



ПРЕЗИДИУМ ФЕДЕРАЛЬНОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ СЛУЖБЫ

РАЗЪЯСНЕНИЕ

«О применении положений статьи 10 Закона о защите конкуренции»

№ 8

г. Москва

7 июня 2017 г.

Настоящие разъяснения подготовлены ФАС России по результатам изучения и обобщения практики применения антимонопольными органами антимонопольного законодательства в целях разъяснения вопросов применения положений статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции).

1. Понятие злоупотребления доминирующим положением

1.1. Общие условия применения запрета злоупотребления доминирующим положением

Предпринимательская деятельность хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на товарном рынке, регулируется гражданским законодательством Российской Федерации с учетом особенностей, установленных антимонопольным законодательством.

В отношении предпринимательской деятельности такого хозяйствующего субъекта сохраняют свое действие принципы, установленные статьей 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ), такие как равенство участников гражданских отношений, неприкосновенность собственности, свобода договора, недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, беспрепятственное осуществление гражданских прав. В частности, такой хозяйствующий субъект сохраняет свободу в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении условий договора с учетом положений иных федеральных законов.

Вместе с тем на действия хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, также распространяются и предусмотренные

гражданским законодательством обязанности, а именно действовать добросовестно при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей, не извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения.

В постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» (далее – Постановление Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 30) отмечается, что статья 10 ГК РФ, запрещающая использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции и злоупотребление доминирующим положением на рынке, относится к нормам ГК РФ, на которых основано антимонопольное законодательство. При этом суду или антимонопольному органу при оценке действий (бездействия) хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, следует учитывать положения статьи 10 ГК РФ, части 2 статьи 10, части 1 статьи 13 Закона о защите конкуренции, и в частности, определять, были совершены данные действия в допустимых пределах осуществления гражданских прав либо ими налагаются на контрагентов неразумные ограничения или ставятся необоснованные условия реализации контрагентами своих прав.

При определении обстоятельств осуществления хозяйствующим субъектом своего субъективного права должны приниматься во внимание требования специального закона, предоставляющего соответствующее право и определяющего порядок его реализации. Так, не может быть признана злоупотреблением доминирующим положением реализация хозяйствующим субъектом права тем способом и в той форме, которые прямо предписаны специальным законодательством.

В частности, в рамках рассмотрения дела № А40-125814/09 судом отмечено, что действия хозяйствующих субъектов, результатом которых является или может являться ущемление интересов других лиц, не могут быть признаны злоупотреблением доминирующим положением, если на возможность совершения таких действий прямо указано в нормативном акте, регулирующем соответствующую сферу деятельности (Постановление Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 05.04.2011 № 14185/10 по делу № А40-125814/09).

Необходимо учитывать, что принцип свободы договора, установленный статьей 1 ГК РФ, в отношении хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, применяется с учетом особенностей, установленных частью 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, а именно - запрета установления монопольно высокой или низкой цены, недопустимости необоснованного отказа (уклонения) от заключения договора, навязывания контрагенту невыгодных условий, создания для контрагента дискриминационных условий, в том числе ценовая дискриминация и др.

Таким образом, нормы антимонопольного законодательства в части регулирования предпринимательской деятельности хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на товарном рынке, корреспондируют принципам гражданского законодательства, не допускающим недобросовестное осуществление гражданских прав и исполнение обязанностей, и основаны на положениях статьи 55 Конституции Российской Федерации.

1.2. Конструкция правового запрета злоупотребления доминирующим положением

Правовой запрет злоупотребления доминирующим положением, сформулированный в статье 10 Закона о защите конкуренции, включает в себя общий запрет злоупотребления доминирующим положением, а также перечень конкретных форм данного нарушения, который не является исчерпывающим. В связи с этим злоупотреблением доминирующим положением может быть признано также любое деяние, которое прямо не запрещается конкретным пунктом части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, однако содержит все признаки злоупотребления доминирующим положением, определенные общим запретом злоупотребления доминирующим положением.

Как отметил Конституционный Суд Российской Федерации в определении от 29.01.2015 № 185-О, в части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции называются наиболее распространенные виды злоупотреблений доминирующим положением, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции, а также ущемление интересов других лиц. Из содержания данной нормы следует, что в ней приведен лишь примерный общий перечень запрещенных действий, и соответственно, он носит открытый характер.

При этом необходимо иметь в виду, что если действия хозяйствующего субъекта содержат признаки нарушения, предусмотренного конкретным пунктом части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, то **недопустимо** осуществлять квалификацию таких действий как нарушение общего запрета злоупотребления доминирующим положением - части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, без указания ее конкретного пункта. Указанная позиция находит свое отражение в судебной практике (например, постановление Арбитражного суда Уральского округа от 25.09.2014 № Ф09-6050/14 по делу № А76-25521/2013).

Исходя из положений части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, как злоупотребление доминирующим положением запрещаются 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.

Следовательно, злоупотребление доминирующим положением характеризуется следующей совокупностью взаимосвязанных признаков:

- 1) доминирующее положение хозяйствующего субъекта;
- 2) совершение хозяйствующим субъектом действия (бездействия);
- 3) наступление или возможность наступления негативных последствий в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности, либо неопределенного круга потребителей;
- 4) наличие объективной взаимосвязи между доминирующим положением, совершением деяния и его негативными последствиями либо возможностью наступления таких последствий.

Вместе с тем необходимо учитывать положения части 2 статьи 10 Закона о защите конкуренции, части 1 статьи 13 Закона о защите конкуренции, закрепляющие возможность признания действий (бездействия) хозяйствующих субъектов, предусмотренных частью 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции (за исключением действий (бездействия), указанных в пунктах 1 (за исключением случаев установления или поддержания цены товара, являющегося результатом инновационной деятельности), 2, 3, 5, 6, 7 и 10 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции), допустимыми.

1.3. Оценка положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке

Само по себе доминирующее положение хозяйствующего субъекта не является объектом правового запрета, если в действиях хозяйствующего субъекта отсутствуют признаки самостоятельного нарушения антимонопольного законодательства.

При определении доминирующего положения антимонопольный орган обязан руководствоваться критериями, которые установлены статьей 5 Закона о защите конкуренции.

Согласно части 1 статьи 5 Закона о защите конкуренции доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта (группы лиц), включая финансовые организации, или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или таким хозяйствующим субъектам (группам лиц) возможность оказывать влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

Указанная норма Закона о защите конкуренции содержит качественные критерии доминирующего положения хозяйствующего субъекта.

Помимо качественных критериев существуют также количественные, отражающие определенную долю хозяйствующего субъекта на конкретном товарном рынке.

По общему правилу доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации), доля которого на рынке определенного товара превышает 50%.

Вместе с тем пунктом 1 части 1 статьи 5 Закона о защите конкуренции установлено, что даже при превышении доли хозяйствующего субъекта на рынке определенного товара 50% может быть установлено, что положение такого субъекта на рынке не является доминирующим, исходя из отсутствия у него возможности оказывать влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

Доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта – субъекта естественной монополии на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии.

По общему правилу, не может быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации), доля которого на рынке определенного товара не превышает 35%. Вместе с тем данное правило не применяется в случае коллективного доминирования (часть 3 статьи 5 Закона о защите конкуренции).

Доминирующее положение хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара превышает 35%, но менее чем 50%, должно быть установлено антимонопольным органом исходя из определенных критериев. При установлении антимонопольным органом доминирующего положения хозяйствующего субъекта подлежит установлению не только доля такого субъекта на соответствующем рынке, но и наличие у хозяйствующего субъекта возможности оказывать влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

В случае, если доля хозяйствующего субъекта на рынке определенного товара превышает 35%, но менее чем 50%, процесс установления доминирующего положения такого хозяйствующего субъекта включает:

- а) оценку динамики доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке, которая должна быть неизменной или подтверждена малозначительным изменениям;
- б) оценку относительного размера долей на товарном рынке, принадлежащих конкурентам;
- в) оценку возможности доступа на товарный рынок новых конкурентов.

Данный перечень согласно пункту 2 части 1 статьи 5 Закона о защите конкуренции не является закрытым и предполагает использование иных критериев, характеризующих товарный рынок, при определении возможности влияния хозяйствующего субъекта на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке.

Необходимость дополнительной оценки такого влияния обуславливается следующими обстоятельствами:

а) незначительное (с учетом специфики рынка) превышение относительного размера доли хозяйствующего субъекта с наибольшей долей на рынке доли его ближайшего конкурента;

б) факты смены хозяйствующего субъекта с наибольшей долей на товарном рынке в течение корректно установленного антимонопольным органом временного интервала в соответствии с Порядком проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденным приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220 (далее – Порядок анализа состояния конкуренции). В случае если временной интервал составляет один год или менее чем один год (срок существования товарного рынка), факты смены хозяйствующего субъекта с наибольшей долей на товарном рынке в течение такого временного интервала должны оцениваться в каждом конкретном случае отдельно с учетом характеристик товарного рынка, указанных в п. 2.3. Порядка анализа состояния конкуренции.

Существуют также специальные правила определения доминирующего положения хозяйствующего субъекта в зависимости от специфики рынка.

Особенности признания хозяйствующего субъекта доминирующим установлены также федеральными законами (Кодекс внутреннего водного транспорта Российской Федерации, Федеральный закон от 26.03.2003 № 35-ФЗ «Об электроэнергетике»).

В отношении финансовых организаций применяются критерии доминирования, определенные постановлением Правительства Российской Федерации от 09.06.2007 № 359 «Об утверждении условий признания доминирующим положения финансовой организации (за исключением кредитной организации) и правил установления доминирующего положения финансовой организации (за исключением кредитной организации)» и постановлением Правительства Российской Федерации от 26.06.2007 № 409 «Об утверждении условий признания доминирующим положения кредитной организации и правил установления доминирующего положения кредитной организации».

Указанные нормативные правовые акты Правительства Российской Федерации по аналогии с нормами статьи 5 Закона о защите конкуренции устанавливают необходимость исследования при определении доминирующего положения финансовой организации не только доли на соответствующем товарном рынке, но и возможности оказывать влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, в том числе исследовать динамику доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке и размер долей на товарном рынке, принадлежащих конкурентам.

Необходимо также учитывать положения части 3 статьи 5 Закона о защите конкуренции, согласно которым 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 50%, или совокупная доля не более чем пяти хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает 70% (настоящее положение не применяется, если доля хотя бы одного из указанных хозяйствующих субъектов менее чем 8%);

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.

Для оценки доминирующего положения хозяйствующего субъекта, доля которого не превышает 50%, необходим анализ качественных характеристик, в том числе оценка возможности влиять на условия обращения товара при наличии у иного хозяйствующего субъекта существенно большей доли на соответствующем товарном рынке.

Для целей установления доминирующего положения временной интервал анализа состояния конкуренции должен включать время (период) совершения предполагаемого нарушения антимонопольного законодательства¹. В то же время необходимо учитывать положения пунктов 3.8, 4.5 Порядка анализа состояния конкуренции, в соответствии с которыми выбор методов исследования производится, в том числе исходя из сроков исследования и доступности информации.

При этом согласно части 4 статьи 5 Закона о защите конкуренции хозяйствующий субъект вправе представлять в антимонопольный орган или в суд доказательства того, что положение этого хозяйствующего субъекта на товарном рынке не может быть признано доминирующим.

При определении доминирующего положения хозяйствующего субъекта особое внимание следует обратить на установленные в антимонопольном законодательстве иммунитеты в отношении отдельных хозяйствующих субъектов, выручка которых не превышает 400 млн.руб.

¹ Изложенная правовая позиция следует из постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.07.2013 № 11662/13 по делу № А03-1338/2012.

Так, одним из существенных изменений, которые внесены Федеральным законом от 03.07.2016 № 264-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – Закон № 264-ФЗ) является введение иммунитетов для определенных Законом № 264-ФЗ хозяйствующих субъектов в отношении установления в отношении них фактов наличия доминирующего положения и заключения отдельных антиконкурентных соглашений.

Согласно части 2.1 статьи 5 Закона о защите конкуренции не может быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта - юридического лица, учредителем (участником) которого являются одно физическое лицо (в том числе зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя) или несколько физических лиц, если выручка от реализации товаров за последний календарный год такого хозяйствующего субъекта не превышает четырехста миллионов рублей, за исключением:

1) хозяйствующего субъекта, входящего в группу лиц с другим хозяйствующим субъектом или другими хозяйствующими субъектами по основаниям, предусмотренным частью 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции. Данное исключение не применяется к хозяйствующим субъектам, входящим в группу лиц по основанию, предусмотренному пунктом 7 части 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции; к хозяйствующим субъектам, входящим в группу лиц, участниками которых являются только лица, входящие в группу лиц по основанию, предусмотренному пунктом 7 части 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции; к хозяйствующему субъекту, участником которого является индивидуальный предприниматель;

2) финансовой организации;

3) субъекта естественной монополии на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии;

4) хозяйствующего субъекта, имеющего в качестве учредителей или участников хозяйствующих субъектов - юридических лиц;

5) хозяйственного общества, в уставном капитале которого имеется доля участия Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, муниципального образования.

В соответствии с частью 2.2 статьи 5 Закона о защите конкуренции не может быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта - индивидуального предпринимателя, не входящего в группу лиц с другим хозяйствующим субъектом или другими хозяйствующими субъектами по основаниям, предусмотренным частью 1 статьи 9 настоящего Федерального закона, если выручка от реализации товаров такого хозяйствующего субъекта - индивидуального предпринимателя за последний календарный год не превышает четырехста миллионов рублей, а также хозяйствующего субъекта - индивидуального предпринимателя, входящего в группу лиц с другим хозяйствующим субъектом по основанию, предусмотренному пунктом 7 части 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции, либо входящего в группу лиц с

хозяйствующим субъектом или хозяйствующими субъектами, единственным участником которого или каждого из которых являются одно или несколько лиц, входящих в группу с хозяйствующим субъектом или хозяйствующими субъектами по основанию, предусмотренному пунктом 7 части 1 статьи 9 Закона о защите конкуренции, при условии, что суммарная выручка от реализации товаров таких хозяйствующих субъектов за последний календарный год не превышает четыреста миллионов рублей.

1.4. Противоправное поведение, составляющее злоупотребление доминирующим положением

В большинстве случаев злоупотребление доминирующим положением осуществляется в форме активного поведения хозяйствующего субъекта – действий. Для хозяйствующего субъекта такая форма поведения может выражаться в направлении контрагентам и иным лицам писем, уведомлений, оферты или акцепта, сообщении им информации, заключении договора, публичном распространении информации, в том числе ее размещении на официальном сайте в сети «Интернет».

Кроме того, отдельные формы злоупотребления доминирующим положением могут не иметь внешне выраженного характера, а состоять в принятии внутренних управленческих решений и даче указаний внутри хозяйствующего субъекта или его группы лиц. Например, пункт 4 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции запрещает экономически или технологически не обоснованные сокращение или прекращение производства товара, если на этот товар имеется спрос или размещены заказы на его поставки при наличии возможности его рентабельного производства.

Часть 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции также предусматривает запрет злоупотребления доминирующим положением в форме бездействия, представляющего собой пассивную форму поведения. Однако, для квалификации бездействия в соответствии с частью 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции в решении следует устанавливать:

- конкретные действия, которые не были совершены хозяйствующим субъектом;

- обязанность совершения таких действий со ссылкой на нормативный правовой акт (например, положения статьи 10 ГК РФ, статьи 426 ГК РФ, статьи 6, статьи 10 Закона о защите конкуренции и др.) или договор, устанавливающий обязанность совершения таких действий.

1.5. Оценка негативных последствий поведения хозяйствующего субъекта

При оценке наличия или угрозы последствий в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции, наступающих в результате действий (бездействия) доминирующего субъекта, под «общими условиями обращения товара на товарном рынке» могут пониматься условия, исследуемые при проведении анализа состояния конкуренции на товарном рынке согласно

Порядку анализа состояния конкуренции². Как правило, хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение на товарном рынке, получает возможность оказывать решающее влияние на следующие общие условия обращения товаров: установление цен, объем (количество) продаваемого (приобретаемого) товара, состав продавцов и покупателей на данном рынке, условия заключения договоров и их дифференциацию в зависимости от контрагентов, возможность отказа от заключения договора, сокращение/прекращение производства товара (в частности, посредством создания искусственного дефицита продукции).

В абзаце 2 пункта 4 Постановления Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 30 указано, что исходя из системного толкования положений статьи 10 ГК РФ и статей 3 и 10 Закона о защите конкуренции для квалификации действий (бездействия) как злоупотребления доминирующим положением достаточно наличия (или угрозы наступления) любого из перечисленных последствий, а именно: недопущения, ограничения, устранения конкуренции или ущемления интересов других лиц.

При этом согласно абзацу 4 пункта 4 Постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 № 30 в отношении действий (бездействия), прямо поименованных в части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, наличие или угроза наступления соответствующих последствий предполагается и не требует доказывания антимонопольным органом.

Вместе с тем последствия в виде ограничения конкуренции и последствия в виде ущемления интересов влекут разную административную ответственность (за исключением случаев совершения правонарушения субъектом естественной монополии, ответственность которого предусмотрена в любом случае частью 2 статьи 14.31 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ)), и при этом административная ответственность в случае ограничения конкуренции является более строгой.

В связи с этим, при применении пунктов 1-11 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства следует определиться с вопросом о том, к каким последствиям приводят или могут привести рассматриваемые действия (бездействие): к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, либо к ущемлению интересов других лиц либо неопределенного круга потребителей (за исключением указанных выше случаев, когда рассматривается дело в отношении субъектов естественных монополий).

В отсутствие обоснования ограничения, недопущения или устранения конкуренции, или возможности наступления таких последствий, квалификация комиссией по рассмотрению дела о нарушении

² Порядок проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденный приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220; Порядок проведения анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения кредитной организации, утвержденный приказом ФАС России от 28.06.2012 № 433.

антимонопольного законодательства нарушения антимонопольного законодательства определяется исходя из последствий в виде ущемления интересов других лиц или неопределенного круга потребителей.

Следует также иметь в виду, что лицо, действия которого содержат признаки злоупотребления доминирующим положением, вправе представить доказательства отсутствия риска наступления негативных последствий как в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции, так и в виде ущемления интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности.

1.6. Значение объективной взаимосвязи

В решении антимонопольного органа должна быть дана оценка объективной взаимосвязи между доминирующим положением хозяйствующего субъекта, его действием (бездействием) и негативными последствиями в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции или ущемления интересов других лиц в сфере предпринимательской деятельности, либо неопределенного круга потребителей.

Следует учитывать, что злоупотребление доминирующим положением предполагает необходимость установления антимонопольным органом объективной взаимосвязи между рассматриваемыми действиями и доминирующим положением хозяйствующего субъекта на рынке.

В отсутствие доминирующего положения применяемый хозяйствующим субъектом способ реализации права становится невозможен или экономически нецелесообразен.

Наличие такой объективной взаимосвязи позволяет установить факт злоупотребления доминирующим положением, отграничив его, в частности, от гражданского правонарушения субъекта предпринимательской деятельности.

Поскольку при злоупотреблении доминирующим положением конкретный способ реализации права должен находиться в непосредственной объективной взаимосвязи с доминирующим положением, хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, может злоупотребить гражданским правом таким способом, который не связан с его положением на рынке.

Учитывая изложенное, следует отличать:

а) злоупотребление доминирующим положением, если конкретная форма реализации гражданских прав хозяйствующего субъекта связана с его доминирующим положением;

б) осуществление субъектом, занимающим доминирующее положение, злоупотребления правом при осуществлении своих прав вне связи с доминирующим положением.

Квалификация действий как злоупотребления доминирующим положением или злоупотребления правом различается применяемыми защитными мерами и мерами ответственности.

Злоупотребление доминирующим положением влечет применение антимонопольным органом мер, направленных на защиту конкуренции, в частности, в виде предписания о прекращении нарушения и устранении его последствий, а также мер административной ответственности (статья 14.31 КоАП РФ). Согласно части 3 статьи 51 Закона о защите конкуренции лицо, чьи действия (бездействие) 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). В случае неисполнения этого предписания доход, полученный от монополистической деятельности или недобросовестной конкуренции, подлежит взысканию в федеральный бюджет по иску антимонопольного органа. Лицо, которому выдано предписание о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного от монополистической деятельности или недобросовестной конкуренции, не может быть привлечено к административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства, в отношении которого выдано данное предписание, если данное предписание исполнено.

Кроме этого, в судебном порядке в соответствии с частью 3 статьи 37 Закона о защите конкуренции могут быть взысканы убытки, причиненные вследствие злоупотребления доминирующим положением.

Злоупотребление правом, запрещаемое статьей 10 ГК РФ, может являться основанием для применения судом гражданско-правовых санкций в виде отказа в защите права и возмещения причиненных убытков.

Следует отметить, что согласно пункту 5 Постановления Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 30 антимонопольный орган в ходе контроля за соблюдением антимонопольного законодательства, установив факт злоупотребления хозяйствующим субъектом доминирующим положением (в том числе навязывание цены при заключении договора, неверное применение регулируемых цен (тарифов)), обязан принять меры по прекращению соответствующего нарушения и обеспечению условий конкуренции, а также по привлечению нарушителей к административной ответственности. Однако, прекращая указанное нарушение антимонопольного законодательства, антимонопольный орган не вправе в рамках своей компетенции разрешать гражданско-правовые споры хозяйствующих субъектов. В частности, он не полномочен защищать субъективные гражданские права потерпевшего от такого нарушения путем вынесения предписания нарушителю об уплате контрагенту задолженности или о возмещении понесенных убытков.

Аналогичная правовая позиция изложена в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12.07.2006 № 1812/06, из которого следует, что антимонопольный орган не вправе вмешиваться в отношения сторон, если они носят исключительно гражданско-

правовой характер, хотя при этом стороной спора и является хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение на товарном рынке.

При разграничении злоупотребления гражданским правом и антимонопольного нарушения в виде злоупотребления доминирующим положением необходимо учитывать позицию Верховного Суда Российской Федерации, отраженную в Определении от 04.07.2016 № 301-КГ16-1511 по делу № А82-777/2015. Согласно данной позиции гражданско-правовое нарушение без учета целей Закона о защите конкуренции, без установления обстоятельств, свидетельствующих о нарушении оператором почтовой связи при ненадлежащем оказании услуг почтовой связи норм антимонопольного законодательства, которое обусловлено именно злоупотреблением им своим доминирующим положением, имеет антиконкурентную направленность, привело или могло привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции и (или) ущемлению интересов других лиц и, соответственно, требует принятия мер антимонопольного регулирования - не является нарушением антимонопольного законодательства.

2. Злоупотребление доминирующим положением, которое приводит к ограничению конкуренции на ином товарном рынке (рынках)

Статья 10 Закона о защите конкуренции содержит 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. При этом указанная норма **не уточняет товарный рынок**, на котором могут иметь место указанные последствия в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции.

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.

Таким образом, 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**. В некоторых нормативных правовых актах³ такие взаимосвязанные рынки именуется **«смежными»**.

Особое внимание следует уделять **вопросам доказывания**, поскольку они имеют непосредственное влияние на правильность квалификации деяния.

³ Так, понятие «смежный рынок» встречается, например, в пункте 9.5 Порядка анализа состояния конкуренции.

Процесс доказывания негативных последствий на иных товарных рынках складывается, в том числе из установления и доказывания следующих необходимых обстоятельств:

- 1) совершения действий (бездействия) на товарном рынке, где доминирует хозяйствующий субъект (далее – «рынок доминирования»);
- 2) доминирующего положения хозяйствующего субъекта на указанном рынке⁴;
- 3) указание иного товарного рынка, наступление (возможность наступления) негативных последствий на котором устанавливается;
- 4) наступление или возможность наступления негативных последствий на ином (смежном) товарном рынке;
- 5) объективная взаимосвязь между действиями (бездействием) субъекта и наступлением или возможностью наступления негативных последствий на смежном рынке.

Необходимо отметить, что **ограничение конкуренции на смежных рынках может быть допустимо** (в соответствии с положениями части 2 статьи 10 Закона о защите конкуренции, части 1 статьи 13 Закона о защите конкуренции). При определении последствий в виде ограничения конкуренции или ущемления интересов хозяйствующих субъектов на смежном товарном рынке следует исходить из последствий не только для хозяйствующих субъектов, выступающих в качестве продавцов на таком рынке, но и для потребителей на смежном рынке.

Антимонопольному органу следует в первую очередь установить, **на каком товарном рынке совершены рассматриваемые действия** (бездействие) доминирующего хозяйствующего субъекта.

Антимонопольный орган должен во всех случаях устанавливать наличие или отсутствие доминирующего положения хозяйствующего субъекта именно на том товарном рынке, на котором совершены спорные действия (допущено бездействие).

У хозяйствующего субъекта, действующего на одном товарном рынке (в том числе доминирующего на таком рынке), могут возникать различные обстоятельства, побуждающие его осуществлять деятельность на смежном товарном рынке. Такими обстоятельствами могут быть: а) особенности спроса потребителей на товар, определяющие одновременное приобретение (потребление) товаров; б) технологические преимущества от одновременного производства нескольких товаров; в) использование результатов научно-исследовательских (опытно-конструкторских работ) для производства нескольких товаров, г) возможность координации выпуска товаров и комплектующих к ним, д) снижение рисков нарушения долгосрочных договоров поставщиками или подрядчиками и т.д.

Таким образом, осуществление доминирующим хозяйствующим субъектом деятельности на смежных товарных рынках, равно как и само

⁴ Порядок установления доминирующего положения изложен ранее в пункте 1.3 настоящих Разъяснений.

состояние «смежности» не создают риски ограничения конкуренции. Именно поэтому, если доминирующий на одном рынке хозяйствующий субъект совершает действия (бездействие) исключительно на другом, пусть даже смежном товарном рынке, такие действия не являются злоупотреблением доминирующим положением при отсутствии действий на рынке доминирования.

При установлении объективной взаимосвязи между злоупотреблением доминирующим положением с ограничением конкуренции на смежном рынке необходимо, во-первых, устанавливать экономическую и (или) технологическую связь между двумя рынками. Определить товарные рынки как смежные антимонопольный орган должен исходя из обстоятельств каждого конкретного дела. При этом само по себе наличие смежных рынков не означает необходимость оценки последствий либо угрозы наступления последствий на них для рассмотрения конкретного дела, если не установлена прямая и непосредственная экономическая связь между рассматриваемыми действиями на одном рынке и существенными для конкуренции последствиями (угрозой наступления последствий в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции и (или) ущемления интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей) на другом.

При доказывании экономической и (или) технологической связи между двумя рынками следует учитывать, что смежными рынками могут быть, например, рынки товаров (работ, услуг):

а) использование которых необходимо (технологически или экономически) для производства и транспортировки товаров (выполнения работ, оказания услуг), составляющих продуктовые границы иного товарного рынка, в том числе в качестве необходимой (ключевой) инфраструктуры, либо

б) производство и (или) реализация которых экономически или технологически невозможна без применения товаров (работ, услуг), составляющих продуктовые границы иного товарного рынка, либо

в) которые являются необходимым дополнением при потреблении либо реализации иных товаров (работ, услуг).

Во-вторых, устанавливается объективная взаимосвязь между рассматриваемыми действиями (бездействием) на одном рынке и последствиями на другом. Формальный подход, состоящий исключительно в декларировании угрозы наступления последствий на смежном рынке без надлежащего доказывания такой угрозы, недопустим. Целесообразно при этом различать ситуации, когда доминирующий хозяйствующий субъект является одновременно участником иного товарного рынка (продавцом или покупателем на нем) и, когда доминирующий хозяйствующий субъект не присутствует на смежном рынке.

Наиболее характерной ситуацией, когда присутствует прямая и непосредственная экономическая связь между рассматриваемыми действиями на одном рынке и последствиями на другом, является *присутствие*

доминирующего субъекта как участника одновременно двух смежных товарных рынках. В случае, когда доминирующий хозяйствующий субъект одновременно действует на двух рынках, он может:

а) использовать доминирующее положение на одном рынке (рынке доминирования) для монополизации (достижения доминирующего положения) на смежном товарном рынке, например, путем вытеснения оттуда конкурентов (сокращение числа хозяйствующих субъектов).

Примером таких действий является дело, в рамках которого антимонопольным органом было установлено как ущемление интересов оператора связи на рынке предоставления услуг доступа к абонентским линиям, так и непосредственно связанное с ним ограничение конкуренции на рынке услуг доступа к сети Интернет (Решение ФАС России от 08.06.2009 № АГ/17658).

б) осуществлять действия на одном товарном рынке так, чтобы препятствовать развитию конкуренции на другом рынке, где доминирует хозяйствующий субъект. Примером может служить дело о злоупотреблении при пропуске трафика, в рамках которого обвиняемый хозяйствующий субъект занимал доминирующее положение с долей *менее 50%* на рынке пропуска местного трафика и с долей *значительно больше 70%* на рынке пропуска зонового трафика. Отказ в пропуске на местном уровне трафика, прошедшего через зоновые узлы связи других операторов, мог приводить к поддержанию и усилению доминирующего положения (и так близкого к монопольному) на рынке пропуска зонового трафика (дело № А40-80583/10).

В случаях, когда хозяйствующий субъект использует доминирующее положение на одном рынке для увеличения рыночной власти (получения доминирующего положения) на смежном товарном рынке, он может действовать как путем влияния на предложение товара на смежном рынке, так и путем влияния на спрос потребителей на смежном рынке.

Влияние *на предложение* на смежном товарном рынке может состоять 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.

Такие примеры на рынках услуг связи рассмотрены выше. Действия могут также оказывать влияние *на спрос* на смежном товарном рынке путем экономически или технологически необоснованного ограничения возможности выбора потребителей, например, путем несовместимости взаимодополняющих товаров, одновременно продажи взаимодополняющих товаров без возможности приобретения их отдельно.

Следует отметить возможность создания доминирующим хозяйствующим субъектом **препятствий доступу на товарный рынок.**

Начало осуществления любой деятельности (доступ на рынок в качестве продавца/покупателя) подразумевает наличие определенных препятствий экономического, нормативного и иного характера.

Правовая природа запрета злоупотребления доминирующим положением в виде необоснованного создания препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам обусловлена недопустимостью создания дополнительных искусственных барьеров к осуществлению или прекращению деятельности на товарном рынке. При этом возможны ситуации, при которых нарушение будет носить комплексный характер. Указанное нарушение будет состоять как в создании препятствий доступу на товарный рынок, так и выходу из товарного рынка.

Примеры таких действий присутствуют в сфере электроэнергетики, где весьма часто имеет место ограничение, недопущение, устранение конкуренции на смежных рынках. Объясняется это тем, что экономические отношения в электроэнергетике организованы в форме *двухуровневой системы*: оптовый и розничные рынки.

Таким образом, отрицательные последствия, предусмотренные статьей 10 Закона о защите конкуренции, могут иметь место как на оптовом рынке, так и на розничном.

Примером рассматриваемого случая является дело № А40-144041/10, в котором имела место ситуация двойственности последствий: как для рынка, на котором действует доминирующий хозяйствующий субъект, так и для смежного рынка.

Из позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации⁵ следует, что при квалификации деяния со сходными фактическими обстоятельствами важно:

а) установить наличие отрицательных последствий, предусмотренных статьей 10 Закона о защите конкуренции, как на оптовом рынке, так и на розничном;

б) при квалификации действий хозяйствующего субъекта в качестве злоупотребления необходимо установить его доминирующее положение на том рынке, находясь и пользуясь рыночной властью на котором, в том числе в совокупности с иными обстоятельствами, он мог оказывать и оказывал негативное влияние как на рынок доминирования, так и на иной рынок (в данном случае смежный).

Возможны ситуации, когда ***доминирующий хозяйствующий субъект оказывает влияние на смежные товарные рынки, на которых он не присутствует.***

Квалифицирующий признак в виде ограничения конкуренции может быть установлен на смежном рынке, где хозяйствующий субъект самостоятельно не действует. К таким делам подлежит применению более высокий стандарт доказывания. При определении условий квалификации

⁵ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 11.12.2012 № 3660/12.

такого злоупотребления может использоваться доктрина essential facilities/ доктрина «необходимых ресурсов», применяемая в зарубежном праве (США, ЕС). Данная доктрина предполагает обязательное установление в совокупности следующих условий:

а) наличие доминирующего положения у хозяйствующего субъекта на рынке доминирования;

б) наличие потребительского спроса на товар на смежном рынке;

в) наличие у доминирующего хозяйствующего субъекта ресурсов (любых товаров, инфраструктуры, работ или услуг), необходимых для осуществления деятельности на смежном рынке. Данное условие устанавливается отдельно от установления доминирующего положения на рынке доминирования. Оно характеризуется тем, что товары, работы или услуги, поставляемые таким субъектом, не могут быть ничем заменены при осуществлении деятельности на смежном рынке (в том числе путем параллельного создания аналогичной инфраструктуры или выпуска аналогичных товаров субъектом, действующим на смежном рынке). Такая ситуация характерна при полностью монополизированных рынках, когда в разумной перспективе не ожидается возникновение конкуренции на них;

г) действия (бездействие) доминирующего хозяйствующего субъекта по отказу в предоставлении ресурсов приведет к устранению (именно устранению, а не любому ограничению конкуренции) конкуренции на смежном товарном рынке, либо к невозможности эффективно конкурировать на смежном рынке в долгосрочном периоде. При этом также устанавливается степень влияния действия (бездействия) доминирующего хозяйствующего субъекта на смежный рынок;

д) возможность (технологическая, экономическая и иная) доминирующего хозяйствующего субъекта предоставить доступ к ресурсам и отсутствие обстоятельств, предусмотренных статьей 13 Закона о защите конкуренции, обосновывающих допустимость действий доминирующего хозяйствующего субъекта.

3. Особенности определения последствий злоупотребления доминирующим положением, выразившихся в ущемлении интересов хозяйствующие субъекты в сфере предпринимательской деятельности и неопределенного круга потребителей

Федеральным законом от 05.10.2015 № 275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» в статью 10 Закона о защите конкуренции внесен ряд изменений. В частности, конкретизированы положения относительно злоупотребления доминирующим положением в форме ущемления интересов других лиц.

Рассматриваемая форма злоупотребления доминирующим положением ограничена и разделена на два самостоятельных состава:

а) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности;

б) ущемление интересов неопределенного круга потребителей.

Применительно к ущемлению интересов хозяйствующих субъектов в сфере предпринимательской деятельности.

Исходя из рассматриваемой формулировки ущемляемые интересы должны непосредственно затрагивать именно предпринимательскую деятельность хозяйствующего субъекта.

В соответствии с пунктом 5 статьи 4 Закона о защите конкуренции хозяйствующий субъект – коммерческая организация, некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход, индивидуальный предприниматель, иное физическое лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющее профессиональную деятельность, приносящую доход, в соответствии с федеральными законами на основании государственной регистрации и (или) лицензии, а также в силу членства в саморегулируемой организации.

Согласно абзацу 3 части 1 статьи 2 ГК РФ предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

Вместе с тем следует отметить, что предпринимательская деятельность не тождественна деятельности, приносящей доход, – второе по своему содержанию шире первого.

Антимонопольным органом должно быть установлено в рамках рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства при доказывании такого последствия как нарушение прав хозяйствующего субъекта и отражено в решении по делу, что интересы хозяйствующего субъекта, которые ущемлены/могут быть ущемлены в результате злоупотребления доминирующим положением, относятся к сфере предпринимательской деятельности. При этом об отношении интереса к предпринимательской деятельности будет свидетельствовать его непосредственная взаимосвязь с производством и реализацией хозяйствующим субъектом товаров, выполнением работ, оказанием услуг.

Примером описываемой ситуации может являться дело № А06-4111/2015. В рассматриваемом случае действия общества повлекли ущемление интересов хозяйствующего субъекта ООО ПКФ «Консалтинг Проф», являющегося посредником между энергоснабжающей организацией и гражданами потребителями. Судом установлено, что при таких обстоятельствах допущенное ПАО «МРСК Юга» нарушение правомерно квалифицировано антимонопольным органом как нарушение части 1 статьи 10 Закона о конкуренции.

Вместе с тем не будет являться злоупотреблением ущемление интересов, связанных с общехозяйственными нуждами организации (данный вывод косвенно, в том числе, подтверждается определением Верховного Суда

Российской Федерации от 04.07.2016 № 301-КГ16-1511 по делу № А82-777/2015) при условии, что ущемление не будет затрагивать неопределенный круг потребителей.

Следует заметить, что в случае, если действия (бездействие) доминирующего субъекта ущемляют интересы хозяйствующего субъекта – предпринимателя, выступающего в качестве приобретателя, и в тоже время интересы неопределенного круга иных лиц – приобретателей (в том числе потенциальных приобретателей), то данные действия (бездействие) образуют состав злоупотребления доминирующим положением в форме ущемления интересов неопределенного круга потребителей.

Применительно к ущемлению интересов неопределенного круга потребителей.

Федеральным законом от 05.10.2015 № 275-ФЗ статья 4 Закона о защите конкуренции дополнена пунктом 23, в соответствии с которым потребитель – юридическое лицо или физическое лицо, приобретающие товар.

Определение понятия «потребитель» в Законе о защите конкуренции существенным образом отличается от определения аналогичного понятия в Законе Российской Федерации от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей», которое в рамках антимонопольного законодательства не применимо.

Антимонопольное законодательство рассматривает в качестве потребителя любое лицо, вступающее (потенциально могущее вступить) в правоотношения, опосредующие переход к данному лицу прав на такие объекты гражданских прав как товары, результаты работ, оказание услуг независимо от целей приобретения. Так, например, потребителями являются: физическое лицо, приобретающее товар для личного потребления (конечный потребитель); завод-изготовитель, приобретающий сырье или полуфабрикаты в производственных целях; дилер, приобретающий товар с целью последующей перепродажи.

Понятие неопределенного круга лиц наиболее активно используется в правоприменительной и судебной практике в рамках Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» и Закона Российской Федерации от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей»⁶.

Анализ данной практики показывает, что основным квалифицирующим признаком неопределенного круга лиц является невозможность индивидуализировать (определить) лиц, чьи права и интересы затронуты или могут быть затронуты рассматриваемыми действиями в определенный момент.

При этом невозможность индивидуализации лиц характеризуется отсутствием общих для данных лиц критериев, позволяющих ограничить

⁶ Письмо ФАС России от 05.04.2007 № АЦ/4624; разъяснения ФАС России от 14.06.2012 «О порядке применения ст. 18 Федерального закона «О рекламе»; Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за 1 квартал 2004 года.

(определить) закрытость круга лиц, и вероятностью изменения состава данных лиц во времени и пространстве.

Таким образом, злоупотребление доминирующим положением выражается в ущемлении интересов неопределенного круга потребителей в случае нарушения прав и интересов круга таких юридических или физических лиц, которых невозможно индивидуализировать/ограничить, в том числе по причине вероятности изменения во времени и пространстве состава круга лиц, затронутых действиями доминирующего субъекта.

4. Предупреждение о прекращении злоупотребления доминирующим положением

Кроме ранее существовавших оснований выдачи предупреждения хозяйствующему субъекту, занимающему доминирующее положение, в случае выявления признаков нарушения пунктов 3 (навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него и не относящихся к предмету договора) и 5 (экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора) части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, в настоящее время⁷ предусмотрена выдача предупреждений в случае выявления признаков нарушения доминирующим субъектом также:

а) пункта 6 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции (экономически, технологически и иным образом не обоснованное установление различных цен);

б) пункта 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции (создание дискриминационных условий).

Принятие антимонопольным органом решения о возбуждении дела о нарушении запретов, предусмотренных пунктами 3, 5, 6, 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, без вынесения предупреждения и до завершения срока его выполнения не допускается.

Необходимо отметить, что в случае, если антимонопольный орган усматривает в действиях хозяйствующего субъекта конкретные виды злоупотребления доминирующим положением, по которым выдача предупреждения является обязательной, то следует выдавать предупреждение. Возбуждать дело по части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции в таком случае недопустимо.

В том случае, когда доминирующим хозяйствующим субъектом совершены действия, которые содержат признаки нарушения одновременно пунктов 3, 5, 6, 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, требующих выдачи предупреждения, и иных запретов, предусмотренных частью 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, антимонопольному органу следует выдать предупреждение по признакам нарушения пунктов 3, 5, 6, 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, а в отношении действий, подпадающих под иные запреты, рассмотреть вопрос о возбуждении дела.

⁷ Статья 39¹ Закона о защите конкуренции в редакции Федерального закона от 05.10.2015 № 275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

В соответствии с частью 4 статьи 39¹ Закона о защите конкуренции предупреждение должно содержать:

- 1) выводы о наличии оснований для его выдачи;
- 2) нормы антимонопольного законодательства, которые нарушены действиями (бездействием) лица, которому выдается предупреждение;
- 3) перечень действий, направленных на прекращение нарушения антимонопольного законодательства, устранение причин и условий, способствовавших возникновению такого нарушения, устранение последствий такого нарушения, а также разумный срок их выполнения.

Приказом ФАС России от 22.01.2016 № 57/16 утвержден Порядок выдачи предупреждения о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства, а также форма такого предупреждения (далее – Порядок № 57/16).

Как следует из норм Закона о защите конкуренции, предупреждение по пунктам 3, 5, 6, 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции выдается только хозяйствующему субъекту, занимающему доминирующее положение на определенном товарном рынке.

Соответственно, перед выдачей предупреждения по указанным пунктам требуется проведение анализа состояния конкуренции на соответствующем рынке.

Полнота и этапы проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке определены в пункте 1.3 Порядка анализа состояния конкуренции. Данным пунктом также предусмотрено, что по делам, возбужденным по признакам нарушения статьи 10 Закона о защите конкуренции субъектом естественной монополии на рынке, функционирующем в условиях естественной монополии, обзор состояния конкурентной среды на товарном рынке должен включать меньшее количество этапов, выполняется в виде обзора состояния конкуренции, а по итогам такого обзора в соответствии с пунктом 11.3 Порядка анализа состояния конкуренции составляется краткое описание полученных результатов (краткий отчет (обзор)).

При проведении анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения кредитных организаций при осуществлении ими банковских операций антимонопольным органам следует учитывать особенности проведения данного анализа, установленные приказом ФАС России от 26.08.2012 № 433.

Предупреждение в период рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства в случае выявления признаков нарушения пунктов 3, 5, 6 и 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции может быть выдано также только после установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта по результатам проведения необходимого для этого анализа состояния конкуренции.

При этом необходимо иметь в виду, что если доминирующее положение хозяйствующего субъекта было установлено при возбуждении дела о

нарушении антимонопольного законодательства (например, дело возбуждено по признакам нарушения статьи 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции), то проведение повторного анализа состояния конкуренции для целей выдачи предупреждения по признакам нарушения пунктов 3, 5, 6 или 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции в период рассмотрения дела не требуется.

Если же дело было возбуждено по признакам нарушений, не связанных с доминированием, то при установлении признаков нарушения пунктов 3, 5, 6 или 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции необходимо будет провести анализ состояния конкуренции и установить доминирующее положение хозяйствующего субъекта в соответствии с требованиями Порядка анализа состояния конкуренции.

При принятии решения об отказе в возбуждении дела о нарушении статьи 10 Закона о защите конкуренции в виду отсутствия признаков нарушения антимонопольного законодательства проводить анализ состояния конкуренции на товарном рынке не требуется, если только отказ в возбуждении дела не связан исключительно с отсутствием доминирующего положения хозяйствующего субъекта.

Так, в соответствии с пунктом 3.16 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по установлению доминирующего положения хозяйствующего субъекта при рассмотрении заявлений, материалов, дел о нарушении антимонопольного законодательства и при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией, утвержденного Приказом ФАС России от 25.05.2012 № 345, в случае принятия решения об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства процедура установления доминирующего положения подлежит прекращению.

Поскольку в соответствии с пунктом 1 части 4 статьи 39¹ Закона о защите конкуренции антимонопольный орган должен указать в предупреждении выводы о наличии у хозяйствующего субъекта признаков доминирующего положения на товарном рынке, которые содержатся в аналитическом отчете (кратком отчете (обзоре)), составленном по результатам проведения анализа состояния конкуренции, то антимонопольным органом по запросу хозяйствующего субъекта, которому выдано предупреждение, предоставляется для ознакомления этому хозяйствующему субъекту аналитический отчет (краткий отчет (обзор)), послуживший основанием для выдачи предупреждения, с соблюдением требований, предусмотренных законом о государственной и иной охраняемой законом тайне.

Согласно части 5 статьи 39¹ Закона о защите конкуренции предупреждение подлежит обязательному рассмотрению лицом, которому оно выдано, в срок, указанный в предупреждении. Срок выполнения предупреждения должен составлять не менее чем десять дней.

По мотивированному ходатайству лица, которому выдано предупреждение, и при наличии достаточных оснований полагать, что в

установленный срок предупреждение не может быть выполнено, указанный срок может быть продлен антимонопольным органом.

Таким образом, в случае, если антимонопольный орган выдал предупреждение о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства, и лицо, которому выдано такое предупреждение до истечения срока, установленного в предупреждении, заявило мотивированное ходатайство о продлении срока его выполнения, то антимонопольный орган, рассмотрев такое ходатайство, может принять решение о продлении срока выполнения предупреждения.

Учитывая, что специальная форма для решения о продлении срока выполнения предупреждения положениями Закона о защите конкуренции и Порядка № 57/16 не предусмотрена, такое решение может быть оформлено в виде письма антимонопольного органа с указанием на удовлетворение или частичное удовлетворение ходатайства лица, обратившегося за продлением срока выполнения предупреждения и с обязательным указанием на вновь установленный срок для выполнения предупреждения. Указанное письмо должно быть подписано руководителем антимонопольного органа. В период рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства соответствующее решение о продлении срока исполнения предупреждения должно быть оформлено в виде определения комиссии.

Антимонопольному органу следует учитывать, что ч. 5 ст. 39¹ Закона о защите конкуренции не препятствует повторному обращению хозяйствующего субъекта с ходатайством о продлении срока исполнения предупреждения, в удовлетворении которого не может быть отказано на том лишь основании, что было отказано в удовлетворении первоначального такого ходатайства, если в повторном ходатайстве приводится дополнительное обоснование или приводятся обстоятельства, которые не были приведены в первоначальном ходатайстве.

Для достижения целей выдачи предупреждения антимонопольный орган вправе предоставить по собственной инициативе или по письменному ходатайству хозяйствующего субъекта, которому выдано предупреждение, разъяснения предупреждения, которые не должны выходить за пределы предупреждения и расширять содержащиеся в нем требования.

В случае предоставления разъяснений предупреждения антимонопольному органу срок исполнения предупреждения с учетом характера разъяснений может быть продлен.

При рассмотрении ходатайства о продлении срока исполнения предупреждения и (или) о даче разъяснений вопросов, связанных с исполнением предупреждения, антимонопольный орган оценивает такое ходатайство с точки зрения его разумности, добросовестности, а также на предмет злоупотребления правом со стороны хозяйствующего субъекта, подавшего ходатайство.

Антимонопольный орган должен быть уведомлен о выполнении предупреждения в течение трех дней со дня окончания срока, установленного

для его выполнения. При условии выполнения предупреждения дело о нарушении антимонопольного законодательства не возбуждается и лицо, выполнившее предупреждение, не подлежит административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства в связи с его устранением (части 6 и 7 статьи 39¹ Закона о защите конкуренции).

Закон о защите конкуренции не предусматривает обязанности хозяйствующего субъекта представлять доказательства выполнения предупреждения. Однако лицо, которому выдано предупреждение, может самостоятельно представить доказательства о выполнении предупреждения либо антимонопольный орган, в случае наличия сомнений в выполнении предупреждения может запросить у хозяйствующего субъекта такие доказательства или иные дополнительные доказательства.

Антимонопольный орган при выдаче предупреждения обязан обеспечить его направление тому хозяйствующему субъекту, которому оно адресовано. В случае поступления информации о неполучении этим хозяйствующим субъектом предупреждения либо получении предупреждения иным хозяйствующим субъектом, которому предупреждение не было адресовано, антимонопольному органу следует направить предупреждение надлежащему хозяйствующему субъекту.

Неполучение хозяйствующим субъектом предупреждения по не зависящим от него обстоятельствам и, как следствие, его неисполнение в указанный в предупреждении срок, означает невозможность принятия антимонопольным органом решения о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства в связи с неисполнением предупреждения.

При этом необходимо учитывать положения пункта 3 статьи 54 ГК РФ, в соответствии с которой юридическое лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений, доставленных по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц, а также риск отсутствия по указанному адресу своего органа или представителя. Сообщения, доставленные по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц, считаются полученными юридическим лицом, даже если оно не находится по указанному адресу.

Исходя из этого, в условиях наличия у антимонопольного органа информации о получении хозяйствующим субъектом предупреждения по его юридическому адресу (в том числе, если такая информация получена с использованием соответствующего Интернет-сервиса ФГУП «Почта России»), а также неисполнения хозяйствующим субъектом такого предупреждения в установленный им срок, у антимонопольного органа существуют основания для возбуждения в отношении этого хозяйствующего субъекта дела о нарушении антимонопольного законодательства на основании части 8 статьи 39¹ Закона о защите конкуренции.

В соответствии с частью 8 статьи 39¹ Закона о защите конкуренции в случае невыполнения предупреждения в установленный срок при наличии

признаков нарушения антимонопольного законодательства антимонопольный орган обязан принять решение о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства в срок, не превышающий десяти рабочих дней со дня истечения срока, установленного для выполнения предупреждения.

Следует отметить, что выдача предупреждения в период рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства осуществляется комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства, если при рассмотрении такого дела установлены признаки нарушения пунктов и (или) статей, указанных в статье 39¹ Закона о защите конкуренции, которые не были известны на момент возбуждения такого дела (часть 3 статьи 39¹ Закона о защите конкуренции).

В таком случае, возбужденное дело о нарушении антимонопольного законодательства подлежит отложению в соответствии с пунктом 1 части 1.1 статьи 47 Закона о защите конкуренции. Кроме того, в случае выявления признаков нарушения пунктов и (или) статей, указанных в статье 39¹ Закона о защите конкуренции, которые не были известны на момент возбуждения такого дела, **антимонопольный орган вправе выделить дело в отдельное производство.**

Антимонопольному органу следует учитывать, что исполнение предупреждения полностью исключает возможность возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства по тем действиям (бездействию) хозяйствующего субъекта, обнаружение признаков нарушений антимонопольного законодательства в которых послужило основанием для выдачи исполненного предупреждения, даже если после исполнения предупреждения хозяйствующим субъектом в антимонопольный орган поступили новые сообщения об этих действиях хозяйствующего субъекта, совершенных в период, предшествующий дате выполнения предупреждения.

В то же время, если новые сообщения содержат в себе сведения об иных действиях хозяйствующего субъекта, содержащих в себе признаки нарушений антимонопольного законодательства, предусмотренных пунктами 3, 5, 6, 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, это может служить основанием для выдачи нового предупреждения.

В случае установления после возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства (в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства или в ходе рассмотрения судебного дела, в котором обжалуется предупреждение) факта своевременного исполнения предупреждения производство по этому делу подлежит прекращению на основании части 7 статьи 39¹ Закона о защите конкуренции.

Необходимо отметить, что законодательством установлен ряд **требований к предупреждению.**

Обоснованность выдачи предупреждения предполагает, что антимонопольному органу следует выдавать предупреждения только при наличии действительно явных признаков нарушения антимонопольного

законодательства и не допускать случаи выдачи предупреждений в отсутствие достаточных оснований полагать, что такие признаки имеются.

Исполнимость и определенность предупреждения предполагает предъявление хозяйствующему субъекту требований о совершении конкретных, то есть ясно сформулированных, недвусмысленных, и заведомо исполнимых требований.

Антимонопольный орган не должен выдавать заведомо неисполнимые предупреждения, в том числе не ясно изложенные, допускающие неоднозначное толкование и/или содержащие неопределенные требования, поскольку это, в силу пункта 3 Обзора по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере (утвержден Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.03.2016), является самостоятельным основанием для признания предупреждения незаконным.

Разумность срока выполнения предупреждения предполагает предоставление хозяйствующему субъекту времени для исполнения предупреждения, соразмерного указанным в предупреждении действиям, которые хозяйствующий субъект должен совершить для исполнения предупреждения, но не менее 10 дней. При определении срока для исполнения предупреждения необходимо учитывать, насколько выполнимы указываемые в предупреждении действия исходя из их количества, объема действий, которые требуется совершить хозяйствующему субъекту, и иных обстоятельств, которые напрямую влияют на исполнимость предупреждения. Следует учитывать недопустимость как неоправданного сокращения срока для выполнения таких действий, так и неоправданного увеличения этих сроков.

Необходимо отметить ряд важных факторов, касающихся предупреждений в целом.

I. Важность соблюдения формальных требований:

- форма предупреждений обязательно должна соответствовать форме, утвержденной Порядком № 57/16;

- название акта должно быть единообразным «предупреждение о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства»;

- необходимо четко раскрывать в тексте предупреждения суть нарушения, не ограничиваться поверхностными формулировками;

- предупреждения должны содержать квалификацию в соответствии с Законом о защите конкуренции, следует не допускать замены одного пункта другим (нарушение выражается в установлении разных цен на оказываемые услуги, а предупреждение вынесено по пункту 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

- предупреждения подлежат направлению в адрес лиц, совершивших то или иное нарушение антимонопольного законодательства, Законом о защите

конкуренции не предусмотрено, что предупреждение необходимо направлять в адрес других лиц (например, для сведения);

- лицам, заявления которых послужили основанием для направления хозяйствующему субъекту предупреждения, данное предупреждение не направляется, вместе с тем таким лицам направляется информация о том, что указанному хозяйствующему субъекту антимонопольным органом выдано предупреждение;

- в предупреждениях обязательно должен быть указан срок их исполнения;

- предупреждения должны быть подписаны уполномоченным на это должностным лицом (руководителем ФАС/УФАС, либо временно исполняющим обязанности руководителя ФАС/УФАС), в случае выдачи предупреждения комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства, предупреждение подписывается председателем и всеми членами комиссии;

- предупреждения размещаются в едином разделе ненормативных правовых актов ФАС России (на сайте ФАС России в сети «Интернет») в соответствии с Положением об информационной политике Федеральной антимонопольной службы и ее территориальных органов, утвержденным приказом ФАС России от 10.11.2015 № 1069/15.

II. Важность соблюдения содержательных требований:

- предупреждение должно обязательно включать в себя перечень действий, направленных на прекращение нарушения антимонопольного законодательства, устранение причин и условий, способствовавших возникновению такого нарушения, устранение последствий такого нарушения (не допускается неопределенность формулировок без указания конкретных действий, которые необходимо совершить или прекратить в определенный срок, в том числе такие формулировки, как: «путем совершения иных действий», «и др.», «впредь не допускать нарушение антимонопольного законодательства»; также не допустимо указывать на принятие мер организационного характера: «ознакомить сотрудников», «провести разъяснительные работы»);

- предупреждения должны быть исполнимыми.

Необходимо отметить ряд особенностей, связанных с **обжалованием предупреждения в судебном порядке.**

Хозяйствующий субъект вправе обжаловать предупреждение в арбитражный суд. Предупреждение отвечает признакам ненормативного правового акта, установленным в части 1 статьи 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) и его оспаривание допускается в порядке главы 24 АПК РФ, поскольку принято уполномоченным государственным органом на основании статей 22 и 39¹ Закона о защите конкуренции в отношении конкретного хозяйствующего субъекта и содержит властное предписание, возлагающее на общество

обязанность, и влияющее тем самым на права хозяйствующего субъекта в сфере предпринимательской деятельности⁸.

При этом, поскольку предупреждение выносится при обнаружении лишь признаков правонарушения, а не его факта (часть 2 статьи 39¹ Закона о защите конкуренции), то судебной проверке подлежит факт наличия таких признаков по поступившим в антимонопольный орган информации и документам, как основаниям вынесения предупреждения⁹.

Антимонопольному органу следует иметь в виду, что судебный акт, подтверждающий законность предупреждения, не предрешает наличие в действиях (бездействии) хозяйствующего субъекта нарушения антимонопольного законодательства, поскольку суд при проверке законности предупреждения не устанавливает обстоятельства, подтверждающие факт совершения правонарушения, а лишь ограничен проверкой наличия признаков нарушения антимонопольного законодательства, указанных в предупреждении.

В связи с этим указанный судебный акт не является доказательством законности решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства при его обжаловании в судебном порядке, и наличие такого судебного акта не освобождает антимонопольный орган от обязанности доказывать законность решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

Обжалование предупреждения в судебном порядке не является препятствием для возбуждения антимонопольным органом дела о нарушении антимонопольного законодательства. Напротив, возбуждение такого дела является обязательным для антимонопольного органа в случае невыполнения предупреждения в установленные сроки и при наличии признаков нарушения антимонопольного законодательства в силу норм части 8 статьи 39¹ Закона о защите конкуренции. В то же время антимонопольный орган на основании части 3 статьи 47 Закона о защите конкуренции вправе приостановить рассмотрение возбужденного дела о нарушении антимонопольного законодательства до принятия арбитражным судом итогового судебного акта по делу об обжаловании предупреждения или вступления этого акта в законную силу.

⁸ Аналогичные выводы содержатся в Обзоре по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, утвержденном Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.03.2016.

⁹ Пункт 3 Обзора по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, утвержденном Президиумом Верховного Суда Российской Федерации.