

**Замечания и предложения
Комитета РСПП по развитию конкуренции
к поправкам к проекту федерального закона № 199558-6 «О внесе-
нии изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции»**

1. Пунктом 2) поправок к Законопроекту исключается часть 1.1 статьи 13 Федерального закона от 27.06.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - ФЗ-135), определяющая допустимость соглашений хозяйствующих субъектов о совместной деятельности, если их заключение служит целям стимулирования технико-экономического прогресса, инвестиционной деятельности, повышения привлекательности условий приобретения товаров для потребителей.

Данная поправка противоречит общим экономическим принципам и принципам действующего направления развития экономики и промышленности Российской Федерации, в частности сформулированного отдельными распорядительными актами Правительства Российской Федерации и органов власти, в том числе распоряжением Правительства Российской Федерации от 8.12.2011 № 2227-р «Об утверждении Стратегий инновационного развития Российской Федерации на период до 2020 года», государственных программ Российской Федерации «Экономическое развитие и инновационная экономика», «Развитие промышленности и повышение ее конкурентоспособности».

Планом мероприятий («дорожная карта») «развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики», утвержденным Распоряжением Правительства Российской Федерации от 28.12.2012 № 2579-р, вопрос доказывания недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках отнесен к компетенции ФАС России, путем утверждения разъяснений ФАС России.

В связи с изложенным считаем, что данный вопрос должен рассматриваться в правоприменительной практике, и исключение части 1.1. из закона преждевременно.

Кроме того, в соответствии с поправкой соглашения о совместной деятельности, которые не противоречат требованиям антимонопольного законодательства, подпадают под запрет в случае исключения п 1.1 ст. 13 ФЗ-135. При этом данная поправка нарушает принцип свободы договора, установленный ст. 421 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ).

2. Пунктом 5) ст. 1 поправок к Законопроекту ч. 1 ст. 11 ФЗ-135 дополняется словами «либо приобретение товаров».

Данное дополнение представляется нецелесообразным. Такая поправка позволит признавать картельные соглашения не только между продавцами, но еще и между продавцом и покупателем.

Кроме того, дополнение ст. 11 частью 71, которая распространяет действие статьи на соглашения между хозяйствующими субъектами, входящими в одну группу лиц, также является нецелесообразным.

Группа лиц, как правило, строится именно на вертикальном контроле; одно из его возможных оснований – соглашение, в силу которого контролирующий субъект вправе давать обязательные указания контролируемому. Таким образом, сама природа группы лиц предполагает заключение соглашения, которое предлагается запретить.

В связи с вышеизложенным, указанную поправку предлагается исключить.

3. В соответствии с пп. б) п. 2) поправок к Законопроекту предлагается внести в Законопроект пункты 6-24, в отношении которых имеются следующие замечания:

3.1. Пунктом 6) поправок к Законопроекту в ст. 3 ФЗ-135 вносится п. 3, согласно которому действие ФЗ-135 распространяется на отношения, связанные с обращением товаров, произведенных с использованием объектов исключительных прав, в связи с чем из текста ФЗ-135 исключаются п. 4 ст. 10 и п. 9 ст. 11, устанавливающие ограничение действия закона на деятельность в сфере осуществления исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации.

Вопрос обращения объектов интеллектуальной собственности отдельно регулируется Гражданским законодательством Российской Федерации. В силу их исключительности и новизны применение к таким объектам общих принципов антимонопольного законодательства противоречит их правовой природе. Производство продукции с использованием объектов интеллектуальной собственности служит прежде всего целям инновационного развития отраслей экономики, а не развития конкуренции. Принимая во внимание установленное разделом 7 ГК РФ право на свободное распоряжение исключительным правом на интеллектуальную собственность, предлагаемая поправка ограничивает права и законные интересы всех правообладателей вплоть до конечного потребителя.

В свою очередь, введение данной правки может привести к снижению потребности в результатах интеллектуальной деятельности и средствах индивидуализации, а также к отказу правообладателей от внедрения новых разработок, что негативным образом скажется на инновационном развитии.

Кроме того, предлагаемые поправки противоречат общим принципам ГК РФ, предусматривающим возможность ограничения гражданских прав только в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

3.2. Пункт 7) поправок к Законопроекту исключает из текста п. 19 ст. 4 ФЗ-135 норму, о том, что агентские договоры не относятся к категории «вертикальных» соглашений. Тем самым, под требования ФЗ-135 о запрете и допустимости некоторых «вертикальных» соглашений подпадают любые агентские договоры вне зависимости от предмета и условий последних.

Вместе с тем, для целей антимонопольного законодательства агентский договор не может относиться к вертикальным соглашениям с точки зрения правовой природы данного договора, поскольку агент действует в чужом интересе от своего имени или имени клиента (принципала).

Кроме того, поправка необоснованно квалифицирует услуги по агентскому договору как товар. При этом агентские договоры по своей природе не предусматривают предоставление услуг, которые можно было бы квалифицировать как товар в смысле, установленном п. 1 ст. 4 ФЗ-135.

Учитывая запрет на заключение «вертикальных» соглашений, установленный частью 2 статьи 11 ФЗ-135, данная поправка ограничивает возможность свободного заключения агентских договоров, что противоречит статьям 1007 и 1009 ГК РФ.

Пояснительная записка к поправкам Законопроекта говорит о том, что для целей применения Закона о защите конкуренции агентский договор должен оцениваться исходя из фактических прав и обязанностей сторон, позволяющих квалифицировать такой договор как агентский не только исходя из его названия.

Данные доводы более чем сомнительны, поскольку поправками к Законопроекту не установлены критерии и порядок оценки условий агентского договора, что позволяет антимонопольному органу осуществлять оценку по своему усмотрению вне зависимости от наличия в нем признаков агентского договора, установленных главой 52 ГК РФ. В то же время свободное толкование признаков агентского договора несет собой риск злоупотреблений со стороны антимонопольного органа, что противоречит, как основным принципам свободы договора, так и целям и принципам гражданского и антимонопольного законодательства, а также противоречит целям и задачам, поставленным при формировании антимонопольного органа и порождает недоверие со стороны хозяйствующих субъектов к органам, осуществляющим контроль за соблюдением антимонопольного законодательства.

Вместе с тем, данная поправка дает возможность недобросовестным конкурирующим организациям обратить внимание антимонопольного органа на возможные нарушения при заключении и реализации агентских договоров с целью ограничения деятельности хозяйствующих субъектов, что несет риск регулярного возбуждения производства по административным делам и ограничения конкуренции.

Таким образом, исключение данной нормы нецелесообразно и может нести риск злоупотреблений.

Возможно, целесообразно сохранить оговорку, установив перечень признаков (регулируемых, например, актом Правительства РФ), при которых агентский договор не может быть признан запрещённым вертикальным (по аналогии с регулированием ст. 101 Договора о ЕС и коррелирующими разъяснениями).

3.3. Пунктом 9) поправок к Законопроекту вносятся изменения в ч. 1 ст. 10 ФЗ-135 в соответствии с которыми устанавливается запрет на действия (бездействие) хозяйствующего общества, занимающего доминирующее по-

ложение, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей.

Действующая редакция ч. 1 ст. 10 ФЗ-135, в которую вносятся поправки, в полной мере охватывает весь спектр лиц, на которых распространяется действие указанной части. Более того, действующая редакция предусматривает перечень всех лиц, чьи интересы могут быть затронуты в сфере нарушений антимонопольного законодательства, в том числе неопределенного круга лиц и потребителей. Данное обстоятельство исключает целесообразность внесения данной поправки.

Таким образом, необходимо исключить поправку из состава Законопроекта ввиду достаточности действующей редакции.

Кроме того, согласно ст. 2 ФЗ-135 целями закона являются обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности в Российской Федерации, защита конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных рынков. Предмет регулирования - организационные и правовые основы защиты конкуренции.

Защита прав потребителей является целью и предметом иного отраслевого законодательства - о защите прав потребителей.

Кроме того, закон не оперирует термином «потребитель». С точки зрения юридической техники необходимо определение термина «потребитель» для целей антимонопольного законодательства. В ином случае нарушается принцип определенности правовой нормы.

При этом в рамках анализа товарного рынка круг потребителей может быть определен родовыми признаками, но не может быть «неопределенным». В противном случае, возможно объективное вменение правонарушения хозяйствующему субъекту.

3.4. В соответствии с пп. б) п. 9) поправок к Законопроекту предлагается дополнить ст. 10 ФЗ-135 пунктом 3.1., согласно которому Правительство Российской Федерации по представлению федерального антимонопольного органа вправе установить правила недискриминационного доступа, содержащие условия, устанавливающие запрет на злоупотребление доминирующим положением хозяйствующим субъектом применительно к товарам такого хозяйствующего субъекта.

Вместе с тем, актом Правительства Российской Федерации не могут быть установлены условия недискриминационного доступа к услугам конкретного хозяйствующего субъекта, если такие услуги не являются публичными в силу закона. Это является грубым нарушением одного из основных принципов гражданского законодательства о недопустимости произвольного вмешательства государственных органов в предпринимательскую деятельность. Статья 426 ГК РФ предусматривает возможность установления Правительством Российской Федерации в предусмотренных законом случаях обязательных правил доступа только к публичным услугам.

ФЗ-135 содержит достаточный перечень запрещенных действий, связанных с фактами злоупотребления хозяйствующими субъектами своим доминирующим положением, а также ответственность за нарушение данных запретов. Кроме того, предлагаемая поправка не ставит принятие решения об установлении правил недискриминационного доступа в зависимость от совершения конкретными хозяйствующими субъектами нарушений требований антимонопольного закона, а вводит всего лишь в качестве основания представление антимонопольного органа на основе анализа состояния конкуренции, что, по нашему мнению, также создает риск злоупотреблений со стороны антимонопольных органов при оценке и принятии решения о внесении представления в Правительство Российской Федерации.

Поправка не предусматривает ограничение ее действия в случае наличия уже утвержденных Правительством Российской Федерации правил недискриминационного доступа, применительно к товарам, к которым антимонопольный орган вправе внести представление на рассмотрение Правительства Российской Федерации.

Указанные в поправке условия, при которых антимонопольный орган вправе внести на рассмотрение Правительства Российской Федерации представление на установление правил недискриминационного доступа, применяются к товарным рынкам, являющимся естественной монополией. Несмотря на то, что речь идет о субъектах естественной монополии, на таких рынках так или иначе присутствует незначительное количество конкурирующих организаций. Таким товарным рынкам свойственна ожесточенная конкуренция за каждую долю рынка. В целях устранения или ограничения конкуренции вероятность того, что такие организации могут прибегнуть к недобросовестным действиям путем привлечения антимонопольных органов крайне высока.

Предлагаемая норма может создавать дискриминационные условия ведения предпринимательской деятельности для различных хозяйствующих субъектов (в т.ч. конкурентов), так как в отношении одних хозяйствующих субъектов, не являющихся субъектами естественных монополий, режим недискриминационного доступа может быть введен, в отношении других нет.

Кроме того, практика разработки правил недискриминационного доступа в отношении хозяйствующих субъектов, не являющихся субъектами естественной монополии, показала свою несостоятельность. Последний пример – разработка Правил гарантированного и недискриминационного доступа к производимому этилену в пределах единого технологического комплекса, от которых ФАС отказалась в связи с урегулированием спора между производителями этилена-участниками конкурентных отношений и потребителями этилена¹.

Распространение режима правил недискриминационного доступа на хозяйствующих субъектов, не являющихся субъектами естественной моно-

¹ См. http://fas.gov.ru/fas-news/fas-news_34129.html.

полии, означает необоснованное и чрезмерное ограничение свободы экономической деятельности (Конституция РФ) и принципа свободы договора, потому что носит исключительно превентивный характер в отношении будущих предполагаемых действий хозяйствующих субъектов, действующих на конкурентных рынках, и подменяет собой антимонопольный контроль за злоупотреблением доминирующим положением.

Введение режима правил недискриминационного доступа на рынках, не находящихся в состоянии естественной монополии может оказать негативное влияние на состояние конкуренции, дестимулировать вхождение новых производителей/продавцов на рынок, появление на рынках новых, инновационных продуктов, в том числе заменителей, создать дополнительные барьеры входа на рынки. Оценка регулирующего воздействия нормы на экономику отсутствует.

Вместо попыток распространения элементов режима естественно-монопольного регулирования в отношении конкурирующих хозяйствующих субъектов целесообразно предложить ФАС представить меры устранения излишних «административных» барьеров входа на рынок.

3.5. Подпунктом в) пункта 9) и пп. а) п. 17 поправок к Законопроекту предлагается включить в состав ст. 10 ФЗ-135 п. 3.1., ст. 23 ФЗ-135 п. 12.3., которые предоставляют антимонопольному органу право выдачи хозяйствующим субъектам, занимающим доминирующее положение, предписания об утверждении и опубликовании правил торговой практики, направленных на обеспечение недискриминационного доступа к товару, на рынке которого этот хозяйствующий субъект занимает доминирующее положение. Также данный пункт предусматривает содержание, порядок согласования, утверждения и опубликования правил торговой практики.

Кроме того, поправки предусматривают перечень информации, которая должна быть опубликована в составе правил торговой практики. Информация, подлежащая опубликованию в составе правил торговой практики, может составлять коммерческую тайну, что нарушает режим конфиденциальности информации, защита которых предусмотрена Федеральным законом от 29.07.2004 № 98-ФЗ «О коммерческой тайне». Также в составе поправок содержатся требования о публичном размещении информации о судимостях лиц, входящих в состав органов управления, являющейся персональной информацией физических лиц, защита которой предусмотрена Федеральным законом от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных». Согласно указанным федеральным законам требования о свободном размещении такой информации без согласия ее обладателя незаконны.

Помимо этого, публикуемая коммерческая информация позволяет конкурентам хозяйствующего субъекта осуществлять собственную торговую политику с использованием такой информации, а также предоставляет возможность недобросовестным конкурирующим организациям ограничить или устранить конкуренцию со стороны таких хозяйствующих субъектов, используя информацию, опубликованную в составе правил торговой практики. Персональная информация лиц, состоящих в органах управления, также мо-

жет быть использована недобросовестными конкурентами в целях ограничения или устранения конкуренции со стороны хозяйствующих субъектов, а также в целях нанесения вреда деловой репутации хозяйствующего субъекта и распространению сведений, порочащих честь и достоинство указанных лиц.

Вместе с тем, требование о публикации правил торговой практики дает возможность установить ограничение на торговую политику любого хозяйствующего субъекта, которую такие субъекты вырабатывают в соответствии с условиями рынка, и делает торговую политику субъектов публичной и малоэффективной, что вносит существенные ограничения в процесс осуществления предпринимательской деятельности и ущемляет законные интересы субъектов.

Публичное размещение правил торговой практики влияет на возможность хозяйствующих субъектов вырабатывать торговую политику в условиях действующей конкуренции и дает необоснованное преимущество конкурирующим организациям. В результате чего хозяйствующие субъекты будут вынуждены осуществлять предпринимательскую деятельность в условиях отсутствия режима конфиденциальности и коммерческой тайны. Любые изменения торговой политики, по отношению к опубликованным правилам таких субъектов будут квалифицироваться как нарушение антимонопольного законодательства.

Кроме того, предлагаемые нормы содержат предмет регулирования (характеристика товара, принципы определения цены и оплаты, объемы реализации, условия контрактов и типовые контракты) далеко выходящий за рамки предмета антимонопольного регулирования и чрезмерно ограничивают свободу экономической деятельности, а также фактически сводят на нет принцип свободы договора. Разработка торговой политики не должна носить характер принудительной меры исполнения антимонопольного законодательства (выдача предписания о разработке правил торговой практики).

В противоречие с правилами юридической техники предмет регулирования правил значительно шире, чем «обеспечение недискриминационного доступа к товару». Кроме того, властное веление государственного контрольного органа не может быть «направленным» на что-либо, оно должно предусматривать конкретные меры воздействия (в данном случае требование о введении конкретно-определенных правил), диспозитивность в указанном случае недопустима. Нет определенности, с какого момента считать исполненным предписание (например, если хозяйствующий субъект представит заведомо неприемлемые в понимании антимонопольного органа правила). Не предусмотрено порядка изменения правил.

Учитывая принцип невмешательства в предпринимательскую деятельность хозяйствующих субъектов, установленный законодательством Российской Федерации, данные поправки подлежат исключению.

При необходимости закрепления практики согласования с ФАС торговых практик целесообразно определить исключительно добровольный порядок разработки таких практик с максимально диспозитивным содержанием.

Кроме того, необходимо закрепить норму об автоматическом освобождении хозяйствующего субъекта от ответственности в случае выполнения одобренных ФАС торговых практик (по аналогии с положениями налогового законодательства об освобождении налогоплательщика от ответственности в результате выполнения им письменных разъяснений о порядке исчисления, уплаты налога (сбора) или по иным вопросам применения законодательства о налогах и сборах (ст. 75, ст. 111 НК РФ).

3.6. Пункт 10) поправок к Законопроекту предусматривает запрет на соглашения хозяйствующих субъектов, осуществляющих приобретение товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести к установлению или поддержанию цен, скидок, надбавок и (или) наценок, повышению, снижению или поддержанию цен на торгах, разделу товарного рынка, сокращению или прекращению производства товаров, отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками).

Также, пункт 13) поправок к Законопроекту дополняет п.1 ч.1 статьи 17 ФЗ-135 нормой, включающей в состав запрещенных действий при проведении торгов, запроса котировок цен, заключение соглашений между организаторами торгов, запроса котировок и (или) заказчиками с участниками таких торгов, запроса котировок, если такие соглашения имеют своей целью, либо приводят или могут привести к повышению, снижению и поддержанию цен на торгах.

Данные правки содержат существенную коррупционную составляющую, поскольку критерии отнесения к таким соглашениям Законопроектом не установлены, характеристики данных соглашений не определены, а также отсутствуют положения, позволяющие установить обстоятельства, при которых возможно корректно определить заключение подобных соглашений и с высокой долей вероятности осуществить их выявление. Принятие данных поправок способно негативно сказаться на степени доверия экономического сообщества к органу, осуществляющему контроль за соблюдением требований антимонопольного законодательства.

Поправка к части 2 статьи 11 ФЗ-135 устанавливает запрет на соглашения, предусматривающие обязательство продавца не продавать товар хозяйствующему субъекту, который является конкурентом покупателя.

Данная поправка необоснованно расширяет сферу запретов на заключение подобных соглашений, поскольку особенности некоторых договоров могут не иметь своей целью ограничение и/или устранение конкуренции, воздействие на уровни цен на торгах, или предусматривать непосредственный запрет на продажу товаров. В результате чего возникает риск необоснованной квалификации и запрета допустимых соглашений.

Кроме того, высока вероятность злоупотребления данными нормами со стороны недобросовестных хозяйствующих субъектов с целью ограничения и (или) устранения конкуренции, путем направления в антимонопольный орган заявления о выявлении подобного соглашения среди конкурентов.

Подобные нормы должны быть принципиально прозрачными и носить характер рекомендательных или относительных.

3.7. Поправками к Законопроекту предлагается редакция статьи 21 ФЗ-135 (антимонопольный контроль при предоставлении и использовании государственной или муниципальной преференции), содержащая формулировку «органам государственной власти субъекта Российской Федерации». Из буквального толкования нормы следует, что предписание может быть выдано, в том числе органу законодательной (представительной) власти субъекта РФ, что не соответствует принципу разделения властей.

На основании этого предлагается заменить формулировку «органам государственной власти субъекта Российской Федерации» фразой «органам исполнительной власти субъекта Российской Федерации».

3.8. Подпунктом б) п. 17) поправок к Законопроекту в состав ст. 23 ФЗ-135 включаются п.п. 3-13 в соответствии с которыми в антимонопольном органе образуется Президиум, целью которого является рассмотрение материалов, изучение и обобщение практики применения антимонопольными органами антимонопольного законодательства и разъяснения по вопросам практики применения антимонопольного законодательства, а также пересмотр решений антимонопольных органов в случае нарушения такими решениями единообразия в толковании и применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства, либо нарушения прав и законных интересов неопределенного круга лиц или иных публичных интересов.

В первую очередь необходимо отметить, что в соответствии со ст. 52 ФЗ-135 дела об обжаловании решения и (или) предписания антимонопольного органа подведомственны арбитражному суду.

Согласно п. 2 ст. 23 ФЗ-135 контроль соблюдения антимонопольного законодательства, обобщение и анализ практики применения антимонопольного законодательства, предоставление разъяснений по вопросам применения антимонопольного законодательства являются функциями ФАС России. Поправка дублирует указанные функции и является некорректной, что снижает эффективность контроля и может привести к затягиванию сроков рассмотрения дел, связанных с нарушением антимонопольного законодательства.

Таким образом, поправки вводят в состав антимонопольных органов дополнительную структуру, по сути, дублирующую предусмотренные ФЗ-135 функции ФАС России и арбитражных судов в соответствии с ч. 2 статьи 23 и статьи 52 ФЗ-135.

Кроме того, Законопроект устанавливает двухмесячный срок рассмотрения Президиумом жалоб на решения антимонопольного органа. При этом Президиуму предоставляется вправо продлить срок до трех месяцев. Трехмесячный срок рассмотрения соответствует сроку на обжалование решения антимонопольного органа в судебном порядке, в результате чего имеется риск пропуска указанных сроков, что лишает хозяйствующий субъект права на обжалование, предусмотренного ст. 52 ФЗ-135.

При этом, п. 7 дополнений прямо устанавливает запрет на пересмотр решений Президиумом в случае их обжалования в судебном порядке.

Законопроект устанавливает, что порядок работы Президиума определяется непосредственно ФАС России. Такие нормы вызывают существенные опасения в части злоупотребления ими антимонопольным органом, поскольку Законопроект должен предусматривать прозрачный и открытый порядок рассмотрения жалоб и обжалования решений Президиума. В противном случае это исключает возможность обжалования решений самого Президиума в судебном порядке.

Учитывая изложенное, предоставление полномочий по контролю соблюдения антимонопольного законодательства и пересмотру решений антимонопольных органов Президиуму не является целесообразным и может привести к существенному снижению качества контроля.

При необходимости формирования «апелляционного» органа в системе ФАС представляется целесообразным пересмотр дел передать в ведение специальной апелляционной комиссии, в которую должны входить, в том числе, специалисты отраслевого управления ФАС.

Необходимо закрепить нормы о процедуре и порядке «апелляционного» оспаривания непосредственно в законе (например, по аналогии как это в настоящее время это предусмотрено в Налоговом кодексе РФ). В противном случае, возникает большое количество процессуальных вопросов, которые могут привести к ущемлению/ограничению прав «подателей» апелляционных жалоб (например, приостанавливает ли подача «апелляционной» жалобы, процессуальные сроки судебного оспаривания; считается ли обжалуемое в ФАС решение вступившим в силу и иные аналогичные вопросы).

3.9. Пункт 18) поправок к Законопроекту устанавливает порядок ведения реестра хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем тридцать пять процентов или занимающих доминирующее положение.

Поправками предусмотрен ограниченный срок нахождения хозяйствующих субъектов в реестре, который составляет четыре года. За шесть месяцев до окончания срока нахождения в реестре хозяйствующий субъект обязан представить в антимонопольный орган сведения об основных показателях хозяйственной деятельности по форме, утвержденной федеральным антимонопольным органом.

В тексте поправки не установлен объем и вид информации, подлежащий предоставлению по форме, утвержденной федеральным антимонопольным органом. Отсутствие конкретизации по объему и виду допускает неоднозначное толкование данной поправки, что способствует дискриминации хозяйствующих субъектов.

Учитывая отсутствие перечня информации, которая подлежит предоставлению, в результате действия поправки возникает риск необходимости предоставления информации, составляющей коммерческую тайну, что нарушает охраняемые законом права на режим конфиденциальности.

Данные требования не могут быть введены в предлагаемой редакции и подлежат существенной доработке. В частности, необходимо определить перечень сведений либо закрытый перечень документов, предоставляемых хозяйствующим субъектом.

Кроме того, норма фактически закрепляет право антимонопольного органа не выполнять обязанности по внесению изменений в реестр в течение 5 лет, в то время как ситуация на рынке может существенно измениться.

Целесообразно закрепить обязанность органов ФАС актуализировать данные реестра каждый год (по ключевым рынкам) – каждые 2-3 года. В противном случае, данные реестра не могут применяться при установлении доминирующего положения.

3.10. Пунктом 21) поправок к Законопроекту вносятся дополнения в ст. 27 ФЗ-135, согласно которым заключение соглашений о совместной деятельности между юридическими лицами осуществляется с предварительного согласия антимонопольного органа, если суммарная стоимость их активов превышает 7 млрд. рублей или суммарная выручка таких организаций за предыдущий год превышает 10 млрд. рублей, либо если одна из таких организаций включена в реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем тридцать пять процентов или занимающих доминирующее положение.

В первую очередь необходимо отметить, что законодательством Российской Федерации установлен принцип невмешательства в предпринимательскую деятельность хозяйствующих субъектов. Данная поправка накладывает существенные ограничения на процесс осуществления предпринимательской деятельности. Также следует учитывать, что в данной формулировке под действие указанной статьи подпадают любые соглашения о совместной деятельности, что по смыслу определяет указанную статью, как устанавливающую императивный контроль за совместной предпринимательской деятельностью хозяйствующих субъектов, отвечающих требованиям, установленным в поправке на всей территории экономического пространства Российской Федерации.

Основания, по которым антимонопольный орган принимает такие решения в отношении указанных соглашений законодательством и Законопроектом не установлены, что ставит хозяйствующих субъектов, выразивших намерение заключить указанное соглашение, и их дальнейшую предпринимательскую деятельность в зависимость от результатов решения антимонопольного органа.

Кроме того, представляется необходимым определить понятие термина «совместная деятельность» в ФЗ-135. При этом с точки зрения юридической техники некорректна отсылка к нормам зарубежного права, поскольку в различных правовых системах совместная деятельность может определяться различно.

3.11. Пунктом 3) ст. 2 поправок к Законопроекту предлагается ввести дисквалификацию в качестве безальтернативной меры наказания.

Указанная противоречит конституционному-правовому смыслу административной ответственности, выявленному Конституционным Судом РФ (см., например, Постановления КС РФ от 15.07.1999 № 11-П; от 27.05.2008 № 8-П; от 30.07.2001 № 13-П, от 17.01.2013 № 17-П; Определения от 03.10.2002 № 232-О, от 09.04.2003 № 116-О, от 05.11.2003 № 349-О, от 16.07.2009 № 919-О-О).

Согласно выработанной Конституционным Судом позиции в процессе привлечения к административной ответственности должно обеспечиваться соблюдение конституционного принципа соразмерности наказания совершенному правонарушению. При этом должна быть обеспечена возможность индивидуализации мер публичной ответственности в зависимости от конкретных обстоятельств совершения нарушения, степени вины, причиненного вреда и пр. Целесообразно сохранить возможность определения справедливой меры наказания с учетом оценки судом в совокупности всех элементов состава правонарушения и личности субъекта правонарушения.

Таким образом, указанная норма подлежит исключению из Законопроекта.

4. Пунктом 7) ст. 3 поправок к Законопроекту в состав Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (далее - КоАП РФ) включается ст. 25.11.1, которая устанавливает право должностных лиц, составивших протокол об административном правонарушении участвовать в рассмотрении дела судом и осуществлять процессуальные права наравне с ответчиком, а также устанавливает требование об извещении такого должностного лица судом.

Данная поправка является некорректной, не основанной на процессуальных нормах КоАП РФ, и по своему содержанию не может быть отнесена к главе 25 КоАП РФ, поскольку в данной главе речь идет об участниках производства по делам об административных правонарушениях. При этом очевидно, что должностное лицо антимонопольного органа, составившее протокол об административном правонарушении, является не участником, а представителем органа, который ведет производство по делу. Компетенция антимонопольных органов и судов по рассмотрению дел об административных правонарушениях не дублируется, тем самым указанные органы рассматривают дела по разным составам в соответствии со статьями 23.1. и 23.48. КоАП РФ, поэтому в суде рассматриваются только дела об обжаловании решений антимонопольных органов, а не ведется производство по делам об административных правонарушениях, вытекающих из антимонопольного законодательства.

Кроме того, привлечение должностных лиц к рассмотрению жалобы в качестве участников производства по делам об административных правонарушениях приведет к существенному увеличению сроков обжалования в связи с тем, что в соответствии с процессуальным законодательством суды обязаны обеспечить их участие при рассмотрении. Недобросовестные должностные лица могут в полной мере злоупотреблять своими процессуальными правами с целью затягивания процесса рассмотрения жалобы.

5. Ст. 4 Законопроекта предполагает исключение пунктов 2 и 3 части 2¹ статьи 1 Федерального закона от 18 июня 2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц».

Данная поправка представляется нецелесообразной, поскольку может повлечь ситуацию, при которой дочерние компании естественных монополий попадут под действие указанного закона, а сами компании под него не попадут.

Участниками также были внесены предложения, которые не предусмотрены действующей редакцией Законопроекта:

1. Часть 2 статьи 28 изложить в следующей редакции:

«Предусмотренное частью 1 настоящей статьи требование о получении предварительного согласия антимонопольного органа на осуществление сделок не применяется, если указанные в части 1 настоящей статьи сделки осуществляются лицами, входящими в одну группу лиц по основаниям, предусмотренным пунктом 1 части 1 статьи 9 настоящего Федерального закона (в том числе входящих не напрямую, а опосредованно через лиц, объединенных между собой в одну группу по основанию, предусмотренному пунктом 1 части 1 статьи 9), или если указанные в части 1 настоящей статьи сделки осуществляются с соблюдением условий, предусмотренных статьей 31 настоящего Федерального закона, либо если их осуществление предусмотрено актами Президента Российской Федерации или актами Правительства Российской Федерации либо если сделки осуществляются в отношении акций (долей) финансовой организации.»²

2. Статью 28 дополнить частью 21 следующего содержания:

«Предусмотренное частью 1 настоящей статьи требование о получении предварительного согласия антимонопольного органа на осуществление сделок не применяется, если указанные в части 1 настоящей статьи сделки осуществляются хозяйствующими субъектами в рамках исполнения этими хозяйствующими субъектами соглашения о совместной деятельности, заключенного с предварительного согласия антимонопольного органа в соответствии с пунктом 8 части 1 статьи 27 настоящего Федерального закона.»

Норма позволит избежать согласования одних и тех же вопросов повторно. Проект совместной деятельности всегда предусматривает осуществление каких либо сделок между партнерами, в том числе, требующих получение предварительного согласия антимонопольного органа. При этом такие сделки достаточно детально прописываются в соглашениях о совместной деятельности, поэтому одобрение антимонопольным органом заключения соглашения о совместной деятельности, фактически означает одобрение антимонопольным органом и осуществление хозяйствующими субъектами сделок, предусмотренных таким соглашением.

²

В соответствии с разъяснением ФАС России от 07.06.2011 - <http://fas.gov.ru/contact-fas/list-of-questions-and-answers/?theme=21>.

Не включение такого положения существенного бюрократизирует процесс согласования совместных проектов с органами гос. власти, а также увеличит сроки их реализации.

3. Часть 2 статьи 29 изложить в следующей редакции:

«Предусмотренное частью 1 настоящей статьи требование о получении предварительного согласия антимонопольного органа на осуществление сделок не применяется, если указанные в части 1 настоящей статьи сделки осуществляются лицами, входящими в одну группу лиц по основаниям, предусмотренным пунктом 1 части 1 статьи 9 настоящего Федерального закона (в том числе входящих не напрямую, а опосредованно через лиц, объединенных между собой в одну группу по основанию, предусмотренному пунктом 1 части 1 статьи 9), или если указанные в части 1 настоящей статьи сделки осуществляются с соблюдением условий, предусмотренных статьей 31 настоящего Федерального закона, либо если их осуществление предусмотрено актами Президента Российской Федерации или актами Правительства Российской Федерации.»³

4. Статью 29 дополнить частью 3 следующего содержания:

«Предусмотренное частью 1 настоящей статьи требование о получении предварительного согласия антимонопольного органа на осуществление сделок не применяется, если указанные в части 1 настоящей статьи сделки осуществляются хозяйствующими субъектами в рамках исполнения этими хозяйствующими субъектами соглашения о совместной деятельности, заключенного с предварительного согласия антимонопольного органа в соответствии с пунктом 8 части 1 статьи 27 настоящего Федерального закона.»

Норма позволит избежать согласования одних и тех же вопросов повторно. Проект совместной деятельности всегда предусматривает осуществление каких либо сделок между партнерами, в том числе, требующих получение предварительного согласия антимонопольного органа. При этом такие сделки достаточно детально прописываются в соглашениях о совместной деятельности, поэтому одобрение антимонопольным органом заключения соглашения о совместной деятельности, фактически означает одобрение антимонопольным органом и осуществление хозяйствующими субъектами сделок, предусмотренных таким соглашением.

Не включение такого положения существенного бюрократизирует процесс согласования совместных проектов с органами гос. власти, а также увеличит сроки их реализации.

5. Часть 3 статьи 32 изложить в следующей редакции:

³

В соответствии с разъяснением ФАС России от 07.06.2011 - <http://fas.gov.ru/contact-fas/list-of-questions-and-answers/?theme=21>.

«Лица, на которых статьей 31 настоящего Федерального закона возложена обязанность уведомлять антимонопольный орган об осуществлении сделок, иных действий, представляют в антимонопольный орган уведомления об осуществлении таких сделок, иных действий».

Данная правка носит технический характер, но необходима, поскольку законопроект предусматривает отмену ст. 30.