авиаперевозчиков и пассажиров.

Так, в частности, **аэропорты** опрашивались на предмет определения:

- главного оператора и характеристик аэропорта;
- перечня авиаперевозчиков, осуществляющих полеты через аэропорт;
- количества обслуженных пассажиров и перевезенных грузов;
- зоны охвата аэропорта;
- двух или более главных, по мнению аэропорта, аэропортов-конкурентов;
- выделения в адрес аэропорта бюджетных средств;
- наличия возможности обслуживать низкотарифные перевозки;



- наличия возможности работать по принципу аэропорта-хаба;
- доли неавиационных видов деятельности в объеме оказываемых аэропортом услуг.

Здесь следует уточнить, что под «зоной охвата аэропорта» в исследовании понимается территория, из которой происходит основной объем пассажиров, пользующихся услугами аэропорта.

Для **авиаперевозчиков** путем их опроса определялось наличие заинтересованности в использовании аэропортов, выведенных из реестра аэропортов, для расширения маршрутной сети, а также намерения организовывать перевозки с применением хабовых технологий (если, по мнению авиаперевозчика, у аэропорта имеется возможность работать по принципу аэропорта-хаба).

Наконец, опрос **пассажиров** должен был позволить определить, в частности, услугами каких аэропортов они пользуются для совершения полетов по основным видам перевозок: регулярные внутренние (с деловой/личной целью), регулярные международные (с деловой/личной целью), нерегулярные внутренние (с деловой/личной целью) и т.п.

Всего был опрошен 201 аэропорт (из них 44 аэропорта федерального значения), а также 19 крупнейших авиаперевозчиков.

Важно отметить, что опросы пассажиров (в виде анкетирования) проводились преимущественно силами сотрудников территориальных управлений ФАС России, которые в случаях с некоторыми аэропортами не имели возможности проводить соответствующее анкетирование пассажиров.

ОПРЕДЕЛЕНИЕ ГРАНИЦ ТОВАРНОГО РЫНКА

При проведении исследования состояния конкуренции на товарных рынках большое значение имеет определение продуктовых и географических границ товарного рынка, которое осуществляется в соответствии с пунктом 4 статьи 4 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹⁰ и разделами III и IV Приказа ФАС России от 02.08.2010 № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке»¹¹.

При исследовании товарных рынков в таких отраслях экономики, как аэропортовая деятельность, портовая деятельность и т.д., когда хозяйствующие субъекты, функционирующие в отрасли, разбросаны на больших территориях, например, на территории

¹⁰ См. Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

¹¹ См. Приказ ФАС России от 02.08.2010 № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке».

целой страны, правильное определение продуктовых и в особенности географических границ товарного рынка представляется особенно важным. Корректно установленные географические границы товарного рынка из всего многообразия хозяйствующих субъектов позволяют выявить тех, кто функционирует на изучаемой территории, и оценить состояние конкуренции в конкретных географических границах.

В проведенном ФАС России исследовании *под товарам* понимаются услуги по аэропортовому обслуживанию воздушных перевозок (аэропортовая деятельность), которые рассматриваются в целом, без детализации и оценки отдельных видов обслуживания.

Также следует напомнить, что, как было отмечено выше, наличие/отсутствие конкуренции между аэропортами оценивается на рынках услуг по обслуживанию разных видов воздушных перевозок (регулярные внутренние, нерегулярные международные, грузовые и т.п.). В этой связи комплекс услуг по обслуживанию воздушных перевозок в аэропортах в исследовании рассматривается с разбивкой на следующие виды перевозок: регулярные внутренние, регулярные международные, нерегулярные внутренние, нерегулярные международные, грузовые внутренние, грузовые международные. Таким образом, продуктовые границы рынков услуг по аэропортовому обслуживанию по каждому указанному виду перевозок определены как целостный комплекс услуг по обслуживанию каждого соответствующего вида перевозок.

Географические границы товарного рынка предварительно определялись территорией Российской Федерации. В ходе проведения исследования географические границы были уточнены с учетом результатов опросов аэропортов на предмет определения зоны охвата, наличия у них, по их мнению, двух или более конкурирующих аэропортов. Также для уточнения географических границ использовались результаты опроса конечных потребителей услуг аэропортов, пассажиров, на предмет определения альтернативных аэропортов, услугами которых они пользуются для совершения полетов.

Анализ полученных результатов позволил выявить конкурирующие между собой аэропорты и сгруппировать их, тем самым, уточнив географические границы рынков услуг по аэропортовому обслуживанию воздушных перевозок. Таким образом, географические границы рынков услуг по аэропортовому обслуживанию воздушных перевозок определены как границы административно-территориальной единицы Российской Федерации (край, область, республика и т.п.) или совокупности административно-территориальных единиц Российской Федерации, на которых осуществляют свою деятельность конкурирующие между собой аэропорты.

Одновременно, следует отметить, что не все аэропорты, находящиеся на территории одной или нескольких административно-территориальных единиц, можно рассматривать в качестве конкурирующих между собой, а лишь те, которые установлены в результате опросов аэропортов и пассажиров.

Кроме того, в одних географических границах различные группы аэропортов, в том числе пересекающиеся, осуществляют деятельность на различных товарных рынках, например, аэропорты Анапа, Геленджик, и аэропорты Анапа, Краснодар, Сочи, Ростов-на-Дону. Ниже приведены примеры географических границ рынков услуг по аэропортовому обслуживанию воздушных перевозок, определенных в ходе проведенного исследования.

Регулярные внутренние перевозки:

- Краснодарский край (Анапа, Краснодар, Сочи), Ростовская область (Ростов-на-Дону);
- Москва, Московская область;
- Республика Башкортостан (Уфа), Пермский край (Пермь), Свердловская область (Екатеринбург);
- и др.

Регулярные международные перевозки:

- Москва, Московская область;
- Иркутская область (Иркутск), Красноярский край (Красноярск);
- и др.

Нерегулярные внутренние перевозки:

- Ставропольский край (Минеральные Воды, Ставрополь);
- Белгородская область (Белгород), Воронежская область (Воронеж), Курская область (Курск);
- и др.

Грузовые внутренние перевозки:

- Кемеровская область (Кемерово, Новокузнецк (Прокопьевск));
- Республика Башкортостан (Уфа), Республика Татарстан (Казань);
- и др.

ОСНОВНЫЕ РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ

На основании исследования состояния конкуренции между аэропортами на рынках услуг по аэропортовому обслуживанию воздушных перевозок (аэропортовая деятельность) можно сделать следующие выводы.

1. Результаты проведенного в рамках исследования опроса аэропортов на предмет наличия у них, по их мнению, аэропортов-конкурентов, показали, что 105 аэропортов (из которых 30 — аэропорты федерального значения) признают наличие у них конкурирующих аэропортов. При этом большинство

таких аэропортов говорит о двух или более конкурентах по различным видам перевозок.

Проведенные в ходе исследования опросы пассажиров показали, что большинство пользуется услугами разных аэропортов для совершения одних и тех же видов полетов (например, международные с туристической целью, внутренние с деловой целью и пр.).

Таким образом, исходя из полученных результатов, а также в соответствии с данными, поступившими в ходе опроса аэропортов на предмет определения их зон охвата, можно сделать вывод, что конкуренция между аэропортами на рынках услуг по аэропортовому обслуживанию воздушных перевозок (аэропортовая деятельность) в Российской Федерации существует.

2. Конкуренция между аэропортами на рынках услуг по аэропортовому обслуживанию воздушных перевозок (аэропортовая деятельность) осуществляется в рамках установленных географических границ, представляющих собой границы одной или нескольких административно-территориальных единиц Российской Федерации, на которых ведут свою деятельность конкурирующие между собой аэропорты. Каждые географические границы включают в себя от 2 до 4 аэропортов¹². Максимальное количество групп конкурирующих между собой аэропортов сформировалось на рынке услуг по аэропортовому обслуживанию регулярных внутренних перевозок — 37. На рынке услуг по аэропортовому обслуживанию нерегулярных внутренних перевозок сформировалось 23 группы конкурирующих между собой аэропортов, на рынке услуг по аэропортовому обслуживанию нерегулярных международных перевозок — 14, на рынке услуг по аэропортовому обслуживанию регулярных международных перевозок — 13, на рынках услуг по аэропортовому обслуживанию грузовых внутренних перевозок и грузовых международных перевозок — 8 и 5 групп соответственно.

Для большей наглядности в Приложении приведены примеры графического отображения групп конкурирующих аэропортов на рынках услуг по аэропортовому обслуживанию регулярных внутренних перевозок в четырех географических регионах России (см. Приложение).

3. Результаты проведенного исследования показали, что рынки услуг по аэропортовому обслуживанию регулярных внутренних перевозок, регулярных международных перевозок, нерегулярных внутренних перевозок, нерегулярных международных перевозок, грузовых внутренних перевозок и грузовых международных перевозок являются рынками с неразвитой конкуренцией. Полученные в ходе исследования результаты предлагается использовать при:

¹² Далее — группы конкурирующих между собой аэропортов.

- осуществлении государственного контроля экономической концентрации; рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства;
- оценке возможности изменения методов государственного регулирования услуг по аэропортовому обслуживанию;
- решении любых других задач, требующих оценки характера конкурентной среды на исследуемых рынках.

ДОПОЛНИТЕЛЬНЫЕ РЕЗУЛЬТАТЫ ИССЛЕДОВАНИЯ

Как уже отмечалось выше, в рамках исследования состояния конкуренции между аэропортами на рынках услуг по аэропортовому обслуживанию воздушных перевозок были проведены опросы аэропортов на предмет определения, например, наличия у них возможности работать по принципу аэропорта-хаба; наличия возможности (в соответствии с бизнес-моделью аэропорта) обслуживать низкотарифные перевозчики; доли неавиационных видов деятельности в объеме оказываемых аэропортом услуг и т.д.

В отношении авиаперевозчиков также определялось наличие, по их мнению, потенциала у каких-либо конкретных аэропортов их маршрутной сети работать по принципу аэропорта-хаба; наличие заинтересованности в использовании для расширения маршрутной сети аэропортов, выведенных из Государственного реестра аэропортов Российской Федерации.

Наличие возможности работать по принципу аэропорта-хаба

В результате проведенных опросов *аэропортов федерального значения* 16 из 44 респондентов заявили, что у них есть возможность работать по принципу аэропорта-хаба. При этом ряд аэропортов, например, международный аэропорт «Домодедово», международный аэропорт «Шереметьево» и международный аэропорт «Толмачево» (Новосибирск)¹³ в настоящий момент успешно работают по принципу аэропорта-хаба как на внутренних, так и на международных рейсах.

Некоторые аэропорты федерального значения, например, аэропорт «Якутск», считают, что возможность работать по принципу аэропорта-хаба у них появится в перспективе.

Кроме того, результаты опроса аэропортов в рамках настоящего исследования показали, что значительное количество аэропортов, не являющихся аэропортами федерального значения, также заявляют о наличии у них возможности работать по принципу аэропорта-хаба. Всего выявлено 35 таких аэропортов.

¹³ Как отмечают в самих аэропортах.



Некоторые аэропорты из указанного перечня отмечают, что возможность работать по принципу аэропорта-хаба у них появится после завершения реконструкции и расширения пропускной способности аэровокзала, а также других объектов инфраструктуры, например, аэропорт «Победилово» (Киров) и аэропорт «Сокеркино» (Кострома). В то же время аэропорт «Йошкар-Ола» считает своей главной стратегической задачей к 2020 году стать узловым хабом федерального значения.

В ходе опросов *аэропортов, не являющихся аэропортами федерального значения*, удалось установить, что некоторые из них, например, аэропорт «Сыктывкар» и аэропорт «Ухта», рассматривают себя как аэропорты-хабы для местных воздушных линий.

Из опросов *крупнейших авиаперевозчиков* следует, что больше половины опрошенных подтверждают наличие в их маршрутной сети нескольких аэропортов, работающих в настоящее время по принципу аэропорта-хаба. Кроме того, почти две трети авиаперевозчиков отмечают, что у ряда аэропортов их маршрутной сети имеется потенциальная возможность в перспективе начать работать по принципу аэропорта-хаба.

Аэропортами, работающими по принципу аэропорта-хаба, в настоящее время являются аэропорты

Московского авиационного узла (аэропорт «Внуково», международный аэропорт «Домодедово», международный аэропорт «Шереметьево»), а также международный аэропорт «Толмачево» (Новосибирск).

Наибольшим потенциалом работать по принципу аэропорта-хаба, по мнению авиаперевозчиков, обладают международный аэропорт «Пулково» (Санкт-Петербург), аэропорт «Кольцово» (Екатеринбург), аэропорт «Емельяново» (Красноярск), аэропорт «Курумоч» (Самара), международный аэропорт «Кневици» (Владивосток) и ряд других.

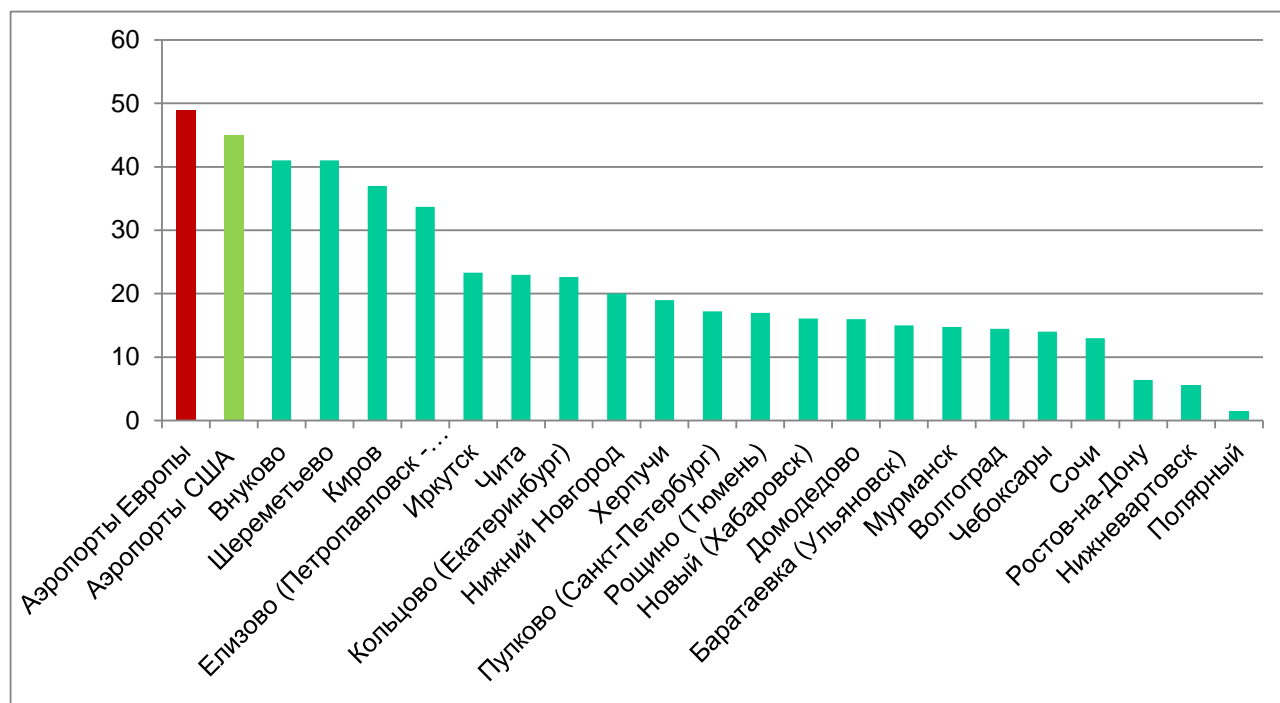
Также важно отметить, что, по мнению некоторых авиаперевозчиков, например, ОАО «АК Уральские авиалинии», одним из основных условий работы аэропорта по принципу аэропорта-хаба является поддержка крупного базового перевозчика и финансовая государственная поддержка.

Наличие возможности обслуживать низкотарифные перевозки¹⁴

Опрос аэропортов на предмет наличия у них возможности (в соответствии с бизнес-моделью аэропорта) обслуживать низкотарифные перевозки показал, что 71 аэропорт готов предложить такие услуги. Следует отметить, что 19 аэропортов из числа готовых к обслуживанию низкотарифных перевозок относятся к аэропортам федерального

¹⁴ В соответствии с бизнес-моделью аэропорта.

Доля неавиационных видов деятельности в объеме услуг, оказываемых аэропортами Европы, США и рядом аэропортов России



значения. И здесь очень важно, что целый ряд аэропортов указывает на возможность обслуживать лоу-кост перевозки только при условии выделения авиакомпаниям, планирующим подобные перевозки, бюджетных субсидий для покрытия их себестоимости. В число таких аэропортов входят, например, аэропорт «Айхал», аэропорт «Ленск», аэропорт «Петрозаводск», аэропорт «Хурба» (Комсомольск-на-Амуре) и ряд других.

Вместе с тем, некоторые аэропорты, например, международный аэропорт «Домодедово», по информации самого аэропорта, в настоящее время имеет возможность обслуживать низкотарифные перевозки по действующим технологиям и тарифам.

Более того, некоторые аэропорты, например, аэропорт «Пулково» (Санкт-Петербург), уже на протяжении некоторого времени обслуживают ряд иностранных низкотарифных перевозчиков.

Доля неавиационных видов деятельности в объеме оказываемых аэропортом услуг

Результаты опроса аэропортов на предмет определения доли неавиационных видов деятельности в объеме оказываемых аэропортами услуг за 2012 год свидетельствуют, что такие виды деятельности в Российской Федерации развиты недостаточно.

Так, в частности, размеры доли неавиационных видов деятельности в объеме услуг, оказываемых аэропортами федерального значения, не превышают 44% и составляют, например, в аэропорту «Якутск» — 43,7%, в аэропорту «Внуково» — 41%, в международном аэропорту «Шереметьево» — 41%, в аэропорту

«Елизово» (Петропавловск-Камчатский) — 33,7%, в аэропорту «Витязево» (Анапа) — 30%.

Размеры доли неавиационных видов деятельности в объеме услуг, оказываемых прочими аэропортами, не превышают 37% и составляют, например, в аэропорту «Победилово» (Киров) — 37%, в аэропорту «Николаевск-на-Амуре» — 37%, в международном аэропорту «Ульяновск-Восточный» — 25%, в аэропорту «Хомутово» (Южно-Сахалинск) — 22%.

Кроме того, в соответствии с результатами опроса аэропортов, 1 аэропорт из 44 аэропортов федерального значения и 40 аэропортов из числа прочих аэропортов в 2012 году вообще не осуществляли неавиационные виды деятельности.

Важно также отметить, что показатели доли неавиационных видов деятельности в объеме оказываемых аэропортами услуг в России значительно уступают аналогичным показателям в странах Европы и США. Так, например, средний размер доли неавиационных видов деятельности в объеме услуг, оказываемых аэропортами Европы, составляет 49%, а средний размер доли аналогичных услуг, оказываемых аэропортами США — 45%.

В России же, как отмечалось выше, наибольший размер доли неавиационных видов деятельности в объеме услуг, оказываемых аэропортами, составляет — 43,7%. На рисунке показана диаграмма, отображающая соотношение средних размеров доли неавиационных видов деятельности в объеме услуг, оказываемых аэропортами Европы и США, а также размеров доли неавиационных видов деятельности в объеме услуг, оказываемых рядом российских аэропортов.



Выделение бюджетных средств¹⁵

В результате проведенного опроса аэропортов на предмет определения аэропортов, получающих бюджетные средства, выявлено 50 таких аэропортов. При этом 11 из них являются аэропортами федерального значения.

Одной из основных форм бюджетного финансирования аэропортов, как федерального значения, так и прочих, является выделение бюджетных средств в рамках различных целевых программ, к которым относятся федеральные целевые программы¹⁶, республиканские целевые программы¹⁷, областные целевые программы¹⁸ и т.п.

В соответствии с данными, полученными в результате опроса аэропортов, в адрес которых выделяются бюджетные средства в рамках целевых программ, наиболее распространенной целевой программой является ФЦП «Развитие транспортной системы России (2010–2015 гг.)».

Среди других целевых программ стоит выделить целевые программы, направленные на развитие отдельных регионов страны. К ним относятся ФЦП «Экономическое и социальное развитие Дальнего Востока и Забайкалья на период до 2013 г.», РЦП «Развитие гражданского аэропорта Йошкар-Ола на 2009–2015 гг.», ОЦП «Энергосбережение и повышение энергетической эффективности Пензенской области на 2010–2020 гг.», ОЦП «Ульяновск — авиационная столица на 2012–2014 годы» и ряд других.

Заинтересованность авиаперевозчиков в использовании аэропортов, выведенных из Государственного реестра аэропортов¹⁹

Опросы крупнейших авиаперевозчиков показали, в частности, что практически у всех из них в настоящее время отсутствует заинтересованность в использовании аэропортов, выведенных из Реестра, для расширения своей маршрутной сети.

¹⁵ В рамках федеральных целевых программ и т.п.

¹⁶ Далее — ФЦП.

¹⁷ Далее — РЦП.

¹⁸ Далее — ОЦП.

¹⁹ Далее — Реестр.

В качестве основной причины нежелания расширять свою маршрутную сеть за счет выведенных из Реестра аэропортов большинство авиаперевозчиков называли то, что их маршрутная сеть оптимизирована под используемый парк воздушных судов. Кроме того, некоторые авиаперевозчики в принципе не располагают информацией об аэропортах, выведенных из Реестра, и, следовательно, не понимают, за счет использования каких аэропортов они могли бы расширить свою маршрутную сеть.

Среди всех опрошенных авиаперевозчиков (19 наименований) только один, ОАО «АК Уральские авиалинии», заявил о том, что для расширения маршрутной сети можно было бы использовать аэропорты, расположенные рядом с Москвой, на Тюменском севере, а также в Краснодарском крае на побережье Черного моря. При этом важно отметить, что данный авиаперевозчик также не располагает информацией об аэропортах, выведенных из Реестра и, как следствие, не способен указать конкретные названия аэропортов для возможного расширения своей маршрутной сети.

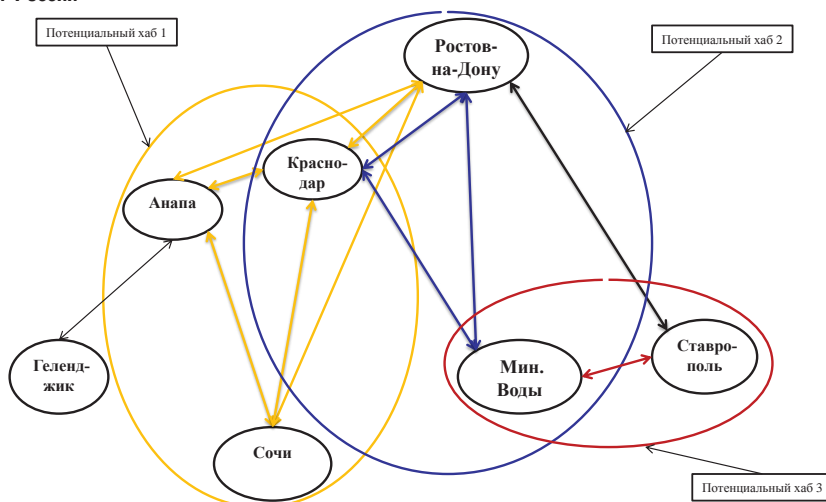
Можно с уверенностью утверждать, что опросы региональных и местных авиакомпаний, а также авиации общего пользования выявят гораздо большую заинтересованность в вовлечении в оборот аэропортов (аэродромов), ранее выведенных из Реестра.

Голомолзин А. Н.,
канд. тех. наук,
заместитель руководителя
ФАС России

Горлинский А. И.,
канд. полит. наук,
советник Управления
контроля транспорта и связи
ФАС России

КОНКУРЕНЦИЯ МЕЖДУ АЭРОПОРТАМИ НА РЫНКАХ РЕГУЛЯРНЫХ ВНУТРЕННИХ ПЕРЕВОЗОК

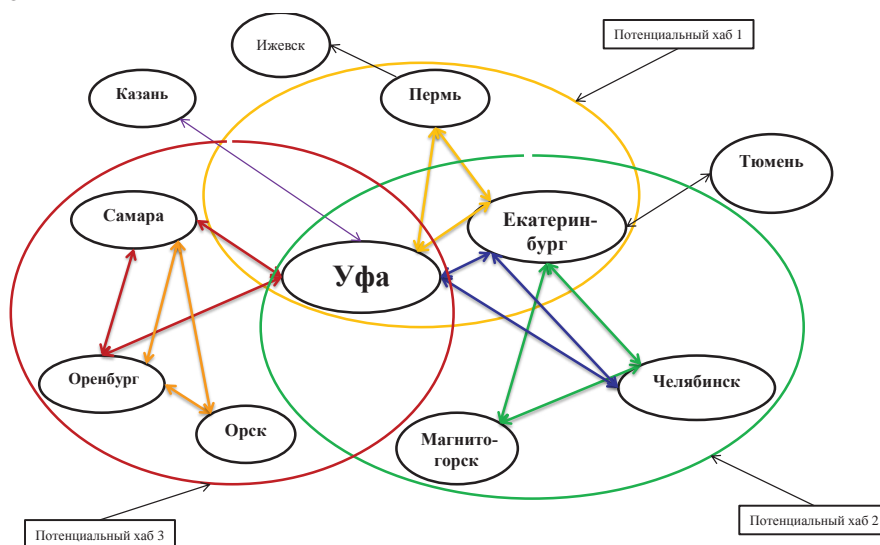
Рис. 1. Южные регионы России



Примечания

Двусторонне направленные стрелки между двумя аэропортами означают, что оба аэропорта воспринимают друг друга как конкурентов. Аэропорты, соединенные двусторонне направленными стрелками одного цвета, образуют группу конкурирующих между собой аэропортов в рамках одних географических границ рынка.

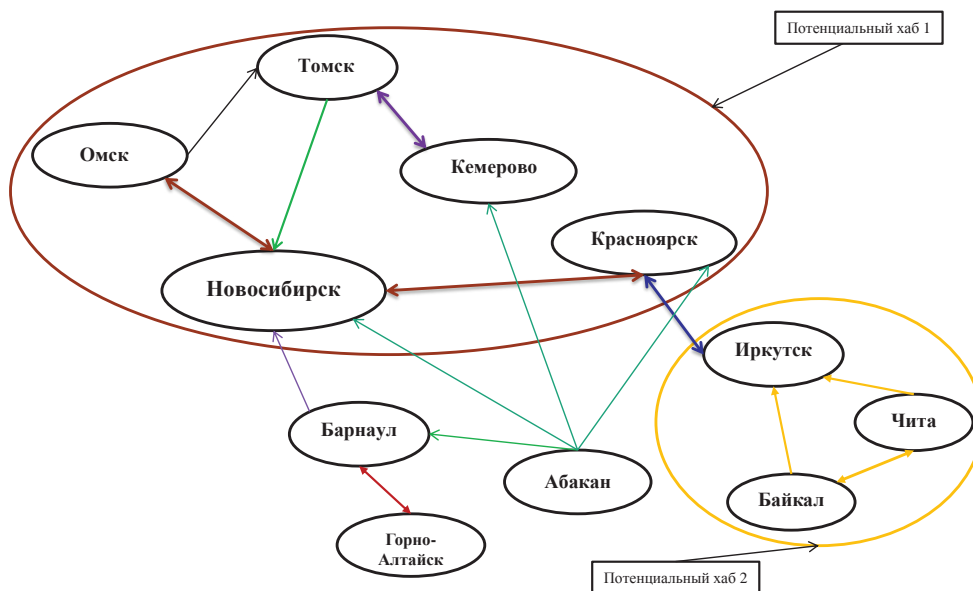
Рис. 2. Урал, Поволжье



Примечания

Двусторонне направленные стрелки между двумя аэропортами означают, что оба аэропорта воспринимают друг друга как конкурентов. Аэропорты, соединенные двусторонне направленными стрелками одного цвета, образуют группу конкурирующих между собой аэропортов в рамках одних географических границ рынка.

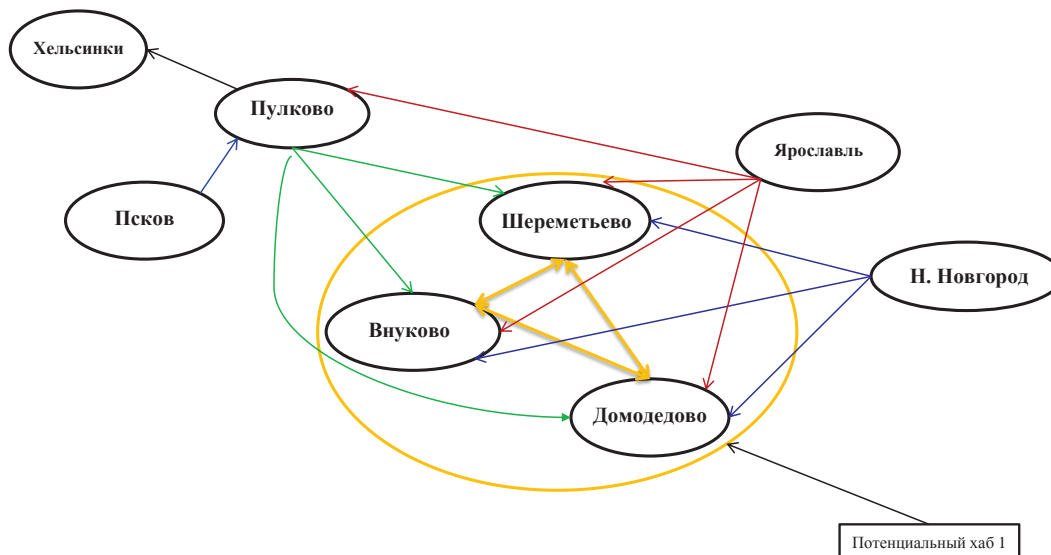
Рис. 3. Сибирь



Примечания

Двусторонне направленные стрелки между двумя аэропортами означают, что оба аэропорта воспринимают друг друга как конкурентов. Односторонне направленные стрелки между двумя аэропортами означают, что аэропорт, от которого исходит стрелка, считает своим конкурентом другой аэропорт, в сторону которого стрелка направлена. Аэропорты, соединенные двусторонне направленными стрелками одного цвета, образуют группу конкурирующих между собой аэропортов в рамках одних географических границ рынка.

Рис. 4. Москва, Московская область, Нижний Новгород, Северо-Западный регион



Примечания

Двусторонне направленные стрелки между двумя аэропортами означают, что оба аэропорта воспринимают друг друга как конкурентов. Односторонне направленные стрелки между двумя аэропортами означают, что аэропорт, от которого исходит стрелка, считает своим конкурентом другой аэропорт, в сторону которого стрелка направлена. Аэропорты, соединенные двусторонне направленными стрелками одного цвета, образуют группу конкурирующих между собой аэропортов в рамках одних географических границ рынка.

КОНКУРЕНЦИЯ НА РЫНКЕ ГРУЗОВОГО ЖЕЛЕЗНОДОРОЖНОГО ТРАНСПОРТА

На современном этапе прогресс в транспортной отрасли немыслим без внедрения новейших технологий, совершенствования правовой системы и, главное, без развития конкуренции. Это утверждение справедливо для любого вида транспорта, в том числе грузового железнодорожного.

НАШИ ДНИ

На сегодняшний день в сфере железнодорожного транспорта реализованы такие инициативы, направленные на внедрение рыночных механизмов, как формирование конкурентного рынка операторских услуг, принятие Правил недискриминационного доступа к инфраструктуре железнодорожного транспорта, Правил оказания услуг и Правил перевозок на железнодорожном транспорте.

Однако железнодорожный транспорт до сих пор по большей части существует в состоянии естественной монополии, которая довлеет над теми зачатками сегментов рынка, которые развиваются на железной дороге; скорость же прогресса в железнодорожной отрасли, по сравнению с остальными транспортными отраслями экономики, не вызывает оптимизма у бизнес-сообщества.

Рынок

Каждый специалист, знакомый с механизмами работы железнодорожного транспорта в России, может с уверенностью утверждать, что абсолютное большинство стратегических и оперативных решений в отрасли все еще исходит от ОАО «РЖД», причем, как правило, без учета иных участников рынка.

На данный момент ОАО «РЖД» практически полностью владеет железнодорожной сетью общего пользования, почти всем парком магистральных локомотивов и системой управления движением. Это обстоятельство и обуславливает положение ОАО «РЖД» на рынке как универсального регулятора железнодорожного транспорта, существующего *de facto* над рынком, что позволяет ОАО «РЖД» настаивать на обширном бюджетном финансировании и на своей концепции монопольного и вертикально-интегрированного рынка с конкурентной средой только в сфере операторских услуг, рыночное же развитие отрасли просто блокируется.

Железнодорожный транспорт до сих пор по большей части существует в состоянии естественной монополии, которая довлеет над теми зачатками сегментов рынка, которые развиваются на железной дороге.

Государство, в свою очередь, стремится в рамках реформы отрасли оставить за ОАО «РЖД» исключительно железнодорожную инфраструктуру, распространив рыночную модель как на операторский сегмент, так и на перевозочную деятельность. За постепенное снижение роли монополиста на рынке путем внедрения конкурентных и прозрачных процедур для его участников выступает и Федеральная антимонопольная служба.

С целью улучшения ситуации антимонопольным органом предлагается к реализации концепция коммерческой инфраструктуры рынка железнодорожных перевозок¹, призванная охватить все грани грузовых железнодорожных перевозок и аналогичная той (с учетом отраслевых особенностей), которая сейчас вполне успешно функционирует в сфере электроэнергетики.

Внедрение такого рыночного механизма функционирования железнодорожной отрасли позволило бы вовлечь в процесс регулирования перевозок грузов максимально широкий спектр участников, установить понятные для всех правила недискриминационного доступа хозяйствующих субъектов на рынок, а также внедрить механизмы поддержания конкуренции и механизмы современного и адекватного исторической перспективе антимонопольного, тарифного и технического регулирования товарных рынков железнодорожного транспорта.

Что же конкретно предлагает Федеральная антимонопольная служба и ряд экспертов в качестве конструктивных элементов КИР?

¹ Далее — КИР.



Новый рыночный механизм

Предложения антимонопольного органа сводятся к формированию системы организованных торгов услугами по железнодорожным перевозкам, а также к созданию механизма постоянного мониторинга и анализа процессов оборота услуг железнодорожных перевозок грузов.

Представляется, что задачи регулирования условий оборота услуг по перевозкам грузов железнодорожным транспортом должны решать сами участники рынка через соответствующие институты коммерческой инфраструктуры, так как в настоящее время профильные министерства и ведомства не имеют для этого непосредственных полномочий.

Таким образом, основой КИР станет сообщество участников рынка перевозок грузов железнодорожным транспортом, включая все виды организаций железнодорожного транспорта, участвующих в перевозочном процессе, пользователей услуг, органы власти, причастные к регулированию рынка, а также экспертов.

Организационно КИР должна быть закреплена в структуре Некоммерческого партнерства «Совет рынка железнодорожного транспорта»², цель которого — обеспечить функционирование рынка грузовых железнодорожных перевозок, а также

² Далее — НП.

Обязательным условием формирования и последующего функционирования КИР является ее ориентированность на всех участников перевозочного процесса.

деятельность торговой площадки для организованной торговли услугами по перевозкам и связанными с ними услугами.

Среди направлений деятельности НП можно выделить анализ рынка и сфер регулирования, технико-экономический аудит услуг, рационализацию перевозок грузов и использования инфраструктуры, мониторинг котировок цен и тарифного регулирования, мониторинг соблюдения правил рынка, условий перевозок, правил организованных торгов, а также медиацию. Одного взгляда на предполагаемые направления деятельности НП достаточно для того, чтобы осознать: появление на рынке такого субъекта, как НП, существенно пошатнет положение ОАО «РЖД» в качестве универсального регулятора.

Перечисленные выше инициативы в настоящее время вызывают оживленные дискуссии и поляризацию мнений участников рынка: от полного неприятия до безоговорочной поддержки.

Российская Федерация далеко не единственная страна, в которой идет реформа собственного



железнодорожного транспорта. Государства Евросоюза, ОЭСР и СНГ также находятся в длительном процессе перестройки своих железнодорожных отраслей. Стоит отметить, что в качестве основных целей проводимых реформ большинство из задействованных стран называют снижение нагрузки со стороны железнодорожного транспорта на бюджетную систему и увеличение доли железных дорог на рынках перевозочных услуг. Наиболее эффективными мерами, позволяющими успешно решать поставленные задачи, все государства считают:

- 1) развитие конкуренции в перевозочной деятельности;
- 2) улучшение качества транспортного обслуживания пассажиров и грузовладельцев;
- 3) прекращение перекрестного субсидирования пассажирских перевозок за счет доходов от грузовых перевозок.

Несложно предположить, что если в увеличении доли железных дорог на рынке перевозочных услуг ОАО «РЖД» вполне заинтересовано, то с постепенным снижением бюджетного финансирования естественный монополист вряд ли согласится.

Совершенствование и модернизация нормативной базы в сфере железнодорожного транспорта должны проводиться с участием как государственно-властных структур, так и бизнес-сообщества.

Решить же проблему снятия бремени субсидирования железнодорожного транспорта с государственной казны можно только развитием конкурентной среды и либерализацией рынка, что неминуемо приведет к потере ОАО «РЖД» своего регуляторного влияния. Естественно, подобному сценарию отечественный монополист активно противиться. Сохранение же рынка в состоянии естественной монополии и блокирование развития институтов КИР в существующей на рынке обстановке с учетом как зарубежного, так и российского опыта рыночных преобразований, становится деструктивным и ведет к усугублению дисбаланса в транспортных отраслях экономики. Учитывая же позицию ОАО «РЖД» и его роль на рынке, получается замкнутый круг.

В этой связи, следует отметить, что развитие КИР возможно только при полной консолидации усилий как субъектов естественной монополии, так и участников конкурентных сегментов рынка с вовлечением в этот процесс экспертного сообщества и под руководством государственных институтов.

Нельзя сводить проблематику в сфере грузовых железнодорожных перевозок исключительно к предоставлению подвижного состава (т.е. к операторскому сегменту). При формировании КИР необходим регуляторный сегмент коммерческой инфраструктуры рынка и сегмент торговой площадки, содержащий как модульную разбивку каждого сегмента торговой площадки, так и комплексную услугу перевозки.



Существующие значительные и неустраняемые правоприменительной практикой пробелы в правовом статусе операторов железнодорожного подвижного состава и их деятельности негативным образом влияют на инвестиционный климат в данной области.

Таким образом, обязательным условием формирования и последующего функционирования КИР является ее ориентированность на всех участников перевозочного процесса. Иначе вся текущая деятельность по реформированию железнодорожного транспорта в Российской Федерации станет в значительной степени напоминать сюжет небезызвестной басни «Лебедь, рак и щука», а инициативы по либерализации локомотивной тяги и внедрению института частных перевозчиков так и останутся в виде проектов или редких частных предложений отдельных хозяйствующих субъектов.

Регулирование

Любая отрасль экономики в процессе своего развития воздействует на механизмы правового регулирования в государстве и подстраивает их под себя. Обратная зависимость также существует — правовые механизмы влияют на экономическую обстановку. Наиболее оптимальным вариантом при этом является гармоничное и взаимозависимое развитие этих двух областей — экономики и права.

Реальность же на сегодняшний день такова, что экономика уже готова к принятию рыночных

инфраструктурных механизмов в сфере железнодорожного транспорта. В частности, в таких составных частях железнодорожного хозяйства, как предоставление в пользование парка грузовых вагонов и маневровых локомотивов, доминирование ОАО «РЖД» уже неабсолютно и имеет тенденцию к снижению. Схожая ситуация отмечается и в железнодорожной сети необщего пользования: на рынок вышли предприятия межотраслевого промышленного транспорта и операторы подвижного железнодорожного состава. Вместе с тем, правовая реальность в значительной степени отстает от существующих экономических обстоятельств и препятствует реализации инициатив по модернизации отрасли.

Учитывая особую специфику отечественного железнодорожного транспорта, его технико-экономическую уникальность, а также чрезвычайно сложную, разветвленную, но морально устаревшую систему нормативного регулирования, представляется, что совершенствование и модернизация нормативной базы в сфере железнодорожного транспорта должны проводиться с участием как государственно-властных структур, так и бизнес-сообщества.

Серьезную озабоченность вызывает отсутствие единых подходов и взглядов в бизнес-среде как на частную проблему нормативного регулирования операторского сегмента железнодорожного рынка и концепции саморегулирования в данной сфере, так и на общий вопрос оценок итогов реформы железнодорожного транспорта в Российской Федерации.

Основной проблемой железных дорог в России остается нехватка инвестиций, обусловленная отсутствием развитой конкурентной среды.

Сейчас совершенствование законодательства в сфере железнодорожных перевозок стало насущной необходимостью, поскольку не отвечающее реалиям рынка нормативное регулирование рассматриваемой сферы в значительной степени тормозит проведение реформы железнодорожного транспорта. Ситуация, когда экономика на несколько лет опережает правовые реалии, отчетливо видна на примере появления на рынке операторов подвижного железнодорожного состава при отсутствии сколь бы то ни было адекватного нормативного регулирования их деятельности.

Отставание нормативной базы, в сравнении с происходящими на железнодорожном транспорте технико-экономическими процессами, не позволяет окончательно определить роль и место операторских компаний в перевозочном процессе, а равно снижает эффективность взаимодействия между участниками рынка железнодорожного транспорта. Функционирование КИР не может быть реализовано при наличии правовой неопределенности в вопросе установления правового статуса оператора железнодорожного транспорта.

Отсутствует на сегодняшний день и адекватное существующей экономической реальности нормативно-правовое регулирование деятельности операторов железнодорожного подвижного состава. В частности, не определен четкий перечень оказываемых ими услуг, не приняты единые стандарты функционирования таких компаний. Существующие значительные и неустраняемые правоприменительной практикой пробелы в правовом статусе операторов железнодорожного подвижного состава и их деятельности негативным образом влияют на инвестиционный климат в данной области.

Говоря о совершенствовании законодательства в сфере железнодорожного транспорта, нельзя обойти вниманием и тот факт, что нормативному закреплению и уточнению подлежит также ключевое понятие начально-конечных операций³, осуществляемых в ходе железнодорожной перевозки. В настоящее время не существует нормативно закреплённого понятия НКО, равно как не существует и нормативного перечня операций, включаемых в указанное понятие. Относящиеся к НКО положения Преискуранта № 10-01 устарели и не отвечают требованиям рынка.

Предлагаемая система формирования КИР рано или поздно столкнется с различными интерпретациями данного понятия, обусловленными различными подходами к ведению бизнеса участников рынка.

³ Далее — НКО.

Установление понятия НКО обязательно должно сопровождаться нормативным отражением и закреплением:

- всех обязательных и, при необходимости, факультативных начально-конечных операций (в зависимости от вида перевозимого груза, типа подвижного состава и других критериев);
- соотношения и разграничения начально-конечных операций при железнодорожной перевозке грузов (осуществляемых в рамках договора перевозки) и дополнительных сопутствующих услуг (осуществляемых в рамках договора оказания услуг).

Учитывая меняющуюся правовую и экономическую ситуацию на рынке железнодорожных перевозок, закрепление понятия НКО приобретает особую актуальность, поскольку осуществление НКО уже является прерогативой не одного хозяйствующего субъекта, а нескольких.

Таким образом, понятие НКО должно в полной мере отражать интересы всех участников рынка, действующих в состоянии постепенного снижения значения регуляторных функций государства, а также экономическую реальность в отрасли с учетом продолжающейся реформы железнодорожного транспорта.

И это только частные моменты, которые требуют внимания и которые очень кратко были освещены. Многие вопросы существующей правовой реальности, в которой находятся российские железные дороги, требуют осмысления, систематизации и кропотливой работы по их разрешению.

БУДУЩЕЕ

Основной проблемой железных дорог в России остается нехватка инвестиций, обусловленная отсутствием развитой конкурентной среды.

Показателен положительный опыт Германии, которая в условиях отсутствия внутривидовой конкуренции на железной дороге провела успешную реформу железнодорожного транспорта и совместила эффективное государственное регулирование отрасли и либерализацию рынков ее услуг.

Реформа базировалась на следующих принципах:

- владелец инфраструктуры железнодорожного транспорта и гарантирующий перевозчик (*Deutsche Bahn AG*) являются интегрированной компанией;
- рынки железнодорожного транспорта полностью либерализованы;
- действует сильный регулирующий орган.

И тут необходимо отметить, что в Германии реформирование условий работы железных дорог и рынков их услуг проходило наряду с развитием



и техническим переоснащением инфраструктуры железнодорожного транспорта с привлечением инвестиционных ресурсов. Инвестиционный климат обеспечивался развитой конкурентной средой.

Что касается нашей страны, то Правительством РФ в июне 2008 года в рамках Программы структурной реформы на железнодорожном транспорте была утверждена Стратегия развития железнодорожного транспорта в Российской Федерации до 2030 года. В апреле 2014 года — согласован и утвержден План мероприятий по развитию конкуренции на железнодорожном транспорте⁴, отразивший инициативы, о которых давно и настойчиво говорят эксперты и бизнес.

План, в частности, предполагает ведение работ по изменению нормативно-правовых актов с целью расширить возможности по привлечению средств частных инвесторов в развитие инфраструктуры железнодорожного транспорта общего пользования, а также определить условия при-
мыкания объектов железнодорожного транспорта общего пользования, созданных с участием средств частных инвесторов, к инфраструктуре железнодорожного транспорта. Это означает ориентированность государства на открытие доступа частного капитала в железнодорожную инфраструктуру и в сферу локомотивного хозяйства.

⁴ Далее — План.

Проанализировав сложившуюся ситуацию, можно прийти к выводу, что государство рассматривает привлечение инвесторов в неразрывной связи с развитием конкуренции на железнодорожном транспорте, и это является положительным фактором, который свидетельствует о формировании системного понимания прямой взаимосвязи между конкуренцией и инвестициями.

Для выбора дальнейшего пути реформирования следует отталкиваться от текущих условий рынка и определиться с основным источником финансирования инфраструктуры.

Представляется, что приоритет в осуществлении капиталовложений должен быть отдан частному капиталу, а не ОАО «РЖД» или государству. Поддержание уровня капиталовложений ОАО «РЖД» в отрасль в ходе постепенной либерализации и развития железных дорог приведет к дальнейшему снижению инвестиционного потенциала ОАО «РЖД», усилит нагрузку на государство и негативным образом скажется на конкурентной среде.

На текущем этапе отличным началом для развития инфраструктуры могут стать инвестиции компаний — операторов подвижных железнодорожных составов. Их капиталовложения, постоянное присутствие на рынке и опыт обеспечат инфраструктуре высокую интеграцию участников. Поэтому именно от активности участников рынка и инвесторов напрямую зависит будущее отрасли, так как без активной заинтересованности бизнеса никакие даже самые прогрессивные инициативы государства не удастся реализовать, а железнодорожный транспорт продолжит безнадежно устаревать и сдавать свои рыночные позиции.

Дозмаров К. В.,

юрист антимонопольной практики
юридической фирмы ART DE LEX,

член Экспертного совета по железнодорожному транспорту
при ФАС России

БИБЛИОГРАФИЧЕСКАЯ СПРАВКА

Голомолзин А.Н. Рельсы и шпалы конкуренции [Электронный ресурс] // РБК daily. 2013. 29 августа. URL: <http://rbcdaily.ru/industry/opinion/562949988703156> (дата обращения: 05.08.2014).

Яковенко Н.Ю., Реутов Е.В. Антимонопольное регулирование на грузовом железнодорожном транспорте в 2011–2013 гг. и задачи развития конкуренции на рынке грузовых железнодорожных перевозок // Альманах «Вектор Транспорта». 2014. № 2. С. 15–20.

Семенкин Д.Л. Проблемы правового взаимодействия операторов подвижного состава с грузовладельцами // Альманах «Вектор Транспорта». 2014. № 2. С. 58–61.

Российское конкурентное право и экономика

ЧАСТЬ 2

№ 3(12) 2014

В рамках статьи «**Программа освобождения от ответственности за нарушение антимонопольного законодательства (*leniency*) в российском праве и праве ЕС**» партнер, руководитель антимонопольной практики международной юридической фирмы *CMS, Russia*, член некоммерческого партнерства «Содействие развитию конкуренции» **Максим Семенович Бульба** и старший юрист антимонопольной практики международной юридической фирмы *CMS, Russia* **Елена Валерьевна Андрианова** проводят сравнительный анализ программы освобождения от ответственности за нарушение антимонопольного законодательства (программы *leniency*) по российскому законодательству и праву ЕС. В частности, авторами поднимаются такие темы, как основные цели программы *leniency*, отличия в применении данной программы в практике российских и европейских антимонопольных органов. Авторы уделяют внимание некоторым практическим аспектам реализации данной программы и, основываясь на примерах из европейского опыта, предлагают рекомендации по дальнейшему развитию и совершенствованию российского законодательства в данной области.

В статье «**Допустимость вертикальных соглашений: последние тенденции**» партнера юридической фирмы *Antitrust Advisory, LL.M. (New York University)* **Александра Валерьевича Егорушкина** и партнера юридической фирмы *Antitrust Advisory*, преподавателя кафедры конкурентного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина **Евгения Сергеевича Хохлова** анализируются критерии допустимости вертикальных соглашений в российском праве в контексте актуальной правоприменительной практики и предложений по совершенствованию законодательства.

Григорий Петрович Чернышов, партнер, руководитель антимонопольной практики московского офиса международной юридической фирмы *White&Case* в своей статье «**К вопросу о картелях покупателей**» обосновывает вывод о том, что отсутствие в части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции прямого указания на возможность существования картеля покупателей является техническим браком, поскольку противоречит другим нормам этой статьи, прямо предусматривающим картельные соглашения, которые могут быть заключены только покупателями. Автор дает скрупулезную оценку изменениям, вносимым в данную статью, что позволяет глубже понять суть предлагаемых нововведений.

Статья «**Соглашения о совместной деятельности — новый виток развития**», подготовленная юристом антимонопольной и корпоративной практики международной юридической фирмы *Goltsblat BLP LLP* **Андреем Владимировичем Неминушим**, посвящена анализу тенденций и дальнейших перспектив развития антимонопольного законодательства в части оценки и контроля за соглашениями о совместной деятельности. В рамках работы затронуты практические аспекты применения тех или иных норм, содержащихся в различных регулирующих документах (проектах документов), а также даны отдельные рекомендации участникам рынка и выдвинуты предложения по совершенствованию действующего законодательства.

ПРОГРАММА ОСВОБОЖДЕНИЯ ОТ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НАРУШЕНИЕ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА (*LENIENCY*) В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ И ПРАВЕ ЕС

СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ОТДЕЛЬНЫХ АСПЕКТОВ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ И ПРИМЕНЕНИЯ

То, что нарушения антимонопольного законодательства представляют серьезную общественную опасность и с ними следует вести бескомпромиссную борьбу, факт очевидный. О признании значимости проблемы со стороны государства свидетельствует установленный законом размер штрафов за отдельные наиболее тяжкие нарушения.

Так, на лиц, чья вина в совершении такого деяния, как, например, заключение ограничивающего конкуренцию соглашения, будет установлена, может быть наложен штраф в размере до пятнадцати процентов годовой выручки нарушителя на соответствующем рынке¹. При этом принцип «незнание закона не освобождает от ответственности» в полной мере распространяется на лиц, чьи действия вышли за пределы запретов, установленных антимонопольным законодательством. Таким образом, аргументы о том, что хозяйствующий субъект, заключая соглашение, не имел намерения ограничить конкуренцию, не знал или неправильно толковал нормы закона, никак не повлияют на размер штрафа и не станут смягчающим обстоятельством.

Однако зачастую субъекты предпринимательской деятельности оказываются вовлеченными в нарушение антимонопольного законодательства, не осознавая или не до конца отдавая себе отчет в том, какую опасность может нести включение в договор нейтрального, на первый взгляд, положения. В практике авторов настоящей статьи встречались случаи, когда стороны соглашения вкладывали в его положения совершенно определенный смысл (не имея в виду ограничение конкуренции) и не предполагали, какую трактовку дает формулировкам подобного плана Федеральный закон РФ «О защите конкуренции» № 135-ФЗ от 26 июля 2006 года² и контролирующий орган (ФАС России).

Законодательно закреплённая возможность для хозяйствующих субъектов в некоторых случаях и на определенных условиях избежать ответственности за совершенные антимонопольные нарушения отвечает ожиданиям предпринимателей и имеет шансы стать достаточно востребованной.

Выяснявшиеся в ходе исследования вопроса отдельные нюансы правового регулирования в сфере защиты конкуренции становились для сторон такого соглашения настоящим открытием.

Допустимо предположить, что хозяйствующие субъекты периодически сталкиваются с подобными ситуациями. В худшем случае это происходит во время проверок, проводимых антимонопольными органами, в лучшем — стороны соглашения сами случайно обнаруживают, что являются, например, участниками картеля. В таких обстоятельствах у добросовестных предпринимателей возникает резонный вопрос, что делать и как выйти из ситуации без ущерба для репутации и финансового положения или, по крайней мере, с наименьшими потерями.

Таким образом, вопрос об освобождении от ответственности за нарушения антимонопольного законодательства представляется весьма актуальным для бизнеса. Как следствие, законодательно закреплённая возможность для хозяйствующих субъектов в некоторых случаях и на определенных условиях избежать ответственности за совершенные антимонопольные нарушения отвечает ожиданиям предпринимателей и имеет шансы стать достаточно востребованной.

Руководствуясь вышеизложенными доводами, а также передовым зарубежным опытом, российский законодатель предусмотрел подобную возможность, предоставив лицам, нарушившим антимонопольное законодательство, право добровольно заявить

¹ Статья 14.32 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации. Далее — КоАП РФ.

² Далее — Закон о конкуренции.

Европейская программа освобождения от ответственности распространяется только на картельные соглашения, которые, с одной стороны, представляют наибольшую угрозу для конкуренции, а с другой — наиболее тщательно скрываются самими участниками подобного соглашения.

об этом в уполномоченные государственные органы (ФАС России) в обмен на освобождение от ответственности. Если рассматривать ситуацию со стороны антимонопольных органов, то становится очевидным, что наличие программы, мотивирующей предпринимателей (как индивидуальных, так и компаний) добровольно заявлять о совершенных нарушениях, является эффективным инструментом для раскрытия картелей и ограничивающих конкуренцию соглашений, выявить которые без добровольного содействия со стороны их участников было бы крайне сложно.

Данный способ борьбы с нарушениями успешно зарекомендовал себя в практике антимонопольных органов передовых зарубежных стран, что, очевидно, послужило стимулом к внедрению аналогичной программы в российское законодательство.

С учетом вышеизложенного, чтобы понять, в чем состоит суть подобных программ освобождения от ответственности (известных в праве Европейского Союза и в праве отдельных государств-членов ЕС как *программа leniency*), следует обратиться к зарубежному опыту в данной области.

ПРОГРАММА ОСВОБОЖДЕНИЯ ОТ ОТВЕТСТВЕННОСТИ (LENIENCY) ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ЕС

На уровне законодательства ЕС программа освобождения от ответственности впервые была принята в 1996 году и действует в отношении наиболее серьезных нарушений антимонопольного законодательства — картельных соглашений³.

В настоящий момент соответствующие вопросы регулируются принятым в 2006 году документом под названием *Commission Leniency Notice*⁴ (это название условно может быть переведено как Положение Европейской Комиссии о программе *Leniency*⁵), который предусматривает порядок и условия освобождения от ответственности.

Согласно Положению, полное освобождение может быть предоставлено лицу (участнику картельного сговора), которое первым сообщило о сговоре и представило в Европейскую Комиссию информацию, достаточную для того, чтобы Комиссия инициировала соответствующее расследование либо вынесла решение о нарушении антимонопольного законодательства. Стоит отметить, что в соответствии с Положением возможно и частичное

³ Применяя аналогию с российским законодательством, это запреты, предусмотренные ч. 1 ст. 11 Федерального закона № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

⁴ Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases [2006] OJ C 298/17.

⁵ Далее — Положение.

освобождение от ответственности, а именно сокращение размера штрафов для тех участников картеля, которые согласились сотрудничать с Комиссией на этапе проведения расследования, предоставляли необходимую в ходе расследования информацию или уведомили Комиссию о существовании картеля не первыми, а вторыми, третьими и т.д. Однако в рамках настоящей статьи мы более подробно проанализируем аспекты, связанные именно с полным освобождением от ответственности (*immunity from fines*).

Основной целью разработчиков данной программы для стран Европейского Союза было стремление мотивировать участников рынка добровольно сообщать в антимонопольный орган о совершенном нарушении, тем самым облегчая задачу Европейской Комиссии по обнаружению картеля, раскрыть который при иных обстоятельствах, было бы крайне сложно⁶. Именно поэтому европейская программа освобождения от ответственности распространяется только на картельные соглашения, которые, с одной стороны, представляют наибольшую угрозу для конкуренции, а с другой — наиболее тщательно скрываются самими участниками подобного соглашения⁷.

Такой подход к пониманию сути и задач программы освобождения от ответственности поддерживается и на уровне Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), которая разрабатывает рекомендации по совершенствованию национальных правовых систем, в том числе и в сфере антимонопольного законодательства⁸.

ПРОГРАММА ОСВОБОЖДЕНИЯ ОТ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НАРУШЕНИЕ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ПО РОССИЙСКОМУ ПРАВУ

Общие положения

Возможность освобождения от ответственности за нарушение российского антимонопольного законодательства (аналог европейской программы *leniency*) предусмотрена Примечанием 1 к статье 14.32 КоАП РФ, согласно которому лицо, совершившее антимонопольное нарушение и первым выполнившее установленные в примечании условия, освобождается от административной ответственности за соответствующее антимонопольное нарушение.

Сразу отметим, что по российскому антимонопольному законодательству рассматриваемый институт освобождения от ответственности применяется не только в отношении картельных сговоров, но и в отношении иных, в том числе вертикальных, соглашений и согласованных действий (за исключением координации).

⁶ Whish R and Bailey D, *Competition Law* (7th edn, OUP 2012) 280.

⁷ Commission Leniency Notice, параграф 3.

⁸ <http://www.oecd.org/dai/ca/1890449.pdf>.

Институт освобождения от ответственности в российском антимонопольном праве предусматривает именно полное освобождение от административной ответственности, что соответствует концепции *immunity from fines* в европейском праве.

Вероятно, это связано, в том числе, и с тем, что само понятие «картель» и его выделение в отдельный вид антимонопольного нарушения возникли в российском антимонопольном праве (Закон о конкуренции) относительно недавно (в рамках Третьего антимонопольного пакета, вступившего в силу в январе 2012 года).

Также возможно, что российское антимонопольное право и практика его применения пока не в полной мере восприняли основную идею программы *leniency* как инструмента обнаружения наиболее серьезных правонарушений. Тем не менее, согласно заявлениям представителей Федеральной антимонопольной службы России, программа освобождения от ответственности играет значительную роль в раскрытии картельных сговоров⁹.

Кроме того, необходимо отметить, что институт освобождения от ответственности в российском антимонопольном праве предусматривает именно полное освобождение от административной ответственности¹⁰, что соответствует концепции *immunity from fines* в европейском праве. Частичное освобождение от ответственности за совершенные антимонопольные нарушения по российскому законодательству также допустимо и существует в виде уменьшения размера штрафа в связи с наличием смягчающих обстоятельств (что может являться предметом отдельного анализа за рамками настоящей статьи).

Что касается требований, которые должны быть выполнены для освобождения от ответственности, то согласно вышеуказанному Примечанию 1 к статье 14.32 КоАП РФ, таких условий три:

- 1) на момент обращения лица с заявлением о совершенном нарушении антимонопольный орган не должен располагать сведениями и документами о таком нарушении;
- 2) представленных заявителем сведений и документов должно быть достаточно для установления события правонарушения;
- 3) заявитель должен отказаться от дальнейшего участия в ограничивающем конкуренцию соглашении.

На первый взгляд, перечисленные критерии соответствуют зарубежным аналогам. Однако существующая практика применения программы в Российской Федерации вызывает вопросы и заставляет

⁹ http://fas.gov.ru/fas-news/fas-news_34900.html.

¹⁰ В рамках настоящей статьи мы также не рассматриваем вопросы привлечения физических лиц к уголовной ответственности за нарушения антимонопольного законодательства и возможного освобождения от уголовной ответственности.

Возможно, что российское антимонопольное право и практика его применения пока не в полной мере восприняли основную идею программы *leniency* как инструмента обнаружения наиболее серьезных правонарушений.

здуматься о неоднозначности толкования норм закона и их понимания в правоприменительной деятельности. Представляется, что данное наблюдение особенно актуально в отношении двух первых из перечисленных выше критериев.

Момент обращения с заявлением

Важным аспектом, на котором хотелось бы остановиться в рамках настоящей статьи, является вопрос относительно того, на каком этапе (а точнее — до какого момента) нарушитель может обратиться в антимонопольный орган с заявлением об освобождении от ответственности.

Правоприменительная практика по данной проблеме достаточно противоречива. Так, например, по некоторым делам антимонопольные органы отказывали в принятии соответствующего заявления в связи с тем, что на момент его подачи ФАС России уже располагала копией нарушающего отечественное антимонопольное законодательство договора и, соответственно, первое из требований, предусмотренных Примечанием 1 к статье 14.32 КоАП РФ, не было выполнено¹¹.

С другой стороны, по данному вопросу существует позиция Пленума ВАС РФ, согласно которой лицо может обратиться в антимонопольный орган с заявлением об освобождении от ответственности вплоть до момента оглашения решения комиссией ФАС России об установлении факта нарушения¹². Данный подход реализуется и в практике российских антимонопольных органов¹³.

Обоснованность такого подхода представляется не вполне очевидной с точки зрения цели программы, а именно создания стимула для нарушителей добровольно информировать антимонопольные органы о совершенных неправомерных действиях. Так, вместо того, чтобы мотивировать хозяйствующих субъектов заявить о нарушении, подобная практика может привести к тому, что нарушители будут ждать «до последнего».

Действительно, антимонопольный орган не всегда имеет возможность установить факт нарушения и начать расследование, а если это все же произойдет, то участник ограничивающего конкуренцию соглашения в зависимости от хода расследования будет оценивать вероятность неблагоприятного для него исхода. Если на определенном

¹¹ См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 17.08.2012 № 09АП-15752/2012-АК.

¹² Постановление Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30, параграф 10.3.

¹³ См., например, Постановление Красноярского УФАС по делу № А107-14.32/13 от 13 февраля 2013 года.



(в том числе завершающем) этапе расследования станет понятно, что риски установления факта нарушения велики, только тогда лицо подаст в ФАС России соответствующее заявление и начнет ходатайствовать об освобождении от ответственности. Представляется, что такой взгляд на программу *leniency* не способствует обнаружению наиболее тщательно скрываемых антимонопольных нарушений, которые антимонопольным органам сложно выявить самостоятельно. При этом, если обратиться к передовым зарубежным практикам, ситуация регулируется следующим образом.

Программа *leniency*, предусмотренная европейским законодательством, в принципе не исключает возможность подать соответствующее заявление на стадии, когда Европейская Комиссия уже провела проверку в связи с возможным нарушением. Так, согласно Положению, заявитель может быть освобожден от ответственности (штрафов) в случае, если он представит достаточные доказательства, позволяющие установить факт нарушения, при условии, что на момент предоставления такого заявления Комиссия не обладала достаточными сведениями для вынесения решения об установлении факта правонарушения¹⁴.

Однако на практике подобные случаи крайне редки и подразумевают повышенные требования к представляемым заявителем документам и

сведениям, выполнить которые объективно сложно¹⁵. Речь идет скорее о редких исключениях из общего правила. Большая же часть заявлений на освобождение от ответственности направляется в Европейскую Комиссию именно до того момента, как Комиссии станет известно о возможном существовании картеля, и она инициирует проверку на предмет его обнаружения (что в полной мере соответствует цели программы *leniency*).

Если обратиться к национальным законодательствам государств-членов ЕС, то ситуация представляется еще более прозрачной. Например, согласно разработанным английским антимонопольным органом Рекомендациям полное автоматическое освобождение от ответственности (*type A immunity*) возможно только в случае, если антимонопольным органом на момент обращения не инициировано дело в связи с возможным нарушением. Во всех остальных случаях освобождение от ответственности может быть частичным, в частности, в виде сокращения размера штрафа¹⁶.

С учетом вышеизложенного представляется, что уточнение на уровне закона или подзаконного акта ФАС России условий освобождения от ответственности за нарушение антимонопольного законодательства в части, касающейся определения периода времени, в течение которого нарушитель вправе

¹⁴ Commission Leniency Notice, параграфы 8(b) и 11.

¹⁵ <http://ec.europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html>.

¹⁶ OFT Leniency and no-action Guidance [2008].

обратиться в антимонопольный орган с соответствующим заявлением, способствовало бы формированию единообразного подхода к применению института *leniency* в российской антимонопольной практике и исключило бы неоднозначное толкование правовых норм.

Требования к представляемым документам и сведениям

Российское антимонопольное законодательство также не содержит детальных критериев, которым обязаны соответствовать представленные нарушителем, ходатайствующим об освобождении от ответственности, документы и сведения, кроме того, что они должны быть «*достаточными для установления события правонарушения*». Такая ситуация потенциально создает предпосылки для неоднозначного толкования и применения законодательства¹⁷.

Очевидно, что критерий *достаточности* будет оцениваться отдельно в каждом конкретном случае, и на практике решение во многом зависит от усмотрения антимонопольных органов. В этой связи уточнение требований и критериев, которым должны соответствовать сведения, представляемые в антимонопольный орган в рамках программы освобождения от ответственности, становится, на наш взгляд, актуальной задачей. Ее выполнение позволило бы участникам рынка самостоятельно проводить анализ имеющихся у них материалов и оценивать перспективы обращения в ФАС России по программе освобождения от ответственности.

По нашему мнению, по данному направлению целесообразно учиться и зарубежный опыт. Так, примерный перечень требований к представляемой информации может быть позаимствован из европейского законодательства, а именно параграфа 9(a) Положения (*Commission Leniency Notice*), согласно которому такая информация должна содержать детальное описание нарушения, данные о сторонах антиконкурентного соглашения, его основные цели, порядок взаимодействия сторон, сведения о товарном рынке, на котором совершено нарушение, и т.п.

Выводы

Решение об обращении в антимонопольный орган по программе освобождения от ответственности является важным шагом для лица, совершившего нарушение, и влечет для него серьезные последствия, как юридические, так и репутационные и коммерческие, связанные с дальнейшим выстраиванием отношений с партнерами и контрагентами. В этой связи потенциальному заявителю важно понимать, сможет ли он выполнить установленные требования для того,

Для эффективного применения программы освобождения от ответственности крайне важно, чтобы ее условия были максимально прозрачными и предоставляли хозяйствующим субъектам возможность принимать обоснованное и взвешенное решение по данному вопросу.

чтобы получить освобождение от ответственности, и на что заявитель может рассчитывать с учетом конкретных обстоятельств дела.

Таким образом, для эффективного применения программы освобождения от ответственности крайне важно, чтобы ее условия были максимально прозрачными и предоставляли хозяйствующим субъектам возможность принимать обоснованное и взвешенное решение по данному вопросу.

Представляется также, что программа освобождения от ответственности должна способствовать реализации своей основной цели — обнаружению нарушений антимонопольного законодательства.

Сравнительный анализ российского и зарубежного опыта в данной области показывает, что российское антимонопольное законодательство и практика его применения нуждаются в разработке более четких критериев программы для обеспечения ее более эффективного использования. В частности, актуальным представляется уточнение вопросов, связанных с определением момента/события, после наступления которого обращение в антимонопольный орган с соответствующим заявлением уже невозможно, и связанных с этим последствий, а также определение требований к представляемым документам и сведениям (которые, в свою очередь, также могут варьироваться в зависимости от момента подачи заявления).

Еще одним заслуживающим внимания институтом, имеющим отношение к программе освобождения от ответственности за нарушение антимонопольного законодательства, известным из зарубежного опыта, представляется практика предварительных консультаций с антимонопольным органом по вопросу подачи заявления об освобождении от ответственности. В то же время возможность внедрения данного механизма в российское законодательство не очевидна и требует дополнительного анализа и глубокой проработки.

Бульба М. С.,

партнер, руководитель антимонопольной практики международной юридической фирмы *CMS, Russia*, член некоммерческого партнерства «Содействие развитию конкуренции»

Андрианова Е. В.,

старший юрист антимонопольной практики международной юридической фирмы *CMS, Russia*

¹⁷ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 17.08.2012 № 09АП-15752/2012-АК.

ДОПУСТИМОСТЬ ВЕРТИКАЛЬНЫХ СОГЛАШЕНИЙ: ПОСЛЕДНИЕ ТЕНДЕНЦИИ

В антимонопольном праве традиционно проводится разделение между горизонтальными и вертикальными соглашениями. Горизонтальными являются соглашения между конкурентами (производителями или поставщиками одного и того же товара), вертикальными – соглашения между покупателями и продавцами товара.

Из экономической теории известно, что ограничительные условия в вертикальных соглашениях менее опасны для конкуренции, чем в горизонтальных, поэтому антимонопольное регулирование вертикальных соглашений является менее жестким по сравнению с нормами, применимыми к горизонтальным соглашениям. В частности, в отношении вертикальных соглашений существует лишь два жестких запрета (запрет установления цены перепродажи и запрет эксклюзивности на стороне покупателя), предусмотренных частью 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции. В то же время в отношении горизонтальных соглашений (картелей) действует целых пять таких запретов (ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции). Жесткие запреты (в российской юридической литературе их принято называть запретами *per se*) означают, что одного их наличия уже достаточно для установления неправомерного характера соглашения и доказывать, что соглашение действительно ограничивает конкуренцию, не требуется.

Лучшим примером, иллюстрирующим менее жесткий характер антимонопольных запретов, применимых к вертикальным соглашениям, являются критерии их допустимости. Если горизонтальные соглашения могут быть признаны допустимыми лишь в одном случае (если они являются соглашениями о совместной деятельности, имеющими положительные эффекты для конкуренции) (ч. 1.1 ст. 13 Закона о защите конкуренции), то для вертикальных соглашений существует более широкий набор критериев допустимости. О них и пойдет речь в настоящей статье.

КРИТЕРИИ ДОПУСТИМОСТИ ВЕРТИКАЛЬНЫХ СОГЛАШЕНИЙ СОГЛАСНО СТАТЬЕ 12 ЗАКОНА О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ

Статья 12 Закона о защите конкуренции содержит два критерия допустимости вертикальных соглашений.

Часть 1 статьи 12 Закона о защите конкуренции признает допустимыми письменные вертикальные соглашения, являющиеся договорами коммерческой концессии. Согласно части 1 статьи 1027 ГК РФ договор коммерческой концессии предусматривает предоставление права использовать комплекс принадлежащих правообладателю исключительных прав, включающий право на товарный знак, знак обслуживания, а также права на другие объекты исключительных прав (например, коммерческое обозначение).

В практике применения части 1 статьи 12 Закона о защите конкуренции часто возникает вопрос, в какой форме должен быть заключен договор и какой объем прав необходимо по нему передать, чтобы рассматривать на его допустимость как вертикального соглашения. Позиция ФАС России состоит в том, что это должен быть именно договор коммерческой концессии, подлежащий регистрации (ч. 2 ст. 1028 ГК РФ), согласно которому передается комплекс прав, включающих право на товарный знак, знак обслуживания и права на другие объекты исключительных прав¹.

Однако в последнее время в судебной практике встречается другая позиция: часть 1 статьи 12 Закона о защите конкуренции должна применяться и к соглашениям, которые по своей правовой природе имеют лишь признаки договора коммерческой концессии, однако не в полной мере соответствуют его формальному определению согласно ГК РФ. Например, признавались подпадающими под часть 1 статьи 12 Закона о защите конкуренции договоры на осуществление сервисного обслуживания автомобилей, предусматривающие передачу сервисной станции прав на использование фирменного наименования производителя, осуществление сервисного обслуживания автомобилей марки производителя, а также представление интересов

¹ См.: Решение ФАС России по делу № 11/129-11 от 13.04.2012 г.

производителя на определенной территории². Ожидается, что в ближайшее время по этому вопросу выскажется Верховный Суд РФ³.

Согласно части 2 статьи 12 Закона о защите конкуренции признаются допустимыми вертикальные соглашения между сторонами, доли каждой из которых не превышают 20% на любом товарном рынке. Это, так называемое, «правило минимального порога», согласно которому вертикальные соглашения между хозяйствующими субъектами, не обладающими значительной рыночной властью, не будут считаться нарушающими антимонопольное законодательство вне зависимости от того, какие ограничительные условия они содержат. Даже если вертикальным соглашением устанавливается минимальная цена перепродажи или эксклюзивность на стороне покупателя (т.е. оно нарушает запреты, предусмотренные ч. 2 ст. 11 Закона о защите конкуренции), данное соглашение будет признано допустимым, если оно подпадает под правило минимального порога.

На практике часто возникал вопрос, о каком товарном рынке идет речь в части 2 статьи 12 Закона о защите конкуренции? В частности, применительно к какому товарному рынку следует рассчитывать долю в размере 20%? Закон о защите конкуренции использует слово «любой», а это дает повод полагать, что правило минимального порога применяется, если только обе стороны вертикального соглашения не имеют существенной рыночной власти на всех рынках, на которых они действуют⁴. Однако с точки зрения экономического смысла правила минимального порога следовало бы выявлять наличие значительной рыночной власти только на товарных рынках, затронутых вертикальным соглашением: на том рынке, на котором заключено вертикальное соглашение, а также на вышестоящем и нижестоящем по отношению к нему рынках⁵.

ФАС России также специально разъяснила данный спорный вопрос. В решении Президиума ФАС России от 30.03.2012 № 6-10/3 указывается, что в части 2 статьи 12 Закона о защите конкуренции имеется в виду рынок товара, в отношении которого заключено соответствующее вертикальное соглашение, а не вообще все рынки, на которых действуют стороны вертикальных соглашений. Для придания данному разъяснению законодательной силы такое правило было включено непосредственно

в часть 2 статьи 12 Закона о защите конкуренции в рамках, так называемого, Четвертого антимонопольного пакета.

ОБЩИЕ КРИТЕРИИ ДОПУСТИМОСТИ, ПРИМЕНИМЫЕ К ВЕРТИКАЛЬНЫМ СОГЛАШЕНИЯМ

Часть 1 статьи 13 Закона о защите конкуренции устанавливает общие критерии допустимости, которые применяются, в том числе, и к вертикальным соглашениям⁶. Третьим антимонопольным пакетом, вступившим в силу в 2012 году, в часть 1 статьи 13 Закона о защите конкуренции были внесены изменения, согласно которым теперь любое вертикальное соглашение может быть признано допустимым при соблюдении Общих критериев допустимости. Иными словами, Общие критерии допустимости распространяются и на вертикальные соглашения, которые противоречат жестким запретам (т.е. устанавливают цену перепродажи или эксклюзивность на стороне покупателя, что запрещено ч. 2 ст. 11 Закона о защите конкуренции).

Согласно Общим критериям допустимости вертикальные соглашения могут быть признаны допустимыми, если они не устраняют конкуренцию, не налагают не связанных с соглашением ограничений, а также приводят или могут привести к следующим положительным последствиям: совершенствованию производства, реализации товаров или стимулированию технического, экономического прогресса либо к повышению конкурентоспособности товаров российского производства на мировом товарном рынке и/или получению покупателями преимуществ (выгод), соразмерных преимуществам (выгодам) сторон соглашения.

До вступления в силу Третьего антимонопольного пакета Общие критерии допустимости крайне редко применялись на практике. С начала 2012 года после вступления в силу поправок, расширивших сферу действия Общих критериев допустимости, количество прецедентов увеличилось. Тем не менее, их все еще слишком мало, чтобы выделить какие-либо типичные особенности применения Общих критериев допустимости.

Наиболее часто встречающаяся категория дел, в которых рассматривается вопрос применения Общих критериев допустимости, — это дела, связанные с концентрацией значительных объемов товара в руках одного покупателя (например, эксклюзивного дистрибьютора или конечного потребителя). В рамках оценки Общих критериев допустимости по таким делам ФАС России или суд могут учитывать следующие положительные последствия от вертикального соглашения⁷:

² См.: Решение Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа по делу № А45-4580/2013 от 29.04.2014 г.

³ См.: Определение ВАС РФ № ВАС-8001/14 от 03.08.2014 г.

⁴ Такой подход, например, был воспринят сторонами согласно решению Управления ФАС России по Кемеровской области по делу № 98/А-11-2011 от 13.02.2012 г.

⁵ В Решении ФАС России № АК/40355/13 от 17.02.2014 г. прямо указывается, что учитывается только рынок (рынки), на котором (которых) обращается товар, приобретаемый по вертикальному соглашению. Схожая позиция была отмечена и в судебной практике. См., напр.: Постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа по делу № А33-15883/2007-Ф02-6902/2008 от 11.02.2009 г.

⁶ Далее — Общие критерии допустимости.

⁷ См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда по делу № А40-75519/13 от 03.07.2014 г., Решение ФАС России по делу № 111/197-11 от 29.03.2013 г., Решение ФАС России по делу № 111/43-08 от 31.03.2009 г.

- организация сбыта товара через посредника, с помощью которой обеспечиваются доступность товара для потребителей на всей территории страны;
- улучшение планирования производства или поставки товара;
- инвестиции в совершенствование продукции и расширение ассортимента.

Кроме того, внимания заслуживает и одно из последних решений ФАС России в отношении вертикальных соглашений между поставщиком и дилерами, согласно которому дилеры принимали на себя договорную обязанность не работать с заказчиками, связанными с органами государственной власти, поскольку с такими заказчиками работал напрямую сам поставщик. ФАС России применила Общие критерии допустимости, согласившись с поставщиком, что данное соглашение имеет положительный эффект в виде повышения прозрачности продаж и уменьшения коррупционных рисков⁸.

Отдельно необходимо отметить, что, помимо Общих критериев допустимости, предусмотренных частью 1 статьи 13 Закона о защите конкуренции, существуют ситуации, когда любое соглашение (в том числе, вертикальное) не признается антиконкурентным. Во-первых, это соглашения между лицами, объединенными в одну группу лиц на основании отношений контроля (ч.ч. 7 и 8 ст. 11 Закона о защите конкуренции). Во-вторых, это соглашения о предоставлении и (или) об отчуждении права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации товара (ч. 9 ст. 11 Закона о защите конкуренции). Однако следует учитывать, что эти исключения по своей природе являются именно исключениями, а не критериями допустимости.

БРЕМЯ ОЦЕНКИ ОБЩИХ КРИТЕРИЕВ ДОПУСТИМОСТИ

Вероятно, одной из причин редкого применения Общих критериев допустимости на практике является отсутствие четкого регулирования бремени оценки этих критериев в каждом конкретном деле. Согласно части 6 статьи 11 Закона о защите конкуренции, хозяйствующий субъект вправе представить доказательства того, что заключенные им соглашения (в том числе, вертикальные) могут быть признаны допустимыми согласно Общим критериям допустимости. Из этой формулировки неясно, существует ли у ФАС России обязанность анализировать применимость Общих критериев допустимости в каждом конкретном деле.

Для прояснения сложившейся ситуации можно рассмотреть недавно сформулированную позицию

⁸ См.: Решение ФАС России по делу № 1-00-320/00-05-13 от 09.07.2014 г.

ФАС РФ в отношении применения Общих критериев допустимости по делам о злоупотреблении доминирующим положением. Аналогия в данном случае уместна, поскольку часть 2 статьи 10 Закона о защите конкуренции также устанавливает право хозяйствующего субъекта представить доказательства того, что вменяемое ему злоупотребление доминирующим положением может быть признано допустимым согласно Общим критериям допустимости (т.е. это полная аналогия ч. 6 ст. 11 Закона о защите конкуренции).

В пункте 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» указано, что при оценке последствий злоупотреблений доминирующим положением, отдельно не поименованных в статье 10 Закона о защите конкуренции, ФАС России также должна учитывать Общие критерии допустимости. В последствии многие суды⁹ использовали это разъяснение как основание для возложения бремени оценки Общих критериев допустимости на ФАС России как по делам о злоупотреблении доминирующим положением, так и по делам об антиконкурентных соглашениях (включая вертикальные)¹⁰. Однако в начале 2014 года ВАС РФ прямо указал, что допустимость антиконкурентных действий согласно Общим критериям допустимости обязано доказывать лицо, их совершившее¹¹. При этом суд сослался на часть 2 статьи 10 Закона о защите конкуренции, в которой, как было указано выше, предусмотрено *право* (а не обязанность) хозяйствующего субъекта представить доказательства допустимости его действий.

Если руководствоваться этой позицией ВАС РФ и в отношении антиконкурентных соглашений (а оснований для обратного в свете имеющейся позиции Президиума ВАС РФ не имеется), то участники вертикальных соглашений должны сами оценивать применимость Общих критериев допустимости к своим соглашениям — на ФАС России такая обязанность не возложена.

Представляется все же, что бремя оценки применимости Общих критериев допустимости должно возникать у антимонопольного органа тогда, когда хозяйствующий субъект ссылается на часть 1 статьи 13 Закона о защите конкуренции для обоснования допустимости соглашения. В таком случае антимонопольный орган, по нашему мнению, должен в обязательном порядке оценивать представленные хозяйствующим субъектом доводы о применимости Общих критериев допустимости.

⁹ И продолжают использовать, несмотря на позицию ВАС РФ, описанную ниже.

¹⁰ См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда по делу № А40-75519/13 от 03.07.2014 г.

¹¹ См.: Постановление Президиума ВАС РФ № 3323/13 от 14.02.2014 г.

ОБЩИЕ ИСКЛЮЧЕНИЯ ДЛЯ ВЕРТИКАЛЬНЫХ СОГЛАШЕНИЙ

В дополнение к правилу минимального порога, предусмотренному частью 2 статьи 12 Закона о защите конкуренции, и к Общим критериям допустимости, предусмотренным частью 1 статьи 13 Закона о защите конкуренции, существуют иные случаи допустимости вертикальных соглашений. Речь идет об Общих исключениях в отношении соглашений между покупателями и продавцами, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 16.07.2009 № 583¹².

Общие исключения были приняты на основе положений части 2 статьи 13 Закона о защите конкуренции. Логика их принятия состоит в следующем. Вертикальные соглашения в целом менее опасны для конкуренции, чем горизонтальные. Ограничительные условия в вертикальных соглашениях зачастую признаются допустимыми в соответствии с правилом разумности, поскольку они могут приводить к положительным эффектам для межбрендовой конкуренции (т.е. конкуренции между разными производителями товара). Такие случаи можно типизировать и можно заранее предусмотреть, что они будут считаться допустимыми. Иными словами, Общие исключения содержат перечень ограничительных условий вертикальных соглашений, которые будут считаться допустимыми, поскольку в отношении них заранее понятно, что они не приводят к исключению конкуренции и имеют положительные эффекты для нее.

Если вертикальное соглашение не противоречит запретам, предусмотренным частью 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции и к нему не применимо правило минимального порога, оно может быть признано допустимым в соответствии с Общими исключениями. Однако для этого стороны соглашения должны соответствовать определенным дополнительным требованиям, свидетельствующим об отсутствии у них значительной рыночной власти. Таких требований три, и они должны выполняться в совокупности, чтобы Общие исключения были применимы к вертикальному соглашению:

- продавец продает товар двум или более покупателям и имеет долю на рынке этого товара менее 35% либо в соответствии с соглашением продает товар единственному покупателю, доля которого на рынке этого товара составляет менее 35%;
- стороны вертикального соглашения не должны конкурировать между собой или же они конкурируют на товарном рынке, на котором покупатель приобретает товар в целях его последующей продажи;
- покупатель не производит товары, взаимозаменяемые по отношению к товарам, которые

являются предметом соглашения (т.е. не является конкурентом продавцу на вышестоящем товарном рынке).

Если стороны вертикального соглашения не соответствуют хотя бы одному из данных требований, они не могут воспользоваться Общими исключениями для признания допустимым их соглашения.

Следует с сожалением признать, что Общие исключения, несмотря на свой большой потенциал, не нашли широкого применения на практике. Дела, в которых антимонопольные органы или суды признавали вертикальные соглашения допустимыми на основании Общих исключений, практически отсутствуют. Анализ текстов решений по антимонопольным спорам в сфере вертикальных соглашений также приводит нас к выводу, что даже сами хозяйствующие субъекты редко ссылались на Общие исключения в обоснование своей позиции.

В тех делах, где такие ссылки все же делались, антимонопольные органы и суды зачастую отвергали их, поскольку стороны спорного соглашения не соответствовали требованиям самих Общих исключений (как правило, по причине большой рыночной доли одной из сторон)¹³. Также из практики известно дело, когда применимость Общих исключений была отвергнута, поскольку спорное соглашение не соответствовало общим условиям допустимости, предусмотренным частью 1 статьи 13 Закона о защите конкуренции, в частности, полностью устранило, а не просто ограничивало, конкуренцию¹⁴.

Представляется, что есть несколько причин отсутствия активного применения Общих исключений на практике. Во-первых, Общие исключения были приняты еще до вступления в силу Второго антимонопольного пакета (в 2009 г.), которым было существенно реформировано регулирование вертикальных соглашений. Более того, после этого был принят еще и Третий антимонопольный пакет, также определенным образом изменивший регулирование в данной сфере. Иными словами, понятийный аппарат и некоторые положения Общих исключений не соответствуют Закону о защите конкуренции.

Во-вторых, структура Общих исключений является крайне сложной для восприятия. В частности, анализ вертикального соглашения на предмет допустимости, согласно Общим исключениям, должен строиться следующим образом:

- сначала следует выяснить, удовлетворяют ли стороны соглашения требованиям, установленным пунктом 1 Общих исключений; если

¹³ См., напр.: судебные решения по делу № А40-79104/12-139-753.

¹⁴ В силу наличия у продавца монопольного положения на рынке. См.: Постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 19.09.2011 г. по делу № А19-23635/10.

¹² Далее — Общие исключения.

удовлетворяют, то Общие исключения будут распространяться на рассматриваемое соглашение, если же нет — требуется перейти к следующей стадии анализа;

- затем необходимо определить, противоречит ли вертикальное соглашение запретам, предусмотренным пунктом 2 Общих исключений, и если не противоречит — рассматриваемое соглашение следует считать допустимым в соответствии с Общими исключениями, а если противоречит — следует перейти к следующей стадии анализа;
- в завершение следует проанализировать, подпадает ли вертикальное соглашение под исключения из запретов, предусмотренных пунктом 2 Общих исключений, и если подпадает — рассматриваемое соглашение признается допустимым, а если нет — спорное соглашение не признается допустимым в соответствии с Общими исключениями.

Данная сложная структура Общих исключений заимствована из аналогичного документа, применяемого в конкурентном праве ЕС (в настоящее время — *Commission Regulation No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices*). Впрочем, Европейский регламент является чуть более подробным, чем Общие исключения, а также сопровождается детальными разъяснениями Комиссии ЕС о его применении (*Commission notice of 19 May 2010 on the Guide lines on Vertical Restraints*), и поэтому активно применяется на практике.

Проблемы в правоприменении создают необходимость изменить подход к Общим исключениям, чтобы активизировать их использование антимонопольными органами, судами и самими хозяйствующими субъектами. Очевидно, требуется, как минимум, привести Общие исключения в соответствие с понятийным аппаратом и подходом к регулированию вертикальных соглашений, закрепленным сейчас в Законе о защите конкуренции. Возможно, стоит даже изменить структуру и логику построения Общих исключений, чтобы сделать их более понятными, сознательно отойдя от подхода, имеющегося в конкурентном праве ЕС. В качестве альтернативы кардинальной переработке Общих исключений предлагается разработать детальные разъяснения их применения с анализом конкретных практических ситуаций, которые могут быть рассмотрены и утверждены Президиумом ФАС России.

Специально созданная рабочая группа Некоммерческого партнерства «Содействие развитию конкуренции» в тесном сотрудничестве с ФАС России

в настоящее время осуществляет разработку подхода к корректировке Общих исключений и надеется завершить свою работу к концу 2014 года. Тем временем срок действия Общих исключений продлен до 2019 года (на основании Постановления Правительства РФ от 29.04.2014 № 385).

СООТНОШЕНИЕ ОБЩИХ КРИТЕРИЕВ ДОПУСТИМОСТИ И ОБЩИХ ИСКЛЮЧЕНИЙ ДЛЯ ВЕРТИКАЛЬНЫХ СОГЛАШЕНИЙ

Как было сказано выше, в отношении вертикальных соглашений существуют специальные критерии допустимости, содержащиеся в Общих исключениях. На практике часто возникает вопрос: если вертикальное соглашение не подпадает под Общие исключения, значит ли это, что такое соглашение может быть признано допустимым согласно Общим критериям допустимости?

Ответ на этот вопрос является положительным: стороны могут ссылаться на Общие критерии допустимости вертикальных соглашений, имеющих положительные эффекты для конкуренции (ч. 1 ст. 13 Закона о защите конкуренции). На эту возможность обращено специальное внимание в пункте 4 Постановления Правительства РФ от 16.07.2009 № 583, которым утверждены Общие исключения. Иными словами, если вертикальное соглашение по какому-либо основанию не подпадает под Общие исключения и при этом нарушает запреты части 2 или части 4 статьи 11 Закона о конкуренции, то такое соглашение также необходимо проанализировать на предмет соответствия Общим критериям допустимости. При этом в отличие от Общих критериев допустимости, если хозяйствующий субъект не ссылается на применимость к спорному соглашению Общих исключений, представляется, что антимонопольный орган все равно должен провести оценку применимости Общих исключений. В случае с Общими критериями допустимости представляется, что такую оценку антимонопольный орган должен делать только тогда, когда сам хозяйствующий субъект ссылается на Общие критерии допустимости.

Егорушкин А. В.,
партнер юридической фирмы
Antitrust Advisory, LL.M.
(New York University)

Хохлов Е. С.,
партнер юридической фирмы Antitrust Advisory,
преподаватель кафедры конкурентного права
Московского государственного
юридического университета
им. О.Е. Кутафина (МГЮА)

К ВОПРОСУ О КАРТЕЛЯХ ПОКУПАТЕЛЕЙ



В Четвертом антимонопольном пакете предлагается изменить статью 11 Закона о защите конкуренции, включив в часть первую указанной статьи после слов «осуществляющими продажу» слова «или покупку». Это полезное техническое улучшение не влияет на существо проблемы, поскольку картели покупателей и так предусмотрены действующим законодательством.

Предлагаемое нововведение уже подверглось критике как, якобы, устанавливающее возможность квалификации в качестве картеля соглашения между покупателем и продавцом.

Цель данной статьи — разобраться в вопросе о том, как обстоит дело с картелями покупателей по действующему антимонопольному законодательству, что, в свою очередь, позволит глубже понять суть предлагаемых изменений в статью 11 Закона о защите конкуренции и дать этим изменениям адекватную оценку.

Итак, действующая редакция части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, давая определение понятия «картель», говорит о том, что «признаются картелем и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, то есть между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке».

Таким образом, законодатель устанавливает, что участниками картельного соглашения могут быть, во-первых, только конкуренты, а во-вторых, только конкуренты-продавцы товаров. Буквальное толкование определения понятия «картель» приводит

Буквальное толкование определения понятия «картель» приводит к выводу, что по российскому антимонопольному праву покупатели товаров не могут быть участниками картельного соглашения.

к выводу, что по российскому антимонопольному праву покупатели товаров не могут быть участниками картельного соглашения. Однако этот вывод не был бы полным, если бы не подкреплялся анализом отдельных разновидностей картельных соглашений, к чему сейчас и перейдем.

Часть 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции содержит пять видов картельных соглашений, классифицируя их по последствиям. В соответствии с этой нормой соглашение является картелем, если оно приводит или может привести к:

- установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценки (п. 1 ч. 1 ст. 11 Закона);
- повышению, снижению или поддержанию цен на торгах (п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона);
- разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков) (п. 3 ч. 1 ст. 11 Закона);
- сокращению или прекращению производства товаров (п. 4 ч. 1 ст. 11 Закона);
- отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками) (п. 5 ч. 1 ст. 11 Закона).



Отсутствие в части 1 статьи 11 Закона в определении понятия «картель» указания на возможность картеля покупателей необходимо признать досадным техническим браком законодателя.

Таковы пять видов картельных соглашений. Все эти соглашения, будучи по мысли законодателя наиболее опасными антиконкурентными соглашениями, запрещены, как известно, сами по себе (*per se*) вне зависимости от их влияния на конкуренцию.

Начнем анализ этих видов соглашений с соглашения, запрещенного пунктом 3 части 1 статьи 11 Закона. Этим пунктом запрещены соглашения, которые приводят, среди прочего, или могут привести к разделу товарного рынка *по объему покупки*¹ товаров, а также *по составу продавцов*.

Не вызывает сомнений тот факт, что рынок по объему покупки товаров своим соглашением разделить могут лишь покупатели. Это объясняется тем простым обстоятельством, что продавцы на рынке товары продают, а не покупают и, стало быть, не могут своим соглашением разделить рынок по объему покупки. При этом представляется очевидным, что раздел рынка по объему продажи автоматически не приводит и не может привести к разделу

рынка по объему покупки. Ведь если продавцы договариваются между собой о том, кто и сколько будет продавать на рынке, то этим не ограничивается право покупателей приобретать товары в любом доступном объеме. Следовательно, раздел рынка по объему продажи не приводит автоматически к разделу рынка по объему покупки. Для этого требуется соглашение покупателей. Таким образом, разделить рынок по объему покупки могут только покупатели, договорившись между собой, кто и сколько товаров будет приобретать.

Аналогичным образом обстоит дело и с соглашением, которое приводит или может привести к разделу рынка по составу продавцов. Очевидно, что продавцы между собой не могут договориться о том, кто у кого будет покупать товар. Продавцы могут договориться лишь о том, кому они будут его продавать, а вот покупатели и только покупатели могут договориться между собой о том, у кого они будут этот самый товар приобретать. Следовательно, соглашение о разделе рынка по составу продавцов опять же могут заключить только покупатели.

Рассмотрим теперь пункт 5 части 1 статьи 11 Закона, запрещающий соглашения, которые приводят или могут привести, среди прочего, к отказу от заключения договоров с определенными продавцами. Опять же, такое соглашение могут заключить между собой исключительно покупатели.

¹ Здесь и далее курсив мой. —Авт.



Картелем следует считать соглашение между хозяйствующими субъектами-конкурентами, то есть, хозяйствующими субъектами, реализующими или приобретающими товар на одном товарном рынке.

Таким образом, толкование пунктов 3 и 5 части 1 статьи 11 Закона приводит к выводу о том, что законодатель предусмотрел такие виды картелей, которые по самой своей природе в состоянии заключить лишь покупатели. Соглашения продавцов ни при каких обстоятельствах не могут привести к тем последствиям, которые запрещены пунктами 3 и 5 части 1 статьи 11 Закона и речь о которых шла выше.

Следовательно, картели покупателей в принципе возможны по действующему антимонопольному законодательству вопреки буквальному толкованию определения понятия «картель», которое было приведено выше. Отсюда логически следует, что отсутствие в части 1 статьи 11 Закона в определении понятия «картель» указания на возможность

картеля покупателей необходимо признать досадным техническим браком законодателя. Этот вывод кажется еще более логичным, если вспомнить, что большое количество других статей Закона о защите конкуренции также страдает техническим браком, и статья 11 в этом смысле исключением не является.

Таким образом, картелем следует считать соглашение между хозяйствующими субъектами-конкурентами, то есть, хозяйствующими субъектами, реализующими или приобретающими товар на одном товарном рынке.

Возвращаясь к предлагаемому Четвертым антимонопольным пакетом изменению формулировки понятия «картель», следует признать, что данное изменение представляет собой не более, чем устранение очевидного технического брака нормы. Теперь становится понятным, что критика данного нововведения основана лишь на недоразумении (как и критика многих других его положений), поскольку указания на то, что участниками картельного соглашения могут быть лишь конкуренты, достаточно



для исключения из-под понятия «картеля» соглашения между покупателем и продавцом, которые конкурентами не являются.

Безусловно, нельзя исключить возможность заключения соглашения, в котором наряду с несколькими продавцами будет участвовать и покупатель, равно как и соглашения, в котором вместе с несколькими покупателями будет участвовать и продавец. В этом случае стороны-конкуренты такого соглашения станут отвечать за заключение картельного соглашения, а сторона-неконкурент — по соответствующей части статьи 11 Закона.

Теперь самое время обратиться к анализу различных видов картельных соглашений для выяснения вопроса о том, стороной какого из них потенциально может быть покупатель.

Представляется, что из перечня картельных соглашений, стороной которых может быть покупатель, следует исключить соглашения, запрещенные пунктами 1 и 4 части 1 статьи 11. Объясняется это тем, что покупатели не могут договориться между собой ни об уровне цен на товары, ни о сокращении или прекращении их производства. Без участия продавцов такие соглашения попросту немислимы

логически, поскольку именно продавцы определяют цены, равно как и решают в конечном итоге вопрос о том, производить тот или иной товар или нет. Без продавца подобное соглашение невозможно. Если же оно заключено с участием продавца, то картелем являться не будет, так как картель — это соглашение конкурентов.

Здесь уместно заметить, что соглашение покупателей о цене, по которой они будут покупать товары у продавцов по нашему праву картелем не является и запрещено частью 4 статьи 11, если антимонопольный орган докажет, что такое соглашение приводит или может привести к ограничению конкуренции. Насколько такое решение законодательно оправданно — предмет отдельной статьи.

Рассмотрим теперь пункт 2 части 1 статьи 11 Закона, запрещающий соглашения, которые приводят или могут привести к повышению, снижению либо поддержанию цен на торгах. Думаю, что данное соглашение вполне могут заключить между собой покупатели. Более того, участие покупателей в такого рода соглашениях является одной из самых распространенных его разновидностей, поскольку

зачастую именно покупатели заинтересованы в том или ином исходе торгов.

Вместе с тем, в случаях, когда проводятся торги на понижение и договор заключается с лицом, предложившим наименьшую цену, лицом, которое, скорее всего, вступит в сговор со своим конкурентом (другим участником торгов) является продавец. Такой вид торгов чаще всего организуется и проводится покупателем, заинтересованным в приобретении товара (работ, услуг) по наименьшей цене.

В частности, торги на понижение очень популярны тогда, когда предметом торгов является право на заключение договора на оказание услуг или выполнение работ. В этих случаях покупатель объявляет максимальную цену, какую он готов заплатить победителю торгов, которым является лицо, предложившее минимальную цену. Понятно, что соревнующиеся между собой услугодатели или подрядчики заинтересованы в том, чтобы заключить договор по цене, как можно более приближенной к максимальной, что и является основной для их потенциального сговора. Но в торгах, предметом которых является либо товар, либо право на заключение договора купли-продажи или аренды вещи, стороной, которая скорее будет договариваться со своим конкурентом, является покупатель, заинтересованный в том, чтобы купить или арендовать товар как можно дешевле.

Из сказанного следует, что соглашение о поддержании, повышении или снижении цен на торгах могут заключить соревнующиеся между собой на торгах лица, которыми могут быть как продавцы, так и покупатели. Следовательно, и соглашение, запрещенное пунктом 2 части 1 статьи 11 Закона, могут заключить как продавцы, так и покупатели.

О пункте 3 части 1 статьи 11 Закона мы речь уже вели. Здесь же лишь добавим, что не исключено заключение покупателями соглашения о разделе рынка также и по территориальному принципу. Ведь никто не мешает покупателям договориться, что один из них не будет приобретать товар на определенной территории, а другой «в обмен» на это примет на себя обязательство не покупать его на другой территории. Это приведет к тому, что покупатели получат дополнительные средства давления на продавца, который будет лишен возможности продать товар другому покупателю, что, в свою очередь, повлечет за собой снижение стоимости. Таким образом, соглашения между покупателями по разделу рынка по территориальному признаку также теоретически возможны.

Из всех запрещенных пунктом 3 части 1 статьи 11 Закона соглашений, пожалуй, лишь соглашение о разделе рынка по ассортименту реализуемых товаров не может быть заключено покупателями, поскольку законодатель говорит о разделе рынка

по ассортименту **реализуемых** товаров. А так как реализацией товаров занимаются исключительно продавцы, а не покупатели, то только первые в состоянии договориться об их ассортименте.

Следовательно, решение законодателя, выведшее из-под картельных соглашений соглашения покупателей о разделе рынка по ассортименту приобретаемых товаров, следует признать ошибочным. Раз уж законодатель посчитал соглашения продавцов о разделе рынка по ассортименту реализуемых товаров достаточно опасными для того, чтобы быть запрещенными *per se* (картель), то и соглашения покупателей о разделе рынка по ассортименту покупаемых товаров также следует считать картелем. Ведь если два покупателя договорятся друг с другом о том, какой ассортимент они будут (и, соответственно, не будут) приобретать у разных продавцов, то ограничение конкуренции очевидно и такое соглашение должно быть запрещено само по себе (*per se*), без анализа его влияния на конкуренцию.

Таким образом, три из пяти разновидностей картельных соглашений могут быть заключены покупателями. Это делает еще более странным отсутствие в определении картеля, данном в части 1 статьи 11 Закона, прямого указания на возможность существования картеля покупателей. Ведь половина разновидностей картельных соглашений, предусмотренных в пунктах 1–5 части 1 статьи 11 Закона, специально рассчитана на соглашения покупателей!

Резюмируя сказанное выше, приходим к следующим выводам:

- 1) картели покупателей возможны по действующему антимонопольному праву;
- 2) если в соглашении наряду с продавцами или покупателями-конкурентами участвует также неконкурент, то первые будут отвечать за заключение картельного соглашения, а неконкурент — по соответствующей части статьи 11 Закона;
- 3) часть 1 статьи 11 в части определения понятия картель нуждается в техническом совершенствовании — необходимо прямо указать на возможность «картеля» покупателей;
- 4) из пяти разновидностей картельных соглашений три могут представлять собой картель покупателей;
- 5) предлагаемое Четвертым антимонопольным пакетом изменение части 1 статьи 11 Закона логично и правильно.

Чернышов Г. П.,
партнер, руководитель
антимонопольной практики
московского офиса
международной юридической
фирмы White&Case

СОГЛАШЕНИЯ О СОВМЕСТНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ — НОВЫЙ ВИТОК РАЗВИТИЯ

Увеличение степени интенсивности государственного регулирования соглашений о совместной деятельности ставит перед бизнес-сообществом новые вопросы. Зачастую участники рынка в отсутствие всей полноты сведений не могут принять оптимальное решение в отношении действий, направленных на минимизацию рисков привлечения компании к ответственности. В такой ситуации получение исчерпывающей информации и ее объективное восприятие становится одной из ключевых задач для оценки рисков в рамках ведения совместного бизнеса.

Прошло уже больше двух лет с момента появления в статье 13 Федерального закона «О защите конкуренции»¹ части 1.1, позволяющей признать допустимым соглашение о совместной деятельности, которое может привести к последствиям, указанным в части 1 статьи 11 Закона (так называемым запретам *per se*).

За это время в адрес Федеральной антимонопольной службы нередко высказывались пожелания по разработке и принятию официальных разъяснений, которые бы способствовали более активному применению данной нормы, поскольку этот процесс в его практической реализации нередко ставил перед участниками рынка многочисленные вопросы. Как следствие, часть хозяйствующих субъектов принимали решения об отказе от обращения в ФАС России за согласованием соответствующего соглашения (как на стадии разработки, так и в период его действия), что не способствовало большей ясности и определенности в практике применения указанной нормы.

Стоит отдать должное ФАС России, которая достаточно оперативно отреагировала на запрос рынка и при поддержке Некоммерческого партнерства «Содействие развитию конкуренции» приступила к разработке официальных разъяснений, устанавливающих процедуру анализа соглашений о совместной деятельности. Результатом данной работы стали Разъяснения по порядку и методике анализа соглашений о совместной деятельности², утвержденные Президиумом ФАС России и опубликованные на сайте службы 7 августа 2013 года³.

¹ Далее — Закон.

² Далее — Разъяснения.

³ Размещены на интернет-сайте ФАС России по адресу: http://www.fas.gov.ru/clarifications/clarifications_30419.html.

В то же время, утверждая данные изменения, ФАС России изначально предполагала их действие в tandem с очередными готовящимися изменениями в Закон (более известными как Четвертый антимонопольный пакет). В связи с тем, что вероятность принятия поправок в части, касающейся соглашений о совместной деятельности, на наш взгляд, достаточно велика, предлагаем рассмотреть их более подробно. Наиболее поздняя из имеющихся у нас редакций проекта вносимых в Закон изменений⁴ предусматривает несколько основных поправок.

Так, часть 1.1 исключается из статьи 13 Закона. При этом часть 1 указанной статьи дополняется ссылкой на возможность признания допустимыми соглашений о совместной деятельности. На первый взгляд, данная поправка носит лишь технический характер и направлена на устранение дублирующей нормы. С другой стороны, часть 1 статьи 13 в новой редакции не будет содержать в себе указание на возможность признания допустимым соглашения о совместной деятельности, *которое может привести к последствиям, указанным в части 1 статьи 11 Закона*⁵.

Рассматривая данную поправку в совокупности с новой частью 10 статьи 11 Закона, устанавливающей, что требования данной статьи не распространяются на соглашения о совместной деятельности, заключенные с согласия ФАС России, полученного в порядке, предусмотренном главой 7 Закона (*контроль за экономической концентрацией*⁶), а также опубликованными Разъяснениями, можно сделать

⁴ Размещен на интернет-сайте ФАС России по адресу: http://www.fas.gov.ru/legislative-acts/legislative-acts_51214.html.

⁵ Курсив мой — Авт.

⁶ Курсив мой. — Авт.

Достаточно очевидно, что критерий, положенный в основу возникновения обязанности по согласованию, не способен в полной мере отразить степень возможного ограничения конкуренции.

вывод, что антимонопольный орган очевидно сужает сферу действия правил о допустимости, изначально сформулированных достаточно широко. Так, согласно указанным изменениям, соглашение, попадающее под часть 1 статьи 11 Закона, может быть признано допустимым исключительно в порядке его предварительного согласования с ФАС России. Соответственно, возможность согласования уже действующего картельного соглашения в предлагаемой новой редакции Закона отсутствует, что еще раз подтверждает максимально консервативную позицию антимонопольного органа по отношению к такому типу соглашений.

Четвертый антимонопольный пакет включает в себя также отдельный блок поправок, направленный на установление обязанности по согласованию соглашений о совместной деятельности, заключаемых конкурентами в рамках осуществления контроля за экономической концентрацией⁷. При этом обязанность по такому согласованию поставлена в зависимость от стоимости активов групп лиц, планирующих заключить соответствующее соглашение. Данное нововведение представляется как минимум спорным.

С одной стороны, ФАС России во исполнение положений Плана мероприятий (Дорожная карта) «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики», утвержденного распоряжением Правительства Российской Федерации от 28.12.2012 № 2579-р⁸, пытается избавиться от лишней нагрузки, неэффективных и избыточных механизмов контроля (например, путем отмены уведомительного контроля). С другой стороны, тут же добровольно возлагает на себя дополнительные функции по контролю за соглашениями о совместной деятельности. При этом, если исходить из сути Дорожной карты, такая функция в обязательном порядке должна стать эффективным механизмом контроля. Соответственно, введение данного механизма, на наш взгляд, должно быть подкреплено статистикой и практикой рассмотрения подобных соглашений, дел о нарушениях антимонопольного законодательства, практикой проведения проверок, а также иными доводами, которые бы позволяли сделать вывод о необходимости и эффективности такого контроля исключительно в форме предварительного согласования⁹.

⁷ Одновременно хозяйствующему субъекту предоставлено и право представить такое соглашение на согласование (если не выполняются требования об обязательном согласовании).

⁸ Далее — Дорожная карта.

⁹ На текущий момент такие сведения ФАС России не опубликованы.

Кроме того, достаточно очевидно, что критерий, положенный в основу возникновения обязанности по согласованию, не способен в полной мере отразить степень возможного ограничения конкуренции.

Во-первых, такой порог является легко преодолимым, поскольку высчитывается от активов всей группы лиц, а также очевидно не соответствует европейскому подходу к определению порогов при согласовании соглашений о совместной деятельности, осуществляемом в рамках общей процедуры контроля за экономической концентрацией¹⁰. Предлагаемые ФАС России цифры выглядят заниженными и необоснованными¹¹. Возникает подозрение, что соответствующий критерий позаимствован из иных статей главы по контролю за экономической концентрацией без проведения дополнительного анализа и расчетов.

Во-вторых, использование в качестве критерия оценки лишь размера стоимости мировых активов сторон соглашения и их групп лиц без привязки к России не позволит корректно оценить возможности такого соглашения по ограничению и, тем более, устранению конкуренции на ее территории (к примеру, в ситуации, когда стороны ранее не были активны на рынке Российской Федерации, но размер их активов в мире превышает предлагаемый антимонопольным органом порог). Например, в рамках Европейского Союза требования к аналогичным сделкам содержат среди прочего и пороговое значение, указывающее на размер товарооборота на территории ЕС.

Таким образом, предлагаемый критерий не коррелирует с целями контроля в отношении соглашений о совместной деятельности. Принятие данной нормы без внесения в нее изменений может привести к созданию избыточного механизма контроля, существование которого противоречит положениям Дорожной карты.

В этой связи, мы полагаем, что первоочередными шагами по изменению данной нормы должны стать¹²:

- значительное увеличение общего порогового значения;
- введение дополнительного критерия, например, указывающего (по аналогии с ЕС) на определенный размер товарооборота сторон (возможно, каждой в отдельности) на территории России или предусматривающего определенный размер инвестиций сторон в совместную деятельность на территории России.

¹⁰ В рамках ЕС минимальный порог по мировому товарообороту составляет примерно 120 млрд руб.

¹¹ Пояснительная записка к рассматриваемому законопроекту не содержит в себе каких-либо обоснований в отношении данной нормы и, в частности, в отношении величины порогов.

¹² Стоит отметить, что изменение данной нормы автоматически не означает и не может являться обоснованием для введения указанного механизма контроля, на что было указано выше.

В любом случае, какие бы порог и критерий не были установлены, можно говорить о том, что, если проект будет принят, в российском законодательстве появится отдельная процедура обязательного согласования соглашений о совместной деятельности, оценка которых будет проводится ФАС России на основе отдельного методического документа — Разъяснений. При этом сами Разъяснения представляют собой достаточно комплексный документ, как с точки зрения указанных в нем критериев, так и с точки зрения существующей многоступенчатой процедуры оценки. Фактически, это одни из наиболее объемных и подробных разъяснений ФАС России. В этой связи мы полагаем целесообразным остановиться на некоторых ключевых положениях данного документа, а также осветить отдельные спорные моменты.

Стоит сразу отметить, что с принятием Четвертого антимонопольного пакета Разъяснения, вероятнее всего, также подвергнутся отдельным техническим корректировкам, однако мы не ожидаем каких-либо существенных изменений, поэтому в своем анализе будем опираться исключительно на текущую версию документа.

Согласно Разъяснениям под соглашением о совместной деятельности понимаются заключенные по российскому или зарубежному праву соглашения между хозяйствующими субъектами, включая соглашения, предусматривающие создание нового юридического лица или совместное участие сторон в существующем юридическом лице, и иные соглашения, опосредующие совместную деятельность сторон и соответствующие следующим критериям:

- стороны такого соглашения объединяют ресурсы для достижения целей совместной деятельности и/или осуществляют взаимные инвестиции для достижения целей совместной деятельности;
- стороны совместно несут риски, связанные с совместной деятельностью;
- информация об осуществлении совместной деятельности или создании совместного предприятия является публичной.

Данное определение, на наш взгляд, является достаточно широким и при желании позволяет рассматривать в качестве соглашения о совместной деятельности практически любую договоренность участников (акционеров) юридического лица, что может напрямую влиять на возникновение обязанности по его согласованию.

Вместе с тем, мы полагаем, что указанное определение, а соответственно и обязанность, не должны распространяться на соглашения участников (акционеров), регулирующие отдельные вопросы управления компанией (голосование на общих собраниях, формирование органов управления,

распределение прибыли и т.д.), даже если эти соглашения предусматривают, например, обязанности сторон по финансированию деятельности компании.

С нашей точки зрения, такие соглашения не соответствуют сути совместной деятельности в том понимании, в котором данный термин использует ФАС России. В этой связи в Разъяснениях (а, возможно, и на уровне Закона) целесообразно было бы дополнительно отразить те виды соглашений, которые не могут считаться соглашениями о совместной деятельности для целей их согласования с ФАС России.

Также отдельно хотелось бы обратить внимание на последний критерий, связанный с публичностью соглашения. Не совсем понятно, в какой момент времени и до какой степени такое соглашение должно считаться публичным.

С одной стороны, публичность является критерием отнесения соглашения к рассматриваемому типу, то есть, например, на момент подачи проекта соглашения в ФАС России оно должно предусматривать в себе положения о публичности. С другой стороны, в пояснении к данному пункту указывается, что соглашение будет считаться публичным в случае его согласования с ФАС России в обязательном или добровольном порядке, то есть, видимо, уже после принятия ФАС России решения. Таким образом, не совсем ясно, нужно ли включать в соглашение (проект соглашения) какие-то специальные нормы о публичности или такие положения будут применяться автоматически.

Как уже было указано выше, возникает вопрос и о границах публичности того или иного соглашения. Представляется, что ФАС России все же имела в виду некую общую информацию о совместной деятельности, которая будет находиться в открытом доступе (например, на интернет-сайтах сторон), и не преследовала цели раскрытия ключевых условий такого соглашения (сомнение вызывает не столько сам критерий, сколько указание на публичность соглашения в случае его согласования с ФАС России). В противном случае данное требование может вызвать вопросы со стороны участников потенциального СП, что приведет к включению в соответствующие соглашения лишь декларативных норм для целей согласования, а реальные коммерческие и иные условия сотрудничества будут отражаться в отдельных сопутствующих документах.

Исходя из опыта взаимодействия с ФАС России, мы все же предполагаем, что под публичностью должно пониматься опубликование сведений о факте согласования проекта соглашения с ФАС России и самой общей информации о планируемой деятельности сторон в рамках такого соглашения. Вместе с тем, при согласовании соглашений с ФАС России мы бы рекомендовали отдельно

указывать как в проекте соглашения, так и в заявлении (ходатайстве), подаваемом в антимонопольный орган, какая информация может быть раскрыта, а какая представляет собой коммерческую тайну и не подлежит опубликованию.

Важно также отметить, что в Разъяснениях урегулирован один из ключевых аспектов совместной деятельности, а именно: отказ сторон соглашения от конкуренции друг с другом или с СП на товарном рынке, на котором стороны планируют осуществлять совместную деятельность и/или создать СП (соответствующий товарный рынок), либо на смежных с ним рынках, в том числе отказ от деятельности на определенной территории. Так, например, может признаваться допустимым отказ от производства товара, аналогичного производимому СП, отказ от самостоятельной реализации товара на соответствующем рынке, отказ от приобретения акций/долей в уставном капитале компаний, осуществляющих деятельность аналогичную деятельности СП в границах одного рынка. При этом немаловажно, что перечень таких ограничений является открытым. Это позволяет сторонам использовать схожие по характеру ограничения, не предусмотренные Разъяснениями.

Вместе с тем, для того чтобы положения о неконкуренции могли быть признаны допустимыми, они должны отвечать ряду критериев (*общие критерии допустимости*):

- соответствовать целям совместной деятельности;
- распространяться только на те рынки, на которых действуют стороны рассматриваемого соглашения в рамках совместной деятельности;
- ограничиваться временным периодом, необходимым для обеспечения возврата инвестиций сторон Соглашения и получения ими прибыли (см. «Важно»);
- не предусматривать обмен информацией, которая может облегчить поддержание картеля или осуществление ограничивающих конкуренцию согласованных действий (в частности, о ценах, издержках, загрузке мощностей, объемах выпуска и т.д.).

Помимо соответствия вышеуказанным общим критериям для признания соглашения допустимым требуется провести оценку и ряда других обстоятельств: рыночных долей сторон соглашения на соответствующем товарном рынке, возможности сторон соглашения устранить или ограничить конкуренцию, иных возможных последствий реализации соглашения.

Так, в соответствии с Разъяснениями, недопустимыми являются соглашения, способные привести к устранению конкуренции. О возможности наступления такого последствия свидетельствуют

ВАЖНО

По общему правилу максимальный срок такого ограничения по времени составляет 6–7 лет. В случае необходимости установления более длительного срока ФАС России может запросить дополнительное экономическое обоснование, а также провести опрос участников рынка и/или экспертов. В то же время, стоит отметить, что в европейской практике такие ограничения обычно допускаются на срок существования СП. Вероятно, установление общего срока действия ограничений обусловлено опасениями относительно возможных злоупотреблений со стороны участников рынка, которые могут использовать соглашения о совместной деятельности, одобренные ФАС России, для целей осуществления антиконкурентной деятельности.

наличие совокупной доли сторон соглашения более 35% на соответствующем товарном рынке, его высокая концентрация, а также высокие барьеры входа и импорта. В случае если какой-либо из вышеуказанных критериев не выполняется, предполагается, что риск устранения конкуренции является невысоким, однако реализация соглашения может повлечь ее ограничение. В таком случае должен проводиться дополнительный анализ с целью выяснения, насколько такое ограничение соответствует положительному эффекту от его реализации. Фактически это означает проверку соглашения на предмет соответствия уже знакомым нам критериям, указанным в части 1.1 статьи 13 действующей редакции Закона.

Если же совокупная доля сторон соглашения не превышает 35% или стороны ранее не являлись участниками соответствующего рынка, то по общему правилу реализация соглашения не может привести к устранению или ограничению конкуренции. В такой ситуации указанные положения должны соответствовать лишь общим критериям допустимости (см. выше).

Стоит отметить, что указанная процедура оценки достаточно сложна и, что более важно, изначально не рассчитана на самостоятельное применение, поскольку в пункте 1 раздела 1 Разъяснений указано, что данный документ предназначен исключительно для анализа соглашений, требующих получения предварительного согласия антимонопольного органа или представленных в антимонопольный орган в добровольном порядке. Рассматриваемое положение, на наш взгляд, фактически означает, что ФАС России изначально не преследовала цели создания разъяснений, которые были бы направлены, в том числе, на самостоятельное применение любым хозяйствующим субъектом. В то же время, мы не видим причин, почему Разъяснения не могут учитываться участниками рынка при оценке своей деятельности и использоваться в качестве правового аргумента (возможно, не самого сильного) при спорах с ФАС России.

Учитывая вышеизложенное, допускаем, что не все участники рынка захотят тратить много времени и ресурсов (например, на привлечение

Качество предварительной работы с соглашением и грамотное определение «болевых точек» напрямую отражаются на его дальнейшей судьбе и возможности привлечь стороны к ответственности в рамках действующего российского законодательства.

ряда внешних экспертов) на согласование проекта соглашения с ФАС России (если такое согласование, конечно, не будет попадать под обязательные случаи). В этой связи, хотелось бы предостеречь участников рынка от использования в текстах соглашений различных оговорок с целью избежать «ненужных» бюрократических процедур. Процедура согласования, на наш взгляд, не может подменяться такими «альтернативными» методами, как, например, оговорки в тексте соглашения в отношении действия тех или иных положений исключительно в рамках ограничений, предусмотренных соответствующим законодательством (*to the extent permitted by law*). С большой долей вероятности наличие такой оговорки само по себе не будет учитываться в качестве надлежащего правового аргумента при рассмотрении дела о нарушении требований антимонопольного законодательства, поскольку непонятно кто, когда и в какой форме должен проводить оценку на соответствие данных положений применимому законодательству¹³.

Соответственно, качество предварительной работы с соглашением и грамотное определение «болевых точек» напрямую отражаются на его дальнейшей судьбе и возможности привлечь стороны к ответственности в рамках действующего российского законодательства. Более того, практика показывает, что указанная работа также может быть использована и по другим направлениям взаимодействия с ФАС России (например, в рамках рассмотрения дел, подготовки ответов на запросы, согласования иных сделок).

Достаточно интересным в свете Четвертого антимонопольного пакета выглядит положение Разъяснений, которое говорит о недопустимости отдельных условий соглашения, которые могут повлечь нарушение сторонами статьи 10 Закона, устанавливающей запреты для доминирующих субъектов. Это означает, что ФАС России придется в каждом конкретном случае (где такие условия включены в соглашение) определять наличие или отсутствие доминирующего положения сторон. При этом такой анализ, по всей видимости, в скором времени будет проводиться в отсутствие реестра лиц, занимающих доминирующее положение (в случае исключения данного института Четвертым антимонопольным пакетом).

¹³ Такой подход разделяется и Европейским Судом (см.: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39839/39839_1210_4.pdf).

Конечно, с одной стороны, ФАС России может достаточно легко получить необходимые материалы и информацию для анализа (которая, в том числе, может быть запрошена у сторон соглашения). Однако, с другой стороны, такая комплексная работа обязательно потребует больших временных затрат, что может негативно сказаться на сроках рассмотрения заявлений (ходатайств). Мы также не исключаем, что данный анализ является лишь формальностью, как это зачастую происходит при рассмотрении иных сделок в рамках контроля за экономической концентрацией. Вместе с тем, известная нам практика согласования соглашений о совместной деятельности (в том числе, существовавшая до принятия Разъяснений), напротив, указывает на серьезный подход ФАС России к анализу подобных документов.

Соответственно, прежде чем запустить процедуру согласования, стороны соглашения должны понимать, что срок согласования с определенной долей вероятности превысит установленные законом тридцать дней и, что более важно, стороны фактически могут быть признаны доминирующими на определенном товарном рынке. Данный факт может повлечь за собой дополнительные ограничения при осуществлении хозяйственной деятельности, выражающиеся, например, в выдаче предписания уже на этапе принятия положительного решения, что с большой долей вероятности затруднит жизнь любому и в особенности доминирующему субъекту.

Таким образом, еще раз отметим, что даже если абстрагироваться от того факта, что Разъяснения формально не направлены на их самостоятельное применение, получение участниками рынка более-менее четкого ответа о допустимости того или иного соглашения без вовлечения ФАС России в большинстве случаев будет затруднено ввиду, как минимум, необходимости проведения анализа за рынка. Более того, проведение такого анализа, пусть даже в сокращенном варианте, лишь часть проблемы. Сложность заключается еще и в потенциальном различии его результатов с возможными результатами, полученными ФАС России. В этом случае существует риск признания уже заключенного соглашения нарушающим требования антимонопольного законодательства, что может повлечь за собой всем известные негативные последствия.

В такой ситуации у многих компаний наверняка возникнет вопрос, является ли описанная

Прежде чем запустить процедуру согласования, стороны соглашения должны понимать, что срок согласования с определенной долей вероятности превысит установленные законом тридцать дней и, что более важно, стороны фактически могут быть признаны доминирующими на определенном товарном рынке.

Разъяснения не содержат в себе достаточно важный раздел, посвященный вопросам дальнейшей судьбы соглашения о совместной деятельности и соответствующих возможностей сторон по его изменению.

процедура исключительно российской особенностью процесса согласования или такой подход применяется и в ЕС. Концептуально система, предлагаемая ФАС России, схожа с существующей в ЕС системой оценки и контроля за осуществлением совместной деятельности, которая предусматривает как контроль в рамках экономической концентрации (*merger control*), так и возможность оценки соглашений о совместной деятельности в рамках иных процедур (в процессе рассмотрения дела, в добровольном порядке и т.д.). В этом смысле унификация подходов российского и европейского законодательства выглядит логичной и обоснованной. При этом принципы анализа соглашений о совместной деятельности также являются схожими, а в некоторых случаях российское законодательство содержит даже более либеральные нормы по сравнению с европейским.

В то же время, есть и одно существенное отличие, заключающееся в том, что разъяснения, утверждаемые Европейской Комиссией, изначально направлены на их самостоятельное применение участниками рынка. Соответственно, аргументы, основанные на применении данных разъяснений, учитываются как Комиссией, так и судом в качестве надлежащих правовых аргументов, которые могут свидетельствовать об отсутствии нарушения.

В заключение хотелось бы отметить еще два аспекта, которые, на наш взгляд, также значимы для полноценного применения Разъяснений.

Во-первых, Разъяснения не содержат в себе достаточно важный раздел, посвященный вопросам дальнейшей судьбы соглашения о совместной деятельности и соответствующих возможностей сторон по его изменению. Между тем, потребность изменить соглашение после его согласования с ФАС России на практике возникает довольно часто, однако ни Закон о защите конкуренции, ни Разъяснения не дают четкого ответа, в каких случаях внесение изменений должно быть согласовано с ФАС России и при каких условиях ФАС России может отменить или изменить свое решение (частично данные обстоятельства указаны в статье 35 Закона о защите конкуренции, однако, на наш взгляд, некоторые из них требуют дополнительных пояснений¹⁴). Также не урегулирован вопрос о возможности и процедуре продления срока действия

¹⁴ Например, ч. 9 ст. 35 Закона содержит в себе положение, устанавливающее, что ФАС России может отменить решение о соответствии проекта соглашения требованиям антимонопольного законодательства в случае невыполнения условий соглашения его участниками. Вместе с тем, данная норма не уточняет, в какой степени и в какой части неисполнение такого соглашения может стать причиной для отмены решения ФАС России.

решения. При этом мы полагаем, что соответствующие ключевые правки следует внести непосредственно в Закон о защите конкуренции (например, в рамках доработки Четвертого антимонопольного пакета), а Разъяснения должны содержать лишь наиболее очевидные примеры и подробные пояснения по определенному роду вопросов.

Во-вторых, не до конца определен правовой статус Разъяснений. Как уже отмечалось, данный документ был утвержден на заседании Президиума ФАС России, а это значит, что Разъяснения не только не являются нормативным актом, но и не оформлены каким-либо иным (ненормативным) актом, изданным ФАС России (например, в форме письма). Соответственно, применяя Разъяснения, как антимонопольный орган, так и участники рынка, должны четко понимать, что данный документ не является обязательным и соответственно ссылки на него при принятии тех или иных решений могут быть опровергнуты в судебном порядке.

Учитывая текущую противоречивую судебную практику, касающуюся оценки различных документов ФАС России на предмет их соответствия признакам нормативного акта¹⁵, мы полагаем, что в целях прояснения статуса Разъяснений целесообразно было бы рассмотреть возможность их утверждения Приказом ФАС России¹⁶, что однозначно сняло бы все вопросы о правовой природе данного документа, или, по крайней мере, иным (ненормативным) актом ФАС России, что могло бы дать определенную степень уверенности в отношении стабильности существования и содержания таких Разъяснений.

Резюмируя вышеизложенное, мы приходим к выводу, что интенсивность регулирования отношений в сфере совместной деятельности в настоящий момент увеличивается, что неизбежно повлечет за собой рост числа споров и дел и, соответственно, позволит более четко понять, какие проблемы возникают у участников рынка и в каком направлении будет двигаться практика применения антимонопольного законодательства в данной сфере. А правильное понимание проблемы, как известно, половина ее решения.

Неминуций А. В.,
юрист антимонопольной
и корпоративной практики
международной юридической
фирмы Goitsblat BLP LLP

¹⁵ Решение ВАС РФ от 24.06.2014 № ВАС-7907/2013, Определение ВАС РФ от 15.07.2014 № ВАС-5428/14.

¹⁶ Вероятно, это потребует внесения изменений в ст. 23 Закона о защите конкуренции, однако, с учетом того, что Четвертый антимонопольный пакет еще не принят, данные изменения можно было бы включить в текущий проект поправок.

Российское конкурентное право и экономика

ЧАСТЬ 3

№ 3(12) 2014

Выбор модели антимонопольной политики регулирования телекоммуникационного рынка и ее основополагающих принципов оказывает непосредственное воздействие на развитие конкуренции в данной сфере. В статье «**Антимонопольное регулирование телекоммуникационного рынка**» руководитель программы «МВА-Телеком» бизнес-школы «МИРБИС», кандидат физико-математических наук **Евгений Борисович Соломатин**, директор департамента управления регуляторными рисками ОАО «МТС», кандидат юридических наук **Андрей Викторович Рего** и руководитель направления по совершенствованию отраслевого законодательства департамента управления регуляторными рисками ОАО «МТС» **Сергей Витальевич Войченко**, опираясь на опыт США и Евросоюза, формулируют основные положения концепции развития российского телекоммуникационного рынка.

Статья «**Возможные направления совершенствования положений Четвертого антимонопольного пакета о Президиуме ФАС России**» адвоката, руководителя антимонопольной практики Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры» г. Москвы, члена Некоммерческого партнерства «**Содействие развитию конкуренции**» **Олега Андреевича Москвитина** посвящена развитию полномочий Президиума Федеральной антимонопольной службы и, прежде всего, такому новому для российского конкурентного права институту, как внутриведомственный пересмотр решений и предписаний территориальных антимонопольных органов. Официальная точка зрения Федеральной антимонопольной службы России по данному вопросу отражена в «**Комментарии ФАС России**», подготовленном кандидатом юридических наук, заместителем начальника Правового управления ФАС России, преподавателем кафедры конкурентного права Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА) **Денисом Александровичем Гавриловым**.

В статье «**Антимонопольный комплаенс**», подготовленной директором, руководителем практики по коммерческому праву и антимонопольному регулированию ПрайсвотерхаусКуперс Лигал СНГ Б. В. **Дарьей Владимировной Тарасовой** и младшим юристом ПрайсвотерхаусКуперс Лигал СНГ Б. В. **Александром Александровичем Ладейщиковым** дается обзор основных подходов к антимонопольному комплаенсу в зарубежных государствах, исследуются некоторые ключевые вопросы антимонопольного комплаенса в России, а также причины актуальности этого направления для бизнеса. По итогам исследования авторы предлагают меры по совершенствованию текущего регулирования антимонопольного комплаенса в нашей стране.

АНТИМОНОПОЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ТЕЛЕКОММУНИКАЦИОННОГО РЫНКА

ОПЫТ США И ЕВРОСОЮЗА

Выбор эффективной модели антимонопольной политики регулирования телекоммуникационного рынка и ее основополагающих принципов — ключевой дискуссионный вопрос между регуляторами и участниками рынка. Каким образом это отражается на развитии конкуренции? Ответ на поставленный вопрос может дать сравнительный анализ опыта США и Евросоюза.

Текущая практика регулирования телекоммуникационного рынка ЕС подвергается жесткой критике со стороны его участников, поскольку объективно приводит к снижению темпов роста в отрасли, доходов и скорости внедрения новых услуг. Для сравнения, модель регулирования, действующая в США, показывает большую эффективность с точки зрения достигнутых результатов.

Наглядно ситуацию демонстрируют показатели рынка мобильной связи. По данным международной ассоциации *GSMA*¹, в 2012 году уровень *ARPU* в США составлял 69 долл. США, а в среднем по ЕС — лишь 38 долл. США. При этом *APPM* в ЕС была на уровне 10 центов, в то время как в США в три раза меньше — всего 3 цента². США выигрывают по *ARPU* за счет большей разговорной активности абонентов (превышает европейскую более чем в пять раз), характеризуемой показателем *MOU*: по итогам 2012 года *MOU* в США составил 900 мин., в то время как в ЕС — всего лишь 170.

Более высокий уровень активности абонентов в США основан на безлимитных тарифных

ДЛЯ СПРАВКИ

Average Revenue per User (ARPU) — среднемесячный доход от услуг мобильной связи на одного абонента независимо от числа используемых им *SIM*-карт и устройств.

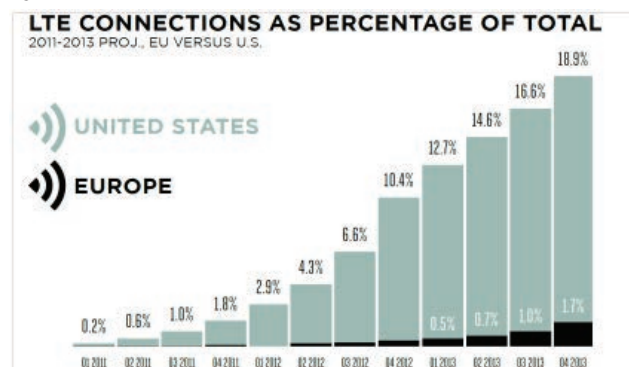
Average Price per Minute (APPM) — средняя цена минуты разговора по мобильной связи.

Minutes of Use (MOU) — количество минут разговора в месяце на одного абонента.

¹ GSMA. Mobile Wireless Performance in the EU & the US. MAY 2013. http://www.gsmamobilewirelessperformance.com/GSMA_Mobile_Wireless_Performance_May2013.pdf.

² В России *APPM* составляет порядка 4 центов.

Рис. 1. Доля абонентов, имеющих доступ к сети *LTE* в ЕС и США, 2012 г.



Источник: *GSMA, Wireless Intelligence*

планах, системе контрактных продаж (абонент заключает договор на 1–2 года), большем среднем количестве подключаемых абонентами устройств (*SIM*-карт), а также на субсидировании телефонов и абонентских устройств. В свою очередь, безлимитные тарифные планы на розничном уровне стимулируются нулевыми тарифами на оптовом³.

Рынок ЕС кардинально отстает от рынка США и по темпам внедрения технологий *LTE* (рис. 1), а также новых услуг, основанных на высокоскоростном мобильном доступе в Интернет. Европейская модель регулирования привела к появлению

³ Для регулирования межоператорского взаимодействия в США ввиду имеющихся особенностей применяется модель взаиморасчетов *Bill & Keep*, которая не нашла развития практически больше ни в одной стране.



Европейская модель регулирования привела к появлению фрагментированной рыночной структуры, которая в большинстве своем не дает операторам получать преимущества от масштабируемости бизнеса и ограничивает возможность дальнейшего развития современной мобильной экосистемы.

фрагментированной рыночной структуры, которая в большинстве своем не дает операторам получать преимущества от масштабируемости бизнеса и ограничивает возможность дальнейшего развития современной мобильной экосистемы.

Ранее считалось общепринятым, что либерализованные рынки с низким уровнем монополизации и высоким уровнем конкуренции «автоматически» запускают механизмы, ведущие к снижению потребительских цен и увеличению показателей развития отрасли, включая темпы ее роста. Однако анализ практики за последние 10 лет показал, что этот тезис можно применять только к традиционным рынкам или сегментам рынка с моноуслугой, имеющей достаточно высокую степень зрелости и слабую динамику развития.

Для динамичных рынков с сокращенным жизненным циклом продуктов (обычно ассоциируются с услугами высокоскоростного доступа в Интернет), высоким уровнем инновационной составляющей, развитой системой партнерств и ориентацией на услуги, в предоставлении которых участвует несколько игроков цепочки стоимости, соотношение

между структурой рынка и показателями развития является более сложным и неоднозначным, чем для «классических» зрелых рынков. Именно поэтому на новых инновационных рынках классическая модель регулирования, созданная для «стимулирования конкуренции», в средне- и долгосрочной перспективе может привести к неожиданным последствиям, в том числе, вопреки предположениям, к негативному влиянию на состояние конкуренции.

Каждый из национальных рынков Европы более монополизирован, чем в США, но при этом они гораздо меньше по размеру абонентской базы. Например, число абонентов крупных игроков мобильной связи в США превышает все население Германии или Франции. Это — первая причина, по которой рынок США более эффективен.

Вторая причина отставания ЕС от США заключается в том, что, так называемый, европейский «единый» рынок на практике сильно фрагментирован — он состоит из национальных, практически обособленных рынков, что не дает операторам возможность использовать «эффект масштаба». Многочисленные европейские операторы предлагают своим клиентам разнообразный спектр услуг, а это приводит к росту удельных затрат и препятствует инвестициям в современные технологии и сервисы, а самое главное — в создание мобильных сетей связи нового поколения, без которых активное развитие рынка невозможно.

Рынок мобильной связи на современном этапе развития характеризуется конкуренцией на уровне «платформ».



Текущее регулирование в ЕС стимулирует ценовую конкуренцию и дифференциацию, основанную на развитии типовых услуг с заданными параметрами качества и функциональностью.

Таким образом, оценка уровня конкуренции сама по себе не позволяет сделать выводы о перспективах развития телекоммуникационного рынка конкретной страны. Более того, искусственное стимулирование высокого уровня конкуренции может быть контрпродуктивно, так как каждый из игроков имеет очень небольшую клиентскую базу и не способен конкурировать с крупными интернациональными игроками. Именно это и происходит в ЕС.

Культурные, демографические и географические факторы объясняют различия в показателях эффективности телекоммуникационных рынков США и ЕС также лишь частично. Ключевой фактор — принципиальное различие в их регулировании.

В Европе изначально при формировании подходов к регулированию (1998–2002 гг.) была сделана ставка на предупреждающем директивно-отраслевом регулировании (*ex ante*), задача которого — либерализация рынка и предоставление новым игрокам возможности приобрести достаточный опыт работы, а также получить необходимый уровень доходов (доли рынка) для инвестирования в развитие собственной сети. При этом предполагалось, что переход на антимонопольное регулирование постфактум (*ex post*) будет осуществлен только после установления

высокого уровня конкуренции, в первую очередь, в операторской инфраструктуре. В США же, напротив, вмешательство регулятора изначально в основном носило характер постфактум (*ex post*).

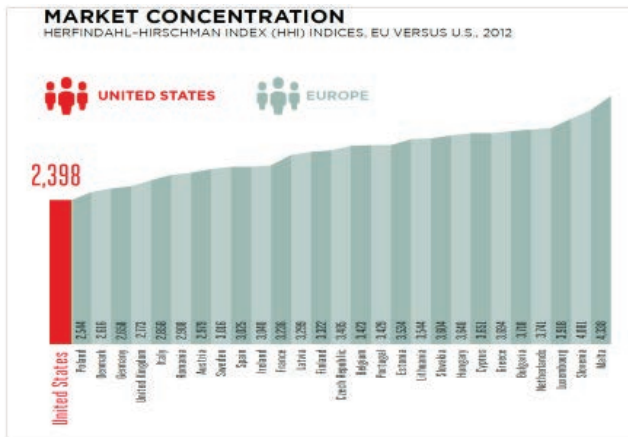
Необходимо отметить, что рынок мобильной связи на современном этапе развития характеризуется конкуренцией на уровне «платформ». На таком рынке продавцы услуг конкурируют друг с другом за счет формирования наиболее востребованных у потребителя пакетов дополняющих друг друга услуг и продуктов, включающих не только телекоммуникационные услуги, но и мобильные устройства (телефоны, смартфоны и т.д.), а также набор дополнительных услуг (контент, мобильная коммерция, различные приложения). Таким образом, высокотехнологичные и инновационные рынки являются «многосторонними» с точки зрения числа вовлеченных участников. Продается результат деятельности всей экосистемы. Ее успех зависит от степени конкурентоспособности и скорости реакции на потребности рынка каждого элемента и каждого участника (не только оператора).

На таком рынке мобильные операторы конкурируют уже не за пассивного абонента, «качающего» трафик, а за активного пользователя, который сам генерирует исходящий трафик за счет использования приложений от других участников экосистемы. Следовательно, успех определяется не только «экономией на масштабе» (*effect of scale*), но и умением расширять набор сервисов и дифференцировать свой продукт от других игроков путем применения партнерских схем и соглашений (*effect of scope*).

АНТИМОНОПОЛЬНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

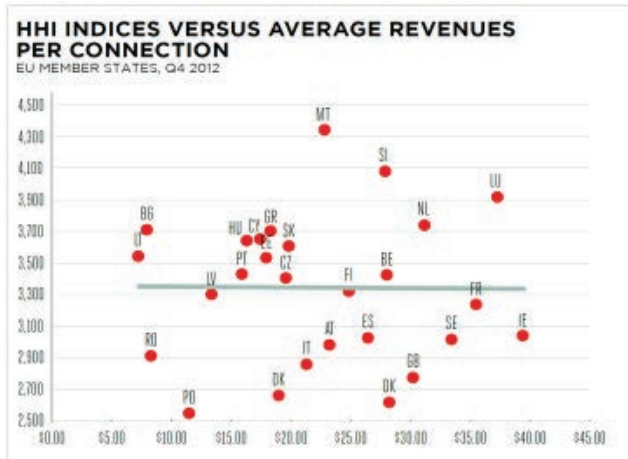
МЕЖДУНАРОДНАЯ ПРАКТИКА

Рис. 2. Индексы *HHI* в США и странах Европы



Источник: *GSMA, 2013*

Рис. 3. Сопоставление уровня конкуренции (*HHI*) и *ARPU* для стран ЕС и США, 2012 г.



Источник: *GSMA, 2013*

Текущее регулирование в ЕС стимулирует ценовую конкуренцию и дифференциацию, основанную на развитии типовых услуг с заданными параметрами качества и функциональностью. Это ведет к коммодитизации продуктов (т.е. переход продукта из марочной категории в категорию рядовых продуктов) и индустрии в целом и, как следствие, к падению рынка. При этом в условиях падения цен на базовые услуги доступа «расцветают» игроки, предоставляющие услуги «поверх» сетевой инфраструктуры оператора связи — услуги *Over-The-Top (OTT)*, основными бизнес-задачами которых являются создание в сети Интернет пользовательских сервисов и предоставление их максимальному количеству пользователей. Новые сервисы замещают традиционные услуги. При этом, в отличие от оператора связи, у новых игроков нет необходимости увеличивать пропускную способность сетей связи, развивать и обслуживать сети — возникает замкнутый круг.

Таким образом, для высокотехнологичных и инновационных рынков необходима модель регулирования, поощряющая развитие партнерств и экосистемы в целом как единой платформы и стимулирующая главным образом не ценовую, а продуктовую конкуренцию. При этом необходимо, чтобы регулятор оценивал влияние принимаемых решений не только на традиционных игроков (операторов связи), но и на других участников, в том числе поставщиков интернет-сервисов, которые, как уже было сказано, активно конкурируют с операторами. К сожалению, текущая регуляторная политика ЕС, в отличие от политики США, приводит не просто к падению доходов, но и, как следствие, к снижению уровня инвестиций.

Показательно сравнение динамики ежегодного объема инвестиций в развитие инфраструктуры мобильной связи в США и ЕС. В 2007 году операторы США инвестировали в среднем по 129 долл. на одного нового абонента, тогда как в ЕС — 78 долл. В 2007–2013 годах в США наблюдался ежегодный 9%-ный рост инвестиций, и уже к 2013 году их объем превысил уровень 2007 года на 74%. В ЕС же, напротив, объем инвестиций снизился по сравнению с базовым 2007 годом на 3%⁴. Как следствие, ЕС по проникновению сетей на базе *LTE* на порядок отстает от США.

По динамично развивающимся рынкам, таким как рынок мобильной связи, нет фактов, подтверждающих негативное влияние концентрации на показатели эффективности их развития. Анализ *GSMA* показывает, что рынок США характеризуется наименьшим значением индекса Герфиндала-Хиршмана (*HHI*), то есть более высоким уровнем конкуренции (рис. 2). При этом одновременно с высоким уровнем конкуренции операторы имеют большую абонентскую базу, что позволяет им реализовать эффект масштаба. Напротив, существование в ЕС значительного числа небольших рынков, хоть и с более высоким уровнем концентрации, не дает возможности осуществлять значительные инвестиции.

Для России, по оценкам экспертов, значение *HHI* на рынке мобильной связи составляет 2,430, то есть наша страна по уровню конкуренции лишь немного уступает США (*HHI* = 2,398) и опережает все страны ЕС.

Рисунок 3 показывает, что нет значимой статистической зависимости между показателями *HHI* и *ARPU*. При этом имеется слабая корреляция между более высоким уровнем концентрации и низким уровнем цен. Таким образом, антимонопольная политика, направленная исключительно на искусственное поощрение ценовой конкуренции путем либерализации рынка и снижения уровня его

⁴ Динамика роста ежегодных инвестиций в инфраструктуру мобильных сетей. Сравнение США и Европы. Goldman Sachs, GSMA, 2013.



концентрации, на телекоммуникационном рынке, очевидно, не приводит к ожидаемым результатам.

Современные процессы развития рынка предполагают частое обновление продуктового ряда, что невозможно без значительных и высокорискованных инвестиций. На «монорынках» со слабо выраженной динамикой наблюдается зависимость: чем ниже концентрация, тем ниже цены, то есть тем выше ценность для потребителей и их благосостояние. При этом нет зависимости между уровнем рыночной концентрации и уровнем развития инноваций.

Напротив, на динамично развивающихся рынках рост числа новых игроков может привести к уменьшению стимулов к инновациям и инвестициям и, как следствие, к падению благосостояния потребителей. При этом под благосостоянием понимается не столько цена, сколько доступ к максимально возможному числу разнообразных интегрированных продуктов и услуг.

Таким образом, с позиции регулятора целесообразно принимать во внимание указанные эффекты стимулирования в рамках перспективной модели регулирования отрасли, если имеется цель

Антимонопольная политика, направленная исключительно на искусственное поощрение ценовой конкуренции путем либерализации рынка и снижения уровня его концентрации, на телекоммуникационном рынке, очевидно, не приводит к ожидаемым результатам.

привлечь инвестиции в развитие отрасли и инновационной среды. Следовательно, антимонопольная политика в телекоммуникационной отрасли, которая ориентируется лишь на краткосрочные эффекты и цели «статической эффективности» (например, искусственное директивное удержание цен около порога рентабельности) в ущерб долгосрочной динамической эффективности (стимулирование роста маржинальности и инвестиций), рискует принести рынку «тысячу рублей сейчас» за счет потери «миллиона в будущем».

Аналогично искусственное ограничение процессов консолидации способно создать иллюзию высокой конкуренции и удовлетворения потребностей абонентов в краткосрочном периоде, хотя на самом деле уводит от достижения этих целей.



Кроме того, на рынках, характеризующихся высоким уровнем локализации, ограничение экономической способности операторов к консолидации и получению преимуществ от масштабирования бизнеса может быть заведомо контрпродуктивно, так как снижает возможность достижения новыми услугами и сервисами «точки перелома» (например, уровня проникновения в 10%), после которой эффект масштабирования ведет к резкому росту темпов бизнеса и уровня проникновения.

Итак, фрагментация европейского рынка в сочетании с «расфокусированной» политикой регуляторов привела к тому, что рыночная эффективность европейской телекоммуникационной отрасли серьезно упала вследствие неспособности европейских операторов и других игроков рынка развивать экосистему, увеличивать доходы и маржинальность на фоне активного развития глобальных интернет-игроков, что привело к сокращению инвестиций в развитие сети, к снижению темпов развития инноваций. При этом опыт регулирования в США оказался более успешным.

Как ни парадоксально, с точки зрения достигнутых результатов действующая модель регулирования телекоммуникационного рынка в России по показателям ближе к США, чем к ЕС. Уровень конкуренции лишь немногим меньше, чем в США, а размер абонентской базы крупнейших операторов больше, чем у операторов ЕС, что позволяет

Искусственное ограничение процессов консолидации способно создать иллюзию высокой конкуренции и удовлетворения потребностей абонентов в краткосрочном периоде, хотя на самом деле уводит от достижения этих целей.

использовать эффект масштаба. Однако это вовсе не должно означать, что принятые в США или ЕС принципы регулирования телекоммуникационной отрасли применимы к отечественным реалиям либо их необходимо заимствовать. Так, несмотря на то, что в США на рынке интерконнекта в силу многих особенностей применяется фактически нулевая цена на терминацию на мобильные и фиксированные сети, а в РФ она существует, использование отечественными мобильными операторами модели стимулирования внутрисетевых звонков приводит к снижению тарифов на услуги. Фактическое отсутствие государственного регулирования межоператорских тарифов и цен для конечных пользователей на рынке мобильной связи РФ и стимулирование конкуренции привело к успешному развитию мобильных операторов, накоплению ими инвестиций для строительства и развития инфраструктуры на основе перспективных технологий 3G и 4G.

Будущая политика регулирования телекоммуникационного рынка, в том числе антимонопольная, должна избегать взгляда на рынок, базирующегося на узких определениях сетей, услуг и технологий.



В России необходим подход, основанный на анализе полной цепочки создания стоимости и на учете интересов всех типов игроков в условиях доминирования «платформенной» бизнес-модели, взаимопроникновения и совместного развития технологий.

Ключевым вопросом, как представляется, может стать отказ от концепции обязательного поощрения присутствия большего количества различных игроков на том или ином рынке, а также от идеи ценового регулирования на межоператорском уровне на нерегулируемых сегодня рынках. Ранее имелось понимание того, что новые игроки, получив определенные преференции на организацию наложенных услуг на базе инфраструктуры других игроков, в перспективе начнут развивать собственную инфраструктуру и инвестировать в развитие отрасли (концепция «лестницы инвестиций»). Однако в ЕС этого не произошло — такие игроки зачастую использовали стратегию демпинга на рынке в целях расширения абонентской базы и дальнейшей продажи бизнеса, что подрывало рынок в целом.

Таким образом, необходимо создавать именно равные условия и сокращать разрыв между мягкостью регулирования (или его отсутствием) в отношении новых игроков (включая ОТГ-игроков), которые не создают инфраструктуру и не инвестируют в ее развитие, и избыточностью регулирования существующих игроков, включая крупных мобильных операторов.

Если государство в долгосрочной перспективе планирует стимулировать развитие сетей на базе новых технологий (как фиксированных, так и мобильных), следует опираться на существующий рынок, участники которого заинтересованы в долгосрочном строительстве инфраструктуры за счет собственных инвестиций, и не ограничивать гибкость используемых такими операторами бизнес-моделей путем избыточного ценового регулирования на оптовом и розничном уровнях, основанного на модели расчета затрат.

Соломатин Е. Б.,
канд. физ.-мат. наук,
руководитель программы «МВА-Телеком»
бизнес-школы «МИРБИС»

Рого А. В.,
канд. юрид. наук,
директор департамента
управления регуляторными рисками
ОАО «МТС»

Войченко С. В.,
руководитель направления
по совершенствованию
отраслевого законодательства
департамента управления
регуляторными рисками ОАО «МТС»

ВОЗМОЖНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ПОЛОЖЕНИЙ ЧЕТВЕРТОГО АНТИМОНОПОЛЬНОГО ПАКЕТА О ПРЕЗИДИУМЕ ФАС РОССИИ

Автор выражает признательность всем участникам НП «Содействие развитию конкуренции», принимавшим участие в обсуждении данной проблематики, за мнения, идеи и конструктивную критику, которые позволили сформировать изложенные в этой статье предложения

Создание и активная деятельность Президиума ФАС России¹ имеют большой положительный потенциал в упорядочивании практики антимонопольных органов, повышении законности в этой сфере. Рассмотрение Президиумом Федеральной антимонопольной службы жалоб на решения и предписания антимонопольных органов может стать эффективным и оперативным средством защиты интересов бизнеса, граждан и общества в целом.

С момента появления первого текста Четвертого антимонопольного пакета² положения Законопроекта, касающиеся полномочий и порядка деятельности Президиума, были значительно дополнены и детализированы. В частности, принципиально важно, что в настоящее время Законопроект предусматривает право участников антимонопольного дела участвовать в заседании Президиума по рассмотрению жалобы.

Не менее существенно, что текущая редакция Законопроекта предполагает возможность пересмотра решений и предписаний антимонопольных органов только при поступлении соответствующих жалоб от участников антимонопольного разбирательства.

Как представляется, первая редакция соответствующих положений не исключала (формально) пересмотр антимонопольных дел по собственной инициативе Президиума, что означало бы, на наш взгляд, недопустимое вмешательство административного органа в отношении хозяйствующих субъектов, которые могут быть согласны с принятым

¹ Далее также Президиум.

² Далее также Законопроект.

ВАЖНО

При отсутствии жалоб по конкретным делам функция Президиума по упорядочиванию правоприменения должна выполняться при обнаружении «отклоняющихся» от практики решений/предписаний путем дачи обязательных разъяснений антимонопольным органам о правильном применении законодательства.

по их делу решением, предписанием; создавало бы неопределенность, нестабильность в правоотношениях, установленных решением, предписанием.

В то же время, на наш взгляд, требуется дальнейшая существенная доработка положений о Президиуме. В настоящей статье описывается ряд необходимых, по нашему мнению, поправок такого рода (но не все из них).

ОТНОСИТЕЛЬНО ФУНКЦИИ ПРЕЗИДИУМА ПО РАЗЪЯСНЕНИЮ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКИ

1. Для обеспечения единообразия практики антимонопольного правоприменения целесообразно четко установить значение разъяснений Президиума ФАС России (проект абзаца первого ч. 5 ст. 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ

Принципиально важно, что в настоящее время Законопроект предусматривает право участников антимонопольного дела участвовать в заседании Президиума по рассмотрению жалобы.

«О защите конкуренции»³) как обязательных для всех антимонопольных органов. Такой статус имеют сегодня, например, разъяснения Министерства финансов Российской Федерации для налоговых органов (пп. 5 п. 1 ст. 32 НК РФ). В настоящее время такое положение в Четвертом антимонопольном пакете отсутствует (хотя, возможно, и предполагается).

При этом, безусловно, разъяснения Президиума ФАС России и, соответственно, практика антимонопольных органов не должны противоречить, например, правовым позициям Высшего Арбитражного Суда РФ и образованного в ходе судебной реформы объединенного Верховного Суда РФ.

Толкование закона высшими судами, безусловно, должно иметь приоритет над разъяснениями Президиума ФАС России как административного органа. При этом, мы полагаем, коллизии позиций Президиума и судов удастся избежать, так как центральный аппарат антимонопольной службы традиционно оперативно реагирует на формирование и изменение судебной практики.

Кроме того, нельзя не отметить, что форма издания разъяснений Президиумом (когда они принимаются совместно руководителем ФАС России, его заместителями, начальниками управлений) не может не вызывать поддержку и должна обеспечивать максимальную взвешенность и проработанность подобных документов.

2. Также следует подчеркнуть целесообразность наделяния Президиума ФАС России полномочиями по даче обязательных для антимонопольных органов разъяснений законодательства о рекламе.

Несомненно, такое полномочие логично прописать в Федеральном законе от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе»⁴. Однако, с точки зрения юридической техники, разумно указать в Законопроекте, что Президиум осуществляет также иные предусмотренные федеральными законами и другими нормативными правовыми актами полномочия (в настоящее время перечень полномочий Президиума сформулирован в Четвертом антимонопольном пакете, скорее, как закрытый).

ОТНОСИТЕЛЬНО ПОЛНОМОЧИЙ ПРЕЗИДИУМА ПО ПЕРЕСМОТРУ РЕШЕНИЙ И ПРЕДПИСАНИЙ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ОРГАНОВ

1. Законопроект наделяет Президиум ФАС России полномочиями по пересмотру решений и предписаний территориальных антимонопольных органов. Однако нарушать единообразие практики (одно из предлагаемых Законопроектом условий для рассмотрения жалоб) могут не только решения и предписания территориальных органов, но и акты комиссий ФАС России.

³ Далее — Закон о защите конкуренции.

⁴ Далее — Закон о рекламе.

В том числе, решения центрального аппарата ФАС России могут отличаться от практики территориальных органов. Следовательно, решения и предписания комиссий федерального антимонопольного органа также должны стать предметом пересмотра в Президиуме. При этом, учитывая значительную разницу в количестве дел, рассматриваемых центральным аппаратом ФАС России и ее территориальными органами, нагрузка на Президиум от такого расширения полномочий, скорее всего, увеличится незначительно.

В то же время возможно, что вопрос подобного расширения полномочий будет решен в дальнейшем, после отработки механизма пересмотра актов территориальных антимонопольных органов.

2. Если говорить об основаниях для пересмотра Президиумом актов антимонопольных органов, то, по нашему мнению, целесообразно установить лишь одно такое основание, максимально конкретное, но допускающее расширительного толкования и обеспечивающее полную прозрачность отбора дел для пересмотра.

Речь идет об указанном в Законопроекте (проект абзаца второго ч. 5 ст. 23 Закона о защите конкуренции) нарушении обжалуемыми актами единообразия в толковании и применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства. Причем это основание может быть еще уточнено и определено, например, как *«нарушение обжалуемыми актами единообразия в толковании и применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства, а именно: их противоречие позиции Президиума, выраженной при разъяснении действующего законодательства или при пересмотре решений и (или) предписаний по делам о нарушении антимонопольного законодательства, позиции комиссии антимонопольного органа, выраженной при рассмотрении другого дела о нарушении антимонопольного законодательства»*.

Что касается второго предусмотренного Законопроектом основания для пересмотра решений и предписаний, то нарушение решением, предписанием прав и законных интересов неопределенного круга лиц, а тем более — абстрактных публичных интересов, не отвечает, на наш взгляд, критериям однозначности и прозрачности. Представляется, что это основание позволяет как принять к пересмотру Президиумом практически любое дело, так и отказать в таком принятии.

Одновременно указанный критерий делает возможной, на наш взгляд, апелляцию в Президиум по многим делам о монополично низких/высоких ценах, антиконкурентных актах и действиях государственных органов и по некоторым другими спорам (неверное, по мнению заявителя жалобы, решение или предписание по данным делам будет затрагивать

В важных, на наш взгляд, дополнениях нуждается и установленный Законопроектом порядок пересмотра решений и предписаний антимонопольных органов.

интересы неограниченного круга лиц, которым были потенциально «адресованы» такие цены, акты, действия, что предполагает возможность пересмотра решения, предписания). При этом дополнительно возникает вопрос о готовности Президиума ФАС России к пересмотру огромного количества дел.

3. По нашему мнению, со временем целесообразно наделить Президиум ФАС России и полномочиями по пересмотру решений и предписаний, нарушающих единообразие в толковании и применении антимонопольными органами норм законодательства о рекламе (с закреплением такого полномочия в Законе о рекламе).

ОТНОСИТЕЛЬНО ПОРЯДКА ПЕРЕСМОТРА ПРЕЗИДИУМОМ РЕШЕНИЙ И ПРЕДПИСАНИЙ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ОРГАНОВ

В важных, на наш взгляд, дополнениях нуждается и установленный Законопроектом порядок пересмотра решений и предписаний антимонопольных органов.

Урегулирование процедуры «фильтрации» жалоб

Как отмечалось выше, Законопроект предполагает определенный фильтр для отбора подлежащих пересмотру актов территориальных органов (основания для их пересмотра Президиумом). В то же время Четвертый антимонопольный пакет не устанавливает порядок и сроки такого отбора (например, порядок, подобный существовавшему ранее в Высшем Арбитражном Суде РФ или применяемому Верховным Судом РФ). Полагаем необходимым, чтобы этот вопрос (как и ряд других), непосредственно касающийся права заявителя жалобы на защиту и рассмотрение его дела Президиумом, был урегулирован непосредственно в Законопроекте, а не на уровне подзаконного акта.

Нельзя не отметить, что в будущем это позволит, в том числе, минимизировать количество споров относительно соответствия тех или иных совершенных при рассмотрении жалоб действий и решений Законопроекту (закону).

Если решение о приемлемости жалобы будет приниматься по итогам ее рассмотрения (проект ч. 10 ст. 23 Закона о защите конкуренции; какие-либо промежуточные решения Президиума Законопроектом не предусмотрены), это приведет к существенному затягиванию разрешения антимонопольного спора по существу, восстановления

нарушенных прав и законных интересов потерпевших, а также не будет соответствовать принципу процессуальной экономии.

Не являлось бы оправданным и возложение на сам Президиум функции «фильтрации» жалоб до их рассмотрения по существу (предполагаемый объем подобной работы парализует деятельность Президиума и всех входящих в него высших должностных лиц ФАС России).

Соответственно, функция отбора жалоб может быть возложена на одно из структурных подразделений ФАС России или на специально созданную для этого структуру, включающую представителей различных подразделений.

В частности, ответственным подразделением может выступать Правовое управление ФАС России с наделением его обязанностью запрашивать позиции других подразделений центрального аппарата (отраслевого, аналитического управлений и др.). Нельзя исключать возможность запроса и учета в таких случаях мнений независимых сторонних экспертов, что также будет способствовать взвешенному и объективному отбору и пересмотру дел.

По итогам проверки жалобы на наличие законных оснований для пересмотра решения или предписания должно приниматься мотивированное определение о передаче дела в Президиум либо об отказе в такой передаче.

Для обеспечения максимальной прозрачности процесса фильтрации жалоб и доверия к процедуре ведомственного пересмотра решений и предписаний можно рекомендовать обязательную публикацию вынесенных определений на сайте ФАС России в разумно короткий срок.

Установление последствий подачи жалобы в Президиум

1. В соответствии с частью 2 статьи 52 Закона о защите конкуренции в случае принятия заявления об обжаловании предписания к производству арбитражного суда исполнение предписания антимонопольного органа приостанавливается до дня вступления решения арбитражного суда в законную силу.

По нашему мнению, аналогичное правило должно быть установлено и для случаев обжалования предписаний антимонопольных органов в Президиум.

Если обращение в Президиум не будет защищать от необходимости исполнения потенциально незаконного предписания, жалобы в Президиум не смогут рассматриваться в качестве эффективного средства

Функция отбора жалоб может быть возложена на одно из структурных подразделений ФАС России или на специально созданную для этого структуру, включающую представителей различных подразделений.

защиты. Согласно проекту части 7 статьи 23 Закона о защите конкуренции жалоба может рассматриваться Президиумом в течение трех месяцев, за которые срок исполнения предписания в большинстве случаев истечет, а адресат предписания будет вынужден нести связанные с его исполнением (либо неисполнением) негативные последствия.

Важно определить и момент, с которого исполнение предписания считается приостановленным, — момент подачи жалобы в Президиум или момент, когда жалоба прошла «фильтр» и была «передана для пересмотра».

Отметим, что в налоговом законодательстве данный вопрос решен в несколько ином ключе. В соответствии с пунктом 1 статьи 101.2 НК РФ обжалованное в апелляционном порядке решение о привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения или об отказе в привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения вступает в силу не ранее его утверждения вышестоящим налоговым органом.

2. Не меньшего внимания заслуживает вопрос о возможной «конкуренции» обжалования решений (предписаний) в Президиум и суд. Согласно имеющейся в Законопроекте редакции части 8 статьи 23 Закона о защите конкуренции Президиум не сможет пересматривать решение (предписание) территориального антимонопольного органа, если такое решение и (или) предписание обжаловано в арбитражный суд.

Следовательно, Президиум не сможет рассмотреть жалобу, даже если заявление о незаконности того же решения (предписания) было принято арбитражным судом, скажем, за день до итогового заседания Президиума. Как минимум, это будет означать нерациональное использование временных и интеллектуальных ресурсов Президиума и сторон разбирательства (причем последние могут понести впустую и финансовые затраты, связанные с явкой в заседание Президиума).

Что не менее важно, это создает удобную возможность для намеренного блокирования рассмотрения жалоб Президиумом, если, например, из определения о передаче жалобы в Президиум следует, что его решение может быть невыгодным для той или иной стороны разбирательства.

Поскольку Законопроект не исключает обжалование решений и предписаний Президиума (а мы полагаем, что такую возможность следует прямо прописать в Законопроекте), то итог в споре в любом случае будет подводиться судом. Поэтому целесообразно установить, что в случае обращения одного и того же или разных лиц с жалобами и в Президиум, и в суд (в том числе, одновременно или в разное время) суд приостанавливает производство по делу, пока жалоба

Правом обжалования в Президиум должен обладать не только субъект, в отношении которого рассматривалось дело о нарушении антимонопольного законодательства (ответчик), но и иные участники такого дела.

не будет рассмотрена Президиумом или возвращена в ФАС России (в том числе, в связи с отсутствием обязательных оснований для ее рассмотрения Президиумом).

Закрепление этого правила не потребует даже изменения АПК РФ, согласно части 2 статьи 143 которого производство по делу также приостанавливается судом в случаях, предусмотренных иными федеральными законами.

Нельзя не отметить, что это предложение в целом соответствует логике пункта 20 Постановления от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства». Согласно последнему, в случае, если в ходе судебного разбирательства установлено, что лицо за защитой своих нарушенных прав обратилось одновременно и в антимонопольный орган, и в арбитражный суд, судам рекомендуется на основании части 5 статьи 158 АПК РФ отложить судебное разбирательство до принятия решения антимонопольным органом.

3. Отдельного рассмотрения заслуживает также вопрос о праве Президиума принять по итогам рассмотрения жалобы решение или предписание, ухудшающее положение ответчика по антимонопольному делу. Текущая редакция проекта абзаца последнего части 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции этого не допускает.

Однако, на наш взгляд, по результатам рассмотрения жалобы на решение или предписание Президиум должен иметь право принять решение (выдать предписание), ухудшающее положение лица, в отношении которого было принято (выдано) обжалуемое решение (предписание).

Это связано с тем, что правом обжалования в Президиум должен обладать не только субъект, в отношении которого рассматривалось дело о нарушении антимонопольного законодательства (ответчик), но и иные участники такого дела (в первую очередь, заявитель, считающий, что противоречащие единообразной практике решение или предписание не защитили его должным образом).

В этом существенное отличие апелляции в рамках антимонопольного разбирательства от процедуры внутриведомственного обжалования решений по налоговым спорам. В налоговых правоотношениях жалоба может быть подана только налогоплательщиком. Соответственно, закрепленное Постановлением Президиума ВАС РФ от 28.07.2009 № 5172/09 правило о том, что вышестоящий



налоговый орган «не вправе по итогам... рассмотрения <жалобы — прим. авт.> принимать решение о взыскании с налогоплательщика дополнительных налоговых платежей, не взысканных оспариваемым решением налогового органа», логично и обосновано.

Однако по указанной выше причине это правило не применимо к антимонопольным делам.

Также, на наш взгляд, следует учитывать, что невозможность ухудшать положение лица, в отношении которого было принято (выдано) обжалуемое решение (предписание), существенно ограничила бы выполнение Президиумом функции по упорядочиванию практики правоприменения, принятию правильных решений по антимонопольным делам.

Возможность/невозможность восстановления пропущенного срока на обращение в Президиум

Продолжая аналогию с налоговым законодательством, необходимо отметить, что статья 139 НК РФ позволяет вышестоящему налоговому органу восстановить пропущенный налогоплательщиком по уважительной причине срок обжалования решения по налоговой проверке.

Статья 198 АПК РФ также позволяет восстановить пропущенный по независящим от заявителя причинам срок обжалования ненормативных актов, включая те же решения и предписания антимонопольных органов (аналогичные разъяснения даны в отношении статьи 52 Закона о защите конкуренции в пункте 27 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30.06.2008 № 30).

Прямо предусматривают возможность восстановления пропущенных сроков на подачу жалоб и КоАП РФ, ГПК РФ и УПК РФ.

Аналогичная возможность восстановления срока на подачу жалоб в Президиум в Законопроекте не предусмотрена, но и не отрицается.

По нашему мнению, возможность обоснованного восстановления Президиумом (а точнее — фильтрующей жалобы структурой внутри ФАС России) пропущенного срока была бы логичной и последовательной с точки зрения регулирования схожих правоотношений. При этом может быть установлен предельный срок (например, обычные для российского процессуального законодательства шесть месяцев), по истечении которого жалоба не может быть рассмотрена. Безусловно, решение (определение) о восстановлении пропущенного срока или об отказе в таком восстановлении должно быть мотивированным.

В заключение необходимо отметить, что проект части 15 статьи 23 Закона о защите конкуренции позволяет ФАС России установить порядок работы Президиума на уровне ведомственного нормативного акта.

В то же время изложенные выше и некоторые другие необходимые изменения в Законопроект выходят за пределы чисто регламентных правоотношений и затрагивают важнейшие права и законные интересы хозяйствующих субъектов и граждан. По нашему мнению, такие нормы должны быть закреплены на уровне Закона о защите конкуренции.

Москвитин О. А.,
адвокат, руководитель антимонопольной практики коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры» города Москвы, член Некоммерческого партнерства «Содействие развитию конкуренции»

КОММЕНТАРИЙ ФАС РОССИИ

Статья члена Некоммерческого партнерства «Содействие развитию конкуренции» Олега Андреевича Москвитина, безусловно, является актуальной в свете реализации в Четвертом антимонопольном пакете положений Дорожной карты. Полагаю необходимым обратить внимание на несколько тезисов автора, целесообразных к обсуждению.

В своей статье автор рекомендует рассмотреть вопрос о возможности пересмотра решений, предписаний по делам о нарушении антимонопольного законодательства, принятых не только территориальными органами, но и ФАС России в лице ее Центрального аппарата. В подобных случаях, в том числе в виду функции ФАС России по формированию единообразия в правоприменении соответствующих норм права антимонопольными органами в целом, разночтение позиции может свидетельствовать о возможной целесообразности пересмотра решений соответствующих территориальных органов и (или) подготовки разъяснений Президиумом ФАС России по возникшему спорному вопросу на основании обобщения практики.

Автор считает разумным установить лишь одно основание для пересмотра решений территориальных органов — нарушение единообразия в применении и толковании норм права, которое, по его мнению, максимально конкретно, не допускает расширительного толкования и обеспечивает полную прозрачность отбора дел для пересмотра.

Такой вывод представляется дискуссионным. Напомним, что нарушение прав и законных интересов неопределенного круга лиц или иных публичных интересов являлось и является одним из оснований для пересмотра Верховным судом РФ¹ в порядке надзора судебных актов арбитражных судов нижестоящих инстанций (ранее — статья 304 АПК РФ, сейчас — статья 308.8 АПК РФ).

Как отмечается, например П.В. Крашенинников², в таких случаях речь идет, в том числе, об оценке нарушений, допущенных арбитражным судом при принятии оспариваемого судебного акта, которые АПК РФ называет в качестве безусловных оснований отмены судебного акта в порядке апелляционного (ч. 4 ст. 270) или кассационного производства (ч. 4 ст. 288). Арбитражный суд является органом публичной власти, субъектом публичных правоотношений, и нарушение указанных норм наносит ущерб авторитету судебной власти, нарушает не только публичный порядок, но и публичные интересы. В ином случае речь идет о решениях, которые затрагивают права и законные интересы, в том

числе, лиц, не привлеченных к участию в деле, при условии, что правовая позиция выражена судом по отношению к вопросам, имеющим социально значимый характер.

Подобные основания могут возникнуть и в антимонопольных делах.

Дальнейшего обсуждения заслуживают и предложения автора о возможности расширения числа лиц, которые вправе обратиться с заявлением в рамках «внутренней апелляции». При этом следует учитывать, что решение антимонопольного органа по делу о нарушении антимонопольного законодательства (например, о картельном сговоре) является основанием для привлечения нарушителей к административной ответственности в соответствии с Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях, который, как известно, не только предусматривает сами виды административных наказаний за соответствующие правонарушения, но и процедуру привлечения к ответственности, и процедуру пересмотра постановлений. Изменение постановлений по делам об административных правонарушениях не может усиливать административное наказание или иным образом ухудшать положение виновного лица.

Таким образом, обсуждение видов решений, которые будет вправе принять коллегиальный орган ФАС России по итогам пересмотра решений (предписаний) территориальных управлений, целесообразно вести с учетом имеющейся процедуры привлечения к административной ответственности за совершенные нарушения антимонопольного законодательства и пересмотра соответствующих постановлений.

В целом, следует поблагодарить автора за интересные предложения, которые будут полезны при дальнейшей работе над Порядком пересмотра Апелляционной коллегией Федеральной антимонопольной службы РФ решений и (или) предписаний территориальных антимонопольных органов по делам о нарушении антимонопольного законодательства

Гаврилов Д. А.,
канд. юр. наук, заместитель начальника
Правового управления ФАС России,
преподаватель кафедры
конкурентного права
Московского государственного
юридического университета
им. О.Е. Кутафина (МГЮА)

¹ Ранее — ВАС РФ.

² Постатейный комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации. М.: Статут, 2013.

АНТИМОНОПОЛЬНЫЙ КОМПЛАЕНС

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ. ВНЕДРЕНИЕ В РОССИИ

Среди обсуждающихся в последнее время изменений в российское антимонопольное законодательство особенно актуальным для бизнеса представляется вопрос антимонопольного комплаенса.

В целом, под комплаенс-контролем понимается процесс, осуществляемый как органами управления, так и рядовыми сотрудниками компании в рамках контроля за соответствием ее деятельности законодательству, правилам, стандартам, как внутренним, так и внешним¹. Для этих целей в компании может быть разработана и внедрена комплаенс-программа — комплексная система, устанавливающая, с одной стороны, единые принципы и правила по соблюдению требований законодательства, а с другой стороны — общий подход компании к взаимодействию с рынком, в том числе по вопросам ценообразования, взаимодействию с контрагентами и иным коммерческим вопросам.

Что касается антимонопольной комплаенс-программы, то она довольно часто предполагает разработку и внедрение компанией таких внутренних документов, как торговая и антимонопольная политики. Эти документы закрепляют конкретные правила, которым компания, с учетом специфики своей деятельности, должна следовать с тем, чтобы обеспечить соблюдение норм конкурентного права.

Не в последнюю очередь актуальность вопроса антимонопольного комплаенса связана с тем, что качественная комплаенс-программа может способствовать снижению риска нарушения компанией и ее отдельными представителями в своей деятельности требований антимонопольного законодательства. Это имеет важное практическое значение, так как нарушение антимонопольного законодательства способно привести к ряду крайне негативных последствий для компании и ее руководства, среди которых следует выделить как существенные штрафы для организации, так и штрафы или дисквалификация для должностных лиц плюс риск уголовного преследования последних. Вопрос ответственности должностных лиц компании, ее акционеров/участников, а также поиск вариантов, позволяющих снизить риск наступления такой ответственности, приобретает сегодня еще большую актуальность

¹ Ермакова Н.А., Ахуньянова Ч.Ф. Комплаенс-контроль в системе внутреннего контроля корпораций // Международный бухгалтерский учет, 2014. № 3.

Не в последнюю очередь актуальность вопроса антимонопольного комплаенса связана с тем, что качественная комплаенс-программа может способствовать снижению риска нарушения компанией и ее отдельными представителями в своей деятельности требований антимонопольного законодательства.

в связи с изменениями в Гражданский кодекс РФ, вступившими в силу 1 сентября 2014 г.²

По нашему мнению, вопрос антимонопольного комплаенса в России имеет два ключевых аспекта.

С одной стороны, это потребность компании выработать и внедрить эффективную антимонопольную комплаенс-программу, чтобы, насколько это возможно, снизить риск привлечения организации и ее должностных лиц к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства.

С другой стороны, это необходимость для российских регулирующих органов выработать единообразный подход по отношению к компаниям, которые уже разработали и внедрили комплаенс-программы.

В настоящее время ни одна из этих сторон вопроса, к сожалению, не находит должного правового регулирования в России.

Ознакомившись с зарубежным опытом антимонопольного комплаенса, а также проанализировав отечественную практику, мы можем ответить на ряд вопросов: во-первых, по какому пути идет развитие антимонопольного комплаенса в России, а во-вторых, какие изменения могут быть внесены в этот процесс с учетом положительного опыта зарубежных правовых порядков.

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ КОМПЛАЕНСА

На сегодняшний день регулирующие органы многих государств разработали для локальных компаний

² Речь идет, в частности, о положениях ст. 53.1 ГК РФ, устанавливающей ответственность членом органов управления юридического лица и лиц, определяющих действия юридического лица, за убытки, причиненные юридическому лицу. Указанная статья была включена в ГК РФ Федеральным законом от 5.05.2014 № 99-ФЗ.

Имея в открытом доступе рекомендации, одобренные национальным антимонопольным органом, зарубежные компании, ориентируясь на них, могут разработать для себя подробную и отвечающую последним стандартам комплаенс-политику

рекомендации по внедрению антимонопольных комплаенс-программ. К примеру, в Великобритании антимонопольные рекомендации были подготовлены государственным антимонопольным органом — Управлением добросовестной конкуренции³.

Рекомендации для компаний разрабатываются и на межгосударственном уровне. Так, Международная торговая палата опубликовала подробные рекомендации по составлению и применению комплаенс-программ для предприятий малого и среднего бизнеса⁴.

Имея в открытом доступе рекомендации, одобренные национальным антимонопольным органом, зарубежные компании, ориентируясь на них, могут разработать для себя подробную и отвечающую последним стандартам комплаенс-политику. При этом, безусловно, основная мотивация, которой руководствуется бизнес в этом случае (несмотря на определенные временные, административные и прочие издержки для компании), — это возможность смягчения ответственности за антимонопольное правонарушение при наличии в компании антимонопольной комплаенс-программы.

В мировой практике сложилось два основных подхода государственных органов к компаниям-нарушителям антимонопольного законодательства при наличии у них внедренной системы антимонопольного комплаенса.

Подход 1. Наличие комплаенс-программы не может влиять на размер штрафных санкций при привлечении компании или ее должностных лиц к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства.

Такого подхода, в частности, придерживается Европейская комиссия Евросоюза при рассмотрении дел о нарушении требований конкурентного права ЕС. Например, в одном из решений было прямо отмечено, что Комиссия не считает наличие у компании комплаенс-программы обстоятельством, смягчающим ответственность за заключение картельного соглашения, вне зависимости от того, совершено правонарушение до принятия комплаенс-программы или после⁵.

Схожего подхода придерживается, например, и Управление добросовестной конкуренции в Великобритании⁶.

Подход 2. Наличие комплаенс-программы может служить обстоятельством, смягчающим ответственность.

Этот подход к антимонопольным программам находит отражение в Директивах для определения меры наказания в США⁷.

Положения Директив предусматривают, что наличие у компании «эффективной программы комплаенса» может снизить размер штрафов, налагаемых на нарушителей антимонопольного законодательства. Для целей Директив компания считается имеющей «эффективную программу комплаенса», если она, во-первых, осуществляет должную осмотрительность в целях обнаружения и предотвращения противоправного поведения, во-вторых, развивает корпоративную культуру соблюдения конкурентного законодательства, и, в-третьих, руководство компании предпринимает разумные шаги для надзора за внедрением и соблюдением положений комплаенс-программы.

Американский подход к комплаенс-программам находит поддержку и в некоторых других государствах. Так, Управление по защите конкуренции Чехии в октябре 2004 года официально подтвердило, что наличие комплаенс-программы будет приниматься во внимание в качестве обстоятельства, смягчающего ответственность при назначении штрафов за совершение антимонопольного правонарушения⁸. Комиссия по справедливой торговле Республики Корея предусматривает поощрительные меры для компаний, разрабатывающих и внедряющих антимонопольные положения. Одной из таких мер является смягчение наказания за нарушение антимонопольного законодательства⁹.

ВОПРОСЫ АНТИМОНОПОЛЬНОГО КОМПЛАЕНСА В РОССИИ

Основными вопросами, которые требуют обсуждения и разрешения на пути развития антимонопольного комплаенса в России, являются, на наш взгляд, следующие:

- отсутствие официальных рекомендаций Федеральной антимонопольной службы по разработке и внедрению антимонопольных комплаенс-программ;
- отсутствие у органов государственной власти единого подхода по вопросу смягчения ответственности за нарушения антимонопольного законодательства в отношении компаний, которые внедрили комплаенс-программы.

³ Office of Fair Trade. How your business can achieve compliance. London: OFT 242, 2005.

⁴ The ICC Antitrust Compliance Toolkit. International Chamber of Commerce, 2013.

⁵ Commission Decision of 3 December 2003 relating to a proceeding under Article 81 of the EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement (Case C. 38.359. Electrical and mechanical carbon and graphite products), par. 313.

⁶ Office of Fair Trade. How your business can achieve compliance. London: OFT 242, 2005.

⁷ United States Sentencing Commission Guidelines Manual (USSG). Washington: U.S. Sentencing Commission, 2013.

⁸ Promoting Antitrust Compliance: The Various Approaches Of National Antitrust Authorities. International Chamber of Commerce, 2013. P. 3.

⁹ Promoting Antitrust Compliance: The Various Approaches Of National Antitrust Authorities. International Chamber of Commerce, 2013. P. 6.

В действующем российском законодательстве прямо не предусмотрено такого обстоятельства, смягчающего административную ответственность, как наличие у компании антимонопольной комплаенс-программы.

При этом в отношении возможности смягчения наказания в действующем российском законодательстве прямо не предусмотрено такого обстоятельства, смягчающего административную ответственность, как наличие у компании антимонопольной комплаенс-программы¹⁰. Согласно заявлениям отдельных представителей ФАС России наличие антимонопольных комплаенс-программ не должно ни смягчать ответственность, ни освободить от нее¹¹.

При отсутствии четкой позиции государственных органов в отношении антимонопольных комплаенс-программ некоторые участники рынка пытаются самостоятельно найти решения по снижению антимонопольных рисков в своей деятельности. Среди таких решений мы можем выделить:

- согласование торговых (сбытовых, бонусных) политик с ФАС России;
- саморегулирование.

Согласование торговой (сбытовой, бонусной) политики с ФАС России

Торговая (сбытовая, бонусная) политика компании — это документ, в котором отражается, главным образом, подход к взаимодействию с другими участниками рынка (прежде всего, поставщиками, покупателями). Данный документ является составной частью комплексной комплаенс-программы.

Согласование торговых политик с антимонопольным ведомством по инициативе компании в настоящее время можно считать достаточно распространенной практикой. Согласование торговой политики с ФАС России рассматривается компаниями по существу как одобрение антимонопольной службы определенной модели поведения хозяйствующего субъекта на рынке. В этой связи, компании, обращающиеся в ФАС России за утверждением своей торговой политики, рассчитывают на то, что такое согласование послужит защитой при возникновении претензий со стороны антимонопольных органов.

Однако, несмотря на то что подобная практика существует, в действующем законодательстве отсутствуют регулирующие ее правила. При обращении в ФАС России за согласованием торговой политики

¹⁰ Возможность признания судом такого обстоятельства (наличие антимонопольной комплаенс-программы) в качестве смягчающего ответственность также не однозначна согласно действующим в настоящее время нормам Кодекса РФ об административных правонарушениях (ч. 2 ст. 4.2, прим. к ст. 14.31).

¹¹ Интернет-сайт Объединения корпоративных юристов России, URL: <http://www.rcca.com.ru/blogs/bl9/pst142/>.

ДЛЯ СПРАВКИ

Согласно информации, имеющейся в свободном доступе, такие компании, как ОАО «НК «Альянс», ОАО АНК «Башнефть», ОАО «Газпром нефть», группа «ЛУКОЙЛ» обращались в ФАС России для получения одобрения своих торговых политик. При разработке очередного пакета изменений в законодательство предполагалось, что в статью 10 Федерального закона «О защите конкуренции» будет внесено положение, согласно которому ФАС России сможет требовать от компаний утверждения торговой политики. Такое предложение в итоге не вошло в окончательную редакцию закона. Тем не менее, уже сейчас в некоторых случаях торговая политика компании может быть согласована с ФАС России в связи с предписанием антимонопольного органа. Так, при согласовании слияния с ОАО «Сильвинит» Федеральная антимонопольная служба предписала ОАО «Уралкалий» разработать и опубликовать маркетинговую политику, определяющую порядок формирования цен на поставляемый товар, а также подготовить правила корпоративного поведения по обеспечению контроля за соблюдением антимонопольного законодательства.

компании могут использовать лишь статью 35 ФЗ «О защите конкуренции» — общую норму о согласовании проекта соглашений. Тем не менее, на наш взгляд, одной лишь статьи 35 явно недостаточно: отсутствуют какие-либо положения о том, как наличие такой политики будет учтено при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства, какова должна быть процедура пересмотра этой политики.

Важно также отметить, что такое решение проблемы, как согласование торговой политики с ФАС России, не лишено недостатков.

Например, в торговой политике часто содержится информация, потенциально нежелательная для раскрытия третьим лицам. Наличие определенных правил поведения может не дать компании оперативно отреагировать на изменившиеся условия рынка, когда это будет необходимо. Кроме того, при опубликовании торговых политик крупнейшими игроками иные участники рынка потенциально получают возможность скорректировать свои действия с учетом позиции конкурентов, что может привести по существу к отношениям, возникающим в рамках картельных соглашений или иного запрещенного поведения на рынке.

Саморегулирование

Одним из вариантов, способствующих снижению антимонопольных рисков для участников рынка, представляется также саморегулирование участниками рынка посредством разработки ими отраслевых правил поведения. Такой способ может быть полезен в тех отраслях, которые в силу разных причин подвержены риску антиконкурентного поведения, а также в отсутствие четких правил поведения на таком рынке.

Ярким примером служит Кодекс поведения Комитета автопроизводителей Ассоциации европейского бизнеса (АЕБ), согласованный ФАС России.

Этот документ устанавливает такие принципы взаимодействия участников автомобильного рынка, как, например, прозрачность работы с существующими и новыми дилерами, заключение долгосрочных дилерских соглашений, отсутствие дискриминации в доступе на рынок.

В то же время, практика показывает, что нередко попытки хозяйствующих субъектов договориться об общих правилах ведения бизнеса (особенно, когда договоренности касаются ценообразования) могут быть квалифицированы как картельные соглашения, что является серьезным нарушением антимонопольного законодательства¹². При этом на ответственность участников не будет влиять тот факт, что изначальная цель создания ассоциации или союза была направлена исключительно на благо рынка (например, на повышение качества продукции)¹³.

Таким образом, попытки хозяйствующих субъектов самостоятельно решить проблему отсутствия пределов допустимого поведения зачастую могут не только не снизить, но даже, наоборот, спровоцировать потенциальные нарушения антимонопольного законодательства.

Возможные пути развития антимонопольного комплаенса в России

Принимая во внимание, что в настоящее время в России законодательно не урегулированы вопросы антимонопольного комплаенса, отсутствует единая позиция правоприменительных органов по этому направлению, а также учитывая потребности бизнеса в большей определенности в отношении допустимых и недопустимых практик ведения своей деятельности, вышеуказанные вопросы, на наш взгляд, требуют обсуждения и проработки.

Мы полагаем, что дальнейшее обсуждение может двигаться по следующим основным направлениям:

- возможность разработки ФАС России официальных рекомендаций по внедрению комплаенс-программ для российских компаний, в том числе подготовка рекомендаций по созданию эффективных систем внутреннего контроля за соблюдением антимонопольного законодательства;
- возможность внесения изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции», а также в соответствующие «антимонопольные» положения КоАП РФ и Уголовного кодекса РФ с указанием на то, что наличие у компании разработанной в соответствии с рекомендациями антимонопольного ведомства или согласованной с ним комплаенс-программы является обстоятельством, смягчающим ответственность

¹² Часть 1 ст. 11 Федерального закона «О защите конкуренции».

¹³ В этом контексте нельзя не вспомнить дело некоммерческой организации «Кузбасский алкогольный союз «Гарантия качества», а также дело Ассоциации добытчиков минтая. Обе организации были признаны виновными в заключении картельных соглашений.



компаний. При этом снижение ответственности должно быть поставлено под условие, как минимум, принятия компанией и ее руководством реальных, а не формальных мер по контролю за реализацией комплаенс-программы.

Безусловно, такие положения потребуют более тщательного анализа и применения более взвешенного подхода при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства и назначении наказания. Но даже не касаясь вопроса снижения ответственности, они должны помочь участникам рынка лучше понять, какие действия от них ожидает ФАС России, и содействовать в целом установлению культуры соблюдения антимонопольного законодательства. При этом, по нашему мнению, компании, которые заинтересованы в эффективном управлении рисками, возникающими в процессе их деятельности, уже сейчас могут задуматься о необходимости разработки качественной антимонопольной комплаенс-программы и, в том числе, антимонопольных, торговых и иных соответствующих политик.

Тарасова Д. В.,
директор, руководитель практики
по коммерческому праву
и антимонопольному регулированию
ПрайсвотерхаусКуперс Лигал СНГ Б. В.

Ладейщиков А. А.,
младший юрист
ПрайсвотерхаусКуперс Лигал СНГ Б. В.

Российское конкурентное право и экономика

ЧАСТЬ 4

№ 3(12) 2014

Статья «**Правовой институт эмфитевзиса в отечественном законодательстве об ограниченных вещных правах**» кандидата юридических наук, главного специалиста-эксперта Федеральной антимонопольной службы РФ **Михаила Сергеевича Гуленкова** посвящена правовому институту эмфитевзиса, который, предположительно, будет введен в отечественную систему ограниченных вещных прав. Автор рассматривает различные точки зрения на данный вопрос, высказанные исследователями эмфитевзиса и содержащиеся в законодательных актах зарубежных государств, и определяет правовую природу данного института как ограниченного вещного права.

С 1 января 2014 года вступил в силу Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд». Заместитель руководителя Челябинского УФАС России **Наталья Владимировна Сапрыкина** и заместитель начальника отдела контроля в сфере закупок для государственных и муниципальных нужд **Ксения Андреевна Долгополова** в своей работе «**Административная ответственность за неисполнение требований антимонопольных органов в сфере закупок**», опираясь на практику Челябинского УФАС России, анализируют сложности, связанные с административной процедурой рассмотрения жалоб участников закупки на нарушения законодательства о контрактной системе, допущенные в ходе электронных аукционов, и предлагают пути по их преодолению.

Заместитель руководителя Управления Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области, начальник отдела контроля за монополистической деятельностью **Игорь Валерьевич Веретенников** и ведущий специалист-эксперт отдела контроля за монополистической деятельностью Тюменского УФАС России **Алина Павловна Журбенко** в статье «**Практическое применение результатов анализа рынка**» рассматривают вопросы практического применения результатов анализа рынка розничной торговли лекарственными средствами, изделиями медицинского назначения и сопутствующими товарами на территории Тюменской области.

ПРАВОВОЙ ИНСТИТУТ ЭМФИТЕВЗИСА

В ОТЕЧЕСТВЕННОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ОБ ОГРАНИЧЕННЫХ ВЕЩНЫХ ПРАВАХ

Отечественное гражданское законодательство об ограниченных вещных правах в настоящее время находится в стадии реорганизации, по результатам которой в Гражданском кодексе Российской Федерации будут сформированы новые правовые институты, ранее не знакомые новейшей российской правовой системе.



Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации¹ предлагает, в том числе, закрепить в российской системе ограниченных вещных прав институт эмфитевзиса — право постоянного владения и пользования. Данный шаг, несомненно, играет важную роль в процессе формирования полноценной системы пользования чужим имуществом, отвечающей интересам участников гражданского оборота, и относиться к нему следует с одобрением и поддержкой.

Концепция определяет содержание эмфитевзиса как владение и пользование земельным участком с извлечением плодов и доходов, поступающих в собственность обладателя вещного права.

Как указывает Ч. Санфилиппо, эмфитевзис возник в римском праве в V веке нашей эры в силу постановления императора Зенона и состоял в вещном отчуждаемом и передаваемом праве на чужую недвижимость, которое наделяло правополучателя самыми широкими полномочиями относительно вещи, сопряженными с обязанностью ежегодно вносить плату. В случае если правополучатель

Римская модель эмфитевзиса и модель, предлагаемая разработчиками Концепции, весьма схожи между собой.

отчуждал свои права на обремененную эмфитевзисом землю в пользу иных лиц, на него возлагалась обязанность по уплате собственнику 2% полученной суммы в качестве компенсации за согласие собственника на передачу земельного участка иным лицам. Возникал эмфитевзис в силу договора об его установлении, а также на основании завещания. В римском праве были предусмотрены такие основания для прекращения эмфитевзиса, как гибель вещи, истечение срока его установления, передача вещи иному лицу и др.²

Согласно пункту 6.4 раздела IV «Законодательство о вещных правах» Концепции, эмфитевзис предназначен, главным образом, для ведения сельскохозяйственного производства на земельном участке. Правополучатель имеет право возводить временные постройки на полученном земельном участке в случае, если они необходимы для ведения сельскохозяйственных работ.

¹ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // СПС «Консультант Плюс». Далее — Концепция.

² Санфилиппо Ч. Курс римского частного права: учебник // Чезаре Санфилиппо [пер. с итал. И.И. Маханькова]. Под общ. ред. Д.В. Дождева. М.: Норма, 2007. С. 272.

Правовой институт эмфитевзиса в римском праве и в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, сравнительный обзор

| Правовая модель эмфитевзиса | Объект эмфитевзиса | Обязанность правополучателя по внесению платы | Возможность правополучателя отчуждать полученную вещь | Основания возникновения |
|-----------------------------|--------------------|---|---|-------------------------|
| Римское право | Земельный участок | Предусмотрена | Предусмотрена | Договор, завещание |
| Концепция | Земельный участок | Предусмотрена | Предусмотрена | Договор, завещание |



Авторы Концепции определяют эмфитевзис как бессрочное право (по соглашению сторон эмфитевзис может быть установлен на определенный срок, но не менее пятидесяти лет), отчуждаемое (то есть передаваемое в порядке универсального или сингулярного правопреемства), возмездное. Эмфитевзис подлежит государственной регистрации и считается возникшим после нее. Основанием возникновения является договор.

Очевидно, что римская модель эмфитевзиса и модель, предлагаемая разработчиками Концепции, весьма схожи между собой (см. таблицу).

Как отмечает И.А. Емелькина, для внедрения института эмфитевзиса в российскую систему ограниченных вещных прав имеются исторические предпосылки: в дореволюционной России действовало чиншевое право, которое предполагало наследуемое владение землей за выплату чинша³. Дореволюционное чиншевое право, построенное по образцу римского эмфитевзиса, заменяло для населения, нуждающегося в земле и не имеющего возможности ее приобрести, право собственности;

³ Емелькина И.А. Система ограниченных вещных прав на земельный участок. И.А. Емелькина. 2-е изд. исп. и доп. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 229.

Исходя из содержания нормативно-правовых актов, регулирующих эмфитевзис в зарубежных странах, можно выделить два основания возникновения данного права — договор и вступление в наследство.

предоставляло правополучателю выгоды по сравнению с приобретением земельного участка в собственность, поскольку он не был обязан уплачивать одновременно крупную денежную сумму; имело преимущество перед срочным наймом земли, так как бессрочно переходило по наследству, в связи с чем правополучатель мог спокойно делать вложения в улучшение земли⁴.

Наряду с римской правовой моделью эмфитевзиса считаю необходимым рассмотреть и зарубежную практику законодательного регулирования данного института.

Так, И.А. Емелькина полагает, что системы ограниченных вещных прав зарубежных правовых порядков можно подразделить на две группы в зависимости от наличия или отсутствия в них эмфитевзиса:

⁴ Там же. С. 231.



Подход зарубежных законодателей к определению эфитевзиса различен: одни трактуют его как ограниченное вещное право, другие — как разновидность аренды.

страны, где установление эфитевзиса предусматривается (Италия, Канада (Квебек), Нидерланды) и где законодатель отказался от данного вещного права, включив правомочия, предусматриваемые эфитевзисом, в другие вещные права (Австрия, Германия, Польша)⁵.

П.А. Бышков, в свою очередь, отмечает, что исходя из содержания нормативно-правовых актов, регулирующих эфитевзис в зарубежных странах, можно выделить два основания возникновения данного права — договор и вступление в наследство⁶. В своей работе он приводит определения эфитевзиса, дающиеся в законодательстве зарубежных стран.

В частности, статья 957 титула 4 книги 3 Гражданского кодекса *Италии* определяет эфитевзис как ограниченное вещное наследственное право пользования земельным участком и плодами с него. Эфитевзис — право пользования земельным участком в сельскохозяйственных целях.

Законодательство *Нидерландов* также определяет эфитевзис как ограниченное вещное право. Согласно статье 85 раздела 7 книги 5 Гражданского кодекса Нидерландов, эфитевзис — вещное право, которое предоставляет эфитевту право на земельный участок и недвижимость с возложением на него обязанности выплачивать собственнику ренту⁷.

⁵ Там же. С. 232.

⁶ Бышков П.А. Ограниченные вещные права на земельные участки в странах континентальной Европы и России; дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 92.

⁷ Там же. С. 90–91.

Гражданский кодекс *Нижней Канады* характеризует эфитевзис как право временной собственности. Статья 569 Гражданского кодекса Нижней Канады гласит: «Эфитевзис предполагает отчуждение; в течении всего срока арендатор пользуется всеми правами, характеризующими статус собственника»⁸.

Законодательство *Венесуэлы* определяет эфитевзис как разновидность аренды. Так, статья 1565 Гражданского кодекса Венесуэлы дает следующее определение: «Эфитевзис представляет собой договор, по которому земельный участок передается в бессрочную аренду или аренду на определенный срок с обязательством о его улучшении и выплате ежегодной арендной платы или ренты, выраженной в денежной или натуральной форме»⁹. Анализ раздела VII «Эфитевзис» книги третьей «О способах приобретения и передачи собственности и о других сопутствующих правах» Гражданского кодекса Венесуэлы позволяет выявить следующие черты данного института в законодательстве этой страны:

- 1) эфитевзис является бессрочным, однако стороны могут установить определенный срок, на который земельный участок предоставляется эфитевту;
- 2) эфитевт уплачивает налоги и иные сборы, которые подлежат уплате с земельного участка;
- 3) арендная плата уплачивается эфитевтом ежегодно и не может быть снижена или отменена в связи с неурожайностью, чрезвычайными обстоятельствами, потерей доходов;
- 4) основанием для отмены ежегодной арендной платы является полное уничтожение земельного участка;

⁸ Приводится по: Остроух А.Н. Эволюция институтов эфитевзиса и суперфиция в гражданском праве Квебека // Ежегодник сравнительного права. 2011. Под ред. Д.В. Дождева. М.: Статут, 2011. С. 85.

⁹ Законодательство Боливарианской Республики Венесуэла: Сборник документов. В трех томах. Том 1. М.: Междунар. отношения, 2011. С. 320.



- 5) при частичном уничтожении земельного участка эмпфитевт вправе отказаться от своих прав и уступить их собственнику. Если же эмпфитевт не отказывается от своих прав, то размер арендной платы не снижается;
- 6) все плоды, приносимые земельным участком, поступают в собственность эмпфитевта;
- 7) эмпфитевту принадлежит право преимущественной покупки земельного участка;
- 8) если эмпфитевт не уплачивает ренту¹⁰ в течение двух лет подряд, ухудшает состояние земельного участка или не предпринимает действий по его улучшению, предусмотренных договором об установлении эмпфитевзиса, то собственник земельного участка вправе потребовать расторжения договора.

Вышеизложенные факты позволяют сделать вывод, что подход зарубежных законодателей к определению эмпфитевзиса различен: одни трактуют его как ограниченное вещное право, другие — как разновидность аренды.

А.Н. Лысенко отмечает, что схожие разногласия присутствуют и в научной литературе, где эмпфитевзис также определяется по-разному. Одни ученые полагают, что это разновидность долгосрочной

¹⁰ Видимо, в данном случае законодатель Венесуэлы использует понятие «рента» как синоним понятия «арендная плата». —Прим. автора.

По нашему мнению, правильным является подход исследователей и законодателей, которые относят эмпфитевзис к ограниченным вещным правам, поскольку он обладает классическими вещно-правовыми признаками.

аренды земельного участка, другие — что это вещное отчуждаемое и наследуемое право владения и пользования земельным участком за плату с обязанностью обрабатывать данный земельный участок и не ухудшать его состояние¹¹.

В научной литературе высказывается и мнение, что эмпфитевзис практически не отличается от аренды и что его закрепление в российском законодательстве нецелесообразно. С точки зрения А.О. Рыбалова, правовая модель эмпфитевзиса, предлагаемая в Концепции, мало чем отличается от аренды земельного участка. Данный исследователь полагает, что стороны договора аренды могут прийти к соглашению о том, что аренда будет установлена на длительный срок, и в таком случае правовое положение арендатора практически ничем не будет отличаться от положения эмпфитевта¹². При подобном подходе нет необходимости

¹¹ Лысенко А.Н. Квазиэмпфитевзис и вещные выдачи // Вещные права: постановка проблемы и ее решение: сборник статей. Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2011. С. 165.

¹² Рыбалов О.А. Право постоянного землеуладения. СПС «Консультант Плюс».



в легализации эфитевзиса в отечественном законодательстве.

Данный вопрос поднимался в исследовании В.П. Камышанского, П.А. Зелюки и С.А. Иванова, которые отмечают, что эфитевзис может стать компромиссом между отчуждением государством земельных участков в частную собственность и передачей их в аренду¹³. А согласно пункту 1 части 9 статьи 3 проекта федерального закона № 238827-6 «Об основах государственно-частного партнерства в Российской Федерации»¹⁴, в соответствии с соглашением о государственно-частном партнерстве публичный партнер вправе предоставить частному партнеру имущество, предназначенное для осуществления деятельности, предусмотренной соглашением о государственно-частном партнерстве, во владение и (или) пользование. Так что, по нашему мнению, вышеуказанное суждение В.П. Камышанского, П.А. Зелюки и С.А. Иванова заслуживает одобрения. Мы полагаем, что эфитевзис, в частности, может стать полезным механизмом при реализации государственно-частных проектов в отношении земельных участков, предназначенных для сельскохозяйственных работ.

¹³ Камышанский В.П., Зелюка П.А., Иванов С.А. Суперфиций и эфитевзис в гражданском праве: история и современность. СПС «Консультант Плюс».

¹⁴ Принят Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации в первом чтении 26.04.2013 г. .

Эфитевзис является ограниченным вещным правом и его легализация в российском законодательстве, несомненно, оправдана.

Проведенный обзор показал, что подходы к определению правовой природы эфитевзиса различны. В связи с этим необходимо ответить на вопрос, чем все-таки является эфитевзис — разновидностью аренды или же это ограниченное вещное право?

В науке гражданского права отмечается, что грань между вещным и обязательственным правом порой настолько размыта, что весьма затруднительно определить, является ли рассматриваемый институт вещным или обязательственным.

З.А. Ахметьянова, цитируя Л.Г. Ефимову, указывает, что порой невозможно однозначно характеризовать рассматриваемый правовой режим и сказать, является ли он вещным с элементами обязательственного или же обязательственным с элементами вещного¹⁵. На примере договора аренды З.А. Ахметьянова демонстрирует, что при его заключении складываются и вещно-правовые отношения, и обязательно-правовые: арендодатель, предоставляя имущество арендатору, оставляет за собой право собственности, являющееся вещным,

¹⁵ Ахметьянова З.А. Вещное право: Учебник. М.: Статут, 2011. С. 63.



но в тоже время на него накладывается обязанность по предоставлению имущества арендатору, то есть обязательственное право. Арендатор как законный владелец арендованной вещи (то есть обладатель вещного права) имеет право сдать вещь в субаренду, тем самым породив возникновение новых обязательственных прав¹⁶. То есть любой имущественно-правовой институт может быть охарактеризован как вещное право или же как обязательственное.

В тоже время, выделяется ряд принципиальных отличий между вещными правами и обязательственными:

- объектом вещного права всегда является вещь, тогда как объектом обязательственного права выступают действия;
- вещное право защищается от нарушений со стороны неопределенного круга лиц, обязательственное — от нарушений со стороны определенного лица или круга лиц;
- вещное право закрепляет связь субъекта с вещью, обязательственное — отношения между субъектами права;
- вещное право реализуется субъектом самостоятельно, обязательственное — путем требования совершения определенных действий от иных субъектов¹⁷.

Следует отметить, что указанные характеристики вещных прав являются относительными и могут быть распространены также на обязательственные права.

По нашему мнению, правильным является подход исследователей и законодателей, которые относят эфитевзис к ограниченным вещным правам, поскольку он обладает классическими вещно-правовыми признаками, такими как:

- юридическая связь эфитевта с земельным участком (поскольку всякое ограниченное вещное право — это, в первую очередь, отношение субъекта (в рассматриваемом случае — эфитевта) к вещи);

- объектом эфитевзиса является вещь (в данном случае это земельный участок, используемый для сельскохозяйственных работ);
- возможность эфитевта удовлетворить свой интерес без посредства других лиц (для осуществления своего права эфитевт не нуждается в действиях третьих лиц, поскольку его отношение к вещи позволяет ему использовать ее без участия иных лиц, так как вещное право преимущественно реализуется действиями правополучателя самостоятельно);
- обязанность иных лиц не препятствовать эфитевту в осуществлении принадлежащих ему правомочий — владения и пользования земельным участком для ведения сельскохозяйственных работ. При этом эфитевт может требовать от собственника предоставления ему вещи во владение и пользование, а также требовать от него и всех третьих лиц не препятствовать ему в осуществлении своих правомочий. То есть, праву эфитевта соответствует обязанность неопределенного круга лиц воздерживаться от нарушения прав, предоставленных по договору об установлении эфитевзиса;
- абсолютный характер защиты прав эфитевта (как любое вещное право, эфитевзис обеспечивается гражданско-правовой защитой, в том числе с помощью вещно-правовых исков, которые могут направляться против любых лиц, включая собственника обремененного земельного участка);
- эфитевзису присуще свойство следования. При переходе права собственности на обремененную вещь к другому лицу эфитевзис сохраняет силу, то есть следует за вещью.

Изучив поднятую в статье проблему, мы приходим к выводу, что эфитевзис является ограниченным вещным правом и его легализация в российском законодательстве, несомненно, оправдана.

Гуленков М. С.,

канд. юрид. наук, главный специалист-эксперт
ФАС России

¹⁶ Ахметьянова З.А. Вещное право: Учебник. М.: Статут, 2011. С. 62–63.

¹⁷ Там же. С. 65–68.

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НЕИСПОЛНЕНИЕ ТРЕБОВАНИЙ КОНТРОЛЬНЫХ ОРГАНОВ В СФЕРЕ ЗАКУПОК

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

С 1 января 2014 года вступил в силу Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»¹. Закон сохраняет возможность обжалования в контрольный орган в сфере закупок действий (бездействия) заказчика, уполномоченного органа специализированной организации, членов комиссий по осуществлению закупок.

Такая возможность впервые была введена Федеральным законом от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд»² и стала широко востребована как среди бизнес-сообщества, так и в целом у населения страны, заинтересованного в эффективном расходовании бюджетных средств.

ТРЕБОВАНИЕ О ПРИОСТАНОВЛЕНИИ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПОСТАВЩИКА КАК ЭФФЕКТИВНЫЙ МЕХАНИЗМ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ПРОЦЕДУРЫ ОБЖАЛОВАНИЯ

Административная процедура обжалования, безусловно, направлена на защиту интересов участников закупки и на своевременное устранение допущенных в ходе закупки нарушений законодательства о контрактной системе. Таким образом, одним из важнейших элементов процедуры рассмотрения жалоб участников закупки является наличие полномочий у контрольных органов на приостановление определения поставщика (подрядчика, исполнителя).

В соответствии с частью 7 статьи 106 Закона о контрактной системе контрольный орган в сфере

При проведении электронных торгов требование о приостановлении подписания контракта может стать очень эффективной мерой, если в его обеспечении будут задействованы операторы электронных площадок, которые имеют возможность блокировать подписание контракта в электронной форме.

закупок вправе приостановить определение поставщика (подрядчика, исполнителя) в части заключения контракта до рассмотрения жалобы по существу. Ранее, согласно части 4 статьи 60 Закона о размещении заказов, при рассмотрении жалобы контрольный орган также имел право направить требование о приостановлении размещения заказа. Такое требование направляется заказчику, оператору электронной площадки, в уполномоченный орган, уполномоченное учреждение, специализированную организацию, комиссию по осуществлению закупок.

При проведении электронных торгов требование о приостановлении подписания контракта может стать очень эффективной мерой, если в его обеспечении будут задействованы операторы электронных площадок, которые имеют возможность блокировать подписание контракта в электронной форме. В настоящее время функционал официального сайта www.zakupki.gov.ru позволяет контрольному органу заблокировать процедуру закупки.

¹ Федеральный закон от 05.04.2013 № 44-ФЗ (ред. от 04.06.2014) «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // СПС «Консультант Плюс». Далее — Закон о контрактной системе.

² Федеральный закон от 21.07.2005 № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (ред. от 02.07.2013) // СПС «Консультант-Плюс». Далее — Закон о размещении заказов.

Таким образом, при рассмотрении жалоб на процедуры электронных аукционов контрольному органу следует направлять соответствующее требование, в том числе и в адрес оператора электронной площадки, указав на необходимость блокирования оператором возможности подписания контракта заказчиком (уполномоченным органом, уполномоченным учреждением).

Одним из важнейших вопросов, связанных с реализацией рассматриваемых полномочий, является вопрос о сроке действия требования о приостановлении заключения контракта. Обусловлено это тем, что частями 7 и 7.1 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях³ предусмотрена административная ответственность за неисполнение предписаний и требований контрольных органов, в том числе, требования о приостановлении определения поставщика (подрядчика, исполнителя).

Приведем пример из практики Челябинского УФАС России, когда по итогам рассмотрения жалобы участника размещения заказа Комиссия Управления приняла решение о выдаче предписания, согласно которому заказчику предписывалось отменить аукцион. Содержание предписания было озвучено на заседании Комиссии, где присутствовали представители заказчика. Однако через два дня после оглашения решения и предписания глава Администрации, отсутствовавший при оглашении предписания, все же заключил контракт.

По данному факту указанное должностное лицо было привлечено к административной ответственности по части 7 статьи 19.5 КоАП РФ как за неисполнение требования о приостановлении размещения заказа, так и за неисполнение предписания, выданного по итогам рассмотрения жалобы.

Однако суд отменил постановление о наложении штрафа, указав, что требование о приостановлении размещения заказа прекратило свое действие после оглашения решения, принятого по итогам рассмотрения жалобы. Кроме того, субъектом административного правонарушения по части 7 статьи 19.5 КоАП РФ является должностное лицо заказчика, обладающее полномочиями по подписанию контракта (договора), содержащимися в должностной инструкции (регламенте), приказы, уставе организации (предприятия, учреждения) и выполняющее административно-хозяйственные и организационно-распорядительные функции у заказчика. Субъективная сторона административного правонарушения включает в себя вину в форме умысла.

В данном случае должностное лицо заказчика на момент заключения контракта не было извещено о выдаче предписания и о его содержании, поскольку в материалах дела отсутствуют доказательства

³ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 12.03.2014). <http://www.consultant.ru>. Далее также КоАП РФ.

Одним из важнейших вопросов, связанных с реализацией рассматриваемых полномочий, является вопрос о сроке действия требования о приостановлении заключения контракта.

вручения ему предписания до заключения контракта, а на заседании Комиссии Челябинского УФАС России лицо, подписавшее контракт, не присутствовало.

Действительно, согласно части 4 статьи 60 Закона о размещении заказов, а также части 7 статьи 106 Закона о контрактной системе, в случае принятия решения о приостановлении размещения заказа (определения поставщика) контракт не может быть заключен *до рассмотрения жалобы по существу*. Соответственно, требование о приостановлении размещения заказа (или определения поставщика) прекращает свое действие сразу после оглашения контрольным органом решения, вынесенного по итогам рассмотрения жалобы. Необходимо отметить, что в Законе о контрактной системе, так же как и в Законе о размещении заказов, указано, что контракт не может быть заключен до даты исполнения предписания, выданного контрольным органом.

Однако, как известно, контрольный орган размещает информацию об итогах рассмотрения жалобы на официальном сайте (в единой информационной системе) и направляет ее заказчику, а также иным лицам, указанным в законе, в течение трех рабочих дней после оглашения решения⁴.

Таким образом, у должностного лица заказчика появляется возможность заключить контракт начиная с момента оглашения решения и предписания и до их получения заказчиком, включая период подготовки решения и предписания по жалобе, что не обеспечивает защиту прав и интересов участников и своевременное устранение допущенных в ходе закупки нарушений.

ТРУДНОСТИ ПРЕОДОЛИМЫ

Попытка решить проблемы, существовавшие в законодательстве о размещении заказов, была предпринята ФАС России при утверждении Административного регламента, вступившего в силу 9 сентября 2012 года⁵.

Так, пунктом 3.22 Административного регламента определено, что в случае установления контролирующим органом в соответствии со статьей 60 Закона о размещении заказов требования о приостановлении размещения заказа контракт не может

⁴ Часть 8 ст. 106 Закона о контрактной системе.

⁵ Приказ ФАС России от 24.07.2012 № 498 (ред. от 29.03.2013 г.) «Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по рассмотрению жалоб на действия (бездействие) заказчика, уполномоченного органа, специализированной организации, конкурсной, аукционной или котировочной комиссии, оператора электронной площадки при размещении заказа на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг, в том числе при размещении заказов на энергосервис, для государственных, муниципальных нужд, нужд бюджетных учреждений». СПС «Консультант Плюс».

К сожалению, судами не поддерживается позиция антимонопольного органа, что при заключении контракта в период изготовления решения и предписания, в случае если рассмотрение жалобы состоялось до истечения десятидневного срока, все же имеет место нарушение положений статьи 7.32 КоАП РФ.

быть заключен до рассмотрения жалобы контролирующим органом или в случае выдачи предписания об устранении нарушений законодательства Российской Федерации и иных нормативных правовых актов Российской Федерации о размещении заказов — до момента исполнения указанного предписания. Однако установление положений о приостановлении размещения заказа до момента исполнения указанного предписания не соответствовало частям 4 и 5 статьи 60 Закона о размещении заказов, которыми предусмотрено приостановление размещения заказа только до рассмотрения жалобы по существу.

Следовательно, в части 7 статьи 106 Закона о контрактной системе необходимо установить, что приостановление определения поставщика осуществляется **до рассмотрения жалобы по существу**, а в случае выдачи предписания об устранении нарушений законодательства Российской Федерации и иных нормативных правовых актов Российской Федерации о контрактной системе — **до момента исполнения указанного предписания**.

Кроме того, в целях понуждения соответствующего должностного лица заказчика к выяснению результатов рассмотрения жалобы, в том числе у представителей, присутствующих при рассмотрении жалоб, предлагается скорректировать еще одно положение данной нормы, указав следующее: «в случае принятия решения о приостановлении определения поставщика (подрядчика, исполнителя) контракт не может быть заключен **до истечения сроков приостановления определения поставщика** (подрядчика, исполнителя) *с учетом результатов рассмотрения жалобы*».

Также считаем целесообразным дополнить положения части 23 статьи 99 Закона о контрактной системе, указав на обязательность исполнения предписания с момента его вынесения. В этом случае появляется реальная возможность привлечь должностное лицо, подписавшее контракт, к административной ответственности по части 7 статьи 19.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях ввиду отсутствия обязанности представить доказательства получения им предписания контрольного органа.

В отсутствие нормы об обязательности исполнения предписания с момента его вынесения положения указанного Закона о недопустимости

заключения контракта до исполнения предписания фактически не исключают возможности заключения контракта заказчиком, в том числе с точки зрения допустимости привлечения виновных лиц к административной ответственности. Это связано с тем, что такие контракты, как правило, заключаются до фактического получения предписания заказчиком, и, соответственно, доказать вину должностного лица, его подписавшего, практически невозможно.

ПРОДЛЕНИЕ СРОКОВ ЗАКЛЮЧЕНИЯ КОНТРАКТА: СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

К решению поднятого нами вопроса можно было бы подойти иначе. Так, в настоящее время частью 3 статьи 7.32 КоАП РФ предусмотрена административная ответственность за нарушение должностным лицом сроков заключения контракта, которая влечет наложение административного штрафа в размере 50 000 руб. Ранее аналогичные нормы были предусмотрены частью 1.2 статьи 7.32 КоАП РФ.

Как известно, и Законом о размещении заказов, и Законом о контрактной системе предусмотрено, что в случае направления контрольным органом требования о приостановлении размещения заказа (определения поставщика) срок, установленный для заключения контракта, подлежит продлению на период рассмотрения жалобы по существу⁶. Однако, к сожалению, судами не поддерживается позиция антимонопольного органа, что при заключении контракта в период изготовления решения и предписания, в случае если рассмотрение жалобы состоялось до истечения десятидневного срока⁷, все же имеет место нарушение положений статьи 7.32 КоАП РФ.

Так, например, решением Металлургического районного суда города Челябинска от 12.01.2012 года по делу № 12-5/2012 по жалобе должностного лица заказчика на постановление о наложении административного штрафа по части 1.2 статьи 7.32 КоАП РФ установлено, что право участника размещения заказа на подачу жалобы, предусмотренное статьей 57 Закона о размещении заказов, корреспондирует с обязанностью заказчика не заключать контракт до истечения десятидневного срока на обжалование действий аукционной и конкурсной комиссий с момента размещения на официальном сайте в сети Интернет соответствующего протокола и семидневного срока на обжалование действий котировочной комиссии с момента размещения на официальном сайте в сети Интернет протокола рассмотрения и оценки котировочных заявок.

Судом также указан срок, установленный для заключения контракта по открытому аукциону в электронной форме: не ранее 10 и не позднее 20 дней

⁶ Часть 7 ст. 107 Закона о контрактной системе.

⁷ В течение которого заказчику запрещено заключать контракт по итогам аукциона.

МНЕНИЕ

со дня размещения на официальном сайте в сети Интернет протокола аукциона, поскольку именно этот временной период определен действующим законодательством для заключения контракта при отсутствии препятствий к его заключению, в том числе и жалоб на действия аукционной комиссии.

По мнению суда, из системного толкования положений части 5 статьи 60 Закона о размещении заказов и части 4 статьи 528 ГК РФ следует, что срок заключения контракта (период между десятым и двадцатым днем) подлежит продлению только тогда, когда он уже начинает течь, но жалоба еще не рассмотрена по существу. Именно такой подход является способом обеспечения как прав победителя аукциона, так и прав участника размещения заказа, подавшего жалобу.

В анализируемом случае жалоба была рассмотрена антимонопольным органом по существу на восьмой день после размещения итогового протокола аукциона на официальном сайте. Таким образом, на момент вынесения предписания, по мнению суда, срок заключения контракта еще не наступил. Соответственно, не действуют и положения о его продлении.

Толкование судом положений части 5 статьи 60 Закона о размещении заказов, на наш взгляд, является вполне логичным. Однако, привлекая должностное лицо заказчика к административной ответственности, антимонопольный орган исходил из того, что согласно положениям законодательства срок заключения контракта должен продлеваться на срок рассмотрения жалобы, то есть на пять рабочих дней.

Вместе с тем, суд указал, что при рассмотрении жалобы до наступления начального срока возможного заключения контракта необходимость его продления отпадает, поскольку контракт в любом случае не может быть заключен ранее десяти дней, а следовательно, если жалоба рассмотрена до наступления начального срока заключения контракта, то к моменту наступления указанного срока отпадают препятствия для его заключения.

В обоснование своей позиции суд указывает, что, согласно положениям законодательства, срок продлевается на период рассмотрения жалобы, а в данном случае жалоба уже была рассмотрена до наступления срока заключения контракта. Соответственно, все препятствия были устранены еще до наступления срока заключения контракта, иное означало бы нарушение прав победителя торгов. Челябинский областной суд поддержал позицию Metallургического районного суда города Челябинска.

ПРЕДЛОЖЕНИЯ

Практика Челябинского УФАС России показала, что нормы законодательства о контрактной системе,

как и законодательства о размещении заказов, о продлении срока заключения контракта на время рассмотрения жалобы фактически необходимы лишь для решения вопроса, нарушен ли срок подписания контракта заказчиком, если жалоба признана необоснованной. Соответственно, эти положения законодательства, как и положения о недопустимости заключения контракта до исполнения предписания, к сожалению, не всегда обеспечивают ту цель, ради которой они были включены в Закон, поскольку позволяют заключать контракт в период от оглашения до момента фактического получения предписания. Таким образом, мы приходим к выводу, что в текущей ситуации рассматриваемые положения Закона нуждаются в некоторой корректировке.

Во-первых, необходимо внести изменения в часть 7 статьи 106 Закона о контрактной системе и установить положение о том, что при рассмотрении жалобы контрольный орган в сфере закупок вправе приостановить определение поставщика (подрядчика, исполнителя) в части заключения контракта **до рассмотрения жалобы по существу**, а в случае выдачи предписания об устранении нарушений законодательства Российской Федерации и иных нормативных правовых актов Российской Федерации о контрактной системе — **до момента исполнения указанного предписания**, направив заказчику, оператору электронной площадки, в уполномоченный орган, уполномоченное учреждение, специализированную организацию, комиссию по осуществлению закупок требование о приостановлении определения поставщика (подрядчика, исполнителя) в части заключения контракта, которое является для них обязательным. В случае принятия решения о приостановлении определения поставщика (подрядчика, исполнителя) контракт не может быть заключен **до истечения установленных настоящей статьей сроков приостановления определения поставщика (подрядчика, исполнителя) с учетом результатов рассмотрения жалобы**.

Во-вторых, следует дополнить часть 23 статьи 99 Закона о контрактной системе положениями о том, что предписание обязательно к исполнению **с момента его принятия**.

Сапрыкина Н. В.,
заместитель руководителя
Челябинского УФАС России

Долгополова К. А.,
заместитель начальника
отдела контроля в сфере закупок
для государственных и муниципальных нужд
Челябинского УФАС России

ПРАКТИЧЕСКОЕ ПРИМЕНЕНИЕ РЕЗУЛЬТАТОВ АНАЛИЗА РЫНКА

РЫНОК РОЗНИЧНОЙ ТОРГОВЛИ ЛЕКАРСТВЕННЫМИ СРЕДСТВАМИ, ИЗДЕЛИЯМИ МЕДИЦИНСКОГО НАЗНАЧЕНИЯ И СОПУТСТВУЮЩИМИ ТОВАРАМИ В ТЮМЕНСКОЙ ОБЛАСТИ (БЕЗ АВТОНОМНЫХ ОКРУГОВ)



Согласно Федеральному закону от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», конкуренция — это 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. Результатом такого соперничества становится снижение издержек производителя, что, в свою очередь, обеспечивает удовлетворение потребностей населения и установление более низких рыночных цен для потребителя. Кроме того, развитая конкурентная среда ведет к повышению качества производимой продукции и расширению ассортимента товаров.

Таким образом, развитие конкуренции на рынке розничной торговли лекарственными средствами является необходимым условием гарантированно-го снабжения населения **высококачественными** и **доступными** лекарственными препаратами¹. При этом следует признать, что на сегодняшний день лекарственное обеспечение граждан Российской Федерации остается острой социальной проблемой, напрямую влияющей на такие показатели, как продолжительность жизни и здоровье нации.

Анализ рынка розничной торговли лекарственными средствами, изделиями медицинского назначения и сопутствующими товарами проводится

¹ Указ Президента Российской Федерации от 12.05.2009 № 537 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года».

Табл. 1. Динамика показателей, характеризующих рынок

| Год | Количество х/с-участников рынка, ед. | Число аптечных учреждений, ед. | Товарооборот аптечных учреждений, тыс. руб. |
|------|--------------------------------------|--------------------------------|---|
| 2008 | 80 | 427 | 3 358 286,77 |
| 2009 | 90 | 441 | 4 110 459,53 |
| 2010 | 85 | | 4 466 786,22 |
| 2011 | 93 | 464 | 5 288 712,61 |

Табл. 2. Показатели состояния конкуренции товарного рынка по муниципальным образованиям Тюменской области (без автономных округов)

| Наименование городского округа или муниципального района | | |
|--|---|---|
| Высокий уровень концентрации рынка (конкуренция не развита) | Умеренный уровень концентрации рынка (конкуренция развита недостаточно) | Низкий уровень концентрации рынка (конкуренция развита) |
| Абатский Армизонский Аромашевский Бердюжский Вагайский Викуловский Гольшмановский Город Заводоуковск Город Тобольск Город Ялуторовск Исетский Ишимский Казанский Нижнетавдинский Омутинский Сладковский Сорокинский Тобольский Тюменский Уватский Упоровский Юргинский Ялуторовский Ярковский | Город Ишим | Город Тюмень |

Управлением Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области на регулярной основе с целью оценки состояния конкурентной среды, определения уровня концентрации и выявления барьеров для входа на рынок новых хозяйствующих субъектов.

По данным, полученным Управлением в рамках проделанной работы, рынок розничной торговли лекарственными средствами, изделиями медицинского назначения и сопутствующими товарами на территории Тюменской области (без автономных округов) в 2008–2011 годах характеризовался такими показателями, как количество хозяйствующих субъектов-участников рынка, число аптечных учреждений и их товарооборот (табл. 1).

Несмотря на положительную динамику, прослеживающуюся в анализируемом периоде, максимальный прирост хозяйствующих субъектов и числа аптечных учреждений² отмечался в городе Тюмени и в Тюменском районе, в то время как на территории других муниципальных районов этот показатель оставался практически неизменным³. При этом высокий уровень концентрации рынка,

² По данным проведенного анализа.

³ Анализ рынка услуг розничной торговли лекарственными средствами, изделиями медицинского назначения и сопутствующими товарами. Управление Федеральной антимонопольной службы по Тюменской области, 2010 г., 2012 г.

Развитие конкуренции на рынке розничной торговли лекарственными средствами является необходимым условием гарантированного снабжения населения высококачественными и доступными лекарственными препаратами.

определенный на основании показателя рыночной концентрации и индекса рыночной концентрации Герфиндаля-Гиршмана, в сочетании с ежегодно отмечаемыми хозяйствующими субъектами барьерами входа на товарный рынок (низкая платежеспособность населения в сельской местности, невысокая доходность, государственное регулирование ценообразования, рост расходов на арендные платежи, недостаток фармацевтических кадров) позволяет утверждать, что на территории муниципальных районов и городских округов Тюменской области (без автономных округов), за исключением города Тюмени, **конкуренция не развита**

ДЛЯ СПРАВКИ

Аптечная сеть — два и более аптечных учреждения, принадлежащих одному или нескольким лицам и работающих под одним торговым наименованием, торговой маркой.

Табл. 3. Обеспеченность населения аптечными учреждениями, Тюменская область

| Наименование городского округа или муниципального района | | |
|--|--------------------------------------|--|
| Менее 4 тыс. чел. (высокая плотность) | 4–5 тыс. чел. (норма) | Более 5 тыс. чел. (недостаток) |
| Абатский Армизонский Бердюжский Викуловский Гольшмановский Город Заводоуковск Город Ишим Город Тобольск Город Тюмень Город Ялуторовск Казанский Нижнетавдинский Омутинский Сладковский Сорокинский Тюменский Уватский Юргинский | Вагайский Упоровский Ярковский | Аромашевский Исетский Ишимский Тобольский Ялуторовский |

Одной из ключевых причин, препятствующих появлению новых аптек и развитию конкуренции на исследуемом рынке, является размещение аптечных организаций в арендуемых помещениях.

либо **развита недостаточно**. Данные об уровне концентрации исследуемого рынка в 2011 году приведены в таблице 2.

Принято считать, что норма соотношения численности населения и количества аптечных учреждений 4–5 тыс. человек на одну аптеку⁴. Информация об обеспеченности населения аптечными организациями на территории Тюменской области (без автономных округов) отражена в таблице 3.

Таким образом, в границах Тюменской области (без автономных округов) 18 локальных рынков имеют высокую плотность аптечных учреждений, следовательно, население этих районов не испытывает недостатка в услугах розничной реализации лекарственных средств, изделий медицинского назначения и сопутствующих товаров. Однако в условиях сочетания высокой плотности аптечных учреждений с высоким уровнем концентрации рынка, наблюдаемым на территории большинства муниципальных образований Тюменской области (без автономных округов), вероятность появления на локальных рынках новых хозяйствующих субъектов и дальнейшего развития конкуренции крайне низка. В пользу этого предположения говорит и такой факт, что свыше половины опрошенных хозяйствующих субъектов являются аптечными сетями.

То обстоятельство, что в границах Тюменской области (без автономных округов) присутствуют

⁴ Результаты анализа состояния конкуренции на рынке услуг розничной торговли лекарственными средствами, изделиями медицинского назначения и сопутствующими товарами в 2010–2011 гг. в географических границах муниципальных районов и городских округов. Федеральная антимонопольная служба, Управление контроля социальной сферы и торговли, 2013 г.

муниципальные образования с недостаточным количеством аптечных учреждений и, соответственно, низким уровнем доступности лекарственных средств населению заслуживает особого внимания. Аналогичная ситуация (неразвитая конкуренция, концентрация платежеспособного спроса в крупных городах) складывается и во многих других субъектах Российской Федерации.

Стоит отметить, что регулярное исследование состояния конкуренции позволит территориальному органу Федеральной антимонопольной службы своевременно выявлять регионы с низкой обеспеченностью населения аптечными организациями.

Одной из ключевых причин, препятствующих появлению новых аптек и развитию конкуренции на исследуемом рынке, является размещение аптечных организаций в арендуемых помещениях. Высокая арендная плата входит в число основных составляющих затрат на ведение бизнеса, при этом стоимость аренды постоянно растет.

Кроме того, к аптечным пунктам, как в городах, так и в сельской местности, применяются жесткие требования со стороны лицензирующего органа (к площадям помещений, наличию складских и административно-бытовых помещений, соответствию помещений санитарным правилам, наличию необходимого оборудования, обеспечивающего особые условия хранения лекарственных средств и т.п.).

Поскольку право заключения договоров аренды нежилых помещений, находящихся в государственной и муниципальной собственности, реализуется на конкурсной основе, получение аптечными учреждениями таких помещений также является проблематичным.

Регулярное исследование состояния конкуренции позволит территориальному органу Федеральной антимонопольной службы своевременно выявлять регионы с низкой обеспеченностью населения аптечными организациями.



Все это требует существенных первоначальных вложений и создает **значительные сложности** в поиске помещений для размещения аптек, **особенно в сельской местности**.

Препятствием появлению в отдаленных и труднодоступных регионах новых участников рынка также является недостаток фармацевтических кадров, регулярно отмечаемый хозяйствующими субъектами в ходе проведения анализа рынка.

В выявлении и решении указанных проблем, по нашему мнению, могут и должны быть использованы результаты, полученные территориальным органом Федеральной антимонопольной службы при проведении анализа рынка (данные о степени концентрации рынка, об обеспеченности населения лекарственными средствами и о барьерах входа на рынок). Сведения, полученные в результате исследования рынка, являются базой при подготовке предложений органам власти о существующих проблемах и необходимости развития конкуренции.

Стоит отметить, что работа по развитию конкуренции ведется в рамках плана мероприятий (Дорожная карта) «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики»⁵,

⁵ Утвержден распоряжением Правительства Российской Федерации от 28.12.2012 № 2579-р.

который содержит как общесистемные мероприятия на 2013–2015 годы, так и отраслевые направления деятельности.

В качестве общесистемных мероприятий предусматривается включение функций по развитию конкуренции в приоритеты деятельности органов исполнительной власти, развитие конкуренции в инфраструктурных отраслях, включая сферы естественных монополий, снижение доли государственного сектора в экономике, внедрение лучших практик развития конкуренции в субъектах Российской Федерации, развитие конкуренции при осуществлении закупок, упрощение деятельности предпринимателей в рамках антимонопольного регулирования и повышение уровня защиты прав потребителей.

В Дорожной карте также определены первоочередные мероприятия по развитию конкуренции в отдельных отраслях, в частности, на рынке лекарственных препаратов⁶.

Для обеспечения развития конкуренции в Тюменской области 22 июля 2013 года губернатором области утвержден план мероприятий (Дорожная

⁶ Основные направления деятельности Правительства Российской Федерации на период до 2018 года, утверждены Правительством Российской Федерации 31.01.2013 г.



карта) «Развитие конкуренции в Тюменской области», согласно которому **органам местного самоуправления рекомендовано разработать планы мероприятий по развитию конкуренции в муниципальных образованиях Тюменской области.** В упомянутом документе в рамках плана мероприятий по развитию конкуренции на рынке лекарственных препаратов вводится региональный государственный контроль в отношении фармацевтических организаций за применением цен на лекарственные средства, включенные в перечень жизненно необходимых и важнейших медицинских препаратов.

На уровне муниципальных образований Тюменской области, основываясь на результатах проведенного Тюменским УФАС анализа, Дорожная карта может быть **дополнена мероприятиями по поддержке хозяйствующих субъектов, выходящих на анализируемый рынок,** в форме предоставления муниципальных преференций. В связи с этим, органам местного самоуправления (в рамках реализации принимаемой Дорожной карты) целесообразно оценить возможность предоставления преференций с позиции наличия неиспользуемых площадей, находящихся в муниципальной собственности, а также проинформировать потенциальных участников анализируемого рынка о перечне и порядке предоставления

ДЛЯ СПРАВКИ

Муниципальная преференция — предоставление органами местного самоуправления отдельным хозяйствующим субъектам преимущества, которое обеспечивает им более выгодные условия деятельности, путем передачи государственного или муниципального имущества, иных объектов гражданских прав либо путем предоставления имущественных льгот, государственных или муниципальных гарантий.

преференций (например, путем размещения соответствующей информации в сети Интернет).

Такая поддержка необходима, в первую очередь, **в тех муниципальных образованиях, где отмечается недостаточное количество аптекных организаций, и следовательно, низкая доступность лекарственных средств населению** (отдаленные и труднодоступные населенные пункты, сельские муниципальные образования с низкой численностью, плотностью, доходами населения). Предоставление аптечным организациям преференций по заключению договоров аренды муниципальных площадей оправданно, в первую очередь, в связи с выполняемыми ими функциями охраны здоровья граждан и социального обеспечения населения.

Государственная поддержка аптек (в сельской местности, удаленных регионах) оказывается и в ряде зарубежных стран (например, Австралии) в виде низкой ренты, субсидий, выделяемых аптекам. Там также существует программа поддержки жителей сельской местности, стремящихся получить фармацевтическое образование, и студентов, желающих работать в сельских аптеках.

Таким образом, развитию конкуренции на рынке розничной торговли лекарственными средствами, изделиями медицинского назначения и сопутствующими товарами в границах отдаленных от центра муниципальных районов Тюменской области (учитывая барьеры входа на рынок, большинство из которых труднопреодолимы) на сегодняшний день могут способствовать только государственная поддержка хозяйствующих субъектов в форме предоставления преференций (места под размещение аптечных учреждений, применение понижающего коэффициента арендной платы) и проведение органами муниципальной власти кадровой политики, стимулирующей появление новых фармацевтических кадров на отдаленных и труднодоступных территориях региона.

Веретенников И. В.,
заместитель руководителя
Управления Федеральной
антимонопольной службы
по Тюменской области,
начальник отдела контроля
за монополистической деятельностью

Журбенко А. П.,
ведущий специалист-эксперт
отдела контроля
за монополистической деятельностью
Тюменского УФАС России