

Отзыв на подготовленные МЭР «Предложения по мерам, обеспечивающим прекращение антимонопольного преследования «субъектов малого предпринимательства»

Резюме

МЭР предлагает внести поправки в ст. 5 и ст. 13 ФЗ «О защите конкуренции», исключающие привлечение компаний с оборотом менее 60 млн руб к ответственности за злоупотребление доминирующим положением и участие в антиконкурентных соглашениях.

Эти поправки не распространяются на:

-
- Субъекты естественной монополии, государственные и муниципальные предприятий;
-
- На дела о сговоре на торгах.

Предлагаю поддержать эти поправки. Одновременно считаю необходимым распространить иммунитет от антимонопольных преследований на компании с оборотом до 400 млн руб (закрепленный в действующем законодательстве критерий отнесения к малому бизнесу).

Необходимость предлагаемых МЭР поправок

Данные поправки призваны закрепить в антимонопольном законе презумпцию отсутствия рыночной власти у компаний с низким оборотом.

Существует два основных аргумента в пользу этих поправок: теоретический и практический.

Теоретический. В антимонопольной доктрине принято считать, что рыночная власть следует из сочетания двух факторов: высокой доли на рынке и высоких барьеров входа. Однако ст. 5 ФЗ «О защите конкуренции» содержит доказательственную презумпцию только в отношении одного фактора. Согласно этой презумпции компания с низкой долей рынка не может занимать доминирующее положение.

Предлагаемая МЭР поправка в ст. 5 призвана ввести доказательственную презумпцию и в отношении второго фактора: барьеров входа. Если компания, о которой идет речь, является субъектом малого предпринимательства, это позволяет заключить, что барьеры для деятельности на данном рынке легко преодолимы.

Стоит учитывать, что, как и в случае с уже действующей презумпцией («компания с долей менее 35% не может доминировать») и любыми антимонопольными *per se* правилами, речь идет об обобщении. Презумпция неизбежно будет не верна в отдельных случаях, но достаточно того, чтобы она была как правило верна. Это касается и существующих в ст. 27 и 28 ФЗ

«О защите конкуренции» презумпций: покупка компаний размером меньше определенного считается не затрагивающей конкуренцию.

Также существенно, что речь идет именно о доказательственной презумпции, а не о «de minimis», изъятии из действия закона, которое мотивировано малозначимостью вменяемых нарушений. Из теоретического аргумента следует, что речь идет не об освобождении малого бизнеса от ответственности за реально сделанное нарушение, а о том, что при указанных в законе условиях нарушения (как правило) не возможны.

Соображения относительно низких барьеров входа действенны и при анализе антиконкурентных соглашений, что делает оправданными и предлагаемые МЭР поправки в ст. 13. Эти поправки МЭР предлагает не распространять на дела о сговоре на торгах и мы поддерживаем эту позицию: после завершения этапа регистрации участников конкурса, барьеры входа являются непреодолимыми вне зависимости от оборота участвующих компаний.

Практический. Количество дел, которое сегодня расследует ФАС по ст. 10, 11 и 11.1., не допускает анализа с соблюдением приемлемых стандартов доказывания. Из статистики видно следующее:

-
- ФАС вкладывает в расследование дел неадекватно мало усилий (доля России в числе дел о доминировании среди участников рейтинга GCR 80%, тогда как в бюджете — 5%, в числе сотрудников — 24%; средний срок расследования в 9 раз меньше, чем в ЕС);
-
- Малые удельные усилия действительно ведут к малому объему анализа — только в 1,4% судебных дел упоминается о проведении опроса, анкетирования потребителей или проведении «теста гипотетического монополиста». Столь маленькая цифра избавляет от необходимости формально оценивать качество этого анализа, но и оно в среднем крайне низкое.
-
- Малый объем анализа ведет к плохим показателям структуры дел (большой процент отмененных судами решений; большой процент дел против МСБ; малый процент дел против компании из ТОП 100; много малозначимых (по оценке суда) дел и наличие дел, которые настолько малозначимы, что на суд не приходит ни ФАС, ни компания.

Чтобы привести количество дел в соответствии с реальными возможностями ФАС, необходимо сократить количество расследуемых дел не менее чем в 10 раз. В ситуации, когда одно только Ростовское УФАС расследует больше дел, чем ФТС, при несопоставимо меньшем финансировании, качество расследований будет оставаться низким, а число ошибочных решений — высоким.

Практический аргумент подразумевает другое, чем теоретический. Из теоретического аргумента следует, что дела в отношении малого бизнеса не должны возбуждаться потому, что малый бизнес (как правило) не обладает рыночной властью и не может ею злоупотребить. Однако практический аргумент подразумевает, что ФАС должен отказаться от существенной части дел, *даже если* дела по большей части касаются действительных нарушений. Сколько бы ни было нарушений, ФАС может расследовать с достаточной глубиной только определенное количество случаев, и это количество существенно меньше, чем то, что рассматривается сейчас. Только для определенного количества дел ФАС может с достаточной степени надежности отделить нарушителей от законопослушных предпринимателей.

В то же время при сокращении количества расследуемых дел следует выделять приоритеты и размер компаний, о которых идет речь, является индикатором важности дела. Чем больше размер компании, тем вероятнее, что расследуемое дело касается крупного рынка и большого числа лиц.

Порог оборота компаний

На мой взгляд, избранный МЭР порог оборота компаний — 60 млн руб (законодательный критерий отнесения к микропредприятиям) — чрезмерно низок. Его введение сократит число дел о злоупотреблении доминирующим положением не более чем на 50 в год, а мнение, что рынком с низкими барьерами входа является только рынок, где могут действовать микропредприятия, игнорирует возможность входа со стороны значительного числа более крупных конкурентов.

Вместо предлагаемого МЭР порога в 60 млн руб предлагаю установить порог на уровне 400 млн руб, что позволит снизить число дел уже примерно на 140.

Представляется, что это минимальная оценка того, что следует изменить в законодательстве исходя из теоретического и практического аргументов. Принятие соответствующей поправки уменьшит количество дел о злоупотреблении доминирующим положением не в 10 раз, т.е. на 90%, а всего лишь примерно на 10%. Эта мера может оказаться достаточной *только при условии* одновременного отказа ФАС от дел по ущемлению интересов контрагентов. Без этой дополнительной меры достаточный результат не даст и освобождение от антимонопольного преследования среднего бизнеса (сокращение на 180) и потребуются сосредоточение деятельности ФАС исключительно на делах в отношении ста крупнейших компаний (они сейчас составляют как раз примерно 10% от общей нагрузки).