



Объединение
Корпоративных
Юристов

«ДИАЛОГ С ВЛАСТЬЮ». «ФАС РОССИИ И ЧЛЕНЫ ОКЮР. ПРОДОЛЖЕНИЕ РАЗГОВОРА»

20 и 21 апреля 2017 г. состоялись организованные Объединением Корпоративных Юристов (ОКЮР) и международной юридической фирмой «Бейкер и Макензи» традиционные круглые столы с руководством Федеральной антимонопольной службы.

20 апреля 2017 г. прошла дискуссия с участием заместителя руководителя ФАС России **Анатолия Голомолзина** и начальника правового управления ФАС России **Артема Молчанова**. Открывая дискуссию, **Александра Нестеренко**, президент ОКЮР, отметила растущую вовлеченность членов ОКЮР во взаимодействие с ведомством, устанавливающим правила поведения на рынке в диалоге с бизнесом.

Новая тарифная политика

А. Голомолзин осветил особенности новой тарифной политики. В целом ФАС России осуществляет тарифную политику уже более двух лет, но теперь при принятии тарифных решений Служба будет проводить анализ рынка. Предшествующий регулятор принимал свои решения на основе анализа финансово-хозяйственной деятельности организаций. ФАС России также руководствуется результатами такого анализа, однако существенным для принятия решения является именно анализ рынка.

Спикер рассказал и об ожидаемых изменениях законодательства. Во-первых, планируется закрепить в Федеральном законе от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) такие базовые принципы новой тарифной политики, как принятие тарифных решений на основе экономического анализа, отсутствие дискриминации, ориентация на бенчмарки конкурентных рынков. Во-вторых, в Федеральный закон от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях» необходимо внести изменения, уточняющие понятие естественной монополии, в том числе с использованием понятийного аппарата Закона о защите конкуренции. Наконец, в-третьих, для обеспечения



Анатолий Голомолзин, заместитель руководителя ФАС России; **Александра Нестеренко**, президент НП «ОКЮР»; **Артем Молчанов**, начальник правового управления ФАС России

унификации тарифного регулирования ФАС России ведет работу над законопроектом о тарифном регулировании.

В заключение А. Голомолзин отметил, что в связи с переходом от метода экономически обоснованных затрат к методам, основанным на анализе рынка, и методам тарифного регулирования долгого цикла требуется кардинальная перестройка всех существующих методик.

Рынки информационных технологий

А. Голомолзин кратко описал историю развития рынков информационных технологий, а также роль ФАС России в этом процессе и отметил, что политика ФАС России в сфере связи, в частности тарифные новации, привела к развитию секторов фиксированной связи, сотовой телефонии и нового сегмента рынка — сети Интернет.

Новая эра цифровой экономики обуславливает необходимость формирования нового понимания товарных рынков. Новыми мировыми лидерами в современной экономике стали компании, которые имеют минимальные производственные фонды и главным активом которых является пул интеллектуальных прав, а также большие данные (*big data*). Их эффективность и конкурентоспособность зависят от аналитики и использования цифровых алгоритмов.

Несмотря на многочисленные блага, которые создаются в ходе деятельности таких компаний, эти компании преследуют экономические цели и могут злоупотребить своей рыночной властью. В качестве примера А. Голомолзин привел дело компании *Google*.



Андрей Цыганов, заместитель руководителя ФАС России; **Александра Нестеренко**; **Андрей Тенишев**, начальник управления по борьбе с картелями ФАС России

Рассуждая об изъятиях, установленных в антимонопольном законодательстве в отношении исключительных прав, спикер отметил, что существующие положения об изъятиях приводят к правовой неопределенности и создают проблему неравенства юрисдикций, и поэтому должны быть изменены или отменены. А. Молчанов, в свою очередь, рассказал о решении Суда ЕАЭС, принятом по запросу Министерства юстиции Республики Беларусь, согласно которому введение более мягких режимов, исключаящих из антимонопольного регулирования какие-либо сферы или отношения, не соответствует Договору о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014.

Антимонопольный комплаенс

А. Молчанов отметил, что антимонопольный комплаенс обсуждается уже более двух лет, однако до сих пор не введен на практике.

Так, продолжается дискуссия о необходимости закрепления в законодательстве положений об освобождении от ответственности или смягчении ответственности за нарушение антимонопольного законодательства при условии применения антимонопольного комплаенса. В частности, высказывается мнение о том, что нельзя стимулировать внедрение комплаенса, поскольку предпринимательская деятельность связана с риском, а если создаются условия, при которых компания может для себя такие риски исключить, то такая деятельность уже не будет предпринимательской.

Главной целью введения комплаенса является предупреждение совершения нарушения, а не освобождение от ответственности или ее смягчение, поскольку, по словам А. Молчанова, несовершенное нарушение более выгодно для экономики, чем нарушение, которое совершено и выявлено.

Спикер также обратился к зарубежному опыту регулирования антимонопольного комплаенса и пояснил, что в других странах отношение к антимонопольному комплаенсу определяется антимонопольными регуляторами самостоятельно и выражается в соответствующих разъяснениях. Однако ФАС России в настоящее время принципиально отказалась



от идеи введения обязательного комплаенса для государственных компаний, естественных монополий и государственных корпораций в законодательном порядке. В то же время не исключено, что соответствующие положения могут появиться в других актах.

Сдерживающим фактором в работе над законопроектом об антимонопольном комплаенсе является аргумент о возможных злоупотреблениях, а именно о введении фиктивного комплаенса. А. Молчанов в связи с этим отметил, что комплаенс — это не просто отдельный документ, а система, направленная на выявление и оценку рисков, принятие мер по хеджированию рисков, обучению персонала. Оценивать ее действенность необходимо при рассмотрении конкретного антимонопольного дела, при этом бремя доказывания существования и функционирования этой системы должно лежать на компании.



Андрей Тенишев; Александра Нестеренко; Андрей Цыганов

Перспективы внутриведомственной апелляции

Проблема внутриведомственной апелляции является довольно сложной, в том числе в связи с тем, что полномочие ФАС России по отмене решений территориальных управлений может затрагивать вопросы репутации руководителей территориальных управлений, их взаимоотношений с другими государственными органами внутри региона, а также оказывать существенное влияние на экономику региона.

Принципиально важно, чтобы внутренняя апелляция носила добровольный характер. Данный механизм рассматривается не как способ пересмотра фактических обстоятельств и исправления огрехов, а как механизм обеспечения единообразия практики антимонопольных органов.

ФАС России рассматривает внутриведомственную апелляцию как один из способов выработки правовых позиций о применении антимонопольного законодательства наряду с таким инструментом, как разъяснения. Такой единообразный подход формируется центральным аппаратом ФАС России и должен применяться в последующем территориальными управлениями.

Статистика показывает, что из 56 поданных заявлений об апелляции в подавляющем большинстве случаев ФАС России либо возвращала заявления, либо отказывала в их удовлетворении. В 6 случаях решение территориального управления было отменено, и в 3 — изменено.



Заседание круглого стола

21 апреля 2017 г. дискуссию провели **Андрей Цыганов**, заместитель руководителя ФАС России, и **Андрей Тенишев**, начальник управления по борьбе с картелями ФАС России.

Тенденции в сфере международного сотрудничества

А. Цыганов отметил, что тема международного сотрудничества, несмотря на ее важность, публично обсуждается достаточно редко. На современном этапе ФАС России стремится осуществлять регулирование с учетом лучших международных практик, участвовать в деятельности всех международных организаций.

Перед ФАС России стоит задача интеграции России в международное сообщество, а также обеспечение для трансграничных компаний условий регулирования, сходных с условиями, существующими в других юрисдикциях.

Россия участвует в более чем 50 международных и межправительственных соглашениях, в том числе является членом таких ведущих международных организаций в сфере антимонопольного регулирования, как Конференция ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД), Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) и Международная конкурентная сеть (МКС).

Так, в рамках ЮНКТАД был разработан Модельный закон о конкуренции, положения которого были использованы при создании Закона РСФСР от 22.03.1991 № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (далее — Закон о конкуренции и ограничении монополистической деятельности).



Результатом сотрудничества с ОЭСР в 1991 г. стало принятие Закона о конкуренции и ограничении монополистической деятельности. По мнению А. Цыганова, ОЭСР является одной из наиболее профессиональных структур для международного взаимодействия.

На уровне СНГ уже более 20 лет действует Межгосударственный совет по антимонопольной политике (МСАП). Созданный им Штаб по совместным расследованиям нарушений антимонопольного законодательства является аналогом Европейской конкурентной сети.



Антон Суббот, партнер московского филиала международной юридической фирмы «Бейкер и Макензи»; **Надежда Волыхина**, директор юридического департамента Группы «Илим»

Говоря о сотрудничестве государств — членов ЕАЭС, А. Цыганов сказал, что уникальной чертой ЕАЭС является наличие наднационального органа — Евразийской экономической комиссии (ЕЭК), наделенного рядом полномочий по применению правил конкуренции на трансграничных рынках.

В завершение А. Цыганов рассказал о новых инициативах, которые ФАС России продвигает на международной арене, и отметил необходимость создания глобальных механизмов для противодействия нарушениям транснационального характера. В долгосрочной перспективе ФАС России стремится к принятию международной конвенции по борьбе с картелями, которая бы имела обязательный характер, и созданию механизма ее наднационального применения. В краткосрочной перспективе деятельность ФАС России ориентирована на разработку инструментария международного сотрудничества конкурентных ведомств для совместной борьбы с практиками, ограничивающими конкуренцию.

Картельные соглашения и сговоры

А. Тенишев также подчеркнул важность международного сотрудничества и привел примеры взаимодействия между национальными органами при расследовании антиконкурентных соглашений и согласованных действий.

Кроме того, он рассказал о расследовании антиконкурентных соглашений, заключаемых с использованием компьютерных алгоритмов, которое ФАС России проводит одновременно с Европейской комиссией.

Дело в том, что существуют программы, которые анализируют данные о ценах и могут сообщать, например, о случаях отклонения цен от рекомендованных. Само по себе использование таких программ для мониторинга цен не запрещено. Определяющим фактором

при решении вопроса о наличии либо отсутствии нарушения антимонопольного законодательства будет то, какие действия совершает субъект после получения такой информации, например предпринимает ли он меры для принудительного исправления цен, установленных на рынке отдельными компаниями. Кроме того, компьютерные программы могут использоваться для участия и обеспечения победы в электронных торгах.

При проведении расследований ФАС России может сталкиваться с техническими сложностями, вызванными тем, что хозяйствующие субъекты препятствуют проведению проверок, в том числе используя более совершенные цифровые технологии или уничтожая доказательства. В связи с этим в настоящее время ведется работа над законопроектом о введении оборотного штрафа за создание препятствий при проведении проверок. Подобная мера длительное время существует и успешно реализуется в Европейском союзе.

Отвечая на вопрос о получении антимонопольным органом доступа к информации, составляющей коммерческую тайну, А. Тенишев пояснил, что одного только утверждения компании о том, что тот или иной документ содержит коммерческую тайну, недостаточно для того, чтобы антимонопольный орган соблюдал в отношении данной информации соответствующий режим.

Говоря о взаимодействии заказчиков и участников торгов при проведении закупок, спикер пояснил, что заказчик может общаться с потенциальными поставщиками, изучать предложения на рынке, однако не вправе проводить переговоры, которые могут привести к ограничению конкуренции на торгах.

В последнее время было вынесено два приговора в отношении должностных лиц заказчиков за сговоры на торгах. В данных делах предопределение того, кто будет победителем на торгах, без совершения сопутствующих преступлений (например, получение взятки), было квалифицировано по ст. 285 Уголовного кодекса РФ как злоупотребление должностными полномочиями.