

«Нам необходим режим диалога с бизнесом»

23.02.2013

ИНТЕРВЬЮ



О том, какие уроки из европейского опыта контроля над экономической концентрацией может извлечь ФАС РФ, а также о новом программном документе — «дорожной карте» по развитию конкуренции и совершенствованию антимонопольной политики в России — мы побеседовали с Алексеем Сушкевичем, начальником Аналитического управления ФАС России.

Какова ваша общая оценка статьи зарубежных авторов и реакция на их советы российскому антимонопольному органу?

Статья Яниса Гиргенсона и Виталия Пружанского (Прим.: [Legal Insight №1 / 2013](#), «Контроль над экономической концентрацией: какие уроки отечественные компании и ФАС России могут извлечь из европейской практики?»), которую я прочитал с интересом, очень актуальна, и здесь есть, что обсудить. Административная процедура контроля за экономической концентрацией в России консервативна. Она мало поменялась за время своего существования с середины 1990-х годов. Многие выводы, которые делают авторы, и их рекомендации вполне могут быть приняты российским законодателем и российским антимонопольным органом.

В своем комментарии я хотел бы обратить внимание на некоторые аспекты процедуры контроля за экономической концентрацией. Но начну с одного существенного уточнения. Авторы статьи считают, что антимонопольная служба России при осуществлении этого контроля рассматривает сделки и вправе выдавать предписания и запрещать сделки, ведущие к ограничению конкуренции. На самом деле, в соответствии с российским законодательством, антимонопольная служба не запрещает сделки, даже если они ведут к ограничению конкуренции и к полному устранению конкуренции. Российский антимонопольный орган согласует сделки, т. е. он либо дает, либо не дает согласие на сделку. Совершать или не совершать сделку — это решение самих участников сделки. Каковы могут быть последствия совершения сделки, если антимонопольный орган,

предварительно проанализировав ходатайства, представленные ее участниками, не согласится с ее совершением? Если эта сделка все-таки будет совершена, никаких административных наказаний за ее осуществление не будет. Антимонопольный орган может обратиться в суд с иском о признании сделки недействительной и, если в судебном состязательном процессе он докажет, что сделка ограничивает конкуренцию, суд признает ее недействительной. Таким образом, окончательное решение о судьбе сделки в России принимает суд, а отнюдь не антимонопольный орган.

Теперь перейду к сравнительному анализу административных процедур рассмотрения ходатайств о планируемых сделках. Нужно согласиться с главным посылом авторов статьи в том, что такой режим диалога антимонопольного органа и заинтересованных в сделке лиц, который существует в Евросоюзе, в России отсутствует. Российский антимонопольный орган не вступает в формализованный диалог, который был бы хорошо описан в нормативных актах, на стадиях подготовки рассмотрения ходатайств либо при выработке мер, которые могли бы компенсировать ограничение конкуренции. Проблема, на мой взгляд, состоит в том, что для вступления в режим диалога с бизнесом, намеревающимся совершить сделку, антимонопольному органу нужно обладать широкими пределами для административного усмотрения, обладать возможностью реагировать на обстоятельства, которые ему становятся известны из диалога с заинтересованными в сделке компаниями, и «конструировать» свое окончательное решение прямо по ходу диалога с потенциальными участниками сделки. Надлежит не просто принимать решения по заранее заданному алгоритму, а в ходе диалога с бизнесом выслушивать его аргументы, учитывать обстоятельства, которые не были известны ранее, и выработать решения буквально под воздействием бизнеса.

Трудно найти аналог такого режима диалога в какой-нибудь существующей в Российской Федерации административной процедуре вообще. Каждый российский административный орган, и антимонопольный орган в частности, действует по очень точно регламентированным процедурам, которые отражены и в законе, и в административном

регламенте. И эти процедуры предусматривают колоссальный объем самостоятельной работы, которую орган должен проделать, не обращаясь за какой-нибудь помощью, подсказкой или мнением лиц, заинтересованных в результатах этой процедуры.

Есть ли какие-то плюсы у административной процедуры, которую использует антимонопольный орган в России?

Определенно могу сказать, что у существующей организации процедуры рассмотрения ходатайства о слиянии или присоединении есть свои плюсы. Антимонопольный орган не обременяет и не вовлекает насильно в диалог хозяйствующих субъектов, которые представили ходатайство. Представив ходатайство в антимонопольный орган, хозяйствующие субъекты вправе дожидаться решения антимонопольного органа без каких-либо действий со своей стороны.

При этом антимонопольный орган достаточно жестко ограничен в сроках принятия решения. Эти сроки у нас не бывало короткие: на принятие окончательного решения отводятся один либо три месяца. Любой податель ходатайства в Европе и в странах других континентов мечтал бы получить ответ от антимонопольного органа в такой короткий срок. Эта процедура, насколько я знаю, может тянуться годами, как в Европейской комиссии, так и в Федеральной торговой комиссии в США, где не установлен даже верхний предел срока. Так что четкая определенность по срокам — это плюс нашей достаточно жесткой административной процедуры.

Мало того, если заявитель не будет удовлетворен решением антимонопольного органа, он может заново представить ходатайство, несколько изменив конфигурацию сделки, и опять получить ответ антимонопольного органа. Как видим, жесткость первоначального общения на стадии подготовки ходатайства, которая действительно существует в российском законодательстве, в практике административной работы антимонопольного органа в значительной степени компенсируется его обязанностью разъяснять свое поведение и свои действия в конкретных обстоятельствах, которые могут быть предложены заявителем. До

того как представить ходатайство, заявитель вправе направить запрос на разъяснение, изложив обстоятельства планируемой сделки, и спросить совета, мнения антимонопольного органа о том, как нужно поступить, чтобы избежать тех или иных негативных последствий. Это обычная рутинная работа, когда перед представлением ходатайства к нам обращаются стороны, заинтересованные в совершении той или иной сделки, и получают, по сути, бесплатный совет от самого регулятора. Такая практика действительно большая редкость и встречается отнюдь не у каждого антимонопольного органа.

Каковы же преимущества европейской процедуры и каковы возможности заимствования положительного европейского опыта?

Режим диалога, о котором говорят авторы статьи, на мой взгляд, очень полезен на стадии выработки решения антимонопольного органа, выработки тех мер, которые могут быть осуществлены сторонами планируемого слияния или присоединения, для того чтобы компенсировать возникающее ограничение конкуренции. Здесь у нас, конечно, недостаточно механизмов творческого взаимодействия с бизнесом, которое позволяло бы антимонопольному органу выявить и сформулировать проблемы, которые сделка создает участникам рынка, допустим, потребителям, а бизнесу — предложить такой спектр решений на выбор, которые бы могли его устроить.

Что я имею в виду? Объясню на примере. Смоделируем простую ситуацию: антимонопольный орган выясняет в процессе исследования ходатайства производителей, например, металлоизделий, что в результате их слияния может произойти ограничение конкуренции на соответствующем рынке. У каждой из сливающихся компаний уже довольно большая доля на этом рынке, и образующаяся доля будет подавляющей, скажем, 80%. А во всем остальном сделка проблем не создает. Установив это, антимонопольный орган может сформулировать несколько вариантов «лечения» возникающей проблемы.

Во-первых, можно предложить компаниям предоставить лицензии на изготовление тех или

иных металлоизделий другим участникам рынка (если они защищены патентами). Во-вторых, можно предложить им продать бренд, который они используют для маркировки этих изделий, что тоже поможет продвижению продукции конкурентов. А можно рекомендовать заключить договор коммерческой концессии с конкурентами. Как видим, вариантов поведения довольно много, и без диалога с бизнесом выбрать оптимальный вариант и для участников сделки, и для потребителей их продукции очень непросто. И российскому антимонопольному органу приходится действовать практически в потемках.

Я не открою большого секрета, если скажу, что, не имея формализованной процедуры такого диалога с участниками сделки, антимонопольный орган по существу все же вынужден вступать в него. Отсутствие четкого определения пределов административного усмотрения антимонопольного органа в таком диалоге, пределов открытости этого диалога, подконтрольности его иным заинтересованным лицам, допустим, конкурентам тех, кто сливается, потребителям, подконтрольности в конце концов представителям иных органов власти, влечет за собой определенные риски, в том числе и коррупционные. Поэтому неформализованный диалог в России применяется очень ограниченно и только в отношении крупнейших сделок, когда переговоры с бизнесом санкционированы с самого верха, процесс совершения сделки понятен, освещается в прессе и по телевидению. В данном случае негативные риски, о которых я говорил, минимизированы открытостью этой сделки, публичностью и очень высоким статусом лиц, которые вступают во взаимодействие, ибо для них репутационные риски значительно важнее, чем все остальные. Это, скорее, исключение, которое существует, но, к сожалению, не заменяет собой правило.

Безусловно, нам необходим режим диалога с бизнесом на стадии выработки структурных и поведенческих предписаний при принятии решений о совершении сделки. Здесь я с авторами статьи абсолютно согласен, и их критика неполноты российского регулирования процедуры контроля за экономической концентрацией уместна и правильна.

Какую роль играет осуществление экономического анализа в отечественной практике контроля за концентрацией на рынках?

К сожалению, приходится констатировать факт недостаточной мотивировки решений антимонопольного органа результатами экономического анализа рынков, на которых планируются слияния крупных компаний. И это второй недостаток нашей практики по сравнению с европейской, с критикой которого тоже следует согласиться.

Сегодня решения антимонопольного органа по форме и содержанию достаточно лаконичны. Это всего несколько абзацев, констатирующих выводы, к которым пришел антимонопольный орган. Вся мотивировочная часть — результаты экономического анализа, процедура анализа, промежуточные выводы — не доводятся до сведения заявителей, и зачастую основание решения остается для них не всегда понятным.

Мы считаем, что это практика, которая достаточно легко меняется. Уже сегодня по делам о нарушениях антимонопольного законодательства антимонопольный орган представляет аналитический отчет, подготавливаемый в соответствии с Приказом ФАС России № 220 «Об утверждении порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке», который регламентирует процедуру исследования товарного рынка. Аналитический отчет обязательно приобщается к материалам дела, становится доступен для всех участников дела о нарушении антимонопольного законодательства. Это дает возможность сторонам, выстраивающим свою защиту, апеллировать к определенным ошибкам, изъянам проведенного анализа, показывая недостоверность последующих выводов, которые формулирует антимонопольный орган.

Наконец, мы сделали доступным аналитический отчет для лиц, попадающих в реестр хозяйствующих субъектов, доля которых на рынке превышает 35%. Сегодня судиться с антимонопольным органом стало значительно легче. Компания, не согласная с включением в реестр, вправе затребовать аналитический отчет и может обращаться в суд с понуждением антимонопольного органа доказать в ходе судебного разбирательства правильность и

обоснованность акта, в соответствии с которым хозяйствующий субъект был включен в этот реестр. У антимонопольного органа остается только один путь защиты своего решения: доказывание правильности проведения исследования рынка и вычисления доли хозяйствующего субъекта на нем. Здесь авторы статьи правы: при принятии решений в ходе осуществления контроля за экономической концентрацией мы сегодня действительно не знакомим заинтересованных лиц с результатами экономического анализа, хотя должны это делать. Мое мнение

таково: это надо делать, причем незамедлительно, особенно при принятии отказных решений и решений, предполагающих достаточно обременительные для бизнеса поведенческие и структурные условия, при которых сделка может быть совершена.

Алексей Геннадьевич, приглашая вас к разговору о совершенствовании процедур контроля за экономической концентрацией, мы планировали также узнать ваше мнение о том, как скажется принятие нового программного документа — «дорожной карты» — на развитие конкуренции в России.

План мероприятий («дорожная карта») «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики» — это объемный и важный документ, который предусматривает совершенствование практики работы антимонопольного органа и в части административных процедур, и во взаимодействии с правоохранительными органами при расследовании картелей, и региональные аспекты, и многое другое.

ФАС РФ в целом положительно оценивает этот проект. «Дорожная карта» значительно более концентрированный документ, чем ранее принятая Программа развития конкуренции, которая должна была действовать до 2015 г. Она была перечислением намерений по очень широкому спектру направлений. Изначально предполагалось, что эти намерения будут реализованы в инициативах отраслевых ведомств и субъектов Российской Федерации. Но эти инициативы заставили себя ждать, а многие из них вообще не появились. И тогда возникла вполне правильная идея: сформулировать требуемые мероприятия по секторам экономики, а также для органов государственного управления таким образом, чтобы они

стали обязательными к исполнению, причем в установленные сроки. Я бы сказал, что в этом подходе заключена квинтэссенция «дорожной карты».

Как отнеслись руководители отраслевых ведомств к столь категорично поставленным новым задачам?

Нам известно, что отношение разное: и положительное, и нейтральное, и скептическое. Не все руководители отраслевых министерств и ведомств приветствуют появление этого документа. Сама процедура разработки «дорожной карты» предполагала определенную отстраненность разработчиков от необходимости согласовывать свои идеи и мысли с министерствами и ведомствами и одновременно предусматривала возможность прямого выхода на вице-премьеров и через них — на премьер-министра.

Обеспечение такого административного коридора свидетельствует о важности достижения целей, поставленных в «дорожной карте», и это вселяет надежду, что заложенные в ней механизмы должны заработать.

Что, по вашему мнению, следует особенно выделить применительно к развитию конкуренции при сравнении «дорожной карты» с принятой ранее программой?

Слабым местом ранее принятой программы являлось развитие конкуренции в конкретных отраслях экономики. Соответствующие министерства, на мой взгляд, де факто проигнорировали требования программы разработать мероприятия по развитию конкуренции в подведомственных им секторах экономики. «Дорожная карта» отменила Программу развития конкуренции в Российской Федерации в части тех мероприятий, осуществление которых затормозилось. Правительство решило, что нужно переходить к качественно другим мероприятиям. Предложенная «дорожной картой» смена постепенности на резкий скачок в развитии конкуренции — действительно эффективный шаг. В число разработчиков «дорожной карты» входили представители антимонопольного органа, которые не стали ждать какой-то инициативы от отраслевых

министерств, а сами предложили на рассмотрение премьер-министру комплекс отраслевых мероприятий. Последние (поскольку их предлагала антимонопольная служба), на наш взгляд, могут очень серьезным образом развить конкуренцию в наиболее чувствительных, прежде всего, для потребителя, секторах экономики.

В каких же отраслях, прежде всего, будет реализован План мероприятий («дорожная карта») «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики»?

«Дорожная карта» начинает свой отраслевой раздел с рынка лекарственных препаратов. Мы считаем, и правительство с нами согласилось, что должны быть радикально снижены барьеры входа на этот рынок, указаны мероприятия, которые нужно провести. Например, почти немедленно должно быть введено требование выписывания лекарственных препаратов на рецептурных бланках по международным не патентованным наименованиям. Это значит, что врач должен выписывать не конкретное лекарство конкретного производителя, а лекарство по его химической формуле. Мы настояли на установлении принципа и критериев взаимозаменяемости лекарств, в соответствии с которыми аптечное учреждение должно предлагать на выбор потребителю одновременно несколько препаратов сходного действия с учетом тех критериев взаимозаменяемости, которые должны быть утверждены Минздравом. Сегодня очень трудно говорить о какой-либо конкуренции на рынке лекарственных средств, когда врач прописывает лекарство с конкретным наименованием, выпускаемое определенной компанией. Также должна быть отлажена процедура государственной регистрации лекарственных средств, причем, должны быть введены процедуры предрегистрационного и пострегистративного консультирования заявителей. Такой режим диалога необходим не только в контроле экономической концентрации, но и при регистрационных процедурах, поскольку процедуры эти невероятно дороги для компании. Они могут стоить миллионы долларов, и начинать эту процедуру, не имея представления о том, каковы пределы ее гибкости и какие решения может принять регистрирующий орган, хозяйствующие субъекты не будут. Если мы хотим, чтобы на рынок выходили компании со своими лекарственными средствами, процедура

должна учитывать их пожелания.

Следующий сектор экономики — это рынок медицинских услуг. Мы считаем, что здесь, наконец, должна быть решена проблема, о которой говорится с начала 1990-х годов, — допуск в систему обязательного медицинского страхования организаций негосударственных форм собственности. частные лечебно-профилактические учреждения, госпитальные учреждения, диагностические лаборатории должны быть допущены до выполнения работ и оказания услуг по расценкам, которые утверждаются Фондом обязательного медицинского страхования совместно с органами власти и которые применяются при оплате услуг в системе ОМС. Без этого о конкуренции говорить в этом секторе трудно.

Не менее важно развивать конкуренцию на рынке авиаперевозок. Антимонопольная служба считает, что должны, наконец, появиться у нас в стране низкотарифные авиаперевозчики и должна возникнуть конкуренция между операторами — поставщиками услуг в аэропортах. Услуги, которые оказываются пассажирам при взлете и посадке, услуги по хранению и заправке авиатопливом, услуги, которые оказываются авиакомпаниям в аэропортах, могут и должны выполняться на конкурентной основе. Не одна единственная компания должна обрабатывать багаж, заправлять самолет «в крыло», осуществлять поставку бортового питания для пассажиров в полете и т. д. и т. п. вплоть до клининговых компаний, которые производят уборку в самолетах и в помещениях аэропорта и авиакомпаний. Нет никакой экономической заданности монополизма на этих рынках. Все это конкурентные рынки, при условии, что аэропорты имеют определенный экономический размер и что возможна экономия на масштабах производства. Этот экономический размер известен, и, начиная с нескольких сотен тысяч обслуженных пассажиров в год, рынки созревают для того, чтобы конкуренция была эффективной.

Следующий сектор экономики — рынок услуг связи. Ключевые мероприятия, которые здесь предлагаются, направлены на обеспечение конкуренции на рынке услуг широкополосного доступа в интернет и к цифровому телевидению. Сегодня у нас лишь 40% населения имеют доступ к широкополосному интернету и телевидению. Мы считаем, что в ближайшие два

года еще 15% россиян должны получить возможность пользоваться этими услугами, а в перспективе — все 100%. Для эффективного развития конкуренции в отрасли необходим переход к принципу технологической нейтральности при распределении радиочастот.

Есть еще один сектор экономики, который требует скорейшей либерализации и развития конкуренции, — это сфера дошкольного образования. Здесь уже созрел достаточно большой частный сектор, и мы считаем, что его необходимо встраивать в систему государственных субсидий и дотаций, чтобы последние равным образом распространялись и на частные, и на государственные дошкольные образовательные учреждения.

И, наконец, последний по порядку, но не по значимости, рынок нефтепродуктов. Антимонопольной службой предложен вошедший в «дорожную карту» перечень мероприятий по созданию уже давно обсуждаемого биржевого механизма формирования цен на сырую нефть и нефтепродукты в Российской Федерации. Именно так рынок нефтепродуктов функционирует во всем мире. Его сердцевиной, ядром является организованная биржевая торговля, которая должна быть создана и в России. Перечень мероприятий, предложенных в «дорожной карте», предполагает, что они будут реализованы уже в первой половине текущего года. У нас должен заработать рынок, должны появиться объективные котировки на сырую нефть и нефтепродукты, что даст возможность достаточно обоснованно, без излишних транзакционных затрат транслировать ценовую политику биржевых центров по всей стране и избежать завышения цен на нефтепродукты.

ИНТЕРВЬЮ