



Объединение
Корпоративных
Юристов

ФАС РОССИИ И ЧЛЕНЫ ОКЮР: КАК ПРИМЕНЯТЬ НОРМЫ ЧЕТВЕРТОГО АНТИМОНОПОЛЬНОГО ПАКЕТА

19–21 апреля 2016 г. НП «Объединение Корпоративных Юристов» провело круглые столы с руководством Федеральной антимонопольной службы.

19 апреля 2016 г. состоялась дискуссия с участием заместителя руководителя ФАС России **Андрея Кашеварова**, начальника управления контроля рекламы и недобросовестной конкуренции ФАС России **Николая Карташова** и заместителя начальника управления контроля рекламы и недобросовестной конкуренции ФАС России **Яны Склярской**. На повестке дня было обсуждение параллельного импорта в России и ЕАЭС, влияния на локализацию, а также новых подходов к недобросовестной конкуренции.

А. Кашеваров отметил, что тема параллельного импорта обсуждается уже четвертый год, и назвал товары, в отношении которых ФАС России считает целесообразным ввести международный принцип исчерпания прав: лекарственные препараты, медицинские изделия и автозапчасти.

13 апреля 2016 г. было подписано решение Межправительственной комиссии ЕЭК о необходимости подготовки изменения в ст. 16 Договора о Евразийском экономическом союзе, которое позволило бы вводить режим международного исчерпания прав в соответствующих случаях. Тем не менее конкретные товарные группы, в отношении которых может быть легализован параллельный импорт, пока не утверждены. Реализовываться данные изменения будут через установление изъятий из регионального принципа исчерпания прав для отдельных групп товаров. По словам А. Кашеварова, ФАС России полагает возможным введение международного принципа в качестве общего для всех товаров.

По мнению заместителя руководителя ФАС России, основанному на заключении специалистов «Сколково», легализация параллельного импорта не будет противоречить нормам ВТО. Для тех производителей, которые локализовали свое производство в России, региональный принцип исчерпания прав может быть сохранен.



Н. Карташов указал, что с принятием четвертого антимонопольного пакета принципиальных изменений, касающихся недобросовестной конкуренции, не произошло. Все поправки, в сущности, закрепляют практику ФАС России и судов, наработанную за время существования регулирования.

Причинами принятия целой главы Н. Карташов назвал (1) сомнения бизнеса и юристов относительно того, подпадает ли конкретное поведение под достаточно общий запрет, (2) сильное отставание нормативного регулирования недобросовестной конкуренции в России по сравнению с другими странами и (3) большой массив наработанной практики, который требовал законодательного закрепления. В качестве примера спикер привел необходимость квалифицировать факт смешения через норму о введении потребителя в заблуждение относительно производителя товара, притом что по сути это два разных случая.

Говоря о подведомственности дел центральному аппарату или территориальным органам, Н. Карташов предложил использовать регламент ФАС России. Тем не менее, так как многие дела, связанные с информацией, не имеют территориальных границ и должны рассматриваться центральным аппаратом, последнему может не хватить ресурсов. В этом случае дело может рассматриваться по принципам административного производства — по месту нахождения правонарушителя или места совершения нарушения. Участники встречи также предложили ориентироваться на место наступления негативных последствий.

Заместитель руководителя ФАС России **Андрей Цыганов** описал возможные определения понятия «антимонопольный комплаенс», отметив, что данный термин подразумевает систему внутрикорпоративных мер, нацеленных на предотвращение нарушений антимонопольного законодательства. По его мнению, антимонопольный комплаенс не отличается от антикоррупционной, налоговой и иных систем комплаенса — это всегда система контроля и управления рисками в связи с теми мерами, которые может принять государство в отношении компании (риск-менеджмент).

В России история антимонопольного комплаенса началась в 2011 г., когда был проведен круглый стол в рамках ОЭСР. Тогда странами-участницами обсуждались базовые вопросы: нужен ли комплаенс в принципе, как на него реагировать регулятору (оценивать его нейтрально либо считать смягчающим или, наоборот, отягчающим обстоятельством), как можно поощрять комплаенс, есть ли сектора экономики или антимонопольные составы, на которых нужно сосредоточиться, и т.п. В то время в России уже активно разрабатывалась система адвокатирования конкуренции, включая такие превентивные меры, как предупреждения и предостережения.

К 2013 г. ФАС России включила в свою стратегию антимонопольный комплаенс как самостоятельное направление и четко обозначила его в качестве приоритета для развития антимонопольного законодательства и правоприменения.

А. Цыганов описал спектр возможных вариантов реакции регулятора на антимонопольный комплаенс, в частности: 1) полностью освобождать от ответственности в связи с отсутствием вины компании в совершении правонарушения; 2) установить минимальный размер штрафа; 3) считать комплаенс одним из смягчающих ответственность обстоятельств; 4) никак не связывать комплаенс с размером ответственности; и, наконец, 5) считать несоблюдение действующей системы комплаенса отягчающим обстоятельством. Оптимальное решение, по мнению эксперта, должно лежать посередине.



Андрей Кашеваров, заместитель руководителя ФАС России; **Николай Карташов**, начальник управления контроля рекламы и недобросовестной конкуренции ФАС России

А. Цыганов отметил, что комплаенс имеет разное значение в применении к различным нарушениям антимонопольного законодательства. Наиболее сложной сферой применения данного института является злоупотребление доминирующим положением. Помощник руководителя ФАС России **Алексей Сушкевич** напомнил, что уже есть наработки российских компаний в части антимонопольного комплаенса в компаниях «МТС», *Lafarge*, *GE* и «Уралкалий». По его мнению, необходимо проработать вопрос смягчения ответственности должностных лиц, которые смогут доказать соответствие их действий принятой системе комплаенса.

А. Сушкевич поднял вопрос о сертификации программ комплаенса специальной организацией, отметив, что такая сертификация, возможно, будет иметь больший смысл уже по факту совершения правонарушения: эксперт оценивает эффективность действующей системы комплаенса и дает свое заключение, которое ФАС России принимает к сведению в рамках рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, однако не связана им. В любом случае решение вопроса о том, обращаться или нет за сертификацией, остается на усмотрение компании.

А. Цыганов добавил, что можно рассмотреть возможность обязательного внедрения комплаенса для компаний с государственным участием, так как это позволило бы сэкономить



Андрей Цыганов, заместитель руководителя ФАС России

бюджетные средства, которые идут на уплату антимонопольных штрафов.

А. Сушкевич рассказал о существенном изменении: теперь антимонопольный орган должен проводить исследование рынка по всем категориям дел в необходимом объеме, и отчет должен присутствовать в материалах антимонопольного дела.

Заместитель руководителя ФАС России **Сергей Пузыревский** указал, что четвертым антимонопольным пакетом ФАС России смогла ответить на все международные запросы, в частности запрос ОЭСР. Спикер пояснил, что объем анализа в соответствии с предлагаемыми поправками в приказ ФАС России от 28.04.2010 № 220 будет зависеть от категории нарушения.

С принятием четвертого антимонопольного пакета действие института предостережения распространилось на должностных лиц органов власти, начали появляться первые практические вопросы по применению предупреждения по делам о недобросовестной конкуренции и соглашениям с органами власти. В части недобросовестной конкуренции позиция ФАС России состоит в том, чтобы требовать не просто пре-

ращения нарушения, но и устранения его последствий (например, опровержения распространенной информации).

С. Пузыревский отметил, что большие надежды возлагаются на Президиум ФАС России, особенно на выпускаемые им разъяснения, которые могли бы внести определенность и уменьшить количество вносимых в закон изменений. На данный момент уже подготовлено пять разъяснений.

Говоря о соотношении антимонопольного законодательства и интеллектуальной собственности, С. Пузыревский подчеркнул, что ФАС России не собирается ни у кого отбирать патенты, речь идет только о тех случаях, когда нарушается законодательство о защите конкуренции на товарных рынках. В качестве примера он привел дело компании *Google*. По данному вопросу перед ФАС России стоит много сложных проблем, например картель через обмен патентами.

Что касается нормы о согласовании с ФАС России проектов соглашений о совместной деятельности, С. Пузыревский рекомендовал в сложных ситуациях заранее обсудить сделку с Антимонопольной службой. Сейчас необходимо обращаться в центральный аппарат, который направит официальный ответ. В скором времени может появиться регламент, которым будет предусмотрен и порядок очных обсуждений. В целом подход будет следующим: если рыночная доля совместного предприятия составит менее 35%, сделка согласуется; от



Александра Нестеренко, президент НП «ОКЮР», **Андрей Тенишев**, начальник управления по борьбе с картелями ФАС России

35 до 50% — выдается предписание, более 50% — сторонам необходимо доказывать допустимость сделки в соответствии со ст. 13 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Артем Молчанов, начальник правового управления ФАС России, рассказал, что внутренней апелляцией будут заниматься коллегиальные органы ФАС России, а Президиум будет рассматривать только самые сложные дела. Всего создано 6 коллегий по сферам деятельности. Внутренняя апелляция должна работать в связке с разъяснениями Президиума ФАС России, которые будут определять верный подход к тем или иным вопросам и, по сути, станут основой для оценки единообразия практики. Спикер упомянул, что на данный момент в ФАС России уже поступило 15 заявлений о пересмотре решений территориальных органов, 4 дела рассмотрено. Часто в заявлениях не указывается, в чем именно выразилось нарушение единообразия практики, но ФАС России вынуждена принимать и рассматривать их, так как в законе отсутствует соответствующее основание для возврата заявления.

Также А. Молчанов отметил, что при внутренней апелляции обязательно запрашивается мнение территориального управления, материалы дела и заключение профильного управления ФАС России. Рассмотрение происходит с участием представителей лиц, участвующих в деле, территориального управления ФАС России, профильного управления цен



Сергей Пузыревский, заместитель руководителя ФАС России



Артем Молчанов, начальник правового управления ФАС России

трального аппарата. Процесс является состязательным, при этом необходимо установить факт нарушения единообразия практики.

Выводы территориального управления предполагается проверять на соответствие практике иных территориальных органов, практике и разъяснениям центрального аппарата, позициям судов и т.д.

А. Молчанов сообщил, что разъяснения будут ежегодно представляться в докладе о состоянии конкуренции ФАС России, которая вместе с НП «ОКЮР» приступила к подготовке разъяснения по ст. 10 Закона о защите конкуренции.

Начальник управления по борьбе с картелями ФАС России **Андрей Тенишев** рассказал о поправках четвертого антимонопольного пакета, которые коснулись регулирования картелей. В частности, он упомянул об изменении административного штрафа за нарушения на торгах, который теперь ограничен 4% от общей выручки, а также о минимальном штрафе для второго и третьего участников, заявивших о картеле.

Спикер сообщил, что если после того, как лица обратились в ФАС России и признали картель, они поменяли свою позицию, то смягчение и освобождение от административной ответственности к таким лицам применяться не будет.



Также он напомнил, что обращаться с заявлением о картеле необходимо в ФАС России, а не в МВД или Следственный комитет, хотя с ними и заключены специальные соглашения.

А. Тенишев подчеркнул, что ФАС России предлагала изменения в ст. 178 Уголовного кодекса РФ: изменить формулировку в диспозиции на «заключение картеля и участие в нем», а также прописать условия освобождения от ответственности (например, лицо первым обратилось и сотрудничало со следствием) без условия о возмещении вреда. Сейчас же диспозиция ст. 178 Уголовного кодекса выглядит так, что необходимо доказывать ограничение конкуренции картелем. А условие освобождения от ответственности в виде возмещения вреда вызывает множество вопросов о том, кому, в каком объеме (за себя или за весь картель) и каким образом физическое лицо должно возмещать вред.

Что же касается использования материалов оперативно-разыскной деятельности (ОРД), то эксперт отметил, что в прошлом году ФАС России провела ряд совещаний с МВД и Следственным комитетом по вопросу о том, как взаимодействовать и передавать результаты ОРД. Сейчас ФАС России получает материалы ОРД по уже возбужденным уголовным делам, которые передаются постановлением следователя.

Дискуссия членов ОКЮР и руководства ФАС получилась информативной и полезной для обеих сторон.

Благодарим партнера юридической фирмы «Бейкер и Макензи» **Антон Суббота** и юриста **Ольгу Протченко** за помощь в подготовке и проведении круглых столов.