

Министерством экономики Республики Беларусь подготовлена новая редакция Закона «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции» (далее-Закон).

Настоящий Закон определяет организационные и правовые основы противодействия монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции и направлен на обеспечение условий для развития добросовестной конкуренции, создания и эффективного функционирования товарных рынков.

Статья 5 Закона определяет понятие доминирующего положения хозяйствующего субъекта (группы лиц). Доминирующим признается исключительное положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) либо нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на товарном рынке, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) либо таким хозяйствующим субъектам (группам лиц) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять им доступ на этот товарный рынок.

Законом (п.2 статьи 5) установлены критерии отнесения хозяйствующего субъекта (группы лиц) к субъектам, занимающим доминирующее положение, в том числе размеры долей, а также совокупных долей хозяйствующих субъектов на товарном рынке, при которых их положение может быть признано доминирующим. Наиболее характерным случаем такого положения является наличие доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке в размере 35 процентов и более.

Не может быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта (группы лиц), доля которого на товарном рынке не превышает 15 процентов, за исключением случая, предусмотренного пунктом 5 статьи 5 Закона.

В большинстве стран Евразийского экономического союза как признак доминирования на товарном рынке используется порог в 50 процентов. Одновременно хозяйствующий субъект не может быть признан доминирующим, если его доля на товарном рынке ниже 35 процентов.

Товарный рынок (в том числе по отдельным товарным позициям) стран Евразийского экономического союза, таких как Российская Федерация, Украина, Республика Казахстан, и товарный рынок Республики Беларусь несопоставимы по объемам.

И в то же время размер доли, при которой может быть признано доминирующим положением хозяйствующего субъекта в Республики Беларусь по сравнению с иными странами Евразийского экономического союза гораздо меньше (35 процентов против 50 процентов). Также значительно отличаются и размеры долей, при которых не может быть признано доминирующим положением хозяйствующего субъекта (15 процентов против 35 процентов).

Если утвердить предлагаемый порог в 35 процентов, то на товарном рынке Республики Беларусь практически любой субъект хозяйствования, даже с незначительной выручкой от реализации товаров (работ, услуг) при небольшом количестве участников товарного рынка по конкретной товарной позиции будет признан субъектом хозяйствования, занимающим доминирующее положение. И как следствие, особый режим государственного

регулирования в целом хозяйственной деятельности субъекта хозяйствования, в том числе ценообразования.

Кроме того, указанный субъект хозяйствования с незначительной выручкой от реализации товаров (работ, услуг) и долей товарного рынка, составляющей 35 процентов, в принципе не влияет на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке. Его действия с учетом финансовых показателей и, как правило, относительно «неинтересного» вида хозяйственной деятельности, не направлены на недопущение, ограничение или устранение конкуренции, а наоборот, признание положения такого хозяйствующего субъекта, как доминирующего будет препятствовать созданию и эффективному функционированию товарного рынка по конкретной товарной позиции. При этом практически «незаметные» участники рынка, но в то же время, признанные, как доминирующие, вынуждены будут просто уходить с соответствующего товарного рынка (закрывать бизнес) и в итоге пострадает потребитель и в целом экономика нашей страны.

Оценивая данную норму Закона, *предлагаем*, используя опыт стран Евразийского экономического союза, членом которого является и Республика Беларусь, *установить размер доли субъекта хозяйствования на товарном рынке, при котором может быть признано его доминирующее положение - 50 процентов и более.*⁽¹⁾

Либо ввести дополнительный критерий оценки. При установлении доминирующего положения хозяйствующего субъекта одновременно будет приниматься во внимание наличие доли хозяйствующего субъекта на соответствующем товарном рынке в размере 35 процентов и *установленное Законом единое пороговое значение выручки от реализации товаров (работ, услуг)* по итогам отчетного года, предшествующего году, в котором антимонопольным органом проводится мониторинг положения хозяйствующего субъекта на соответствующем товарном рынке (определяется в базовых величинах).⁽²⁾

В данном случае, если доля хозяйствующего субъекта на соответствующем товарном рынке составляет 35 процентов и выручка от реализации товаров (работ, услуг) этого же хозяйствующего субъекта не превышает установленного Законом единого порогового значения по выручке – не может быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта на товарном рынке.

Если выручка хозяйствующего субъекта от реализации товаров (работ, услуг) превышает установленную Законом пороговую величину и его доля на товарном рынке составляет 35 процентов - признается доминирующее положение хозяйствующего субъекта.

Подпункт 3.1. пункта 3 статьи 5 Закона определяет размеры совокупных долей хозяйствующих субъектов на товарном рынке, при которых их положение может быть признано доминирующим. А именно: доминирующим признается положение каждого из нескольких хозяйствующих субъектов (группы лиц), за исключением случая, предусмотренного пунктом 4 статьи 5 Закона, если выполняются в совокупности следующие условия:

совокупная доля не более чем трех хозяйствующих субъектов (групп лиц) доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов (группы лиц) на соответствующем товарном рынке, превышает пятьдесят

процентов, или совокупная доля не более чем пяти хозяйствующих субъектов (групп лиц), доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов (групп лиц) на соответствующем товарном рынке, превышает семьдесят процентов.

Данная норма Закона в предлагаемой редакции не устанавливает размер доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке, при котором он не может оцениваться антимонопольным органом как кандидат на рассмотрение его доминирующего положения совместно с другими хозяйствующими субъектами.

Например, совокупная доля двух хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке составляет 48 процентов (25 процентов и 23 процента каждого). Остальные участники данного товарного рынка имеют доли от трех процентов и менее. Применяя данный критерий определения доминирующего положения трех хозяйствующих субъектов по совокупной доле, доминирующим будет признано положение трех хозяйствующих субъектов с долями на товарном рынке соответственно 25 процентов, 23 процента и 3 процента.

Аналогичная ситуация складывается и с применением совокупной доли на товарном рынке не более чем пяти хозяйствующих субъектов, которая превышает семьдесят процентов.

Предлагаемая редакция указанной нормы Закона позволит признать доминирующим положение участников соответствующего товарного рынка, занимающих как максимальную, так и минимальную долю рынка. В том случае, если на соответствующем товарном рынке осуществляют деятельность небольшое количество участников, то практически все они могут быть признаны хозяйствующими субъектами, занимающими доминирующее положение. Что в свою очередь отрицательно скажется на формировании и функционировании товарного рынка по конкретной товарной позиции.

Кроме того, данная редакция вступает в противоречие с понятием «доминирующее положение», которое закреплено Законом. Это исключительное положение хозяйствующего субъекта, дающее такому хозяйствующему субъекту возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять им доступ на этот товарный рынок.

Хозяйствующий субъект с долей на товарном рынке в размере, например, от одного до пятнадцати процентов никоим образом не может оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на товарном рынке.

Очевидно, что необходимо определить размер доли, при наличии которой хозяйствующий субъект не может рассматриваться по совокупной доле с иными хозяйствующими субъектами при установлении их доминирующего положения.

Законом Российской Федерации «О защите конкуренции» предусматривается аналогичная норма определения доминирующего положения нескольких хозяйствующих субъектов по совокупной доле на товарном рынке, однако, в Законе четко указано, что «настоящее положение не применяется, если доля хотя бы одного из указанных хозяйствующих субъектов менее чем восемь процентов».

С учетом объемов соответствующих товарных рынков Российской Федерации доля на товарном рынке в размере восьми процентов – это достаточно внушительная величина. И соответственно при установлении доминирующего положения нескольких хозяйствующих субъектов в данном случае доминирующим будет признано, действительно, исключительное положение хозяйствующего субъекта, дающее такому хозяйствующему субъекту возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке.

Предлагается дополнить подпункт 3.1. пункта 3 статьи 5 Закона Республики Беларусь формулировкой следующего содержания ***«настоящее положение не применяется, если доля хотя бы одного из указанных хозяйствующих субъектов менее чем пятнадцать процентов».***⁽³⁾

Пунктом 6 статьи 5 Закона определено, что установление доминирующего положения хозяйствующего субъекта влечет его включение в Государственный реестр хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение на товарных рынках.

В целях недопущения и пресечения факта злоупотребления доминирующим положением в случае его выявления, в рамках контроля за соблюдением антимонопольного законодательства, антимонопольный орган осуществляет контроль за объемом производства, уровнем цен (тарифов) и иными показателями деятельности данного хозяйствующего субъекта.

В то же время статьей 17 Закона устанавливаются запреты на злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением и перечень действий (бездействие) хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, результатом которых являются или могут явиться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других хозяйствующих субъектов либо неопределенного круга потребителей.

Анализируя данные нормы Закона необходимо отметить, что формулировка статьи 17 Закона в предлагаемой редакции не дает четкого представления и определения, для какого же хозяйствующего субъекта устанавливаются запреты и как хозяйствующий субъект может узнать об этом и соблюдать нормы и требования антимонопольного законодательства.

А именно, отсутствует уточнение с учетом пункта 6 статьи 5 Закона о включении указанного хозяйствующего субъекта в Государственный реестр хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение на товарных рынках.

Согласно п.1.23. статьи 1 Закона хозяйствующий субъект - это коммерческая организация или некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход, индивидуальный предприниматель, а также физическое лицо, чья профессиональная приносящая доход деятельность в соответствии с законодательством подлежит государственной регистрации и (или) лицензированию.

Хозяйствующий субъект при осуществлении хозяйственной деятельности на соответствующем товарном рынке руководствуется действующим законодательством Республики Беларусь, в том числе статьей 12 Закона о ценообразовании, согласно которой хозяйствующий субъект имеет право

самостоятельно или по согласованию с покупателем установить цену (тариф) на товар (работу, услугу), если в отношении его в соответствии с законодательством Республики Беларусь о ценообразовании не применяется регулирование цен (тарифов).

При изучении ситуации на соответствующем товарном рынке антимонопольный орган направляет хозяйствующим субъектам запросы с перечнем вопросов, позволяющим оценить ситуацию на товарном рынке.

У хозяйствующего субъекта отсутствуют ресурсы и возможность получения необходимой информации, позволяющей ему оценить участников соответствующего товарного рынка, определить объем товарного рынка (производства, экспорта, импорта), и соответственно рассчитать собственную долю на товарном рынке и доли иных участников соответствующего товарного рынка.

И как следствие, отсутствует возможность самостоятельно определить свою долю на соответствующем товарном рынке до момента включения в Государственный реестр хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение на товарных рынках.

Предлагая статью 17 Закона в данной редакции, законодатель лишает возможности хозяйствующий субъект исполнять требования указанной статьи.

В целях избежания двусмысленности трактования норм Закона и обеспечения соблюдения хозяйствующими субъектами норм статьи 17 Закона, **предлагается** в абзаце 1 пункта 1 статьи 17 Закона фразу **«запрещается действия (бездействие) хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение»** заменить на фразу **«запрещается действия (бездействие) хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение и включенного в Государственный реестр хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение на товарных рынках»**.⁽⁴⁾

В законопроекте детально регламентируются понятия и методы определения «монопольно высокой цены товара» и «монопольно низкой цены товара».

Согласно пункта 1 статьи 6 Закона монопольно высокой ценой товара является цена, установленная занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом, если эта цена превышает сумму необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли и цену, которая сформировалась в условиях конкуренции на товарном рынке, сопоставимом по составу покупателей или продавцов товара, условиям обращения товара, условиям доступа на товарный рынок, государственному регулированию, включая налогообложение и таможенно-тарифное регулирование (далее - сопоставимый товарный рынок), при наличии такого рынка на территории Республики Беларусь или за ее пределами, в том числе установленная:

1) путем повышения ранее установленной цены товара, если при этом выполняются в совокупности следующие условия:

а) расходы, необходимые для производства и реализации товара, остались неизменными или их изменение не соответствует изменению цены товара;

Анализируя указанную норму Закона (подпункт 1.а статьи 6) необходимо отметить следующее:

Хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, определяет отпускную цену (тариф) на товары (работы, услуги) руководствуясь п.4 Инструкции о порядке установления и применения регулируемых цен (тарифов), утвержденной Постановлением Министерства экономики Республики Беларусь от 22.07.2011 №111 (далее - Инструкция), на основе плановых затрат (себестоимости) на производство и реализацию товаров (работ, услуг), налогов и иных обязательных платежей, установленных законодательством, прибыли, с учетом конъюнктуры рынка и ограничений, установленных государственными органами, осуществляющими регулирование цен (тарифов).

При изменении конъюнктуры рынка хозяйствующий субъект имеет право увеличить отпускную цену (тариф) на товары (работы, услуги), а расходы, необходимые для производства и реализации товара (работы, услуги) при этом остались неизменными, в том числе с учетом ограничений, установленных при государственном регулировании цен (тарифов).

Кроме того, государственными органами, осуществляющими регулирование цен (тарифов), могут и не устанавливаться ограничения при формировании хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение, отпускных цен (тарифов) на товары (работы, услуги).

В этом случае хозяйствующий субъект, увеличивая отпускную цену (тариф) на товары (работы, услуги), с учетом законодательства о ценообразовании и условий применения регулируемых цен (тарифов), устанавливает единую цену (тариф) на один и тот же товар (работу, услугу) и не нарушает антимонопольного законодательства в части запрета на необоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар (работу, услугу).

Но, в то же время, хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, подпадает под понятие «монопольно высокой цены» согласно подпункта 1,а статьи 6 Закона.

В данном случае вступают в противоречие Инструкция и Закон.

Так же необходимо отметить, что хозяйствующий субъект формирует отпускную цену (тариф) на основе плановых затрат (расходов) на производство и реализацию товаров (работ, услуг), то есть хозяйствующий субъект планирует свои затраты на основании фактических затрат прошлых периодов (месяца, квартала, года). Фактические затраты (расходы) формируются после формирования отпускной цены (тарифа) на товары (работы, услуги) в конце отчетного периода и их величина отличается от величины плановых затрат (расходов). Кроме того, бывает «сезонность» затрат (расходов) и на момент их определения уже не только сформирована отпускная цена (тариф), но и реализована продукция или выполнена работа (оказана услуга).

Предлагается либо исключить данный пункт статьи 6 Закона, либо **конкретизировать виды расходов и уточнить их величину**, на которую допускается изменение расходов, чтобы хозяйствующий субъект имел реальную возможность формировать отпускную цену (тариф) на товары (работы, услуги), соблюдая нормы и требования как законодательства о ценообразовании, так и антимонопольного законодательства. ⁽⁵⁾

б) условия обращения товара на товарном рынке, в том числе обусловленные мерами государственного регулирования, включая налогообложение, тарифное регулирование, остались неизменными или их изменение несоразмерно изменению цены товара

При рассмотрении данной нормы Закона возникает вопрос, какие условия обращения товара на товарном рынке имеет ввиду законодатель, кроме обусловленных мерами государственного регулирования.

Более того, не владея информацией о квалификации условий обращения товара на товарном рынке, каким образом хозяйствующий субъект может определить их «изменность» либо «неизменность».

С учетом предлагаемой редакции хозяйствующий субъект может оценить, насколько изменились либо не изменились условия обращения товара на товарном рынке только в части условий, обусловленных мерами государственного регулирования.

Возможна ситуация, когда условия обращения товара на товарном рынке обусловлены мерами государственного регулирования, и хозяйствующий субъект при неизменных расходах может увеличивать цену (тариф) на товары (работы, услуги), даже несоразмерно изменению, например, тарифного регулирования, но при этом, не превышая регулируемую величину, установленную государственными органами.

В указанной ситуации хозяйствующий субъект, соблюдая требования государственного регулирования цены (тарифа) в очередной раз попадает под понятие «монопольно высокой цены».

Каким образом, цена (тариф), при формировании которой применяется и соблюдается государственное регулирование, может быть определена нормой Закона, как «монопольно высокая цена».

Предлагается конкретизировать (уточнить) «условия» обращения товара на товарном рынке и рассмотреть вопрос целесообразности включения в данный подпункт нормы Закона понятия о соразмерности изменения условий обращения товара на товарном рынке, обусловленных мерами государственного регулирования, изменению цены товара. ⁽⁶⁾

2) путем поддержания или неснижения ранее установленной цены товара, если при этом выполняются в совокупности следующие условия:

а) расходы, необходимые для производства и реализации товара, существенно снизились.

Оценивая указанную норму Закона необходимо отметить, что предлагаемая редакция «расходы существенно снизились» не позволит хозяйствующему субъекту при формировании отпускной цены (тарифа) на товары (работы, услуги) определить является или не является «монопольно высокой ценой» сформированная им цена.

Понятие «существенно снизились» не определяет насколько снизились, на какой процент, какую величину.

Если рассматривать снижение расходов на 20% от объема производства и реализации товара в размере одного миллиарда рублей и снижение расходов на 20% от объема производства и реализации товара в размере ста миллионов рублей – это разные показатели снижения расходов и не определен критерий, согласно которому можно определить, в каком случае расходы снизились существенно.

Например, на предприятии уволилось несколько работников. В период наличия вакансий и до момента приема на работу на вакантные должности на предприятии существенно снижаются затраты и исходя из указанной нормы Закона хозяйствующий субъект вынужден в срочном порядке понижать отпускную цену (тариф) на товары (работы, услуги). С момента приема на работу работников на вакантные должности хозяйствующий субъект повышает отпускную цену (тариф).

Предлагается определить понятие «существенно снизились» и уточнить критерий (величину), который позволит хозяйствующему субъекту, занимающему доминирующее положение, при формировании отпускной цены (тарифа) на товары (работы, услуги) оценить является сформированная цена тариф) «монопольно высокой ценой» или не является, и соответственно контролировать ситуацию с ценообразованием с учетом требований антимонопольного законодательства. ⁽⁷⁾

Согласно пункта 1 статьи 7 Закона монопольно низкой ценой товара является цена, установленная занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом, если эта цена ниже суммы необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли и ниже цены, которая сформировалась в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке, при наличии такого рынка на территории Республики Беларусь или за ее пределами, в том числе установленная:

2) путем поддержания или не повышения ранее установленной цены товара, если при этом выполняются в совокупности следующие условия:

а) расходы, необходимые для производства и реализации товара, существенно возросли

Подвергая анализу указанную норму Закона необходимо отметить следующее:

Хозяйствующий субъект при производстве и реализации товаров (работ, услуг) может закупать материалы по более высокой цене по сравнению с предыдущей закупкой материалов.

При этом, как указывалось ранее, хозяйствующий субъект формирует отпускную цену (тариф) на основе плановых затрат (расходов) на производство и реализацию товаров (работ, услуг), то есть хозяйствующий субъект планирует свои затраты на основании фактических затрат прошлых периодов (месяца, квартала, года).

Хозяйствующий субъект не мог предполагать, что необходимые материалы значительно подорожают, а отпускная цена уже сформирована и реализация товара (работ, услуг) происходит по сформированной цене.

Фактические затраты (расходы) будут сформированы после формирования отпускной цены (тарифа) на товары (работы, услуги) в конце отчетного периода и их величина будет отличаться от величины плановых затрат (расходов).

В результате хозяйствующий субъект не получает определенную часть прибыли, но вернуться в начало отчетного периода и поднять отпускную цену (тариф) с учетом того, что возросли расходы, необходимые для производства и реализации товара, хозяйствующий субъект не может, так как отпускная цена (тариф) сформирована и даже уже реализован товар (работа, услуга).

Следует так же отметить, что и в данном случае отсутствует критерий (величина) понятия «существенно возросли». При различных объемах и выручке этот показатель относителен применительно к понятию «существенно возросли».

Предлагается определить понятие «существенно возросли» и уточнить критерий (величину), который позволит хозяйствующему субъекту, занимающему доминирующее положение, при формировании отпускной цены (тарифа) на товары (работы, услуги) оценить является сформированная цена (тариф) «монопольно низкой ценой» или не является, и соответственно контролировать ситуацию с ценообразованием с учетом требований антимонопольного законодательства. ⁽⁸⁾

б) состав продавцов или покупателей товара обуславливает возможность изменения цены товара в сторону увеличения

Предлагаемая редакция данной нормы Закона не позволяет определить, какой именно состав продавцов или покупателей обуславливает возможность изменения цены товара в сторону увеличения, а какой состав продавцов или покупателей не обуславливает возможность изменения цены товара в сторону увеличения.

То есть у хозяйствующего субъекта отсутствует не только возможность оценить товарный рынок по составу продавцов и покупателей, но так же вышеприведенная норма Закона не определяет и способ оценки состава продавцов и покупателей товара. Непонятно, какие критерии и требования необходимо соблюдать, чтобы не сформировать в итоге «монопольно низкую цену».

Предлагается определить критерии (понятие) состава продавцов или покупателей товара, которые обуславливают возможность изменения цены товара в сторону увеличения. ⁽⁹⁾

(1)-(9) - предложения о внесении изменений и дополнений в Закон