



Объединение
Корпоративных
Юристов

КРУГЛЫЙ СТОЛ «ФАС РОССИИ И ЧЛЕНЫ ОКЮР»

20 октября 2017 г. при поддержке юридической фирмы «Гольцблат БЛП» прошел круглый стол ОКЮР и ФАС России из цикла «Диалог с властью».

Александра Нестеренко, президент ОКЮР, представила спикеров: заместителей руководителя ФАС России **Сергея Пузыревского** и **Рачика Петросяна**, а также модератора круглого стола, партнера «Гольцблат БЛП», руководителя антимонопольной практики **Николая Вознесенского**.

С. Пузыревский отметил, что, несмотря на отсутствие изменений в законодательном регулировании дистрибуции, всегда существует необходимость в обсуждении подходов антимонопольного органа к оценке договоров, направленных на реализацию товаров, и оценке системы доведения товара от производителя до конечного потребителя. Производителю важно понимать, в каких рамках с точки зрения антимонопольного законодательства он находится.

Спикер обратил внимание на то, что сейчас проходит очередная реформа контрольно-надзорной деятельности, направленная в том числе на формирование понятных механизмов взаимодействия с бизнесом, в рамках которых ФАС России не будет осуществлять карательную функцию, а станет помогать бизнесу выстраивать его работу. Ведь важно, чтобы бизнес четко осознавал границы допустимого поведения на рынке.

По словам С. Пузыревского, система антимонопольного регулирования исходит из того, что предприниматель свободен в организации своей деятельности. Таким образом, в условиях конкуренции законодательные ограничения должны быть минимальными. Спикер пояснил, что под рынком с эффективной конкуренцией закон понимает рынок, на котором отсутствуют участники, доля которых равна или превышает 20%. Согласно Федеральному закону от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) ограничения для хозяйствующих субъектов начинают появляться только при доле от 20%, и в первую очередь это касается вертикальных соглашений, соглашений о дистрибуции. Иначе говоря, если доля участников вертикального соглашения не превышает 20%, то к таким соглашениям не применяются ограничения, установленные антимонопольным законодательством.



Заседание круглого стола

Тем не менее С. Пузыревский подчеркнул, что даже занимающий менее 20% рынка хозяйствующий субъект может быть вовлечен в картель или координацию. Поэтому компаниям нужно обращать внимание на то, как они выстраивают отношения с конкурентами.

Возвращаясь к теме вертикальных соглашений, спикер отметил, что, как только доля участника такого соглашения начинает превышать 20%, включаются антимонопольные запреты. Основной — это запрет на установление цен перепродажи, т.е. поставщик не вправе диктовать дистрибьютору условия его ценовой политики. Единственное исключение — максимальная цена перепродажи, когда поставщик указывает дилеру, что нельзя продавать дороже определенной цены. Еще один запрет — это недопустимость условия о запрете продавать товары конкурента. Однако самостоятельный (при отсутствии соглашения) отказ дистрибьютора от продажи конкурирующих товаров не является нарушением. Также разрешается установить в соглашении запрет продавать товары конкурента тогда, когда производитель передает дистрибьютору определенные средства индивидуализации.

В случае выявления нарушения указанных запретов ответственность применяется к обоим участникам соглашения даже несмотря на то, что дистрибьютор зачастую находится в зависимом положении от поставщика. Однако если поставщик сам заявляет в антимонопольный орган о нарушении, он может быть освобожден от ответственности, и тогда ответственность несет только дистрибьютор. Именно поэтому ФАС России задумывается о дифференциации ответственности для поставщика и дистрибьютора.

С. Пузыревский заметил, что соглашения о дистрибуции могут также подпадать под запрет на иные ограничивающие конкуренцию соглашения. Перечень таких соглашений является открытым, соответственно, возникает неопределенность в отношении дозволенного и запрещенного. Частично ее снимает Постановление Правительства РФ от 16.07.2009 № 583 «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами», которое предусматривает общие исключения и, например, допускает ограничение территории.

Спикер уточнил, что указанные правила иначе применяются к соглашениям между финансовыми организациями. В частности, к ним не применяется исключение для хозяйствующих



Александра Нестеренко, президент ОКЮР; **Сергей Пузыревский**, заместитель руководителя ФАС России; **Николай Вознесенский**, партнер, руководитель антимонопольной практики юридической фирмы «Гольцблат БЛП»

субъектов, доля которых составляет менее 20%. На практике финансовые организации редко признаются нарушившими запреты на ограничивающие конкуренцию вертикальные соглашения, поскольку в этой сфере, как правило, нет посредничества и финансовые организации взаимодействуют с потребителями напрямую.

Далее С. Пузыревский уделил внимание проблемам, возникающим, если доля хозяйствующего субъекта на рынке превышает 35%. Если создается возможность установления доминирующего положения, то в отношении такого субъекта начинают действовать дополнительные запреты. На субъектов, доля которых на рынке колеблется между 20 и 35%, эти запреты не распространяются, за исключением торговых сетей, обладающих значительной рыночной властью вне зависимости от доли.

Спикер указал, что в случае, если субъект занимает на рынке доминирующее положение, установление различных условий в договорах с контрагентами при прочих равных может быть расценено как дискриминация. Одним из способов снижения рисков признания условий дискриминационными является принятие в компании правил торговой практики, в которых было бы четко прописано, при каких обстоятельствах субъект предлагает контрагентам те или иные условия (условия постоплаты, скидки и т.д.). Правила торговой практики могут быть любыми, главное, чтобы они были экономически объяснимы, применялись ко всем контрагентам доминанта в равной степени и были публично объявлены.

С. Пузыревский напомнил, что в силу Договора о Евразийском экономическом союзе (ЕАЭС) (подписан в Астане 29.05.2014) антимонопольные правонарушения, совершенные на едином рынке, рассматриваются Комиссией ЕАЭС, которая недавно вынесла свое первое решение как раз в отношении создания покупателям из одного государства-члена дискриминационных условий по сравнению с покупателями из других государств — членом ЕАЭС. То есть антимонопольные нормы Договора о ЕАЭС применяются и к трансграничным (в рамках единого рынка) договорам дистрибуции.



Согласно разъяснениям Суда ЕАЭС национальное законодательство не может содержать менее строгие правила, чем те, которые установлены Договором о ЕАЭС. В связи с этим спикер отметил, что Договор не предусматривает иммунитета для обладателей прав интеллектуальной собственности, и в этом смысле российское антимонопольное законодательство содержит менее строгие положения. В завершение своего выступления С. Пузыревский напомнил, что для выравнивания правоприменительной практики, идущей вразрез с позицией ФАС России, была создана апелляционная коллегия, которая отменяет около четверти решений территориальных органов.

Далее заместитель руководителя ФАС России Р. Петросян ответил на проблемные вопросы проведения закупок товаров, работ и услуг.

Первым стал вопрос, касающийся новейшей практики Верховного Суда РФ, ограничившей антимонопольный контроль по Федеральному закону от 18.07.2011

№ 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее — Закон о закупках). В частности, высший суд определил, что ФАС России не может рассматривать жалобы по основаниям, не предусмотренным данным Законом, соответственно, ведомство выпустило письмо для территориальных органов, разъясняющее порядок рассмотрения жалоб по Закону. Отвечая на вопрос о возможности принятия регламента ФАС России о порядке проведения контроля торгов по Закону о закупках, Р. Петросян отметил, что ст. 18.1 Закона о защите конкуренции уже регламентирует порядок рассмотрения жалоб на проведение торгов и принятие регламента будет излишним регулированием.

Что касается увеличения предусмотренного Законом о закупках двухнедельного срока исполнения предписания об устранении нарушения в случае задержки публикации предписания на сайте ФАС России, то в 99% случаев срок публикации (3 рабочих дня) соблюдается, а значит, необходимости в увеличении срока исполнения предписания, в частности для целей обжалования, нет. Однако если субъект планирует добросовестно исполнять предписание, но ему недостаточно отведенного на это времени, антимонопольный орган готов рассмотреть отдельно такие случаи, чтобы оценить целесообразность выдачи предписаний с более длительным сроком исполнения.

Говоря о практике рассмотрения жалоб на действия организаций, которые не подпадают под действие Закона о закупках, а проводят торги в соответствии со своими внутренними процедурами, Р. Петросян пояснил, что в соответствии с разъяснением центрального аппарата ФАС России жалобы на частные торги по правилам ст. 18.1 Закона о защите конкуренции не рассматриваются. Одновременно в случае нарушения ст. 17 Закона о защите конкуренции жалоба может быть рассмотрена в порядке, установленном главой 9 Закона.

Еще один вопрос касался того, правомерно ли тестирование образцов высокотехнологичного оборудования при его закупке по Закону о закупках, если такое тестирование не ограничивает конкуренцию и является обычной практикой на рынке. Р. Петросян ответил, что



Рачик Петросян, заместитель руководителя ФАС России

если по данному основанию придет жалоба, то ФАС России будет считать такое требование неправомерным. Но если оно установлено в документации, то в отсутствие иных нарушений антимонопольный орган, как правило, не выделяет это как самостоятельное основание внесения изменений в документацию.

На вопрос о том, почему ФАС России считает неправомерным включение в документацию права заказчика проверять поставщика, спикер уточнил, что заказчик вправе проверять выполнение своих законных требований, но лишь тогда, когда наступает обязанность исполнения этих требований. Заказчик же зачастую пытается проверить на стадии подачи заявок то, что на этой стадии проверить объективно невозможно. С учетом того, что заказчик и так является более сильной стороной — поставщик должен для участия в торгах представить банковскую гарантию, исполнить договор, а оплату он получает только по факту приемки, — у него есть все инструменты для того, чтобы не допустить недобросовестного участника, в том числе возможность включения участника в реестр недобросовестных поставщиков.

Р. Петросян также напомнил, что в случаях, когда заказчик по Закону о закупках не уверен в правомерности тех или иных требований, он может ориентироваться на стандарты, которые установлены для закупок по Федеральному закону от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон о контрактной системе).

Что касается консолидации закупок нескольких заказчиков при реализации совместного проекта, то, по словам Р. Петросяна, сама по себе она не противоречит закону, однако необходимо избегать излишнего укрупнения лотов. Важно, чтобы товары, закупаемые в рамках одного лота, были технологически и функционально связаны.

На вопрос о возможности внесения изменений в договор, заключенный на торгах, Р. Петросян ответил, что существенные условия такого договора не подлежат изменению. Вместе с тем в некоторых случаях условия договора, заключаемого на торгах, можно формулировать не в виде фиксированных величин, а в виде правила их определения. Такой способ позволяет не вносить изменения в условия договора при его исполнении.

Отвечая на вопрос о применении принципа инновационности, закрепленного в Законе о контрактной системе, а именно о том, может ли компания жаловаться в антимонопольный орган, если требования документации явно рассчитаны на устаревшее оборудование, но при той же начальной максимальной цене контракта можно закупить более новое и современное оборудование, спикер сказал, что если заказчика устраивает устаревшее оборудование, которое может быть поставлено различными поставщиками, то нарушения закона нет. А вот если под маской инновационности техническое задание составляет под оборудование определенного поставщика, это может быть расценено как ограничение конкуренции.

В целом установление требований под оборудование конкретного производителя скорее будет свидетельствовать о сговоре, чем о скрупулезном изучении заказчиком рынка по Закону о контрактной системе.

В завершение А. Нестеренко поблагодарила спикеров и модератора круглого стола Н. Вознесенского, пригласив участников присоединиться к рабочей группе ФАС России и ОКЮР по разработке разъяснений относительно применения порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке.