

## **РЕКОМЕНДАЦИИ**

**Научно-методического совета образовательных организаций и кафедр конкурентного права и антимонопольного регулирования ФАС России на тему: «Актуальные вопросы правоприменительной практики» по итогам расширенного заседания от 20 ноября 2019 г. в рамках проведения V международной научно-практической Конференции «Антимонопольная политика: наука, практика, образование»**

### **I. Злоупотребление доминирующим положением.**

**1. О возможности возбуждения дела по части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции по заявлению физического лица, не осуществляющего предпринимательскую деятельность.**

Часть 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции устанавливает запрет на действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, 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.

Вместе с тем в части 2 статьи 39 Закона о защите конкуренции в качестве одного из оснований для возбуждения и рассмотрения антимонопольным органом дела о нарушении антимонопольного законодательства предусматривается такое основание как поступившее в антимонопольный орган заявление физического лица, указывающее на признаки нарушения антимонопольного законодательства.

В части 5 статьи 44 Закона о защите конкуренции определено, что при рассмотрении заявления или материалов антимонопольный орган: 1) определяет, относится ли рассмотрение заявления или материалов к его компетенции; 2) устанавливает наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства и определяет нормы, которые подлежат применению.

По результатам рассмотрения заявления о нарушении норм антимонопольного законодательства, которое подано физическим лицом, может быть возбуждено дело по признакам нарушения положений статьи 10 Закона о защите конкуренции, в случае если антимонопольным органом будет установлено, что действия хозяйствующего субъекта привели или могут привести к негативным последствиям, предусмотренным частью 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции.

При этом сам факт возбуждения антимонопольного дела на основании заявления физического лица не влияет на оценку действий хозяйствующего субъекта, результатом которых может являться ущемление интересов, как подателя заявления, так и неопределенного круга лиц (*Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 21.02.2019 по делу № А42-2307/2018, Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 31.01.2018 № Ф02-7023/2017 по делу № А74-947/2017, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 09.06.2017 № Ф07-4420/2017 по делу № А42-5974/2015*).

## **2. Об определении понятия «неопределённый круг потребителей».**

Часть 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции устанавливает запрет на действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, 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.

В Определении Верховного Суда Российской Федерации от 20.12.2017 по делу № А64-2941/2016 отражена следующая позиция: «понятие неопределенного круга потребителей используется не в значении невозможности установить число таких лиц на заданный момент времени, а в контексте множественности (не единичности) числа потребителей, как участников рынка, чьи права и законные интересы могут быть затронуты действиями лица, занимающего доминирующее положение, исходя из характера допущенного данным лицом злоупотребления имеющейся у него рыночной властью и последствий таких нарушений» (*указанная позиция включена также в Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2018), утвержденный Президиумом Верховного Суда РФ 28.03.2018*).

Негативное влияние на конкуренцию, а также ущемление интересов иных лиц в сфере предпринимательской деятельности и неопределенного круга лиц действиями хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, признается монополистической деятельностью, поскольку происходит с использованием рыночного положения и обеспечивается наличием рыночной силы (*Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.07.2012 № 1063/12*).

При этом в судебной практике применим подход, что в случае, когда неправомерные действия стали возможны именно в силу обладания хозяйствующим субъектом рыночной властью, его доминирующего положения на рынке и злоупотребления этим положением ввиду реализации единой политики, направленной на всех своих контрагентов или их определенной части (категории потребителей), вследствие чего наступили или могли наступить негативные последствия, то в таких случаях может быть установлено ущемление интересов неопределенного круга потребителей (*например,*

*Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 25.07.2017 по делу № А82-10466/2016).*

Так, в частности, в качестве злоупотребления доминирующим положением, результатом которого является или может являться ущемление интересов неопределенного круга потребителей следует рассматривать, например, установление или поддержание доминирующим хозяйствующим субъектом монопольно высокой цены товара, нарушение установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования (*Определение Верховного Суда РФ от 11.10.2017 № 306-КГ17-14332 по делу № А65-20327/2016, Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 20.11.2018 № Ф02-5341/2018 по делу № А69-2088/2017*).

### **3. Об определении временного интервала анализа состояния конкуренции, проводимого в рамках рассмотрения материалов, заявлений, дел о нарушении антимонопольного законодательства при установлении доминирующего положения.**

Согласно пунктам 2.1 и 2.2 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденного Приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220 (далее – Порядок №220) временной интервал исследования товарного рынка определяется в зависимости от цели исследования, особенностей товарного рынка. В случае если исследование ограничивается изучением характеристик рассматриваемого товарного рынка, которые сложились до момента проведения исследования, проводится ретроспективный анализ состояния конкуренции на товарном рынке. В случае если для целей исследования необходим учет условий, которые в будущем сложатся на рассматриваемом товарном рынке (например, после совершения действий, за которыми осуществляется антимонопольный контроль), проводится перспективный анализ состояния конкуренции на товарном рынке, в ходе которого выявляется состояние конкуренции, существующее на момент проведения исследования, и анализируется воздействие, которое окажут подконтрольные действия на состояние конкуренции.

Из изложенных норм следует, что существуют два вида анализа рынка по временному интервалу исследования: ретроспективный и перспективный. В первом случае исследуются характеристики, которые сложились до момента проведения анализа, во втором - существующие на момент проведения исследования с анализом последующего воздействия, и ни один из видов прямо не исключает исследование периода проведения анализа, а также периода, в котором совершено нарушение (если анализ проводится в ходе рассмотрения дела об антимонопольном правонарушении).

Таким образом, для целей установления доминирующего положения временной интервал анализа состояния конкуренции должен включать время (период) совершения предполагаемого нарушения антимонопольного законодательства (*постановление Президиума ВАС РФ от 30.07.2013 №*

11662/13 по делу № А03-1338/2012).

При этом анализ состояния конкуренции проводится исходя из всей доступной и имеющейся на момент его проведения у антимонопольного органа информации, в том числе согласно пунктам 1.5, 3.8 и 5.2 Порядка №220.

Допускается использовать результаты анализа, проведенного ранее, чем были совершены исследуемые действия хозяйствующего субъекта, например, если во всех доступных источниках имеется информация только за предыдущий срок совершения действий период или при условии неизменности на момент совершения таких действий состояния конкуренции на рынке, что также подлежит обязательному обоснованию.

#### **4. О возможности установления последствий в виде ограничения конкуренции вследствие злоупотребления доминирующим положением на смежном рынке.**

Статья 10 Закона о защите конкуренции содержит запрет на действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых в том числе являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции.

Указанная норма не уточняет товарный рынок, на котором могут иметь место указанные последствия, но при этом прямо указывает, что запрет адресован субъекту, доминирующему на соответствующем товарном рынке.

Вместе с тем действия хозяйствующих субъектов на разных товарных рынках могут быть взаимозависимы и (или) взаимодополняемы, например, рынки, на которых покупатели приобретают сырье и иные материалы для производства готового изделия, связаны с рынками готовых изделий, которые впоследствии приобретаются покупателями, рынок готовых изделий напрямую зависит от рынков сырья и иных материалов, используемых для производства готового изделия.

При этом влияние на предложение на смежном товарном рынке может состоять, например, в ограничении возможности конкурирующих на смежном рынке хозяйствующих субъектов предлагать товар из-за ограниченного доступа к товарам, которые используются для производства товаров в последующем на ином товарном рынке, путем отказа от поставки, установления монопольно высокой цены или дискриминационных цен.

Таким образом, при оценке злоупотребления доминирующим положением анализ должен быть в обязательном порядке относительно рынка, на котором доминирует хозяйствующий субъект. При этом результатом действий (бездействия) доминирующего хозяйствующего субъекта на товарном рынке, где такой субъект доминирует, могут являться негативные последствия на иных рынках, на которых указанный субъект не доминирует (на смежных рынках).

Вместе с тем факт ограничения или возможности ограничения конкуренции именно на смежном товарном рынке должен быть установлен в рамках

рассмотрения дела и не требует проведения анализа состояния конкуренции на смежном рынке (*Постановление Арбитражного суда Московского округа от 29.01.2019 № Ф05-22349/2018 по делу № А40-3363/2018*).

**5. Об оценке барьеров входа на рынок в качестве низких и легко преодолимых в случае, если в течение рассматриваемого антимонопольным органом периода анализа товарного рынка произошел выход на товарный рынок нового субъекта.**

Барьеры входа на товарный рынок являются одной из ключевых составляющих, которую оценивает антимонопольный орган при проведении анализа состояния конкуренции на товарном рынке.

Так, в части 8 статьи Закона о защите конкуренции имеется прямое указание, согласно которому при проведении анализа состояния конкуренции антимонопольный орган дает оценку обстоятельствам, влияющим на состояние конкуренции, в том числе **условиям доступа** на товарный рынок, долям хозяйствующих субъектов на рынках определенного товара, соотношению долей покупателей и продавцов товара, периоду существования возможности оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на товарном рынке.

При установлении доминирующего положения хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение долей более 35%, но менее 50% и коллективного доминирующего положения Закон о защите конкуренции также предусматривает проведение анализа барьеров входа на товарный рынок.

В практике встречаются случаи выхода на товарный рынок нового субъекта (субъектов) в течение рассматриваемого антимонопольным органом периода анализа товарного рынка и, соответственно, необходимости оценки появления нового субъекта (субъектов) на товарном рынке.

Барьеры входа оцениваются как низкие и легкопреодолимые (доступ входа на рынок новых конкурентов не затруднен), если выполняются одновременно несколько условий:

- произошел вход нового субъекта;
- объем производства/поставок нового субъекта должен быть сопоставим с объемом закупок заявителя (в случае наличия такового) или составлять относительно существенный объем рынка/спроса;
- (а) в том же периоде помимо входа нового субъекта, произошло расширение производственных мощностей или начались инвестиции в расширение производственных мощностей действующих хозяйствующих субъектов, не занимающих доминирующее положение или (б) временные затраты, фактически потребовавшиеся для входа нового субъекта составляют менее одного года или временного интервала исследования товарного рынка, если он составляет менее одного года.

Таким образом, сам по себе факт выхода на товарный рынок нового субъекта в течение рассматриваемого антимонопольным органом периода

анализа товарного рынка не является достаточным основанием считать барьеры низкими или легко преодолимыми, для установления данного обстоятельства следует оценивать перечисленные условия в совокупности.

#### **6. О выборе метода для определения монопольно высокой или монопольно низкой цены товара.**

Исходя из части 1 статьи 6 и части 1 статьи 7 Закона о защите конкуренции, для определения монопольно высокой или монопольно низкой цены товара используются два метода: затратный метод и метод сопоставимых рынков.

Согласно части 4 статьи 6 Закона о защите конкуренции цена товара не признается монопольно высокой в случае непревышения цены, которая сформировалась в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке, следовательно, установление цены товара доминирующим хозяйствующим субъектом в пределах цены, сформированной в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке, не может являться основанием для квалификации ее в качестве монопольно высокой или монопольно низкой независимо от уровня затрат на производство и реализацию товара и получаемой таким субъектом прибыли.

Таким образом, оценку цены товара на предмет того, является ли она монопольно высокой или монопольно низкой необходимо начинать с установления наличия сопоставимых конкурентных рынков (сопоставимого конкурентного рынка) и установления цены товара на таких сопоставимых рынках.

При этом установление монопольно высокой (низкой) цены с использованием одного затратного метода возможно при условии отсутствия сопоставимого товарного рынка, на котором цена товара формируется в условиях конкуренции (судебная практика: *Постановление Президиума ВАС РФ от 25.05.2010 № ВАС-16678/2009, дела №№ А46-12902/2015; А42-8319/2016*).

#### **7. О квалификации действий хозяйствующего субъекта, выразившихся в необоснованном установлении цены, в качестве установления (поддержания) монопольно высокой цены.**

Согласно части 1 статьи 6 Закона о защите конкуренции 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 (сопоставимый товарный рынок), при наличии такого рынка на территории Российской Федерации или за ее пределами.

Действия хозяйствующего субъекта не могут быть квалифицированы по части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции без указания конкретного пункта, если такие действия содержат признаки нарушения, предусмотренного конкретным пунктом части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, в том числе при установлении хозяйствующим субъектом монопольно высокой цены.

Отсутствие у хозяйствующего субъекта экономического обоснования повышения или поддержания ранее установленной цены товара, не позволяющего оценить уровень расходов, необходимых для производства и реализации товара, при установлении совокупности иных условий, предусмотренных частью 1 статьи 6 Закона о защите конкуренции, может свидетельствовать об установлении монопольно высокой цены.

В таких случаях действия подлежат оценке на наличие признаков нарушения пункта 1 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции (судебная практика: *постановление Федерального арбитражного суда дальневосточного округа по делу № А51-6988/2012*).

При этом в случае установления финансовой организацией необоснованно высокой или необоснованно низкой цены финансовой услуги, такие действия подлежат квалификации по пункту 7 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции.

## **8. О необходимости анализа качественных характеристик для установления наличия коллективного доминирующего положения.**

Согласно части 3 статьи 5 Закона о защите конкуренции доминирующим признается положение каждого хозяйствующего субъекта из нескольких хозяйствующих субъектов (за исключением финансовой организации), применительно к которому выполняются в совокупности следующие условия:

1) совокупная доля не более чем трех хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает пятьдесят процентов, или совокупная доля не более чем пяти хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает семьдесят процентов (настоящее положение не применяется, если доля хотя бы одного из указанных хозяйствующих субъектов менее чем восемь процентов);

2) в течение длительного периода (в течение не менее чем одного года или, если такой срок составляет менее чем один год, в течение срока существования соответствующего товарного рынка) относительные размеры долей хозяйствующих субъектов неизменны или подвержены малозначительным изменениям, а также доступ на соответствующий товарный рынок новых конкурентов затруднен;

3) реализуемый или приобретаемый хозяйствующими субъектами товар не может быть заменен другим товаром при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях), рост цены товара не обуславливает

соответствующее такому росту снижение спроса на этот товар, информация о цене, об условиях реализации или приобретения этого товара на соответствующем товарном рынке доступна неопределенному кругу лиц.

Первое из указанных в рассматриваемой норме условий является количественным, второе и третье связаны с качественными характеристиками, поскольку позволяют оценить возможность таких хозяйствующих субъектов оказывать влияние на условия обращения товара на товарном рынке и состояние конкуренции на таком товарном рынке.

Указание в части 3 статьи 5 на установление названных условий в совокупности означает, что при проведении анализа состояния конкуренции на товарном рынке должно быть рассмотрено и установлено каждое из таких условий.

При этом не допускается определение доминирующего положения согласно части 3 статьи 5 Закона о защите конкуренции только на основании сведений о размерах долей хозяйствующих субъектов, то есть на основании только количественного критерия, без рассмотрения качественных характеристик товарного рынка, предусмотренных пунктами 2 и 3 части 3 статьи 5 Закона (аналогичного подхода придерживаются коллегиальные органы ФАС России, например, в решении Президиума ФАС России №19-9-2/2 от 07.11.2019).

## **II. Субсидии и преференции: вопросы влияния на конкуренцию.**

### **1. О предоставлении субсидий некоммерческим организациям: субсидирование автономных некоммерческих организаций, фондов.**

Предоставление субсидий некоммерческим организациям в случае, если они ведут предпринимательскую деятельность и, следовательно, являются хозяйствующими субъектами в понимании Закона о защите конкуренции, может содержать признаки ограничения конкуренции и может рассматриваться антимонопольным органом как предоставление преимуществ, в том числе при предоставлении им преференций.

Таким образом, законность действий органа власти, предоставляющего такую преференцию, должна проверяться на соответствие требованиям статьи 15 и главы 5 Закона о защите конкуренции (*Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 18.09.2017 № Ф03-3374/2017 по делу № А24-3/2017, Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 02.10.2017 № Ф03-3260/2017 по делу № А24-304/2017, а также судебные акты по делам: №№ А57-19421/2018, А57-21304/2018, А57-23128/2018, А75-19210/2017, А50-6253/2016, А79-625/2016, А79-5287/2016, А47-5243/2015, №3а-370/2018 (Ростовский областной суд), №3а-85/2018 (Верховный Суд Республики Хакасия)*).

### **2. Предоставление органами государственной власти и местного самоуправления преимуществ подведомственным организациям (в т.ч. ГУП и МУП) путем их субсидирования.**

В тех случаях, когда требуется проведение торгов, подразумевающее состязательность хозяйствующих субъектов, их непроведение, за исключением случаев, допускаемых законом, не может не влиять на конкуренцию. Только лишь при публичном объявлении торгов в установленном порядке могут быть выявлены потенциальные желающие поставлять товары, выполнять работы, оказывать услуги, получив доступ к соответствующему товарному рынку (Определение Верховного Суда Российской Федерации от 24.06.2015 № 307-КГ15-1408, Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29.11.2011 № 8799/11).

Подведомственные органам власти и органам местного самоуправления организации (ФГУП, МУП, БУ, АУ) являются в понимании Закона о защите конкуренции хозяйствующими субъектами, следовательно, предоставление им преимуществ путем выделения субсидий может привести к изменению конкурентной среды, соответственно такие действия подлежат оценке на предмет наличия признаков нарушения антимонопольного законодательства.

При этом субсидирование органами власти созданных ими подведомственных организаций в целях осуществления ими деятельности на конкурентных товарных рынках, связанной с обеспечением государственных или муниципальных нужд, может свидетельствовать о реализации способа ухода от конкурентных процедур, в связи с чем подлежит проверке на предмет установления признаков нарушения части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции (*Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 12.09.2019 № Ф02-2968/2019 по делу № А74-15681/2018, Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 12.11.2019 № Ф06-54484/2019 по делу № А57-23131/2018, Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 25.04.2017 № Ф01-1286/2017 по делу № А82-18073/2015*).

### **III. Картели и иные ограничивающие конкуренцию соглашения: вопросы практики.**

#### **1. Об отсутствии необходимости установления негативных последствий для конкуренции в случае установления факта совершения действий, запрет на которые предусмотрен частью 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.**

Исключительный вред картелей, подтвержденный эмпирическими данными, и процессуальная экономия легли в основу запрета картельных соглашений «*per se*». Антимонопольный орган, расследуя дело о нарушении антимонопольного законодательства по ч. 1 ст. 11 Закона, не устанавливает воздействие картеля на конкуренцию, а квалифицирует такое соглашение как незаконное по возможности наступления или наступлению последствий, указанных в закрытом перечне в части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, а именно:

- 1) установление или поддержание цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок;
- 2) повышение, снижение или поддержание цен на торгах;
- 3) раздел товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков);
- 4) сокращение или прекращение производства товаров;
- 5) отказ от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками).

Презюмируется, что любой картель влечет вред для конкуренции. На данной правовой позиции основывается отечественное конкурентное право в области противодействия картелям и судебная практика (*например, Постановление Президиума ВАС РФ от 21.12.2010 № 9966/10, Постановление Арбитражного суда Поволжского округа по делу № А57-4980/2014, Постановление Арбитражного суда Центрального округа по делу № А35-8838/2014, Постановление Арбитражного суда Центрального округа по делу № А23-1472/2016*).

## **2. Об использовании совокупности доказательств в целях установления факта заключения антиконкурентного соглашения и их оценке антимонопольным органом в рамках рассмотрения дела.**

Факт заключения антиконкурентного соглашения может быть установлен как на основании прямых доказательств, так и совокупности косвенных доказательств, в том числе включая фактическое поведение хозяйствующих субъектов («Обзор по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 16.03.2016)).

Правоприменительная и судебная практика показывают, что при доказывании антиконкурентных соглашений необходимо оценивать всю «полноту сбора доказательств, их «весомость» как в отдельности, так и в совокупности» (*Постановление Арбитражного суда Центрального округа от 15.08.2017 № Ф10-2426/2017 по делу № А64-4040/2016*).

При этом законодательством не определено и не может быть определено, какие доказательства подтверждают факт заключения антиконкурентного соглашения, а также не установлены и не могут быть установлены требования к форме подтверждающих документов (*Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 05.08.2019 № Ф06-48455/2019 по делу № А06-3333/2018*).

Достаточность доказательств в каждом случае определяется на основании оценки всей совокупности фактов, в том числе, исходя из общего положения дел на товарном рынке, которое предопределяет предсказуемость такого поведения как групповой модели, позволяющей за счет ее использования

извлекать неконкурентные преимущества (*Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 01.11.2017 № Ф04-4375/2017 по делу № А70-388/2017*).

### **3. Об использовании антимонопольным органом материалов уголовного дела, результатов оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ) в рамках дела о нарушении антимонопольного законодательства.**

Доказательствами по делу о нарушении антимонопольного законодательства могут служить и полученные в установленном законом порядке доказательства по уголовным делам, переданные в антимонопольный орган (с учетом положений статьи 161 УПК РФ).

Материалы (копии материалов) уголовных дел могут использоваться в качестве доказательств по делам о картелях вне зависимости от наличия или отсутствия приговора по уголовному делу («Обзор по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 16.03.2016)).

Результаты ОРМ являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые будучи полученными с соблюдением требований законодательства в сфере оперативно-розыскной деятельности, могут стать доказательствами только после закрепления их на основе соответствующих норм уголовно-процессуального закона (*судебная практика: дела № А24-5947/2014, № А56-57760/2011, решение Замоскворецкого районного суда г. Москвы от 16.07.2014 по делу №2-3035/2014*).

### **4. О распространении исключений, предусмотренных частью 7 статьи 11 Закона о защите конкуренции, на группу лиц.**

Отнесение хозяйствующих субъектов к группе лиц в соответствии с пунктом 2 статьи 9 Закона о защите конкуренции не является основанием для распространения на этих хозяйствующих субъектов исключений, приведенных в части 7 статьи 11 Закона о защите конкуренции, поскольку необходимым условием применения части 7 статьи 11 Закона о защите конкуренции являются факты установления одним из этих хозяйствующих субъектов контроля в отношении другого хозяйствующего субъекта либо нахождения таких хозяйствующих субъектов под контролем одного лица (*Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 29.01.2020 № Ф07-15755/2019 по делу № А56-35272/2019, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 04.03.2020 № Ф07-16797/2019 по делу № А52-707/2019, Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 19.06.2018 по делу № А76-22215/2017*).

При этом согласно части 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции под контролем понимается возможность физического или юридического лица прямо или косвенно (через юридическое лицо или через несколько юридических лиц)

определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством одного или нескольких следующих действий:

- 1) распоряжение более чем пятьюдесятью процентами общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица;
- 2) осуществление функций исполнительного органа юридического лица.

#### **IV. Вопросы процедурно-процессуального характера.**

##### **1. Об объеме доказывания обстоятельств, свидетельствующих о признаках нарушения антимонопольного законодательства, при выдаче предупреждения о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства.**

В соответствии с частью 2 статьи 39<sup>1</sup> Закона о защите конкуренции предупреждение как мера антимонопольного выдается в случае выявления признаков нарушения пунктов 3, 5, 6, и 8 части 1 статьи 10, статей 14<sup>1</sup>, 14<sup>2</sup>, 14<sup>3</sup>, 14<sup>7</sup>, 14<sup>8</sup> и 15 Закона о защите конкуренции.

В пункте 3 Обзора по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16 марта 2016 г., указано, что судебный контроль при обжаловании предупреждения как при проверке его соответствия закону, так и при оценке нарушения им прав и законных интересов должен быть ограничен особенностями вынесения такого акта, целями, достигаемыми этим актом, соразмерностью предписанных мер и их исполнимостью. Поскольку предупреждение выносится при обнаружении лишь признаков правонарушения, а не его факта (часть 2 статьи 39.1 Закона о защите конкуренции), то судебной проверке подлежит факт наличия таких признаков по поступившим в антимонопольный орган информации и документам как основаниям вынесения предупреждения. Суд не устанавливает обстоятельства, подтверждающие факт совершения правонарушения, которые должны быть установлены антимонопольным органом при производстве по делу в случае его возбуждения, и не предрешает выводы антимонопольного органа в порядке главы 9 Закона о защите конкуренции.

Аналогичная позиция отражена в Постановлении Президиума ВАС РФ от 15.04.2014 № 18403/13 по делу № А43-26473/2012.

Таким образом, выдача предупреждения не предполагает сбора доказательств в объеме, необходимом для установления факта нарушения. Для выдачи предупреждения следует установить наличие признаков нарушения в том же объеме, что и при принятии решения о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства (*Постановление Арбитражного суда Волго-Вят-*

*ского округа от 13.08.2019 № Ф01-3525/2019 по делу № А31-6943/2018, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 21.03.2019 № Ф05-523/2019 по делу № А40-43105/18-94-449, Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 12.07.2017 № Ф06-22161/2017 по делу № А55-22491/2016).*

При этом при принятии решения о выдаче предупреждения антимонопольный орган не вправе полагаться лишь на одно утверждение заявителя о наличии оснований для его вынесения.

## **2. О рассмотрении вопроса выдачи предписания о перечислении дохода в федеральный бюджет в случае установления факта нарушения антимонопольного законодательства либо о привлечении лица к административной ответственности.**

Согласно части 3 статьи 51 Закона о защите конкуренции лицо, чьи действия (бездействие) в установленном законом порядке признаны монополистической деятельностью или недобросовестной конкуренцией и являются недопустимыми в соответствии с антимонопольным законодательством, по предписанию антимонопольного органа обязано перечислить в федеральный бюджет доход, полученный от таких действий (бездействия).

Из положений указанной нормы также следует, что одновременное привлечение к административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства и выдача предписания о перечислении в бюджет дохода, полученного в результате такого нарушения, в случае его исполнения, не допускается.

Аналогичное положение закреплено пунктом 5 примечания к статье 14.31 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), которым предусмотрено положение о недопустимости привлечения в соответствии со статьями 14.31, 14.32, 14.33 КоАП РФ к административной ответственности лица, которому выдано предписание о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного от монополистической деятельности или недобросовестной конкуренции, в случае исполнения субъектом такого предписания.

В связи с этим в правоприменительной практике возникает вопрос о первоочередности принимаемых мер ответственности антимонопольным органом.

В соответствии с положениями статей 1.2 и 3.1 КоАП РФ к задачам административного наказания относится в том числе защита законных экономических интересов физических и юридических лиц, общества и государства от административных правонарушений путем применения административного наказания в соответствии с установленной государством мерой ответственности за совершение административного правонарушения в целях предупреждения совершения новых правонарушений как самим

правонарушителем, так и другими лицами.

Статьями 14.31-14.33 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) установлена административная ответственность за монополистическую деятельность и недобросовестную конкуренцию.

Таким образом, ФАС России отмечает, что достижение соответствующих целей и задач административного наказания, предусмотренных статьями 1.2 и 3.1 КоАП РФ, должно быть осуществлено путем привлечения виновных в совершении правонарушения лиц к административной ответственности с учетом порядка исчисления штрафов, установленного соответствующими статьями КоАП РФ.

При этом вопрос о взыскании с юридического лица в федеральный бюджет незаконно полученного дохода должен рассматриваться в рамках производства по делу о нарушении антимонопольного законодательства только в случае установления антимонопольным органом невозможности исчисления административного штрафа с учетом такого порядка.

Таким образом, если административный штраф может быть исчислен из суммы выручки или расходов, то предписание о перечислении дохода не выдается (пункт 13 Обзора практики применения антимонопольного законодательства коллегиальными органами ФАС России (за период с 1 июля 2018 года по 1 июля 2019 года), утвержденного протоколом Президиума ФАС России).

### **3. О возможности направления коллегиальным органом ФАС России дела на новое рассмотрение в случае отмены решения территориального органа по результатам рассмотрения жалобы в порядке внутриведомственной апелляции.**

Часть 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции наделяет коллегиальный орган следующими полномочиями: оставить жалобу без удовлетворения; отменить решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа; изменить решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа.

Таким образом, Закон о защите конкуренции предоставляет коллегиальному органу право отменить решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа.

При этом основанием для такой отмены, исходя из практики работы коллегиальных органов, может быть вывод о необходимости продолжения рассмотрения дела, например, в силу: неправомерного прекращения производства по нему, неверной квалификации деяния ответчика (ответчиков), неполного исследования территориальным органом обстоятельств дела и имеющих в нем доказательств (например, решение Апелляционной коллегии ФАС России от 26.10.2017 № СП/73927/17, решение Президиума ФАС России от 17.11.2017 № 17-15-1/6).

При этом часть 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции не содержит

указания на то, что отмена решения территориального антимонопольного органа влечет за собой исключительно принятие коллегиальным органом окончательного решения по делу и при этом не может влечь направление дела о нарушении антимонопольного законодательства на новое рассмотрение в территориальный орган ФАС России. Не содержат такого запрета и иные нормы Закона о защите конкуренции.

При этом иное толкование Закона о защите конкуренции необоснованно усложняло бы защиту в таких случаях законных интересов обращающихся с жалобами лиц и поддержание законности, формирование единообразной практики в деятельности антимонопольных органов, что, в свою очередь, означало бы отсутствие правового значения института внутриведомственной апелляции для заинтересованных лиц.

Таким образом, коллегиальный орган ФАС России по результатам рассмотрения жалобы на решение и/или предписание территориального органа ФАС России в случае принятия решения об отмене решения и/или предписания вправе направить дело на новое рассмотрение в территориальный орган ФАС России.

Председатель  
Научно-методического совета,  
заместитель руководителя ФАС России  
Пузыревский

С.А.

Ответственный секретарь  
Научно-методического совета,  
начальник Правового управления  
Молчанов

А.В.