



Московский государственный институт
международных отношений (Университет) МИД России
Федеральная антимонопольная служба

НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ КОММЕНТАРИЙ К ФЕДЕРАЛЬНОМУ ЗАКОНУ «О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ»

2-е издание,
переработанное и дополненное



Коллектив авторов

**Научно-практический
комментарий к Федеральному
закону «О защите конкуренции»**

«Статут»

2016

УДК 67.404.06
ББК 347.12

Коллектив авторов

Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» / Коллектив авторов — «Статут», 2016

ISBN 978-5-8354-1287-7

Настоящий научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» подготовлен ведущими юристами и экономистами, профессионально занимающимися вопросами антимонопольного регулирования. В комментарии учтены все последние изменения, в том числе Федеральный закон от 5 октября 2015 г. № 275-ФЗ (Четвертый антимонопольный пакет) и Федеральный закон от 3 июля 2016 г. № 264-ФЗ (Закон об иммунитетах для малого бизнеса). Во втором издании приведена и прокомментирована обширная судебная практика и практика антимонопольных органов (более 1 тыс. актов правоприменения). Комментарий предназначен для практикующих юристов, сотрудников юридических подразделений компаний, научных работников, студентов и аспирантов, а также всех интересующихся вопросами российского антимонопольного регулирования. Текст Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» приводится по состоянию на 15 июля 2016 г. 2-е издание, переработанное и дополненное

УДК 67.404.06
ББК 347.12

ISBN 978-5-8354-1287-7

© Коллектив авторов, 2016

© Статут, 2016

Содержание

| | |
|---|----|
| К 10-летию Федерального закона «О защите конкуренции» | 7 |
| Авторский коллектив | 8 |
| Принятые сокращения | 21 |
| Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ | 25 |
| Глава 1 | 25 |
| Статья 1. Предмет и цели настоящего Федерального закона | 25 |
| Статья 2. Антимонопольное законодательство Российской Федерации и иные нормативные правовые акты о защите конкуренции | 30 |
| Статья 3. Сфера применения настоящего Федерального закона | 38 |
| Статья 4. Основные понятия, используемые в настоящем Федеральном законе | 43 |
| Статья 5. Доминирующее положение | 55 |
| Статья 6. Монопольно высокая цена товара | 68 |
| Статья 7. Монопольно низкая цена товара | 81 |
| Статья 8. Согласованные действия хозяйствующих субъектов | 87 |
| Конец ознакомительного фрагмента. | 88 |

Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции»

© Коллектив авторов, 2016

© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2016

* * *

К 10-летию Федерального закона «О защите конкуренции»

Уважаемые читатели!

Рад представить вашему вниманию второе издание комментария к Федеральному закону «О защите конкуренции».

Настоящее издание – это еще один результат многолетнего плодотворного сотрудничества Московского государственного института международных отношений (Университета) МИД России и Федеральной антимонопольной службы, начавшегося в 2007 г.

Созданная в 2013 г. в нашем Университете кафедра экономического и антимонопольного регулирования объединила юристов и экономистов высокого профессионального уровня из числа сотрудников ФАС России и практикующих специалистов.

У студентов Университета появилась уникальная возможность получения знаний у высококвалифицированных специалистов в области антимонопольного регулирования.

С удовлетворением отмечаю, что ряд выпускников уже применяют полученные знания на практике, став сотрудниками ФАС России и ведущих российских компаний.

Уверен, что этот фундаментальный научно-практический труд будет способствовать совершенствованию знаний и опыта в сфере антимонопольного регулирования.

Приятно, что настоящее издание посвящено 10-летию Федерального закона «О защите конкуренции».

С уважением, А.В. ТОРКУНОВ, ректор МГИМО МИД России, академик РАН

Уважаемые коллеги!

Вы открыли второе издание комментария к Федеральному закону «О защите конкуренции».

Настоящее издание подготовлено широким авторским коллективом, объединившим представителей ФАС России и Ассоциации антимонопольных экспертов, на базе кафедры экономического и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России.

При этом следует особо отметить роль Московского государственного института международных отношений (Университета) МИД России – ведущего российского учебного заведения с мировым именем – в появлении второго издания настоящего комментария.

Совместная работа авторов – ученых и практиков, государственных служащих и частнопрактикующих специалистов – на независимой академической площадке позволила представить сбалансированную точку зрения на многие спорные вопросы, возникающие при применении Федерального закона «О защите конкуренции», с учетом новейших тенденций российской и международной антимонопольной практики.

Посвящая это издание 10-летию Федерального закона «О защите конкуренции», мы надеемся, что наше сотрудничество будет продолжаться и способствовать совершенствованию антимонопольного регулирования как в России, так и на международном уровне.

С уважением,

И.Ю. АРТЕМЬЕВ,

руководитель ФАС России,

заведующий кафедрой экономического и антимонопольного регулирования

МГИМО МИД России, заслуженный экономист Российской Федерации,

член Попечительского совета МГИМО МИД России, сопредседатель научного совета

РАН

по проблемам защиты конкуренции

Авторский коллектив

Алешин К.Н., начальник Контрольно-инспекционного управления в сфере государственного оборонного заказа ФАС России, профессор кафедры экономического и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России, к.ю.н.

Большаков Е.А., член Ассоциации антимонопольных экспертов, советник адвокатского бюро «Егоров, Путинский, Афанасьев и партнеры».

Владимиров В.В., руководитель Управления ФАС России по Санкт-Петербургу, заведующий кафедрой контроллинга и антимонопольного регулирования Северо-Западного института управления РАНХиГС при Президенте Российской Федерации.

Вовкивская Л.В., заместитель начальника Правового управления ФАС России.

Войченко С.В., член Ассоциации антимонопольных экспертов, руководитель проектов Департамента управления регуляторными рисками ОАО «МТС».

Гаврилов Д.А., член Ассоциации антимонопольных экспертов, заместитель заведующего кафедрой конкурентного права МГЮА, к.ю.н., советник адвокатского бюро «Егоров, Путинский, Афанасьев и партнеры».

Галимханова Н.Ф., начальник Управления контроля промышленности ФАС России.

Гусаров г. В., консультант Административного управления – Секретариата руководителя ФАС России.

ГУЦУ К.Г., член Ассоциации антимонопольных экспертов, преподаватель кафедры гражданского права СПбГУ, управляющий партнер адвокатского бюро «Гуцу, Жуковский и партнеры».

Давыдова А.И., заместитель начальника Управления контроля строительства и природных ресурсов ФАС России.

Дианов В.Н., член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов, руководитель группы антимонопольной практики юридической фирмы Goltsblat BLP, к.ю.н.

Егорушкин А.В., член Ассоциации антимонопольных экспертов, партнер юридической фирмы Antitrust Advisory.

Золотарев И.В., руководитель Управления ФАС России по Московской области, доцент кафедры экономического и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России, член научного совета РАН по проблемам защиты конкуренции».

Каменская Т.А., член Ассоциации антимонопольных экспертов, управляющий партнер юридической компании «Каменская & партнеры», преподаватель кафедры экономического и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России.

Карташов Н.Н., начальник Управления контроля рекламы и недобросовестной конкуренции ФАС России.

Кинев А.Ю., член Центральной избирательной комиссии Российской Федерации, заведующий кафедрой конкурентного права юридического факультета им. М.М. Сперанского РАН-ХиГС при Президенте Российской Федерации, доцент кафедры конкурентного права МГЮА, д.ю.н.

Кобаненко М.А., член Ассоциации антимонопольных экспертов, советник адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры».

Коростелева Н.М., член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов, партнер адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры».

Крюков А.С., заместитель начальника Правового управления ФАС России, преподаватель кафедры экономического и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России.

Кузьмин В.В., заместитель начальника Правового управления ФАС России.

Кулик Я.В., член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов, преподаватель кафедры конкурентного права МГЮА, руководитель антимонопольной практики фирмы «ART DE LEX».

Леоненкова Е.А., член Ассоциации антимонопольных экспертов, руководитель антимонопольной практики юридической фирмы «Яковлев и партнеры».

Максименко А.В., член Ассоциации антимонопольных экспертов, юрист юридической фирмы Debevoise & Plimpton.

Максимов С.В., директор Департамента конкурентной политики и политики в области государственных закупок Евразийской экономической комиссии, заведующий сектором уголовного права ИГП РАН, член научного совета РАН по проблемам защиты конкуренции, д.ю.н., профессор.

Мироненко П.А., заместитель руководителя Управления ФАС России по Московской области.

Михалевич Л.С., начальник Правового отдела Управления ФАС России по Московской области, преподаватель кафедры экономического и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России.

Мишеловин В.Б., начальник Контрольно-финансового управления ФАС России, доцент кафедры экономического и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России.

Молчанов А.В., начальник Правового управления ФАС России, преподаватель кафедры конкурентного права МГЮА.

Морозова О.В., старший преподаватель кафедры административного и финансового права МГИМО МИД России, к.ю.н.

Москвитин О.А., член Ассоциации антимонопольных экспертов, адвокат, руководитель антимонопольной практики Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры».

Мурадов М.В., член Ассоциации антимонопольных экспертов, партнер юридической фирмы Dentons.

Незнамов А.В., член Ассоциации антимонопольных экспертов, юрист юридической фирмы Dentons.

Нумерова А.А., председатель Ассоциации антимонопольных экспертов, доцент базовой кафедры ФАС России факультета права НИУ ВШЭ, советник адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры».

Овчинников М.А., заместитель руководителя ФАС России, профессор кафедры экономического и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России, к.э.н.

Орешкина М.Л., начальник отдела правовой экспертизы Правового управления ФАС России.

Паращук С.А., руководитель магистерской программы «Конкурентное право» юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, доцент кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ, адвокат, к.ю.н.

Петросян Р.А., заместитель руководителя ФАС России.

Плетешков А.Н., руководитель Управления ФАС России по Ленинградской области.

Почуев А.М., член Ассоциации антимонопольных экспертов, президент некоммерческого партнерства «Консалтум», член экспертного совета Комитета Государственной Думы по безопасности и противодействию коррупции, адвокат.

Пузыревский С.А., заместитель руководителя ФАС России, заведующий кафедрой конкурентного права МГЮА, к.ю.н., член научного совета РАН по проблемам защиты конкуренции.

Рабко Т.А., член Ассоциации антимонопольных экспертов, доцент Базовой кафедры ФАС России факультета права НИУ ВШЭ, заместитель декана факультета права НИУ ВШЭ, партнер адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры», к.ю.н.

Рего А.В., член Ассоциации антимонопольных экспертов, директор департамента управления регуляторными рисками ОАО «МТС», к.ю.н.

Рохлин А.А., член Ассоциации антимонопольных экспертов, партнер юридической фирмы «ИНФРАЛЕКС».

Самолысов П.В., заместитель начальника Контрольно-инспекционного управления в сфере государственного оборонного заказа ФАС России, к. пед.н., доцент.

Сергеева О.С., начальник Управления контроля финансовых рынков ФАС России.

Серегин Д.И., член Ассоциации антимонопольных экспертов, преподаватель кафедры конкурентного права МГЮА, советник юридической фирмы «ЮСТ».

Сушкевич А.Г., директор Департамента антимонопольного регулирования Евразийской экономической комиссии, профессор Базовой кафедры ФАС России факультета права НИУ ВШЭ, заслуженный экономист Российской Федерации, к.э.н.

Тараданкина А.А., член Ассоциации антимонопольных экспертов, адвокат МГКА «Делькредере».

Тенишев А.П., начальник Управления по борьбе с картелями ФАС России, старший преподаватель кафедры конкурентного права юридического факультета им. М.М. Сперанского РАНХиГС при Президенте Российской Федерации.

Томах М.С., заместитель начальника Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России.

Тюник К.А., член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов, юрист юридической фирмы White & Case.

Хомяков А.Н., заместитель начальника Правового управления ФАС России.

Хохлов Е.С., член Ассоциации антимонопольных экспертов, преподаватель кафедры конкурентного права МГЮА, партнер юридической фирмы Antitrust Advisory.

Чернышов г. П., член Ассоциации антимонопольных экспертов, адвокат в Адвокатском кабинете Г.П. Чернышова, старший преподаватель кафедры конкурентного права юридического факультета им. М.М. Сперанского РАНХиГС при Президенте Российской Федерации.

| | | |
|--------------------------|--|--|
| Статья 1. | Предмет и цели настоящего Федерального закона. | Серегин Д.И., Крюков А.С., Гуцу К.Г. |
| Статья 2. | Антимонопольное законодательство Российской Федерации и иные нормативные правовые акты о защите конкуренции. | Золотарев И.В., Тараданкина А.А. |
| Статья 3. | Сфера применения настоящего Федерального закона. | Золотарев И.В., Дианов В.Н., Рабко Т.А., Гуцу К.Г. |
| Статья 4. | Основные понятия, используемые в настоящем Федеральном законе. | Егорушкин А.В., Овчинников М.А. |
| Статья 5. | Доминирующее положение. | Дианов В.Н., Галимханова Н.Ф., Паращук С.А., Почуев А.М. |
| Статья 6. | Монопольно высокая цена товара. | Егорушкин А.В., Овчинников М.А. |
| Статья 7. | Монопольно низкая цена товара. | Егорушкин А.В., Овчинников М.А. |
| Статья 8. | Согласованные действия хозяйствующих субъектов. | Петросян Р.А., Рохлин А.А. |
| Статья 9. | Группа лиц. | Орешкина М.Л., Хохлов Е.С. |
| Статья 10. | Запрет на злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением. | Коростелева Н.М., Галимханова Н.Ф., Паращук С.А., Сергеева О.С. |
| Статья 11. | Запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов. | Кинев А.Ю., Тенишев А.П., Чернышов Г.П. |
| Статья 11 ¹ . | Запрет на согласованные действия хозяйствующих субъектов, ограничивающих конкуренцию. | Кинев А.Ю., Рохлин А.А., Самолысов П.В., Тенишев А.П. |

| | | |
|--------------------------|--|---|
| Статья 12. | Допустимость «вертикальных» соглашений. | Егорушкин А.В., Гаврилов Д.А., Молчанов А.В. |
| Статья 13. | Допустимость действий (бездействия), соглашений, согласованных действий, сделок, иных действий. | Большаков Е.А., Гаврилов Д.А., Молчанов А.В. |
| Статья 14. | <i>Утратила силу.</i> | Гаврилов Д.А., Серегин Д.И., Карташов Н.Н. |
| Статья 14 ¹ . | Запрет на недобросовестную конкуренцию путем дискредитации. | Гаврилов Д.А., Серегин Д.И., Каменская Т.А., Карташов Н.Н. |
| Статья 14 ² . | Запрет на недобросовестную конкуренцию путем введения в заблуждение. | Гаврилов Д.А., Серегин Д.И., Каменская Т.А., Карташов Н.Н. |
| Статья 14 ³ . | Запрет на недобросовестную конкуренцию путем некорректного сравнения. | Гаврилов Д.А., Серегин Д.И., Каменская Т.А., Карташов Н.Н. |
| Статья 14 ⁴ . | Запрет на недобросовестную конкуренцию, связанную с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации товаров, работ или услуг. | Гаврилов Д.А., Серегин Д.И., Каменская Т.А., Карташов Н.Н. |
| Статья 14 ⁵ . | Запрет на недобросовестную конкуренцию, связанную с использованием результатов интеллектуальной деятельности. | Гаврилов Д.А., Серегин Д.И., Мурадов М.В., Незнамов А.В., Карташов Н.Н. |

| | | |
|--------------------------|--|---|
| Статья 14 ⁶ . | Запрет на недобросовестную конкуренцию, связанную с созданием смешения. | Гаврилов Д.А., Серегин Д.И., Мурадов М.В., Незнамов А.В., Карташов Н.Н. |
| Статья 14 ⁷ . | Запрет на недобросовестную конкуренцию, связанную с незаконным получением, использованием, разглашением информации, составляющей коммерческую или иную охраняемую законом тайну. | Гаврилов Д.А., Серегин Д.И., Мурадов М.В., Незнамов А.В., Карташов Н.Н. |
| Статья 14 ⁸ . | Запрет на иные формы недобросовестной конкуренции. | Гаврилов Д.А., Серегин Д.И., Мурадов М.В., Незнамов А.В., Карташов Н.Н. |
| Статья 15. | Запрет на ограничивающие конкуренцию акты и действия (бездействие) федеральных органов исполнительной власти. | Кулик Я.В., Мишеловин В.Б. |
| Статья 16. | Запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения или согласованные действия федеральных органов исполнительной власти. | Алешин К.Н., Чернышов Г.П., Кинев А.Ю., Тенишев А.П. |
| Статья 17. | Антимонопольные требования к торгам, запросу котировок цен на товары. | Кулик Я.В., Томах М.С., Мироненко П.А. |
| Статья 17 ¹ . | Особенности порядка заключения договоров в отношении государственного и муниципального имущества. | Кулик Я.В., Томах М.С., Давыдова А.И., Мироненко П.А. |
| Статья 18. | Особенности заключения договоров с финансовыми организациями. | Кулик Я.В., Сергеева О.С. |
| Статья 18 ¹ . | Порядок рассмотрения антимонопольным органом жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров. | Кулик Я.В., Томах М.С., Давыдова А.И., Мироненко П.А. |

| | | |
|--------------------------|---|--|
| Статья 19. | Государственные или муниципальные преференции. | Максименко А.В., Мишеловин В.Б. |
| Статья 20. | Порядок предоставления государственной или муниципальной преференции. | Максименко А.В., Мишеловин В.Б. |
| Статья 21. | Последствия нарушения требований настоящего Федерального закона при предоставлении и (или) использовании государственной или муниципальной преференции. | Мишеловин В.Б., Москвитин О.А. |
| Статья 22. | Функции антимонопольного органа. | Максименко А.В., Петросян Р.А. |
| Статья 23. | Полномочия антимонопольного органа. | Крюков А.С., Морозова О.В., Почуев А.М., Рабко Т.А. |
| Статья 24. | Права работников антимонопольного органа при осуществлении контроля за соблюдением антимонопольного законодательства. | Алешин К.Н., Москвитин О.А., Кинев А.Ю., Тенишев А.П. |
| Статья 25. | Обязанность представления информации в антимонопольный орган. | Алешин К.Н., Чернышов Г.П., Кинев А.Ю., Тенишев А.П. |
| Статья 25 ¹ . | Проведение проверок антимонопольным органом. | Алешин К.Н., Чернышов Г.П., Кинев А.Ю., Тенишев А.П. |
| Статья 25 ² . | Доступ должностных лиц антимонопольного органа на территорию или в помещение для проведения проверки. | Алешин К.Н., Чернышов Г.П., Кинев А.Ю., Тенишев А.П. |
| Статья 25 ³ . | Осмотр. | Алешин К.Н., Чернышов Г.П., Кинев А.Ю., Тенишев А.П. |

| | | |
|--------------------------|---|---|
| Статья 25 ⁴ . | Истребование документов и информации при проведении проверки. | Алешин К.Н., Чернышов Г.П., Кинев А.Ю., Тенишев А.П. |
| Статья 25 ⁵ . | Общие требования, предъявляемые к протоколу, составленному при проведении действий по осуществлению антимонопольного контроля. | Алешин К.Н., Чернышов Г.П., Кинев А.Ю., Тенишев А.П. |
| Статья 25 ⁶ . | Оформление результатов проверки. | Алешин К.Н., Чернышов Г.П., Кинев А.Ю., Тенишев А.П. |
| Статья 25 ⁷ . | Предостережение о недопустимости нарушения антимонопольного законодательства. | Войченко С.В., Золотарев И.В. |
| Статья 26. | Обязанность антимонопольного органа по соблюдению коммерческой, служебной, иной охраняемой законом тайны. | Москвитин О.А., Молчанов А.В. |
| Статья 26 ¹ . | Сделки, иные действия, подлежащие государственному контролю. | Хохлов Е.С., Орешкина М.Л. |
| Статья 27. | Создание и реорганизация коммерческих организаций с предварительного согласия антимонопольного органа. | Тюник К.А., Кузьмин В.В. |
| Статья 28. | Сделки с акциями (долями), имуществом коммерческих организаций, правами в отношении коммерческих организаций с предварительного согласия антимонопольного органа. | Тюник К.А., Кузьмин В.В. |
| Статья 29. | Сделки с акциями (долями), активами финансовых организаций и правами в отношении финансовых организаций с предварительного согласия антимонопольного органа. | Сергеева О.С., Тюник К.А., Кузьмин В.В. |

| | | |
|------------|---|---|
| Статья 30. | <i>Утратила силу.</i> | Тюник К.А., Кузьмин В.В. |
| Статья 31. | Особенности государственного контроля за экономической концентрацией, осуществляемой группой лиц. | Гусаров Г.В., Сушкевич А.Г., Тюник К.А. |
| Статья 32. | Лица, представляющие в антимонопольный орган ходатайства и уведомления об осуществлении сделок, иных действий, подлежащих государственному контролю, а также документы и сведения. | Серегин Д.И., Хохлов Е.С., Орешкина М.Л. |
| Статья 33. | Принятие антимонопольным органом решения по результатам рассмотрения ходатайства, выдача антимонопольным органом предписания лицу, представившему уведомление. | Хохлов Е.С., Орешкина М.Л. |
| Статья 34. | Последствия нарушения порядка получения предварительного согласия антимонопольного органа на осуществление сделок, иных действий, а также порядка представления в антимонопольный орган уведомлений об осуществлении сделок, иных действий, подлежащих государственному контролю. | Хохлов Е.С., Орешкина М.Л. |
| Статья 35. | Государственный контроль за ограничивающими конкуренцию соглашениями хозяйствующих субъектов. | Гаврилов Д.А., Хохлов Е.С., Петросян Р.А. |
| Статья 36. | Обязательность исполнения решений и предписаний антимонопольного органа. | Крюков А.С., Москвитин О.А. |
| Статья 37. | Ответственность за нарушение антимонопольного законодательства. | Золотарев И.В., Максимов С.В., Нумерова А.А., Пузыревский С.А. |

| | | |
|--------------------------|--|---|
| Статья 38. | Принудительное разделение или выделение коммерческих организаций, а также некоммерческих организаций, осуществляющих деятельность, приносящую им доход. | Золотарев И.В., Нумерова А.А. |
| Статья 39. | Основания для возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства, место рассмотрения дела, а также последствия выявления признаков административного правонарушения при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства. | Гаврилов Д.А., Чернышов Г.П., Владимиров В.В. |
| Статья 39 ¹ . | Предупреждение о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства. | Золотарев И.В., Рого А.В. |
| Статья 40. | Комиссия по рассмотрению дел о нарушении антимонопольного законодательства. | Гаврилов Д.А., Сергеева О.С., Хохлов Е.С., Вовкивская Л.В. |
| Статья 41. | Акты, принимаемые комиссией. | Гаврилов Д.А., Вовкивская Л.В. |
| Статья 41 ¹ . | Сроки давности рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства. | Гаврилов Д.А., Москвитин О.А., Михалевич Л.С. |
| Статья 42. | Лица, участвующие в деле о нарушении антимонопольного законодательства. | Гаврилов Д.А., Чернышов Г.П., Владимиров В.В. |
| Статья 42 ¹ . | Иные лица, участвующие в рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства. | Рохлин А.А., Кулик Я.В., Молчанов В.В. |
| Статья 42 ² . | Отводы членов комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства. | Рохлин А.А., Кулик Я.В., Молчанов В.В. |

| | | |
|--------------------------|---|--|
| Статья 43. | Права и обязанности лиц, участвующих в деле о нарушении антимонопольного законодательства. | Гаврилов Д.А., Кобаненко М.А., Михалевич Л.С. |
| Статья 44. | Рассмотрение заявления, материалов и возбуждение дела о нарушении антимонопольного законодательства. | Гаврилов Д.А., Кулик Я.В., Михалевич Л.С. |
| Статья 45. | Рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства. | Гаврилов Д.А., Кулик Я.В., Михалевич Л.С. |
| Статья 45 ¹ . | Доказательства и доказывание по делу о нарушении антимонопольного законодательства. | Рохлин А.А., Тараданкина А.А., Вовкивская Л.В. |
| Статья 45 ² . | Порядок доступа лиц, участвующих в деле о нарушении антимонопольного законодательства, к материалам дела, содержащим коммерческую тайну | Рохлин А.А., Леоненкова Е.А., Вовкивская Л.В. |
| Статья 46. | Перерыв в заседании комиссии. | Гаврилов Д.А., Кобаненко М.А., Хомяков А.Н. |
| Статья 47. | Отложение и приостановление рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства. | Гаврилов Д.А., Каменская Т.А., Хомяков А.Н. |
| Статья 47 ¹ . | Объединение или выделение дел о нарушении антимонопольного законодательства. | Гаврилов Д.А., Каменская Т.А., Хомяков А.Н. |
| Статья 48. | Прекращение рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства. | Гаврилов Д.А., Москвитин О.А., Михалевич Л.С. |
| Статья 48 ¹ . | Заключение об обстоятельствах дела. | Рохлин А., Кобаненко М.А., Вовкивская Л.В. |
| Статья 49. | Принятие комиссией решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства. | Гаврилов Д.А., Кулик Я.В., Плетешков А.Н. |

| | | |
|--------------------------|--|---|
| Статья 50. | Предписание по делу о нарушении антимонопольного законодательства. | Егорушкин А.В., Гаврилов Д.А., Плетешков А.Н. |
| Статья 51. | Исполнение предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства. Последствия неисполнения предписания о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного от монополистической деятельности или недобросовестной конкуренции. | Гаврилов Д.А., Каменская Т.А., Плетешков А.Н. |
| Статья 51 ¹ . | Разъяснение решения и (или) предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства. Исправление описки, опечатки и арифметической ошибки. | Егорушкин А.В., Гаврилов Д.А., Молчанов А.В. |
| Статья 51 ² . | Пересмотр решения и (или) предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства по новым и (или) вновь открывшимся обстоятельствам. | Гаврилов Д.А., Леоненкова Е.А., Молчанов А.В. |
| Статья 52. | Порядок обжалования решений и предписаний антимонопольного органа. | Гаврилов Д.А., Каменская Т.А., Михалевич Л.С. |
| Статья 53. | Заключительные положения. | Крюков А.С., Каменская Т.А. |
| Статья 54. | Вступление в силу настоящего Федерального закона. | Крюков А.С., Гуцу К.Г. |

Принятые сокращения

Наименования нормативных правовых и иных актов

Конституция РФ – Конституция Российской Федерации, принятая всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (с последующими изменениями).

АПК РФ – Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ (с последующими изменениями).

ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации: часть первая от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (с последующими изменениями); часть вторая от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ (с последующими изменениями); часть третья от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ (с последующими изменениями); часть четвертая от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ (с последующими изменениями).

Договор о ЕАЭС – Договор о Евразийском экономическом союзе (подписан в г. Астане 29 мая 2014 г.) (с последующими изменениями).

Закон № 223-ФЗ – Федеральный закон от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (с последующими изменениями).

Закон № 57-ФЗ – Федеральный закон от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» (с последующими изменениями).

Закон № 94-ФЗ – Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (с последующими изменениями).

Закон о бухгалтерском учете – Федеральный закон от 6 декабря 2011 г. № 402-ФЗ «О бухгалтерском учете» (с последующими изменениями).

Закон о естественных монополиях – Федеральный закон от 17 августа 1995 г. № 147-ФЗ «О естественных монополиях» (с последующими изменениями).

Закон о защите конкуренции, Закон (также: **Первый антимонопольный пакет**) – Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (с последующими изменениями).

Закон о коммерческой тайне – Федеральный закон от 29 июля 2004 г. № 98-ФЗ «О коммерческой тайне» (с последующими изменениями).

Закон о конкуренции 1991 г. – Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-I «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (утратил силу, за исключением ст. 4).

Закон о проверках – Федеральный закон от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» (с последующими изменениями).

Закон о рекламе – Федеральный закон от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (с последующими изменениями).

Закон о торговле – Федеральный закон от 28 декабря 2009 г. № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (с последующими изменениями).

Закон о ФКС – Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (с последующими изменениями).

Закон о хозяйственных партнерствах – Федеральный закон от 3 декабря 2011 г. № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах» (с последующими изменениями).

Закон об акционерных обществах – Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (с последующими изменениями).

Закон об использовании инсайдерской информации – Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 224-ФЗ «О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (с последующими изменениями).

Закон об обществах с ограниченной ответственностью – Федеральный закон от 8 декабря 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (с последующими изменениями).

Закон об Олимпиаде – Федеральный закон от 1 декабря 2007 г. № 310-ФЗ «Об организации и о проведении XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 года в городе Сочи, развитии города Сочи как горноклиматического курорта и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (с последующими изменениями).

Закон об электроэнергетике – Федеральный закон от 26 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике» (с последующими изменениями).

КоАП РФ – Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (с последующими изменениями).

Соглашение о единых принципах и правилах конкуренции – Соглашение о единых принципах и правилах конкуренции (заключено 9 декабря 2010 г. в г. Москве).

УК РФ – Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (с последующими изменениями).

УПК РФ – Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (с последующими изменениями).

Второй антимонопольный пакет – Федеральный закон от 17 июля 2009 г. № 164-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации (с последующими изменениями); Федеральный закон от 17 июля 2009 г. № 160-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и отдельные законодательные акты Российской Федерации»; Федеральный закон от 17 июля 2009 г. № 173-ФЗ «О внесении изменений в ст. 17¹ и 53 Федерального закона «О защите конкуренции» (с последующими изменениями) и Федеральный закон от 29 июля 2009 г. № 216-ФЗ «О внесении изменения в статью 178 Уголовного кодекса Российской Федерации».

Третий антимонопольный пакет – Федеральный закон от 6 декабря 2011 г. № 401-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» и Федеральный закон от 6 декабря 2011 г. № 404-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» (с последующими изменениями).

Четвертый антимонопольный пакет – Федеральный закон от 5 октября 2015 г. № 275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

Постановление Пленума ВАС РФ № 30 – постановление Пленума ВАС РФ от 30 июня 2008 г. № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» (с последующими изменениями).

Обзор практики ВС РФ – Обзор по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, утвержденный Президиумом ВС РФ 16 марта 2016 г.

Обзор практики разрешения споров, связанных с применением антимонопольного законодательства – Обзор практики разрешения споров, связанных с применением

антимонопольного законодательства, направленный Информационным письмом Президиума ВАС РФ от 30 марта 1998 г. № 32.

Общие исключения для соглашений между кредитными и страховыми организациями – Постановление Правительства РФ от 30 апреля 2009 г. № 386 «О случаях допустимости соглашений между кредитными и страховыми организациями» (с последующими изменениями).

Общие исключения для вертикальных соглашений – Общие исключения в отношении соглашений между покупателями и продавцами, утвержденные Постановлением Правительства РФ от 16 июля 2009 г. № 583.

Положение о территориальном органе ФАС России – приказ ФАС России от 26 января 2011 г. № 30 «Об утверждении Положения о территориальном органе Федеральной антимонопольной службы» (с последующими изменениями).

Порядок анализа товарных рынков – Порядок проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденный Приказом ФАС России от 28 апреля 2010 г. № 220 (с последующими изменениями).

Наименования судов

КС РФ – Конституционный Суд Российской Федерации

ВС РФ – Верховный Суд Российской Федерации

ВАС РФ – Высший Арбитражный Суд Российской Федерации

СИП – Суд по интеллектуальным правам

АС ВВО – Арбитражный суд Волго-Вятского округа

АС ВСО – Арбитражный суд Восточно-Сибирского округа

АС ДО – Арбитражный суд Дальневосточного округа

АС ЗСО – Арбитражный суд Западно-Сибирского округа

АС МО – Арбитражный суд Московского округа

АС ПО – Арбитражный суд Поволжского округа

АС СЗО – Арбитражный суд Северо-Западного округа

АС СКО – Арбитражный суд Северо-Кавказского округа

АС УО – Арбитражный суд Уральского округа

АС ЦО – Арбитражный суд Центрального округа

ФАС ВВО – Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа

ФАС ВСО – Федеральный арбитражный суд Восточно-Сибирского округа

ФАС ДО – Федеральный арбитражный суд Дальневосточного округа

ФАС ЗСО – Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа

ФАС МО – Федеральный арбитражный суд Московского округа

ФАС ПО – Федеральный арбитражный суд Поволжского округа

ФАС СЗО – Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа

ФАС СКО – Федеральный арбитражный суд Северо-Кавказского округа

ФАС УО – Федеральный арбитражный суд Уральского округа

ФАС ЦО – Федеральный арбитражный суд Центрального округа

1 ААС – Первый арбитражный апелляционный суд

2 ААС – Второй арбитражный апелляционный суд

3 ААС – Третий арбитражный апелляционный суд

4 ААС – Четвертый арбитражный апелляционный суд

5 ААС – Пятый арбитражный апелляционный суд

6 ААС – Шестой арбитражный апелляционный суд

7 ААС – Седьмой арбитражный апелляционный суд

8 ААС – Восьмой арбитражный апелляционный суд

9 ААС – Девятый арбитражный апелляционный суд

10 ААС – Десятый арбитражный апелляционный суд

11 ААС – Одиннадцатый арбитражный апелляционный суд

12 ААС – Двенадцатый арбитражный апелляционный суд

13 ААС – Тринадцатый арбитражный апелляционный суд

14 ААС – Четырнадцатый арбитражный апелляционный суд

15 ААС – Пятнадцатый арбитражный апелляционный суд

16 ААС – Шестнадцатый арбитражный апелляционный суд

17 ААС – Семнадцатый арбитражный апелляционный суд

18 ААС – Восемнадцатый арбитражный апелляционный суд

19 ААС – Деятнадцатый арбитражный апелляционный суд

20 ААС – Двадцатый арбитражный апелляционный суд

АС г. Москвы – Арбитражный суд города Москвы

АС г. Санкт-Петербурга и ЛО – Арбитражный суд города Санкт-Петербурга и Ленинградской области

АС Кабардино-Балкарской республики – Арбитражный суд Кабардино-Балкарской республики

Наименования органов государственной власти

УФАС – Управление Федеральной антимонопольной службы

ФАС России – Федеральная антимонопольная служба России

ФСТ России – Федеральная служба по тарифам России (ликвидирована)

ЦБ РФ – Центральный банк Российской Федерации

Иные сокращения

абз. – абзац, абзацы **др.** – другой, другие

ЕАЭС – Евразийский экономический союз

ЕГРЮЛ – Единый государственный реестр юридических лиц

ЕС – Европейский союз

ЕЭК – Евразийская экономическая комиссия

РФ – Российская Федерация **напр.** – например **млн** – миллион **млрд** – миллиард **п.** – пункт, пункты **подр.** – подробнее **подп.** – подпункт, подпункты **руб.** – рубль, rubli **см.** – смотреть **ст.** – статья, статьи **тыс.** – тысячи **утв.** – утвержден, утвержденный **части** – часть, части

Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»

Глава 1 Общие положения

Статья 1. Предмет и цели настоящего Федерального закона

1. Настоящий Федеральный закон определяет организационные и правовые основы защиты конкуренции, в том числе предупреждения и пресечения:

1) монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции; 2) недопущения, ограничения, устранения конкуренции федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, Центральным банком Российской Федерации.

2. Целями настоящего Федерального закона являются обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности в Российской Федерации, защита конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных рынков.

1. В ч. 1 комментируемой статьи сформулирован предмет комментируемого Закона: организационные и правовые основы защиты конкуренции.

Указание на «основы» защиты конкуренции показывает, что Закон является базовым нормативным правовым актом в сфере защиты конкуренции, а детальное правовое регулирование выстраивается на нескольких уровнях, включая подзаконное регулирование.

Ключевым понятием комментируемого Закона является «конкуренция», содержание которого раскрывается в п. 7 ст. 4 Закона о защите конкуренции. Согласно легальному определению конкуренция – соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Аналогичное по содержанию определение конкуренции сформулировано в п. 8 ч. 2 ст. 1 Приложения № 19 к Договору о ЕАЭС.

На высокую степень значимости конкуренции обращается особое внимание в Стратегии развития конкуренции и антимонопольного регулирования в РФ на период 2013–2024 гг.¹, утвержденной Президиумом ФАС России 3 июля 2013 г., в которой отмечается, что конкуренция – это основа поступательного развития страны, она обеспечивает постоянное и динамичное внедрение инновационных технологий, является главным движущим фактором эволюционного развития общества, порождает разнообразие и обеспечивает максимально эффективное распределение ресурсов. Именно поэтому защита и развитие конкуренции являются одним из главных приоритетов государственной политики.

В плане мероприятий («дорожной карте») «Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики», утвержденном Распоряжением Правительства РФ от 28 декабря

¹ См.: http://fas.gov.ru/Netcat_files/File/Str_razv_konk_i_antimonop_reg_13-14.pdf.

2012 г. № 2579-р, отмечается, что поддержка конкуренции является одной из основ конституционного строя РФ, а также постоянным приоритетом государственной политики. Развитие конкуренции в экономике – это многоаспектная задача, решение которой в значительной степени зависит от эффективности проведения государственной политики по широкому спектру направлений: от макроэкономической политики, создания благоприятного инвестиционного климата, включая развитие финансовой и налоговой системы, снижение административных и инфраструктурных барьеров, до защиты прав граждан и национальной политики.

Значимость конкуренции подтверждается и судами. Так, в определении ВС РФ от 12 октября 2015 г. № 309-ЭС15-6673 по делу № А60-25477/2013 отмечается, что государство объективно заинтересовано в поддержании конкуренции на внутреннем товарном рынке, наличие которой существенным образом увеличивает потенциал рыночной экономики.

2. Защита конкуренции предполагает осуществление антимонопольными органами комплекса мероприятий, включающего в себя предупреждение и пресечение:

1) монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции;

2) недопущения, ограничения и устранения конкуренции федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами и ЦБ РФ.

Определения монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции также даны законодателем непосредственно в Законе о защите конкуренции (п. 10 и 9 ст. 4 соответственно).

Так, к монополистической деятельности отнесены следующие составы нарушений:

– злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением (ст. 10);

– ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов (ст. 11);

– согласованные действия хозяйствующих субъектов, ограничивающие конкуренцию (ст. 11¹);

– незаконная координация экономической деятельности хозяйствующих субъектов (ч. 5 ст. 11).

Субъектами монополистической деятельности являются в основном хозяйствующие субъекты, однако в определенных случаях (при квалификации действий в качестве незаконной координации экономической деятельности) ими также могут являться физические лица и некоммерческие организации, не относящиеся к хозяйствующим субъектам.

Недобросовестной конкуренцией признаются любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству РФ, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам – конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации (подробнее о недобросовестной конкуренции см. комментарий к гл. 2¹ Закона о защите конкуренции).

Защита конкуренции осуществляется также путем установления особых правил в публичных отношениях и при проведении торгов. К этим правилам относится, в частности, запрет таких нарушений, как:

– ограничивающие конкуренцию акты и действия (бездействие) органов власти (ст. 15);

– ограничивающие конкуренцию соглашения или согласованные действия с участием органов власти (ст. 16);

– нарушения правил конкуренции на торгах и в ходе конкурентного отбора контрагентов в иных формах (ст. 17 и 18).

Помимо изложенного к мерам защиты конкуренции следует отнести осуществление государственно контроля экономической концентрации и ограничивающих конкуренцию соглашений (ст. 26¹–35).

Для реализации функции по защите конкуренции антимонопольные органы наделяются особыми полномочиями, направленными на предупреждение, выявление, пресечение нарушений антимонопольного законодательства (ст. 23–25⁷), а также привлечение виновных лиц к административной ответственности.

3. Основным элементом защиты конкуренции является противодействие ее ограничению, недопущению или устранению.

Признаки ограничения конкуренции закреплены в п. 17 ст. 4 Закона о защите конкуренции и выражаются в следующих обстоятельствах:

- сокращение числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, на товарном рынке;
- рост или снижение цены товара, не связанные с соответствующими изменениями иных общих условий обращения товара на товарном рынке;
- отказ хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке;
- определение общих условий обращения товара на товарном рынке соглашением между хозяйствующими субъектами или в соответствии с обязательными для исполнения ими указаниями иного лица либо в результате согласования хозяйствующими субъектами, не входящими в одну группу лиц, своих действий на товарном рынке;
- иные обстоятельства, создающие возможность для хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке;
- установление органами государственной власти, органами местного самоуправления, организациями, участвующими в предоставлении государственных или муниципальных услуг, при участии в предоставлении таких услуг требований к товарам или к хозяйствующим субъектам, не предусмотренных законодательством РФ.

Наиболее важное значение указанных признаков ограничения конкуренции для правоприменительной практики заключается в том, что они дают возможность оперативно выявлять признаки потенциальных нарушений антимонопольного законодательства, однако для установления нарушений необходим более детальный анализ поведения хозяйствующих субъектов.

4. Оценка предмета Закона о защите конкуренции в совокупности с анализом сферы его применения (ст. 3 Закона) показывает, что в его предмет входят общественные отношения, в которых участвует весьма широкий субъектный состав:

- физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели;
- российские юридические лица;
- иностранные юридические лица;
- Президент РФ;
- Правительство РФ;
- федеральные органы исполнительной власти;
- ЦБ РФ;
- органы государственной власти субъектов РФ;
- не входящие в систему органов государственной власти органы местного самоуправления;
- иные осуществляющие функции указанных органов органы или организации;
- государственные внебюджетные фонды.

Отношения между данными лицами являются неоднородными и могут подразделяться на следующие группы:

– административно-правовые отношения, например, отношения, возникающие между хозяйствующим субъектом и органом власти, который ограничивает конкуренцию, отношения между органом власти и антимонопольным органом в связи с пресечением ограничения конкуренции, отношения между хозяйствующим субъектом и антимонопольным органом в связи с защитой интересов такого хозяйствующего субъекта;

– гражданско-правовые отношения, например, между хозяйствующими субъектами, которые возникают в связи с заключением соглашения, либо отношения между хозяйствующим субъектом и государственным заказчиком, возникающие в связи с поставкой товаров для государственных нужд.

Учитывая публичный характер основных способов защиты конкуренции как общего блага, призванного способствовать созданию наиболее справедливых и одновременно наиболее эффективных механизмов функционирования экономики, на антимонопольные органы возложена задача контроля за деятельностью участников рынка и органов власти, способных влиять на рынок и его участников. Однако это не исключает необходимости самим участникам рынка соблюдать правила конкуренции.

Закон о защите конкуренции через перечень запретов на монополистическую деятельность, недобросовестную конкуренцию и иных антимонопольных запретов устанавливает общие принципы добросовестного поведения участников рынка, одновременно предоставляя им защиту от возможного посягательства на их права и охраняемые законом интересы со стороны других хозяйствующих субъектов и органов власти. Иными словами, хозяйствующие субъекты, чья деятельность регулируется антимонопольным законодательством, одновременно выступают и как обязанные лица, и как носители прав, подлежащих защите в административном и судебном порядке.

Таким образом, в значительной степени добросовестная конкуренция и, как следствие, рост эффективности хозяйственной деятельности участников рынка зависят от их активной правовой позиции, открытости и стремления к реализации своих прав без ущерба для прав иных лиц. Данные выводы коррелируют с ч. 2 комментируемой статьи, определяющей цели Закона о защите конкуренции.

5. В ч. 2 комментируемой статьи перечислены цели, которые преследует Закон о защите конкуренции, в пределах определенного выше предмета правового регулирования. К целям Закона отнесены:

- единство экономического пространства;
- свободное перемещение товаров;
- свобода экономической деятельности в РФ;
- защита конкуренции;
- создание условий для эффективного функционирования товарных рынков.

Упомянутые в Законе о защите конкуренции цели корреспондируют провозглашенным в ч. 1 ст. 8 Конституции РФ гарантиям единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств, а также свободы экономической деятельности в целом.

Следует отметить, что в данном случае закон исходит из системной взаимосвязи таких общих конституционных принципов, как свобода экономической деятельности, единство экономического пространства и свободное перемещение товаров, с целью защиты конкуренции, что в свою очередь находится в прямой взаимосвязи и является обязательной предпосылкой для обеспечения эффективного функционирования товарных рынков. Данная совокупность целей позволяет отграничить предмет регулирования Закона о защите конкуренции от предмета регулирования смежных отраслей законодательства.

При этом взаимосвязь указанных гарантий делает защиту конкуренции залогом соблюдения экономических основ конституционного строя РФ.

Как отмечается в Постановлении КС РФ от 24 июня 2009 г. № 11-П, в РФ должны создаваться максимально благоприятные условия для функционирования экономической системы в целом, что предполагает необходимость стимулирования свободной рыночной экономики, основанной на принципах самоорганизации хозяйственной деятельности предпринимателей как ее основных субъектов, и принятия государством специальных мер, направленных на защиту их прав и законных интересов и тем самым на достижение конституционной цели оптимизации государственного регулирования экономических отношений.

Кроме этого, в приведенном Постановлении отмечается, что запрет экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию, подразумевает возможность применения мер государственного воздействия в отношении лиц, нарушающих антимонопольное законодательство, что вытекает из ч. 3 ст. 17 Конституции РФ. Соответственно, федеральный законодатель, осуществляя правовое регулирование в этой сфере общественных отношений, вправе и обязан предусматривать меры, обеспечивающие поддержку конкуренции и свободы экономической деятельности.

6. Закон о защите конкуренции открыл новую веху в российском антимонопольном регулировании. Защита конкуренции признана государством в качестве одного из приоритетных направлений деятельности по оздоровлению и усилению экономического сектора России. Для обеспечения защиты конкуренции антимонопольные органы наделены широким инструментарием. Усилилось регулирующее воздействие антимонопольного законодательства на развитие отраслевого нормативно-правового регулирования, например, в части включения норм, направленных на снижение административных и инфраструктурных барьеров, в том числе:

- созданы правила недискриминационного доступа к услугам отдельных субъектов естественной монополии;
- закреплены на уровне федеральных законов требования к закупкам товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц и к размещению заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд;
- внесены изменения в законодательство в сфере финансовых услуг, торговли, рекламы и других отраслей экономики.

Все указанные перемены в нормативном регулировании экономического сектора общественных отношений также являются косвенной реализацией целей Закона о защите конкуренции.

7. С практической точки зрения комментируемая норма играет важную роль при определении соответствия конкретных правоприменительных актов общим целям антимонопольного регулирования, а также разграничения предмета правового регулирования Закона о защите конкуренции и смежных законодательных актов.

Так, рассматривая дело № А40-15572/10-144-25, суд кассационной инстанции признал несостоятельным довод заявителя о том, что таможенным законодательством не предусмотрено применение к таможенным правоотношениям норм антимонопольного законодательства, поскольку в силу п. 2 ч. 1 ст. 1 Закона о защите конкуренции он определяет организационные и правовые основы защиты конкуренции, в том числе предупреждения и пресечения недопущения, ограничения, устранения конкуренции федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями.

При рассмотрении дела № А40-27553/08-96-130 суд кассационной инстанции отметил, что суды правильно исходили из того, что в рассматриваемом судами случае применению подлежит Закон о рекламе,

поскольку согласно ст. 1 Закона о защите конкуренции данный Закон определяет организационные и правовые основы защиты конкуренции, в том числе предупреждения и пресечения недобросовестной конкуренции, в то время как в соответствии со ст. 1 и 2 Закона о рекламе данный Закон применяется к отношениям в сфере рекламы независимо от места ее производства, если распространение рекламы осуществляется на территории РФ в целях развития рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции.

Статья 2. Антимонопольное законодательство Российской Федерации и иные нормативные правовые акты о защите конкуренции

1. Антимонопольное законодательство Российской Федерации (далее – антимонопольное законодательство) основывается на Конституции Российской Федерации, Гражданском кодексе Российской Федерации и состоит из настоящего Федерального закона, иных федеральных законов, регулирующих отношения, указанные в статье 3 настоящего Федерального закона.

2. Отношения, указанные в статье 3 настоящего Федерального закона, могут регулироваться постановлениями Правительства Российской Федерации, нормативными правовыми актами федерального антимонопольного органа в случаях, предусмотренных антимонопольным законодательством.

3. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены настоящим Федеральным законом, применяются правила международного договора Российской Федерации.

1. Комментируемая статья в целом закрепляет систему источников конкурентного права. В то же время она вводит понятие «антимонопольное законодательство». Отсюда возникает вопрос о том, каково соотношение между понятиями источников конкурентного права и антимонопольного законодательства.

Определяя понятие «антимонопольное законодательство», ч. 1 комментируемой статьи указывает, что оно включает в себя Закон о защите конкуренции и иные федеральные законы, регулирующие отношения, указанные в ст. 3 комментируемого Закона. То есть в состав антимонопольного законодательства включены только *законы*, причем законы *федерального уровня*.

В теории права существует как узкое, так и широкое понимание термина «законодательство». Согласно первому из них понятие «законодательство» включает только законы, согласно второму – оно охватывает и законы, и иные нормативные правовые акты. В частности, ст. 1¹ Закона о конкуренции 1991 г. включала в состав антимонопольного законодательства также указы Президента РФ и нормативные акты Правительства РФ.

Однако в Законе о защите конкуренции законодатель использует понятие «антимонопольное законодательство» в узком смысле, не включая в него подзаконные нормативные акты. Целью этого видится закрепление правила, что основы конкурентного права, его наиболее важные нормы и принципы должны быть установлены именно в законах. Так, например, в соответствии со ст. 37 Закона о защите конкуренции лицо может быть привлечено к ответственности только за нарушение *антимонопольного законодательства*, т. е. состав антимонопольного правонарушения может быть установлен только законом, а не подзаконным актом.

Включение в понятие антимонопольного законодательства только законодательных актов федерального уровня соответствует принципу разграничения предметов ведения РФ и субъ-

ектов РФ, установленному Конституцией РФ. В соответствии с п. «ж» ст. 71, ч. 1 ст. 76 Конституции РФ вопрос об установлении правовых основ единого рынка отнесен к исключительному ведению РФ.

Таким образом, понятие антимонопольного законодательства является более узким, чем понятие источников конкурентного права, состав которых гораздо шире.

2. В комментируемой статье перечислены основные источники конкурентного права, к которым относятся:

- Конституция РФ;
- общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ;
- федеральные конституционные законы;
- ГК РФ;
- собственно Закон о защите конкуренции;
- иные федеральные законы;
- постановления Правительства РФ;
- нормативные правовые акты федерального антимонопольного органа (ФАС России).

3. Конституция РФ имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории России (ч. 1 ст. 15). Основы конкурентного права России закреплены в следующих конституционных нормах:

- в России гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности; в России признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности (ч. 1, 2 ст. 8);

- каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности; не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию (ч. 1, 2 ст. 34);

- на территории России не допускается установление таможенных границ, пошлин, сборов и каких-либо иных препятствий для свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств; ограничения перемещения товаров и услуг могут вводиться в соответствии с федеральным законом, если это необходимо для обеспечения безопасности, защиты жизни и здоровья людей, охраны природы и культурных ценностей (ч. 1, 2 ст. 74).

При рассмотрении дел суды могут применять Конституцию РФ непосредственно. В случае, если суды приходят к выводу о неконституционности закона, они обязаны обращаться в КС РФ для официального подтверждения его неконституционности².

В частности, отдельные положения самого Закона о защите конкуренции несколько раз были предметом оценки КС РФ с точки зрения их соответствия Конституции РФ. Так, в Постановлении от 24 июня 2009 г. № 11-П³ КС РФ подтвердил конституционность особой санкции – взыскания дохода, полученного в результате нарушения антимонопольного законодательства хозяйствующим субъектом в федеральный бюджет в судебном порядке по иску антимонопольного органа (ст. 37, 51 Закона о защите конкуренции).

4. Часть 3 комментируемой статьи дублирует норму ст. 15 Конституции РФ о приоритете положений международных договоров РФ над положениями законов. В той же статье Консти-

² См. п. 2 постановления Пленума ВС РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия».

³ См.: Постановление КС РФ от 24 июня 2009 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 2 и 4 статьи 12, статей 22¹ и 23¹ Закона РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» и статей 23, 37 и 51 Федерального закона «О защите конкуренции» в связи с жалобами ОАО «Газэнергосеть» и ОАО «Нижекамскнефтехим»».

туции РФ также установлено, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы, т. е. данные источники могут быть отнесены и к источникам конкурентного права.

ВС РФ в постановлениях Пленума от 31 октября 1995 г. № 8 и от 10 октября 2003 г. № 5 разъяснил спорные вопросы применения судами общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ. Применительно к отношениям по защите конкуренции в качестве примера применения международных норм российскими судами можно привести судебные споры, связанные с недобросовестной конкуренцией, для разрешения которых суды применяют Парижскую конвенцию по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г.⁴

Помимо Парижской конвенции Россия присоединилась к целому ряду международных актов, устанавливающих международные правила защиты от недобросовестной конкуренции и направленных на защиту интеллектуальной собственности, в их числе:

- Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС/TRIPS) (Марракеш, 1994), вступившее в силу для России 22 августа 2012 г. (например, ст. 4 °Соглашения ТРИПС устанавливается, что некоторые виды лицензионной торговли ограничивают свободную конкуренцию и могут оказывать неблагоприятное воздействие на торговлю и распространение технологий);

- Мадридские соглашения о пресечении ложных или вводящих в заблуждение указаний о месте происхождения на товарах и о международной регистрации товарных знаков 1891 г. и Протокол к Мадридскому соглашению о международной регистрации знаков (Мадрид, 1989 г.);

- Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности (Стокгольм, 14 июля 1967 г., в ред. от 2 октября 1979 г.);

- Ниццкое соглашение о международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков (1957 г., пересмотрено в Женеве, 1977 г., с доп. 1979 г.).

В настоящий момент также для РФ действует несколько десятков международных договоров в области конкурентной политики, в частности следующие многосторонние документы:

- Договор о проведении согласованной антимонопольной политики (Москва, 25 декабря 2000 г.);

- Соглашение об углублении интеграции в области антимонопольной политики и защиты прав потребителей между антимонопольными ведомствами России, Беларуси, Казахстана, Киргизии (Алма-Ата, 5 сентября 1996 г.);

- Соглашение о сотрудничестве государств – участников СНГ в сфере регулирования рекламной деятельности (Москва, 19 декабря 2003 г.);

- Меморандум о сотрудничестве в области конкурентной политики между Межгосударственным советом по антимонопольной политике, Советом по конкуренции Республики Латвия, Советом по конкуренции Румынии и Комиссией по справедливой торговле Республики Корея (Санкт-Петербург, 17 сентября 2003 г.);

- Пекинские договоренности Второй Международной конференции по конкуренции под эгидой БРИКС между конкурентными ведомствами Федеративной Республики Бразилия, РФ, Республики Индия, Китайской Народной Республики и Южно-Африканской Республики (Пекин, 21 сентября 2011 г.)⁵.

Большая часть иных международных документов (соглашения, договоры и меморандумы с отдельными государствами) имеют межправительственный и межведомственный характер.

⁴ См. постановления Президиума ВАС РФ от 23 апреля 2013 г. № 14186/12 по делу № А51-11170/2011; от 2 апреля 2013 г. № 11980/12 по делу № А40-98682/11-92-844.

⁵ Подробный список таких соглашений см.: http://www.fas.gov.ru/international-partnership/partnership-with-foreign-countries/legal-base/legal-base_50960.html.

Особое значение имеет наднациональное законодательство, в частности в связи с созданием ЕАЭС. К Договору о ЕАЭС (Астана, 29 мая 2014 г.) были приняты Протокол об общих принципах и правилах конкуренции (Приложение № 19), Протокол об охране и защите прав на объекты интеллектуальной собственности (Приложение № 26). Правом на издание нормативных правовых актов наделена Комиссия ЕАЭС, которая во исполнение указанного полномочия приняла несколько решений в области защиты конкуренции⁶.

5. Часть 1 комментируемой статьи устанавливает, что антимонопольное законодательство основывается на ГК РФ. Это связано с тем, что меры по защите конкуренции тесно связаны с осуществлением гражданских прав.

До принятия ВАС РФ Постановления Пленума № 30 в судебной практике вопрос о возможности применения антимонопольного законодательства при заключении и исполнении гражданско-правовых договоров решался по-разному. Некоторые суды по таким делам устанавливали, что антимонопольный орган выходил за пределы своих полномочий и разрешал гражданско-правовые споры. ВАС РФ в Постановлении Пленума № 30 урегулировал этот вопрос, установив, что суды не должны признавать решения или предписания антимонопольного органа недействительными только на том основании, что соответствующие правоотношения с участием хозяйствующего субъекта, которому выдано предписание, являются гражданско-правовыми.

Однако это разъяснение не в полной мере отвечает на вопрос о соотношении гражданского и антимонопольного законодательства. Рассмотрим основные точки их соприкосновения.

Во-первых, антимонопольное законодательство вводит соответствующие ограничения гражданских прав, которые допускаются ст. 1 ГК РФ, т. е. устанавливает некие пределы осуществления гражданских прав. Учитывая это, требования антимонопольного законодательства в принципе подлежат применению к гражданско-правовым отношениям⁷. Например, ГК РФ вводит особый порядок заключения договора – торги, устанавливает общие правила их проведения (ст. 447–448). Антимонопольное законодательство дополняет эти правила, вводя перечень запрещенных действий, которые могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции (ст. 17 Закона о защите конкуренции).

Во-вторых, в абз. 2 п. 1 ст. 10 ГК РФ указано, что гражданское правонарушение в виде злоупотребления правом может быть выражено в использовании гражданских прав в целях ограничения конкуренции и в злоупотреблении доминирующим положением на рынке. Таким образом, потерпевшая от указанного правонарушения сторона может обратиться за защитой своих прав как в порядке, установленном Законом о защите конкуренции, так и в рамках искового производства на основании ст. 10 ГК РФ.

Так как указанная норма ст. 10 ГК РФ является бланкетной (содержит отсылку к нормам антимонопольного законодательства), следует предположить, что в предмет доказывания по делу должны входить все обстоятельства, предусмотренные Законом о защите конкуренции (составы злоупотребления доминирующим положением, недобросовестной конкуренции и др.). Исходя из этого, не совсем понятно, для каких случаев должен использоваться абз. 2 п. 1 ст. 10 ГК РФ. С одной стороны, случаи злоупотребления доминирующим положением, нашедшие отражение в антимонопольном законодательстве, «являются простыми правонарушениями, поэтому при их совершении будет применяться не относительно определенная санк-

⁶ Решение № 112 «О реализации статьи 29 Соглашения о единых принципах и правилах конкуренции от 9 декабря 2010 года»; Решение № 40 «О создании рабочей группы по выработке предложений по сближению законодательства государств – членов Таможенного союза и Единого экономического пространства по вопросам государственного ценового регулирования на товарных рынках, не находящихся в состоянии естественной монополии»; Решение № 302 «О гармонизации законодательств государств – членов Таможенного союза и Единого экономического пространства в области конкурентной политики».

⁷ См. п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ № 30.

ция, предусмотренная п. 2 ст. 10 ГК РФ, а конкретные санкции, установленные этим законодательством»⁸. С другой стороны, представляется, что если ст. 10 ГК РФ используется в тех случаях, когда нарушенные права невозможно защитить иными средствами (как, например, в деле «Акай Электрик Ко, Лтд»⁹), к этим нарушениям не должен применяться абз. 2 п. 1 ст. 10 ГК РФ, ведь они выходят за рамки антимонопольных составов. Такие нарушения следует квалифицировать как заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (абз. 1 п. 1 ст. 10 ГК РФ). Судебная практика, разъясняющая случаи использования данной нормы, пока отсутствует.

6. Закон о защите конкуренции является центральным источником конкурентного права.

Он устанавливает полномочия антимонопольного органа, определяет составы нарушений антимонопольного законодательства, меры их пресечения, порядок привлечения к ответственности в случае установления нарушений.

Представляется, что Закон о защите конкуренции является специальным законом для целей регулирования отношений, связанных с защитой конкуренции. Поэтому в случае противоречия его норм положениям иных законов, регулирующих данные отношения, должны применяться нормы Закона о защите конкуренции. Об этом свидетельствует ч. 2 ст. 53 комментируемого Закона, согласно которой со дня вступления Закона о защите конкуренции в силу и до приведения в соответствие с ним других федеральных законов и иных нормативных правовых актов РФ, регулирующих отношения, связанные с защитой конкуренции, предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, указанные законы и иные нормативные правовые акты применяются в части, не противоречащей комментируемому Закону.

7. Помимо Закона о защите конкуренции к источникам конкурентного права можно также отнести целый ряд федеральных законов.

В частности, к ним относятся Закон о естественных монополиях и специальные отраслевые законы, регулирующие отдельные сферы деятельности субъектов естественной монополии:

- Федеральный закон от 26 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике»;
- Федеральный закон от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи»;
- Федеральный закон от 10 января 2003 г. № 17-ФЗ «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации» и др.

Также к числу законов, являющихся источниками конкурентного права, можно отнести:

– УК РФ – устанавливает уголовную ответственность за ограничение конкуренции (ст. 178);

– КоАП РФ – устанавливает административную ответственность за ряд нарушений антимонопольного законодательства, в частности, за ограничение конкуренции органами власти, органами местного самоуправления (ст. 14.9), злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке (ст. 14.31), манипулирование ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности) (ст. 14.31²), заключение ограничивающего конкуренцию соглашения, осуществление ограничивающих конкуренцию согласованных действий, координация экономической деятельности (ст. 14.32), недобросовестную конкуренцию (ст. 14.33), непредставление определенных сведений (информации) в федеральный антимонопольный орган (ст. 19.8);

– Закон о ФКС (с 1 января 2014 г. заменивший Закон № 94-ФЗ) – регулирует закупки товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд исходя из

⁸ Шерстобитов А.Е. Злоупотребление правом (доктрина и практика) // Проблемы развития частного права: Сборник статей к юбилею Владимира Саурсеевича Ема / Отв. ред. Е.А. Суханов, Н.В. Козлова. М., 2011.

⁹ См. п. 8 Обзора практики применения арбитражными судами ст. 10 ГК РФ, направленного Информационным письмом Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127.

принципа обеспечения конкуренции (ст. 8), состоящего в следующем: равные условия для обеспечения конкуренции между участниками закупок, соблюдение добросовестной ценовой и неценовой конкуренции между участниками закупок, запрет любых действий, которые приводят к ограничению конкуренции, в частности к необоснованному ограничению числа участников закупок (более подробно данный принцип раскрывается в специальных нормах Закона о ФКС);

– Закон № 223-ФЗ – устанавливает необходимость раскрытия информации и обеспечения конкуренции при осуществлении закупок товаров, работ и услуг государственными компаниями, государственными корпорациями, субъектами естественных монополий, унитарными предприятиями, а также некоторыми другими видами юридических лиц, перечисленных в данном Законе;

– Закон о торговле – вводит антимонопольные правила (требования) в области регулирования торговой деятельности, в том числе для хозяйствующих субъектов, осуществляющих торговую деятельность и поставки продовольственных товаров (см., в частности ст. 13–15);

– Закон № 57-ФЗ – регулирует отношения, связанные с осуществлением иностранными инвесторами или группой лиц инвестиций в форме приобретения акций (долей), составляющих уставные капиталы хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, а также с совершением иных сделок, в результате которых устанавливается контроль иностранных инвесторов или группы лиц над такими хозяйственными обществами; в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 15 сентября 2009 г. № 744 «О внесении изменений в акты Правительства Российской Федерации по вопросам Федеральной антимонопольной службы» уполномоченным органом, осуществляющим контроль за осуществлением иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, является ФАС России;

– Закон о рекламе – устанавливает понятие недобросовестной рекламы, которой признается, в частности, реклама, являющаяся актом недобросовестной конкуренции в соответствии с антимонопольным законодательством (см. п. 4 ч. 2 ст. 5).

8. В ч. 2 комментируемой статьи установлено, что отношения, связанные с защитой конкуренции, могут регулироваться постановлениями Правительства РФ и нормативными правовыми актами федерального антимонопольного органа, но только *в случаях, предусмотренных антимонопольным законодательством*.

Правительство РФ, как установлено в ч. 1 ст. 115 Конституции РФ, на основании и во исполнение Конституции РФ, федеральных законов, указов Президента РФ издает постановления и распоряжения. Акты, имеющие нормативный характер, издаются в форме постановлений Правительства РФ¹⁰. Так, в соответствии с ч. 2 ст. 13 Закона о защите конкуренции Правительство РФ вправе установить исключения из правил о запрете соглашений и согласованных действий в отношении некоторых из них (установить допустимость таких соглашений или действий). На основе данного положения Закона Правительство РФ на текущий момент приняло три постановления о допустимости соглашений¹¹.

9. ФАС России является федеральным антимонопольным органом, который осуществляет функции по принятию нормативных правовых актов, однако только в том случае, когда это предусмотрено антимонопольным законодательством (см. также п. 4 ч. 2 ст. 23 Закона о

¹⁰ См. ст. 23 Федерального конституционного закона от 17 декабря 1997 г. № 2-ФКЗ «О Правительстве Российской Федерации».

¹¹ См. постановления Правительства РФ от 5 июля 2010 г. № 504 «О случаях допустимости соглашений между страховщиками, работающими на одном и том же товарном рынке, об осуществлении совместной страховой или перестраховочной деятельности»; от 30 апреля 2009 г. № 386 «О случаях допустимости соглашений между кредитными и страховыми организациями»; от 16 июля 2009 г. № 583 «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами».

защите конкуренции). В качестве примера такого нормотворчества можно привести нормативные акты, принятые ФАС России на основании указаний ст. 6 Закона о защите конкуренции по следующим вопросам:

- об утверждении минимальной величины продаваемых на бирже нефтепродуктов, а также отдельных категорий товаров, выработанных из нефти и газа, и требований к биржевым торгам, в ходе которых заключаются сделки с нефтепродуктами, а также с отдельными категориями товаров, выработанных из нефти и газа, хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на соответствующих товарных рынках (см. совместный Приказ ФАС России № 3/15, Минэнерго России № 3 от 12 января 2015 г.);

- об утверждении порядка предоставления бирже списка аффилированных лиц хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на соответствующем товарном рынке, аккредитованным и (или) участвующим в торгах (в том числе путем подачи заявок на участие в торгах брокеру, брокерам) (см. Приказ ФАС России от 26 июня 2012 г. № 409).

К важным нормативным актам ФАС России следует отнести Порядок анализа товарных рынков, а также приказ ФАС России от 28 июня 2012 г. № 433 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения кредитной организации».

Также существуют многочисленные нормативные акты ФАС России, изданные в форме административных регламентов об исполнении соответствующих государственных функций антимонопольными органами.

Начиная с 2005 г. и по настоящее время институт административных регламентов получает все более широкое распространение. Административным регламентом является нормативный правовой акт федерального органа исполнительной власти, устанавливающий сроки и последовательность административных процедур (действий) федерального органа исполнительной власти. Административный регламент также устанавливает порядок взаимодействия между структурными подразделениями федерального органа исполнительной власти, их должностными лицами, а также взаимодействия федерального органа исполнительной власти с заявителями, иными органами государственной власти и органами местного самоуправления, учреждениями и организациями при предоставлении государственной услуги¹².

ФАС России приняла более 20 административных регламентов, регулирующих деятельность антимонопольных органов по реализации различных их полномочий, в частности:

- по предоставлению государственной услуги по даче разъяснений по вопросам применения федеральным антимонопольным органом антимонопольного законодательства РФ (утв. приказом ФАС России от 20 января 2012 г. № 22);

- по исполнению государственной функции по осуществлению контроля за соответствием антимонопольному законодательству РФ ограничивающих конкуренцию соглашений хозяйствующих субъектов (утв. приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. № 343);

- по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства РФ (утв. приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. № 340);

- по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства РФ (утв. приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. № 339);

- по исполнению государственной функции по установлению доминирующего положения хозяйствующего субъекта при рассмотрении заявлений, материалов, дел о нарушении антимо-

¹² Пункт 1 Постановления Правительства РФ от 16 мая 2011 г. № 373 «О разработке и утверждении административных регламентов исполнения государственных функций и административных регламентов предоставления государственных услуг».

нополюсного законодательства и при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией (утв. приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. № 345);

– по исполнению государственной функции по согласованию приобретения акций (долей) в уставном капитале коммерческих организаций, получения в собственность или пользование основных производственных средств или нематериальных активов, приобретения прав, позволяющих определять условия ведения хозяйствующим субъектом его предпринимательской деятельности, в случаях, предусмотренных законодательством РФ (утв. приказом ФАС России от 20 сентября 2007 г. № 294).

Кроме того, ФАС России на основании п. 5 ч. 2 ст. 23 Закона о защите конкуренции дает разъяснения по вопросам применения им антимонопольного законодательства, в том числе в форме писем и рекомендаций¹³. Формально такие разъяснения не являются источником конкурентного права. ФАС России не раз подчеркивала, что рекомендации, адресованные хозяйствующим субъектам, направлены на предупреждение нарушений антимонопольного законодательства и дают разъяснения хозяйствующим субъектам, какие действия на рынке не будут рассматриваться ФАС России как нарушающие антимонопольное законодательство. Вместе с тем отклонение поведения хозяйствующего субъекта от рекомендаций само по себе не является нарушением антимонопольного законодательства, если иное не будет установлено антимонопольным органом или судом¹⁴. Разъяснения играют важную роль для правоприменения при рассмотрении дел об антимонопольных нарушениях и административных дел в антимонопольных органах и судах, вносят правовую определенность и обеспечивают единство правоприменительной практики.

При этом следует учитывать позицию, изложенную ВАС РФ в одном из своих последних решений. В частности, в данном деле оценивалась законность Методических рекомендаций ФАС России по проведению плановых и внеплановых выездных проверок по контролю за соблюдением требований антимонопольного законодательства¹⁵. Признав Методические рекомендации недействующими, ВАС РФ указал, что данные рекомендации являются нормативным актом, при этом издание нормативного правового акта федерального органа исполнительной власти в виде письма, отсутствие его регистрации и официального опубликования противоречит закону¹⁶. Представляется, что данное решение ВАС РФ не следует истолковывать в том смысле, что ФАС России в принципе не может выносить рекомендации и разъяснения по применению антимонопольного законодательства, поскольку данное полномочие закреплено за ФАС России Законом о защите конкуренции (п. 9 ч. 2 ст. 23).

10. Хотя в российской правовой системе прецедент не является общепризнанным источником права, важное значение для правоприменения в сфере антимонопольного законодательства имеют также акты высших судебных органов – ВС РФ и ВАС РФ (постановления Пленума ВАС РФ¹⁷, информационные письма Президиума ВАС РФ, ВС РФ¹⁸, постановления Президиума ВАС РФ по конкретным делам¹⁹), а также КС РФ.

¹³ В качестве примеров можно привести: письмо ФАС России от 31 декабря 2013 г. № АЦ/54346/13 «О применении части 1 статьи 10 ФЗ «О защите конкуренции»; Методические рекомендации по применению антимонопольными органами статьи 2.9 КоАП (в части прекращения дел об административных правонарушениях, связанных с нарушением антимонопольного законодательства, по малозначительности); Рекомендации ФАС России дистрибьюторам и автопроизводителям автомобильной продукции в РФ от 7 сентября 2012 г.; письмо ФАС России от 8 июля 2010 г. № ИА/21482 «О применении методических рекомендаций по расчету оборотного штрафа» (вместе с Методическими рекомендациями по расчету величины штрафа, налагаемого на юридических лиц за совершение административных правонарушений, предусмотренных статьями 14.31 и 14.32 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях).

¹⁴ См., напр.: http://fas.gov.ru/fas-in-press/fas-in-press_35944.html.

¹⁵ Письмо ФАС России от 26 декабря 2011 г. № ИА/48530.

¹⁶ Решение ВАС РФ от 24 июня 2014 г. № ВАС-7907/2013.

¹⁷ См., напр.: постановление Пленума ВАС РФ № 30; постановление Пленума ВАС РФ от 8 октября 2012 г. № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе» и др.

Особое значение постановлений Пленума ВС РФ и Президиума ВС РФ (ранее – судебных актов Пленума и Президиума ВАС РФ) заключается в том, что их принятие может быть новым обстоятельством для пересмотра ранее принятых судебных актов по аналогичным делам, если в соответствующем акте содержится указание на возможность пересмотра вступивших в законную силу судебных актов в силу данного обстоятельства (п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ).

Статья 3. Сфера применения настоящего Федерального закона

1. Настоящий Федеральный закон распространяется на отношения, которые связаны с защитой конкуренции, в том числе с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, и в которых участвуют российские юридические лица и иностранные юридические лица, организации, федеральные органы исполнительной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления, иные осуществляющие функции указанных органов органы или организации, а также государственные внебюджетные фонды, Центральный банк Российской Федерации, физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели.

2. Положения настоящего Федерального закона применяются к достигнутым за пределами территории Российской Федерации соглашениям между российскими и (или) иностранными лицами либо организациями, а также к совершаемым ими действиям, если такие соглашения или действия оказывают влияние на состояние конкуренции на территории Российской Федерации.

3. Положения настоящего Федерального закона не распространяются на отношения, урегулированные едиными правилами конкуренции на трансграничных рынках, контроль соблюдения которых относится к компетенции Евразийской экономической комиссии в соответствии с международным договором Российской Федерации. Критерии отнесения рынка к трансграничному устанавливаются в соответствии с международным договором Российской Федерации.

1. Сфера применения Закона о защите конкуренции предопределяется его предметом (см. комментарий к ст. 1 Закона) и распространяется, в первую очередь, на отношения, связанные с защитой конкуренции, включая предупреждение и пресечение монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции.

2. Также в ч. 1 комментируемой статьи определяется действие Закона о защите конкуренции по кругу лиц (т. е. субъектный состав лиц, на которых распространяются положения комментируемого Закона). К их числу относятся:

1) *Российские юридические лица.*

Согласно п. 1 ст. 48 ГК РФ юридическим лицом признается организация, которая имеет обособленное имущество и отвечает им по своим обязательствам, может от своего имени приобретать и осуществлять гражданские права и нести гражданские обязанности, быть истцом и ответчиком в суде.

Статистика в отношении того, как распределяются доли между указанными в ч. 1 комментируемой статьи Закона о защите конкуренции категориями лиц среди привлекаемых к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства, не ведется. Вместе с тем можно с большой степенью обоснованности предположить, что российские юридические лица,

¹⁸ См., напр.: Обзор практики разрешения споров, связанных с применением антимонопольного законодательства; Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе (направлен Информационным письмом Президиума ВАС РФ от 25 декабря 1998 г. № 37); Обзор практики ВС РФ.

¹⁹ См., напр.: постановления Президиума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 1162/13; от 20 ноября 2012 г. № 2513/12; от 10 июля 2012 г. № 2123/12.

наряду с органами государственной власти и органами местного самоуправления, чаще других категорий лиц попадают в поле зрения антимонопольного органа.

2) Иностранные юридические лица.

Иностранными юридическими лицами являются организации, созданные по законодательству иностранного государства. Иностранные юридические лица могут осуществлять свою деятельность на территории РФ как через созданные в РФ филиалы и представительства, так и без создания таковых (к примеру, если иностранное юридическое лицо лишь поставляет товары на территорию РФ либо контролирует российское юридическое лицо).

Примеры привлечения иностранных юридических лиц к ответственности за нарушение российского антимонопольного законодательства имеются. Наиболее активно формируется судебная практика по поводу непредставления иностранными компаниями в антимонопольный орган информации о составе своей группы лиц и о так называемых «конечных бенефициарах»²⁰.

3) Иные организации.

Под иными организациями, являющимися наряду с российскими и иностранными юридическими лицами субъектами, подпадающими под действие Закона о защите конкуренции, следует понимать организации, не являющиеся юридическими лицами как по отечественному, так и по иностранному праву, однако в определенной степени обладающие самостоятельной правоспособностью. Правовой статус таких организаций определяется с учетом законодательства соответствующего государства, где создано и (или) осуществляет свою деятельность соответствующая организация. В России, например, к организациям такого рода относятся общественные объединения, не прошедшие государственную регистрацию в качестве юридического лица.

Авторам не известны случаи привлечения таких организаций к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства. Более того, в практике российских судов обращает на себя внимание судебный спор по так называемому «картельному сговору на рынке пангасиуса» (дело № А40-143256/2013), в котором один из предполагаемых (по мнению ФАС России) участников антиконкурентного соглашения – Управленческий комитет по экспорту пангасиуса на российский рынок (Vietnam Executive of Seafood Export to Russia Market (NO. 2 Ngoc Ha St., Ba Dinh District, Hanoi, Vietnam)) – был исключен судом из числа участников такого соглашения²¹.

4) Федеральные органы исполнительной власти.

В соответствии с п. 1 Указа Президента РФ от 9 марта 2004 г. № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» в систему федеральных органов исполнительной власти входят федеральные министерства, федеральные службы и федеральные агентства.

В качестве примера привлечения федерального органа государственной власти к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства может служить спор между ФАС России и Министерством сельского хозяйства РФ по поводу правомерности привлечения министерства к ответственности за нарушение ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции²².

5) Органы государственной власти субъектов РФ.

Согласно ст. 2 Федерального закона от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной

²⁰ См., напр.: постановления ФАС МО от 22 января 2013 г. по делу № А40-55784/12-121-528; от 20 марта 2014 г. по делу № А40-66537/13; от 23 января 2012 г. по делу № А40-152378/10-106-1052; от 4 марта 2014 г. по делу № А40-93451/2013.

²¹ См.: постановление 9 ААС от 27 февраля 2015 г. по делу № А40-143256/13.

²² См.: постановление ФАС МО от 1 августа 2013 г. по делу № А40-103196/12-122-526.

власти субъектов Российской Федерации» систему органов государственной власти субъекта РФ составляют:

- законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта РФ;
- высший исполнительный орган государственной власти субъекта РФ;
- иные органы государственной власти субъекта РФ, образуемые в соответствии с конституцией (уставом) субъекта РФ.

Одним из примеров привлечения органа государственной власти субъекта РФ к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства может служить дело, в котором Министерство здравоохранения Саратовской области, издавав соответствующий ненормативный правовой акт, возложило на хозяйствующие субъекты, занимающиеся оптовой торговлей лекарственными средствами на территории Саратовской области, не предусмотренную законом обязанность по обращению в ГАУ Саратовской области «Центр контроля качества и сертификации лекарственных средств» для прохождения мониторинга качества лекарственных средств, чем нарушила ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции. Суды в данном споре поддержали позицию Управления ФАС России по Саратовской области²³.

б) Органы местного самоуправления.

Структуру органов местного самоуправления в соответствии с ч. 1 ст. 34 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» составляют:

- представительный орган муниципального образования;
- глава муниципального образования;
- местная администрация (исполнительно-распорядительный орган муниципального образования);
- контрольно-счетный орган муниципального образования;
- иные органы и выборные должностные лица местного самоуправления, предусмотренные уставом муниципального образования и обладающие собственными полномочиями по решению вопросов местного значения.

Антимонопольные споры с органами местного самоуправления в большинстве случаев по объяснимым причинам рассматриваются на уровне территориальных управлений ФАС России²⁴.

7) Иные органы или организации, осуществляющие функции государственных и муниципальных органов.

К указанной категории субъектов следует относить те органы или организации, которым переданы или которые наделены отдельными функциями федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления.

В качестве примера можно привести решения ФАС России о нарушении антимонопольного законодательства в отношении Государственной комиссии по радиочастотам (ГКРЧ).

8) Государственные внебюджетные фонды.

В соответствии со ст. 144 Бюджетного кодекса РФ государственные внебюджетные фонды, наряду с государственными органами, имеют два уровня: федеральный уровень, к которому относятся Пенсионный фонд РФ, Фонд социального страхования РФ и Федеральный фонд обязательного медицинского страхования; а также региональный уровень, к которому относятся территориальные фонды обязательного медицинского страхования.

²³ См.: постановление ФАС ПО от 6 августа 2013 г. по делу № А57-24285/2012.

²⁴ См., напр.: постановления ФАС ВСО от 20 ноября 2014 г. по делу № А33-291/2014; ФАС ВВО от 10 декабря 2014 г. по делу № А79-574/2014.

Примером судебных споров между государственными внебюджетными фондами и антимонопольным органом может служить дело № А45-9135/2014, в котором суды первой и апелляционной инстанции оставили в силе решение и предписание Управления ФАС России по Новосибирской области, вынесенные в отношении Территориального фонда обязательного медицинского страхования Новосибирской области в связи с допущенным последним нарушением ч 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции.

9) ЦБ РФ.

Согласно ст. 1 Федерального закона «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» статус, цели деятельности, функции и полномочия ЦБ РФ определяются Конституцией РФ, названным Законом и другими федеральными законами.

10) *Физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели.* В соответствии с п. 1 ст. 23 ГК РФ гражданин вправе заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица с момента государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя.

Ранее для физических лиц и индивидуальных предпринимателей Закон о защите конкуренции не содержал каких-либо иммунитетов, однако на разных площадках в 2014 г. активно велась дискуссия о целесообразности введения в антимонопольное законодательство отдельных послаблений для субъектов малого предпринимательства (к которым относятся и индивидуальные предприниматели). В результате этой дискуссии принят Федеральный закон от 3 июля 2016 г. № 264-ФЗ, предусматривающий иммунитеты для отдельных категорий индивидуальных предпринимателей.

На сегодняшний день практика антимонопольного органа по привлечению индивидуальных предпринимателей к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства вполне сложилась. Так, наравне с другими участниками соответствующих рынков индивидуальные предприниматели несут ответственность за заключение антиконкурентных соглашений, недобросовестную конкуренцию, иные нарушения антимонопольного законодательства. К примеру, в одном из дел антимонопольный орган, а впоследствии и суд, признали индивидуального предпринимателя и лиц, входящих с ним в одну группу, нарушившими п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции путем заключения и участия в соглашении, которое привело к поддержанию цен на торгах в открытых аукционах в электронной форме²⁵.

3. Часть 2 комментируемой статьи определяет порядок применения положений Закона о защите конкуренции к достигнутым за пределами территории РФ соглашениям между российскими и (или) иностранными лицами либо организациями, а также к совершаемым ими действиям.

Данной нормой закрепляется возможность экстерриториального применения Закона о защите конкуренции. Термин «экстерриториальность» широко используется в международных соглашениях, актах международных судов и юридической литературе²⁶. Наравне с указанным термином в юридической литературе²⁷ и отдельных разъяснениях ФАС России²⁸

²⁵ См.: постановление ФАС МО от 25 июня 2013 г. по делу № А40-64690/12-130-611.

²⁶ См., напр.: Римский статут Международного уголовного суда (Вместе с «Пособием для ратификации и имплементации...») (Принят в г. Риме 17 июля 1998 г. Дипломатической конференцией полномочных представителей под эгидой ООН по учреждению Международного уголовного суда) // СПС «КонсультантПлюс». См. также: Постановление Европейского суда по правам человека от 12 июля 2007 г. «Дело Йоргич (Jorgic) против Германии» // СПС «КонсультантПлюс»; Максименко А. Закон о конкуренции: экстерриториальность // Корпоративный юрист. 2010. № 5. С. 19–22; Хохлов Е. Последние изменения законодательства в сфере контроля за экономической концентрацией // Корпоративный юрист. 2009. № 12. С. 8–12.

²⁷ См.: Малаев С. С. Экстерриториальное действие уголовно-процессуального закона // Международное уголовное право и международная юстиция. 2011. № 2. С. 3–5; Морозов Д. В. Экстерриториальные нормы и доктрина международного частного права // Журнал российского права. 2011. № 7. С. 98–106.

²⁸ См.: Письмо ФАС России от 27 декабря 2011 г. № ИА/48801 «О применении «третьего антимонопольного пакета».

используется также термин «экстерриториальность». В настоящем комментарии мы придерживаемся первого варианта написания данного понятия.

Если следовать буквальному прочтению комментируемой нормы, то формально Закон о защите конкуренции может применяться к любым антиконкурентным соглашениям (действиям), достигнутым (совершенным) за пределами РФ, если такие соглашения (действия) оказывают влияние на состояние конкуренции на территории РФ, что подразумевает под собой достаточно широкий круг возможных ситуаций (к примеру, сделки экономической концентрации, картельные и иные антиконкурентные соглашения, случаи недобросовестной конкуренции).

Вместе с тем на практике до настоящего времени Закон о защите конкуренции экстра-территориально применялся в первую очередь в отношении сделок экономической концентрации, в том числе с учетом норм ст. 26¹ Закона, раскрывающих, что «именно для этого института (и только для него) означает влияние на состояние конкуренции в России»²⁹.

С принятием текущей редакции комментируемой нормы связываются определенные надежды на интенсификацию работы антимонопольных органов в направлении международных картелей³⁰.

Вместе с тем объективные сложности выявления картелей, заключенных за пределами территории РФ (равно как и любых других антиконкурентных соглашений и (или) действий), проведения соответствующего расследования, сбора и закрепления доказательств, а равно сложности принудительного исполнения Закона о защите конкуренции³¹ продолжают выступать серьезным препятствием для того, чтобы Закон о защите конкуренции широко применялся экстра-территориально.

Одним из возможных вариантов преодоления указанных сложностей могло бы стать заключение РФ международных соглашений, которыми бы прямо устанавливался экстра-территориальный характер применения антимонопольного права для участвующих в таком международном соглашении государств, как это широко применяется рядом стран (и межгосударственными образованиями), чья конкурентная политика пользуется заслуженным уважением в мире (к примеру, США, ЕС, Австралия). Повышение уровня доверия судебных систем разных стран на основе принципа взаимности, а также заключение на межгосударственном уровне соглашений о признании и принудительном приведении в исполнение судебных решений судов одного государства – участника такого соглашения в другом государстве – участнике такого соглашения могли бы выступить дополнительными мерами, повышающими экстра-территориальное влияние российской антимонопольной политики в мире. Вместе с тем, названные меры выходят за пределы полномочий антимонопольного органа и остаются на усмотрение, в первую очередь, исполнительной и законодательной властей РФ в контексте проводимой Россией международной политики.

4. Часть 3 комментируемой статьи устанавливает исключение из сферы действия Закона о защите конкуренции отношений, возникающих на трансграничных рынках, контроль соблюдения которых отнесен к компетенции ЕЭК, и подпадающих под соответствующее международное регулирование³².

Договор о ЕАЭС устанавливает пределы контроля ЕЭК за соблюдением антимонопольных правил на территории трансграничных рынков ЕАЭС. Критерии отнесения рынка к

²⁹ Дианов В., Егорушкин А., Хохлов Е. Комментарий к «третьему антимонопольному пакету». М.: Статут, 2012 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁰ См.: Кинев А.Ю. Картели и другие антиконкурентные соглашения // СПС «КонсультантПлюс».

³¹ См.: Борзило Е.Ю. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: Научно-практическое руководство. М.: Статут, 2014 // СПС «КонсультантПлюс».

³² Подробнее об этом см. п. 1 письма ФАС России от 24 декабря 2015 г. № ИА/74666/15 «О применении «четвертого антимонопольного пакета».

трансграничному определены Решением Высшего Евразийского экономического совета от 19 декабря 2012 г. № 29.

Статья 4. Основные понятия, используемые в настоящем Федеральном законе

В настоящем Федеральном законе используются следующие основные понятия:

1) товар – объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот;

2) финансовая услуга – банковская услуга, страховая услуга, услуга на рынке ценных бумаг, услуга по договору лизинга, а также услуга, оказываемая финансовой организацией и связанная с привлечением и (или) размещением денежных средств юридических и физических лиц;

3) взаимозаменяемые товары – товары, которые могут быть сравнимы по их функциональному назначению, применению, качественным и техническим характеристикам, цене и другим параметрам таким образом, что приобретатель действительно заменяет или готов заменить один товар другим при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях);

4) товарный рынок – сфера обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров (далее – определенный товар), в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами;

5) 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;

6) финансовая организация – хозяйствующий субъект, оказывающий финансовые услуги, – кредитная организация, профессиональный участник рынка ценных бумаг, организатор торговли, клиринговая организация, микрофинансовая организация, кредитный потребительский кооператив, страховая организация, страховой брокер, общество взаимного страхования, негосударственный пенсионный фонд, управляющая компания инвестиционных фондов, паевых инвестиционных фондов, негосударственных пенсионных фондов, специализированный депозитарий инвестиционных фондов, паевых инвестиционных фондов, негосударственных пенсионных фондов, ломбард (финансовая организация, поднадзорная Центральному банку Российской Федерации), лизинговая компания (иная финансовая организация, финансовая организация, не поднадзорная Центральному банку Российской Федерации);

7) конкуренция – соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке;

8) дискриминационные условия – условия доступа на товарный рынок, условия производства, обмена, потребления, приобретения, продажи, иной передачи товара, при которых хозяйствующий субъект или несколько хозяйствующих субъектов поставлены в неравное положение по сравнению с другим хозяйствующим субъектом или другими хозяйствующими субъектами;

9) недобросовестная конкуренция – любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам – конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации;

10) монополистическая деятельность – злоупотребление хозяйствующим субъектом, группой лиц своим доминирующим положением, соглашения или согласованные действия, запрещенные антимонопольным законодательством, а также иные действия (бездействие), признанные в соответствии с федеральными законами монополистической деятельностью;

11) систематическое осуществление монополистической деятельности – осуществление хозяйствующим субъектом монополистической деятельности, выявленное в установленном настоящим Федеральным законом порядке более двух раз в течение трех лет;

12) необоснованно высокая цена финансовой услуги, необоснованно низкая цена финансовой услуги – цена финансовой услуги или финансовых услуг, которая установлена занимающей доминирующее положение финансовой организацией, существенно отличается от конкурентной цены финансовой услуги, и (или) затрудняет доступ на товарный рынок другим финансовым организациям, и (или) оказывает негативное влияние на конкуренцию;

13) конкурентная цена финансовой услуги – цена, по которой финансовая услуга может быть оказана в условиях конкуренции;

14) координация экономической деятельности – согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, не входящим в одну группу лиц ни с одним из таких хозяйствующих субъектов и не осуществляющим деятельности на товарном рынке, на котором осуществляется согласование действий хозяйствующих субъектов. Не являются координацией экономической деятельности действия хозяйствующих субъектов, осуществляемые в рамках «вертикальных» соглашений;

15) антимонопольный орган – федеральный антимонопольный орган и его территориальные органы;

16) приобретение акций (долей) хозяйственных обществ – покупка, а также получение иной возможности осуществления предоставленного акциями (долями) хозяйственных обществ права голоса на основании договоров доверительного управления имуществом, договоров о совместной деятельности, договоров поручения, других сделок или по иным основаниям;

17) признаки ограничения конкуренции – сокращение числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, на товарном рынке, рост или снижение цены товара, не связанные с соответствующими изменениями иных общих условий обращения товара на товарном рынке, отказ хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке, определение общих условий обращения товара на товарном рынке соглашением между хозяйствующими субъектами или в соответствии с обязательными для исполне-

ния ими указаниями иного лица либо в результате согласования хозяйствующими субъектами, не входящими в одну группу лиц, своих действий на товарном рынке, иные обстоятельства, создающие возможность для хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке, а также установление органами государственной власти, органами местного самоуправления, организациями, участвующими в предоставлении государственных или муниципальных услуг, при участии в предоставлении таких услуг требований к товарам или к хозяйствующим субъектам, не предусмотренных законодательством Российской Федерации;

18) соглашение – договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме;

19) «вертикальное» соглашение – соглашение между хозяйствующими субъектами, один из которых приобретает товар, а другой предоставляет (продает) товар;

20) государственные или муниципальные преференции – предоставление федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями отдельным хозяйствующим субъектам преимущества, которое обеспечивает им более выгодные условия деятельности, путем передачи государственного или муниципального имущества, иных объектов гражданских прав либо путем предоставления имущественных льгот, государственных или муниципальных гарантий;

21) экономическая концентрация – сделки, иные действия, осуществление которых оказывает влияние на состояние конкуренции;

22) лицо, являющееся объектом экономической концентрации, – лицо, чьи акции (доли), активы, основные производственные средства и (или) нематериальные активы приобретаются или вносятся в уставный капитал, и (или) лицо, права в отношении которого приобретаются в порядке, установленном главой 7 настоящего Федерального закона;

23) потребитель – юридическое лицо или физическое лицо, приобретающие товар.

1. В комментарии к настоящей статье раскрываются лишь несколько понятий, приведенных в ст. 4 Закона о защите конкуренции: товара, взаимозаменяемых товаров, товарного рынка и потребителя. Иные понятия, приведенные в ст. 4 Закона, раскрываются в комментариях к статьям, к которым такие понятия имеют непосредственное отношение.

Для удобства использования комментария ниже приведена таблица с отсылками на статьи, в которых раскрываются соответствующие понятия.

Таблица

| Пункт ст. 4 | Понятие | Статья, в комментарии к которой раскрыто понятие |
|----------------|---|--|
| 2 | финансовая услуга | 18 |
| 5 | хозяйствующий субъект | 5 |
| 6 | финансовая организация | 18 |
| 7 | конкуренция | 1 |
| 8 | дискриминационные условия | 10 |
| 9 | недобросовестная конкуренция | 14 |
| 10 | монополистическая деятельность | 1 |
| 11 | систематическое осуществление монополистической деятельности | 38 |
| 12 | необоснованно высокая цена финансовой услуги, необоснованно низкая цена финансовой услуги | 10 |
| 13 | конкурентная цена финансовой услуги | 10 |
| 14 | координация экономической деятельности | 11 |
| 15 | антимонопольный орган | 22 |
| 16 | приобретение акций (долей) хозяйственных обществ | 28 |
| 17 | признаки ограничения конкуренции | 11, ч. 4 |
| 18 | соглашение | 11 |
| 19 | «вертикальное» соглашение | 11 |
| 20 | государственные или муниципальные преференции | 19 |
| 21 | экономическая концентрация | 26 ¹ |
| 22 | лицо, являющееся объектом экономической концентрации | 28 |

2. Понятия товара, взаимозаменяемых товаров, товарного рынка и потребителя являются центральными понятиями, предусмотренными в ст. 4 Закона о защите конкуренции. Эти понятия проходят красной нитью по всему Закону и являются системообразующими для всего антимонопольного законодательства. Так или иначе, практически каждый институт Закона о защите конкуренции опирается на эти понятия.

Товар, согласно Закону о защите конкуренции (п. 1 ст. 4) означает объект гражданских прав, который отнесен к таковым ст. 128 ГК РФ и предназначен для продажи, покупки, мены и иного введения в оборот. К числу товаров, таким образом, не относятся такие объекты граж-

данских прав, которые не предназначены для введения в оборот (например, результаты интеллектуальной деятельности или нематериальные права).

Товаром является не только продукция и иные вещи, но и нематериальные объекты, подлежащие обмену или иному введению в оборот, включая результаты работ и оказание услуг, права на результаты интеллектуальной деятельности.

Сделки, направленные на оборот товара, формируют сферу его обращения, которая и является товарным рынком. Проведение анализа товарного рынка и состояния конкуренции на нем является обязательным для антимонопольного органа при: 1) рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства³³; 2) принятии решений в рамках государственного контроля за экономической концентрацией³⁴; 3) решении вопросов о принудительном разделении (выделении) участников рынка в случае систематического осуществления ими монополистической деятельности³⁵.

Определение товарного рынка представляет собой комплексную процедуру, раскрытие которой представляется возможным через описание каждого из ее элементов отдельно. Подробно каждый из элементов описан в Порядке анализа товарных рынков. В настоящем комментарии к ст. 4 Закона о защите конкуренции данный Порядок взят за основу при раскрытии понятия и процедуры определения товарного рынка.

3. Продуктовые границы товарного рынка. Понятие товарного рынка определено в Законе о защите конкуренции как «сфера обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров, в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами» (п. 4 ст. 4). Первым элементом определения товарного рынка является выявление взаимозаменяемых товаров, которые и составляют продуктовые границы товарного рынка.

Согласно Закону о защите конкуренции под взаимозаменяемыми товарами понимаются товары, которые могут быть сравнимы по их функциональному назначению, применению, качественным и техническим характеристикам, цене и другим параметрам таким образом, что приобретатель (как физическое, так и юридическое лицо) действительно заменяет или готов заменить один товар другим при потреблении (п. 3 ст. 4).

Таким образом, продуктовые границы товарного рынка – это товарная группа, сфера обращения определенных товаров, которые, по субъективному мнению, приобретателей таких товаров являются схожими для целей потребления. Целью потребления может быть не только использование продукции конечными потребителями по ее назначению, но и потребление в производственных целях, для целей перепродажи и т. п. В этой связи важно отметить, что под потребителем Закон о защите конкуренции понимает любое лицо, приобретающее товар вне зависимости от целей такого приобретения (п. 23 ст. 4), например, это может быть покупатель, приобретающий продукцию для целей перепродажи и не являющийся непосредственно конечным потребителем такой продукции. Согласно буквальному толкованию понятия «потребитель» (п. 23 ст. 4) оно подразумевает наличие факта приобретения товара – намерения приобрести товар в будущем или фактов приобретения товара в прошлом может быть недостаточно для квалификации лица в качестве потребителя. Представляется, что по смыслу Закона о защите конкуренции такое буквальное толкование не должно применяться. Так, например, одним из последствий злоупотребления доминирующим положением согласно ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции является ущемление интересов неопределенного круга

³³ См. ч. 5¹ ст. 45 Закона о защите конкуренции и п. 1.1 Порядка анализа товарных рынков.

³⁴ См. п. 1.1 Порядка анализа товарных рынков.

³⁵ См. п. 1.1 Порядка анализа товарных рынков и ст. 38 Закона о защите конкуренции.

потребителей, при этом под неопределенным кругом потребителей, очевидно, имеются в виду не только текущие покупатели товара, но и все те, кто его намеревается купить и чьи интересы также могут быть нарушены в результате злоупотребления.

В рамках определения продуктовых границ рынка из определенной товарной группы исключаются все товары, которые, по мнению потребителей, не подходят им для целей потребления. Если товарный рынок определяется в случае нарушения Закона о защите конкуренции со стороны потребителя товара³⁶, то продуктовые границы определяются исходя из субъективного мнения поставщиков товара относительно возможности поставки и (или) производства такого товара³⁷.

Процедура определения продуктовых границ товарного рынка антимонопольным органом включает в себя следующие этапы³⁸.

А. Предварительное определение товара. На этапе предварительного определения товара учитывается в том числе следующее: 1) условия договоров, заключенных в отношении товара; 2) разрешения (лицензии) на осуществление видов деятельности, связанных с производством и (или) реализацией товара; 3) нормативные акты, регулирующие производство и (или) реализацию товара; 4) данные общероссийских классификаторов; 5) информация из словарей и справочников; 6) заключения специалистов³⁹. На рассматриваемом этапе анализа рынка следует учитывать как можно больше из указанных выше источников данных, так как использование только одного источника (например, данных общероссийских классификаторов) может привести к искусственному сужению предмета исследования и впоследствии к неправильному определению продуктовых границ рынка.⁴⁰

Определение продуктовых границ товарного рынка не может осуществляться исключительно на основании предварительного определения товара. Иными словами, указанных выше источников информации, используемых в рамках предварительного определения товара (например, только данных общероссийских классификаторов), недостаточно для полноценного определения продуктовых границ товарного рынка⁴¹.

При предварительном определении товара, так же как и на последующих этапах определения продуктовых границ рынка, учитываются как товары, произведенные в России (включая услуги, оказываемые российскими исполнителями), так и товары иностранного производства (включая услуги, оказываемые иностранными исполнителями).

Пропуск данного этапа анализа рынка или отсутствие в аналитическом отчете четкого указания на данные, которые были использованы в рамках предварительного определения товара, является основанием для оспаривания соответствующего решения антимонопольного органа⁴².

Б. Выявление свойств товара, определяющих выбор приобретателя. К таким свойствам в том числе относятся: 1) функциональное назначение, цель потребления товара и его потребительские свойства; 2) применение товара, например, перепродажа либо личное потребление или профессиональное использование; 3) качественные характеристики, например, вид, сорт, ассортимент, дизайн, упаковка, реклама, особенности в системе распространения и сбыта; 4)

³⁶ Имеются в виду такие ситуации, когда потребитель оказывает существенное влияние на рынок (и, соответственно, поставщиков и (или) производителей), как правило в случае монополии, т. е. присутствия единственного потребителя на рынке определенного товара.

³⁷ См. п. 3.2 Порядка анализа товарных рынков.

³⁸ См. разд. III Порядка анализа товарных рынков.

³⁹ См. там же, п. 3.4.

⁴⁰ См., напр.: постановления АС ВВО от 27 апреля 2015 г. № Ф01-1283/2015 по делу № А38-5519/2013; ФАС МО от 9 ноября 2012 г. по делу № А40-15520/12-120-145; АС УО от 27 августа 2015 г. № Ф09-5836/15 по делу № А76-26908/2013.

⁴¹ См., напр.: Определение ВАС РФ от 23 апреля 2013 г. по делу № А03-1338/2012.

⁴² См., напр.: постановления АС ВВО от 20 октября 2014 г. по делу № А38-4080/2013; ФАС ВСО от 9 апреля 2014 г. по делу № А33-14829/2013.

технические характеристики, например, эксплуатационные показатели, ограничения по транспортировке, условия сборки, ремонта, технического обслуживания, особенности профессионального или производственного использования; 5) цена; 6) условия реализации, в том числе размер партий товара, способ реализации товара⁴³.

Одни и те же товары могут восприниматься разными приобретателями как невзаимозаменяемые, так как для одной категории потребителей могут быть важны отдельные свойства товаров, которые для другой категории не представляют интереса. Например, для оптовых покупателей, приобретающих товар для целей перепродажи, потребительские качества такого товара могут не иметь столь важного значения, как для конечных потребителей. Так, ВАС РФ поддержал позицию ФАС России, согласно которой для оптовых покупателей – перепродавцов бензинов и дизельного топлива эти два товара составляют одну товарную группу, так как качественные характеристики этих товаров, имеющие значение для конечных потребителей, не имеют такого значения для оптовых покупателей⁴⁴.

В. Выявление иных товаров, потенциально являющихся взаимозаменяемыми с данным товаром. Выявление таких товаров осуществляется посредством: 1) сбора экспертных оценок в отношении товаров, которые потенциально являются взаимозаменяемыми; 2) анализа близких по свойствам товаров, входящих в одну группу одного из общероссийских классификаторов и (или) товарной номенклатуры внешнеэкономической деятельности⁴⁵.

В рамках данного этапа могут учитываться в том числе а) заключения органов статистики, б) сведения от налоговых, таможенных и иных государственных органов, ЦБ РФ, органов местного самоуправления; в) результаты экономических и товароведческих экспертиз, заключения специализированных организаций; г) данные ведомственных и независимых информационных центров и служб, объединений потребителей и объединений производителей; д) выводы маркетинговых, социологических исследований, выборочных опросов и анкетирования; е) данные, предложенные к рассмотрению хозяйствующими субъектами⁴⁶. Все приведенные данные должны учитываться, если только они верифицируемы, т. е. возможно определить их подлинность и достоверность источников, на которых такие данные основаны. В некоторых случаях пропуск этого этапа при определении продуктовых границ товарного рынка может привести к неверному результату⁴⁷.

Г. Определение взаимозаменяемых товаров. Данный этап является завершающим и ключевым при определении продуктовых границ товарного рынка. Антимонопольные органы применяют следующие методы для определения взаимозаменяемых товаров⁴⁸.

– «Тест гипотетического монополиста». Данный тест впервые был принят в начале 80-х гг. XX в. Министерством юстиции США для целей анализа антиконкурентных последствий в результате сделок слияний и поглощений⁴⁹. Позднее «тест гипотетического монополиста» стал одним из наиболее распространенных инструментов определения взаимозаменяемых товаров, применяемых антимонопольными органами по всему миру.

Суть теста сводится к определению мнения приобретателей, покупающих один товар (далее – товар А), относительно их готовности «переключиться» на другие товары (далее – товары Б и В) при долговременном (более одного года) повышении цены на товар А на 5–10 %, при условии, что цены на товары Б и В останутся прежними. Если потребители выра-

⁴³ См. п. 3.5 Порядка анализа товарных рынков.

⁴⁴ См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 25 мая 2010 г. № 16678/09.

⁴⁵ См. п. 3.6 Порядка анализа товарных рынков.

⁴⁶ См. п. 1.5 Порядка анализа товарных рынков.

⁴⁷ См., напр.: постановление ФАС ВСО от 15 апреля 2013 г. по делу № А69-1004/2012.

⁴⁸ См. п. 3.9 Порядка анализа товарных рынков.

⁴⁹ См.: Merger Guidelines, опубликованные в 4-м выпуске Trade Reg. Rep. (ССН) 13,102, 14 июня 1982 г., доступны в сети «Интернет» по адресу: <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11248.htm>

жают такую готовность и в результате их гипотетического «переключения» на товары Б и В выручка поставщика товара А падает по сравнению с его выручкой до повышения цены (т. е. повышение цены на товар А для него невыгодно), то товары А, Б и В считаются принадлежащими к одной товарной группе. Данный метод основан на проведении выборочных или сплошных опросов покупателей⁵⁰. В этой связи проведение опросов при определении взаимозаменяемых товаров является необходимым⁵¹. Опрос должен быть репрезентативным, т. е. проводиться среди потребителей разного профиля, и количество респондентов должно быть достаточным для выявления общих потребительских предпочтений на рынке. Если опрос не является репрезентативным, то он может привести к неправильному определению взаимозаменяемых товаров⁵².

– Анализ ценообразования и динамики цен, изменения объема спроса при изменении цен. Этот метод основан на фактической информации об изменении спроса на рынке при изменении цен на тот или иной товар. Например, в период экономического кризиса 2008–2009 гг. цены на многие товары выросли, и в результате потребители стали «переключаться» на другие товары. Наличие фактов таких «переключений» может свидетельствовать о взаимозаменяемости товаров.

– Расчет показателя перекрестной эластичности спроса⁵³. В рамках данного метода определяется соотношение между изменением спроса на определенный товар и соответствующим изменением цены на этот товар. Например, при росте цены на товар на 20 % спрос на этот товар падает на 25 % и «переключается» на другой товар. В таком случае соотношение изменения спроса и цены (т. е. показатель перекрестной эластичности) будет составлять 1,25 (25 % : 20 %). В п. 3.10 Порядка анализа товарных рынков указано, что товары считаются взаимозаменяемыми на основании метода перекрестной эластичности спроса, если показатель перекрестной эластичности *превышает* 1. Применительно к примеру, приведенному выше, это означает, что при падении спроса лишь на 20 % товар, на который «переключился» спрос, не будет считаться взаимозаменяемым согласно данному методу, так как показатель перекрестной эластичности будет составлять ровно 1.

В 2015 г. в Порядок анализа товарных рынков были внесены изменения, согласно которым один из указанных выше трех методов определения взаимозаменяемых товаров должен быть выбран в рамках подготовки анализа, и антимонопольный орган должен обосновать свой выбор. При этом если антимонопольный орган проводит тест гипотетического монополиста, то обоснование выбора этого метода приводить не требуется и иные методы для целей определения взаимозаменяемых товаров могут не использоваться⁵⁴. Это означает, что тест гипотетического монополиста является приоритетным для определения взаимозаменяемых товаров.

Важно отметить, что в п. 3.7 Порядка анализа товарных рынков предусмотрен следующий универсальный тест для определения *невзаимозаменяемых* товаров: «товары не относятся к взаимозаменяемым, если для замены товара другим товаром в процессе потребления требуется более года или в связи с заменой приобретатель товара несет значительные издержки (превышающие, как правило, 10 % от цены товара) и если при этом антимонопольный орган не располагает информацией о том, что такая замена имела или имеет место, а также если такая информация не представлена хозяйствующим субъектом» (далее – тест 10 %).

Применение теста 10 % достаточно формально и основано на допущении, что постоянная 10 %-ная разница в цене между двумя товарами рассматривается потребителями как достаточ-

⁵⁰ См. п. 3.2 и 3.9 Порядка анализа товарных рынков.

⁵¹ См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 1162/13.

⁵² См., напр.: постановление 2 ААС от 9 ноября 2012 г. по делу № А17-1714/2012.

⁵³ См. п. 3.10 Порядка анализа товарных рынков.

⁵⁴ См. п. 3.8 и п. 3.9 Порядка анализа товарных рынков.

ное препятствие для» переключения» их спроса с одного товар на другой. Однако, как указано в описании теста 10 %, это лишь допущение, которое может быть опровергнуто (в том числе на основании информации, предоставленной участниками рынка), если «переключения» спроса потребителей, несмотря на 10 %-ную разницу в цене, в действительности происходили или происходят (возможности «переключения» спроса в данном случае недостаточно, должен быть подтвержден факт «переключения» спроса). Иными словами, тест 10 % использует цену как единственный фактор, определяющий спрос, между тем на практике для потребителей определяющими могут быть и другие факторы, например, качество товара, определенные свойства товара и т. д. Указанные выше три метода для определения взаимозаменяемых товаров как раз и позволяют выявить ситуации, когда цена может не играть решающей роли при формировании потребительского спроса.

Применительно к тесту 10 % необходимо отметить, что сравнение цен должно осуществляться в отношении сопоставимых товаров. Это особенно актуально в отношении товаров, дифференцированных по качественным и иным характеристикам, поскольку определенный подвид товара может не подходить для нужд отдельных потребителей.

Поэтому сравнение цен в такой ситуации следует осуществлять в отношении сопоставимых подвидов или классов товаров⁵⁵.

В складывающейся до недавнего времени судебной практике применение теста 10 %, как правило, признавалось достаточным для подтверждения невзаимозаменяемости товаров⁵⁶. Однако, как говорилось выше, в 2015 г. в Порядок анализа товарных рынков были внесены изменения, по сути, указывающие на обязанность выбора одного из трех методов для определения взаимозаменяемых товаров, предусмотренных в п. 3.8 этого акта. В этой связи представляется, что судебная практика должна постепенно меняться в сторону применения более глубокого экономического анализа в рамках определения взаимозаменяемых товаров.

4. *Географические границы товарного рынка.* Этот этап определения границ товарного рынка также содержится в понятии товарного рынка, предусмотренном в Законе о защите конкуренции: «товарный рынок – сфера обращения товара... в границах которой (*в том числе географических*) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами» (п. 4 ст. 4). По своей сути подход к определению географических границ товарного рынка схож с определением продуктовых границ. Разница состоит в том, что субъективное мнение потребителей о возможности заменить в процессе потребления один товар другим здесь относится не к характеристикам или качествам самого товара, а касается территории, на которой товары могут быть приобретены или проданы.

Таким образом, если один товар с одной территории может быть заменен в потреблении другим товаром с другой территории, то такие товары относятся к одному товарному рынку. Напротив, если товар может быть приобретен исключительно на определенной территории, то и рынок такого товара будет ограничен этой территорией.

Под территорией для целей определения географических границ рынка понимается абсолютно любая территория. Это может быть мировой рынок, включающий множество стран (например, в случае какого-либо IT- продукта, который продается посредством сети «Интернет» и может быть приобретен где угодно). А может быть рынок с крайне узкими географическими границами (например, территория села, расположенного в малонаселенной местности, или даже улица, если за ее пределами приобрести какой-либо товар не представляется возможным).

⁵⁵ См., напр.: постановление ФАС МО от 29 апреля 2014 № Ф05-16108/12 по делу № А40-79104/12.

⁵⁶ См., напр.: постановления ФАС МО от 14 октября 2011 г. по делу № А40-150459/10-154-1014; ФАС УО от 28 декабря 2012 г. по делу № А76-112/2012.

Естественно, что территория, на которой может быть приобретен товар, во многом зависит от характера потребления (промышленное потребление, потребление конечными приобретателями, приобретение товара посредниками и др.). Например, границы территорий, на которых товары приобретают оптовые покупатели – перепродавцы товара (дистрибьюторы, розничные сети), как правило, шире границ территорий, на которых товар приобретается конечными потребителями⁵⁷.

Этапы определения географических границ рынка сходны с этапами определения продуктовых границ⁵⁸.

Первый этап – *предварительное определение географических границ товарного рынка*, которое может осуществляться также на основе проверки договорных условий (например, местонахождение поставщиков товара согласно договорам поставки), нормативных актов, регулирующих производство и (или) реализацию товара (например, анализа актов, территориально ограничивающих реализацию товара), и др. Важным элементом определения географических границ товарного рынка является определение структуры товаропотоков, т. е. определение границ территории, за пределы которой вывозится и на которую ввозится не более 10 % от общего объема рассматриваемой товарной массы⁵⁹. Тест по определению структуры товаропотоков в экономической теории имеет название теста *Elzinga – Hogarty*⁶⁰. Проведение этого теста является крайне важным, поскольку позволяет эмпирически установить возможность беспрепятственного перемещения товаров между разными территориями. Наличие фактов перемещения существенного объема товаров из одной территории в другую может свидетельствовать о том, что обе такие территории входят в единый товарный рынок. Непроведение данного теста (анализа товаропотоков) чревато ошибками в последующем определении географических границ товарного рынка⁶¹.

На втором этапе выявляются *условия обращения товара, ограничивающих экономические возможности приобретения товара*. К таким условиям могут относиться в том числе: 1) требования к транспортировке товара; 2) возможность перемещения товара к покупателю или покупателя к товару; 3) наличие, доступность и взаимозаменяемость транспортных средств для перемещения товара; 4) транспортные и иные расходы, связанные с поиском и приобретением товара; 5) различные особенности территории (климат, спрос на товар и др.), на которых осуществляется реализация товара⁶².

На заключительном, третьем, этапе антимонопольный орган *определяет территории, входящие в географические границы рассматриваемого товарного рынка*. Здесь также может использоваться «тест гипотетического монополиста», только вместо разных товаров (как при определении продуктовых границ) анализируются товары с разных территорий. На третьем этапе также используется метод установления фактических районов продаж (нахождение приобретателей и продавцов согласно их реальному местоположению). По аналогии с определением продуктовых границ «тест гипотетического монополиста» является приоритетным тестом для проведения анализа. Если выбран данный тест, то допустимо не использовать другие методы для определения территорий, входящих в географические границы товарного рынка. Если же применяется иной метод, то антимонопольный орган обязан обосновать причины применения именно такого иного метода⁶³.

⁵⁷ См., напр.: Постановление Президиума ВАС РФ от 25 мая 2010 г. № 16678/09.

⁵⁸ См. п. 4.1 Порядка анализа товарных рынков.

⁵⁹ См. подп. (в) п. 4.2 Порядка анализа товарных рынков.

⁶⁰ См.: <http://definitions.uslegal.com/e/elzinga-hogarty-test/>.

⁶¹ См., напр.: постановления АС ПО от 2 июня 2015 г. по делу № Ф06-23931/2015 по делу № А65-3898/2014; 13 ААС от 5 апреля 2016 г. по делу № А56-61238/2015.

⁶² См. п. 4.3 Порядка анализа товарных рынков.

⁶³ См. п. 4.5 и 4.6 Порядка анализа товарных рынков.

Тест 10 % также применяется при определении территорий, которые *не входят* в географические границы одного товарного рынка: если в связи с приобретением товара, поставляемого с каких-либо территорий (от продавцов, расположенных на каких-либо территориях), приобретатель несет значительные издержки, превышающие, как правило, 10 % от средневзвешенной цены товара, доступного приобретателю в пределах определенных географических границ, то такие территории (продавцы) должны относиться к другим товарным рынкам⁶⁴. В отличие от применения теста 10 % в отношении определения невзаимозаменяемых товаров здесь не допускается какое-либо обоснование взаимозаменяемости товаров с разных территорий при разнице в цене (или издержках) более 10 %. Цена является единственным и достаточным фактором, учитываемым при определении территорий, не входящих в географические границы одного товарного рынка, в рамках применения теста 10 %. Однако представляется, что если, невзирая на существенную разницу в ценах на разных территориях, тем не менее имеет место значительный товарообмен между такими территориями⁶⁵, а также тест гипотетического монополиста показывает готовность потребителей с одной территории приобретать товары с другой территории, то такие территории должны включаться в единые географические границы рынка.

Определение географических границ рынка неразрывно связано с продуктовыми границами рынка, поскольку территория продаж определяется для товара, который составляет продуктовые границы рынка. Поэтому если продуктовые границы рынка определены неверно, то это ставит под вопрос и определение географических границ рынка⁶⁶.

5. Иные этапы анализа конкурентной среды на товарном рынке. Определение продуктовых и определение географических границ товарного рынка являются лишь двумя этапами при проведении анализа состояния конкуренции на товарном рынке. Порядок анализа товарных рынков предусматривает также следующие этапы анализа состояния конкуренции на товарном рынке:

- 1) определение временного интервала исследования товарного рынка;
- 2) определение состава хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке в качестве продавцов и покупателей;
- 3) расчет объема товарного рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке;
- 4) определение уровня концентрации товарного рынка;
- 5) установление доминирующего положения на рассматриваемом товарном рынке;
- 6) определение барьеров входа на товарный рынок;
- 7) оценка состояния конкурентной среды на товарном рынке;
- 8) составление аналитического отчета⁶⁷.

Набор этапов, обязательных для проведения анализа рынка, зависит от оснований для проведения такого анализа и его целей. Требуемый объем проведения анализа рынка по всем возможным основаниям указан в Порядке анализа товарных рынков.

Представляется целесообразным также более детально остановиться на следующих двух этапах анализа состояния конкуренции на товарном рынке: 1) расчет объема товарного рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке; 2) оценка состояния конкурентной среды на товарном рынке.

Расчет объема товарного рынка, как правило, осуществляется на основании объема продаж (поставок) товара, составляющего продуктовые границы данного рынка. Для расчета

⁶⁴ См. п. 4.4 Порядка анализа товарных рынков

⁶⁵ Например, товарообмен превышает 10 % от общего объема продаж на каждой из территорий (см. подп. (в) п. 4.2 Порядка анализа товарных рынков).

⁶⁶ См., напр.: постановление ФАС СЗО от 24 января 2012 г. по делу № А21-68/2011 или постановление ФАС ВВО от 12 ноября 2012 г. по делу № А38-1798/2011.

⁶⁷ См. п. 1.3 Порядка анализа товарных рынков.

общего объема рынка все объемы продаж всех участников складываются. Доли участников рынка в таком случае рассчитываются как процент, приходящийся на объемы реализации товара соответствующего хозяйствующего субъекта и иных лиц, входящих с ним в одну группу лиц, в общем объеме товарного рынка. При этом, как для целей расчета общего объема рынка, так и для целей определения долей участников рынка, если один и тот же товар перепродается несколько раз на одном и том же рынке, то такие объемы перепродажи не учитываются⁶⁸.

Если информация по объемам продаж (поставок) недоступна или в силу специфики рынка она корректно не отражает реальный объем рынка, то для расчета общего объема рынка и долей его участников могут использоваться и иные показатели (например, когда производственные мощности очень слабо загружены и фактические продажи товара не отражают реальный потенциал производителей, который может быть реализован при росте спроса). К таким дополнительным показателям относятся: 1) объем производства; 2) объем товара в соответствии с заключенными договорами; 3) объем выручки от реализации соответствующего товара; 4) объем перевозок товара; 5) объем мощностей, используемых в производстве соответствующего товара; и 6) объем запасов ресурсов, используемых для производства соответствующего товара⁶⁹.

На практике зачастую возникает вопрос в каких единицах измерять объем продаж (поставок) товара на рынке и доли его участников: в натуральном выражении (т. е. тонны, литры, километры и т. д.) или в стоимостном (т. е. стоимость реализованного товара в денежных единицах измерения).

Для ответа на этот вопрос целесообразно ориентироваться на разъяснение, содержащееся в приказе ГКАП России от 3 июня 1994 г. № 67 «О Методических рекомендациях по определению доминирующего положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке», который по-прежнему действует в части, не противоречащей Закону о защите конкуренции. Так, согласно данному приказу, если товар на рынке однороден (т. е. с точки зрения свойств товара и наличия единого натурального показателя для исчисления объема товара), то объем реализации (поставок) следует оценивать в натуральных показателях. Здесь важно отметить, что доли участников рынка, рассчитанные в натуральном выражении в отношении однородных товаров, существенно дифференцированных по цене, могут сильно отличаться от их же долей, рассчитанных в стоимостном выражении. Такая ситуация может свидетельствовать о том, что такие товары, дифференцированные по цене, составляют разные товарные рынки (т. е. входят в разные продуктовые границы на основании теста 10 %⁷⁰).

При *неоднородности* товаров объем его реализации можно также измерять в натуральных показателях при наличии условной единицы товара (например, тонна условного топлива). При отсутствии такой условной единицы объем реализации данных товаров следует оценивать в стоимостном выражении⁷¹.

Оценка состояния конкурентной среды на товарном рынке является заключительным этапом при анализе состояния конкуренции на товарном рынке, в рамках которого суммируются выводы, сделанные на предыдущих этапах. На данном этапе делаются выводы относительно: 1) вида рынка с точки зрения развитости на нем конкуренции; 2) перспектив изменения конкуренции на рынке⁷². Данные выводы основываются на рассчитанных показателях уровня концентрации рынка, барьерах входа на него и иных факторах⁷³.

⁶⁸ См. п. 6.2 и 6.3 Порядка анализа товарных рынков.

⁶⁹ См. п. 6.1 Порядка анализа товарных рынков.

⁷⁰ См. подп. «г» комментария к настоящей статье.

⁷¹ См. п. 2.3.3 приказа ГКАП России от 3 июня 1994 г. № 67 «О Методических рекомендациях по определению доминирующего положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке».

⁷² См. п. 9.1 Порядка анализа товарных рынков.

⁷³ См. там же, п. 9.2–9.5.

Статья 5. Доминирующее положение

1. Доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или таким хозяйствующим субъектам (группам лиц) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам. Доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации):

1) доля которого на рынке определенного товара превышает пятьдесят процентов, если только при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства или при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией не будет установлено, что, несмотря на превышение указанной величины, положение хозяйствующего субъекта на товарном рынке не является доминирующим;

2) доля которого на рынке определенного товара составляет менее чем пятьдесят процентов, если доминирующее положение такого хозяйствующего субъекта установлено антимонопольным органом исходя из неизменной или подверженной малозначительным изменениям доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке, относительного размера долей на этом товарном рынке, принадлежащих конкурентам, возможности доступа на этот товарный рынок новых конкурентов либо исходя из иных критериев, характеризующих товарный рынок.

2. Не может быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации), доля которого на рынке определенного товара не превышает тридцать пять процентов, за исключением указанных в частях 3 и 6 настоящей статьи случаев.

21. 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 настоящего Федерального закона. Данное исключение не применяется к хозяйствующим субъектам, входящим в группу лиц по основанию, предусмотренному пунктом 7 части 1 статьи 9 настоящего Федерального закона; 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 настоящего Федерального закона; 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.

22. 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 четыреста 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 настоящего Федерального закона, 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 настоящего Федерального закона, при условии, что суммарная выручка от реализации товаров таких хозяйствующих субъектов за последний календарный год не превышает четыреста миллионов рублей.

3. 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.

4. 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.

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

6. Федеральными законами могут устанавливаться случаи признания доминирующим положения хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара составляет менее чем тридцать пять процентов.

7. Условия признания доминирующим положения финансовой организации, поднадзорной Центральному банку Российской Федерации, с учетом ограничений, предусмотренных настоящим Федеральным законом, устанавливаются Правительством Российской Федерации по согласованию с Центральным банком Российской Федерации. Условия признания доминирующим положения иной финансовой организации с учетом ограничений, предусмотренных настоящим Федеральным законом, устанавливаются Правительством Российской Федерации. Доминирующее положение финансовой организации, поднадзорной Центральному банку Российской Федерации, устанавливается антимонопольным органом в порядке, утвержденном Правительством Российской Федерации по согласованию с Центральным банком Российской Федерации. Порядок установления антимонопольным органом доминирующего положения иной финансовой организации утверждается Правительством Российской Федерации. Не может быть признано доминирующим положение финансовой организации, доля которой не превышает десять процентов на единственном в Российской Федерации товарном рынке или двадцать процентов на товарном рынке, обращающийся на котором товар обращается также на иных товарных рынках в Российской Федерации.

8. При проведении предусмотренного пунктом 3 части 2 статьи 23 настоящего Федерального закона 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.

9. Временной интервал анализа состояния конкуренции определяется в зависимости от цели исследования, особенностей товарного рынка и доступности информации. Наименьший временной интервал анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта должен составлять один год или срок существования товарного рынка, если он составляет менее чем один год.

1. Категория «доминирующее положение» была сконструирована для целей антимонопольного регулирования. В зарубежных правовых порядках при определении доминирующего положения подчеркивалась возможность экономического субъекта обладать особой «рыночной властью». Так, в решении по делу *Continental Can* 1972 г. Комиссия ЕС дала следующее определение понятия «доминирующее положение»: «Предприятия занимают доминирующее положение в тех случаях, когда они обладают властью вести себя независимо, что позволяет им действовать, не принимая во внимание их конкурентов, покупателей и продавцов. Это такое положение, в котором они, по причине их рыночной доли или их рыночной доли вместе с обладанием техническими знаниями, сырьевыми ресурсами либо капиталом, располагают властью устанавливать цены или контролировать производство либо распределение значительной части соответствующей продукции»⁷⁴.

Подобный подход в целом был воспринят российским правовым порядком. В России определение понятия доминирующего положения впервые было сформулировано в Законе о конкуренции 1991 г. и указывало на то, что такое положение дает хозяйствующему субъекту возможность ограничивать свободу экономической деятельности. Так, под доминирующим положением понималось «исключительное положение хозяйствующего субъекта на рынке определенного товара, дающее ему возможность оказывать решающее влияние на конкурен-

⁷⁴ См.: Право Европейского Союза: правовое регулирование торгового оборота. М., 1999. С. 121.

цию, затруднять доступ на рынок другим хозяйствующим субъектам или иным образом ограничивать свободу их экономической деятельности». Впоследствии критерии рыночной власти в определении доминирующего положения уточнялись и совершенствовались.

2. Доминирующее положение устанавливает особый статус хозяйствующего субъекта на рынке, включая его права, обязанности, ответственность.

Под хозяйствующим субъектом Закон о защите конкуренции в п. 5 ст. 4 понимает:

- коммерческую организацию;
- некоммерческую организацию, осуществляющую деятельность, приносящую ей доход;
- индивидуального предпринимателя;
- 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.

Последняя категория субъектов, подпадающих под определение хозяйствующего субъекта («иное физическое лицо...»), появилась в Законе о защите конкуренции после принятия Третьего антимонопольного пакета. Включение данной категории субъектов в определение хозяйствующего субъекта было призвано распространить антимонопольное законодательство на нотариусов, оценщиков и иных физических лиц, отвечающих приведенным в п. 5 ст. 4 Закона о защите конкуренции признакам.

Так, к примеру, после внесения соответствующих поправок в Закон о защите конкуренции и расширения круга субъектов, подпадающих под регулирование антимонопольного законодательства, антимонопольный орган возбудил дело против нотариальной палаты Краснодарского края и нотариусов Краснодарского края, являющихся членами данной палаты по признакам нарушения палатой и нотариусами – членами этой палаты п. 1 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции, выразившегося в установлении и поддержании цен (тарифов), а также нарушения ч. 3 ст. 11 Закона о защите конкуренции, выразившегося в координации со стороны нотариальной палаты экономической деятельности нотариусов⁷⁵. Дело в итоге было прекращено в отношении всех обвиняемых со ссылкой на то обстоятельство, что указанные изменения вступили в силу после того, как были совершены вменяемые им нарушения.

Следует отметить, что нотариусы относительно быстро при поддержке Минюста России добились от законодателя внесения в регулирующий их деятельность профильный закон – Основы законодательства о нотариате – поправок, которыми было установлено, что отношения, связанные с оплатой нотариальных действий и других услуг, оказываемых при осуществлении нотариальной деятельности, не являются предметом регулирования антимонопольного законодательства⁷⁶.

Само по себе наличие у хозяйствующего субъекта доминирующего положения на соответствующем товарном рынке не может рассматриваться как нарушение. Вместе с тем, констатируя наличие столь значительной степени рыночной власти в части возможности оказывать влияние на общие условия обращения товара, закон уравнивает его бременем, налагая на субъекта, занимающего доминирующее положение, определенные ограничения и запреты. Прежде всего это необходимое ограничение свободы договора (ст. 421 ГК РФ), свободы установления цен, свободы поведения на рынке. Конкретные запреты предусмотрены в ст. 10 Закона о защите конкуренции (см. комментарий к ст. 10 Закона).

3. Хозяйствующим субъектам не запрещается занимать доминирующее положение на рынке. Такое положение *не* является противоправным. Оно может возникнуть вследствие получения лицом контроля над уникальными объектами инфраструктуры, что характерно для

⁷⁵ См.: http://www.fas.gov.ru/solutions/solutions_34350.html.

⁷⁶ См. абз. 6 ст. 22 Основ законодательства РФ о нотариате.

отраслей связи, электроэнергетики, железнодорожного и трубопроводного транспорта и т. д. (с учетом отнесения таких видов деятельности на законодательном уровне к сферам естественных монополий, функционирование которых в отсутствие конкуренции представляется наиболее эффективным), либо в результате неразвитости определенного рынка или эффективного осуществления субъектом предпринимательства, добросовестной конкуренции и победы в конкурентной борьбе и т. п. В последнем случае доминирующее положение производно от конкуренции и является ее закономерным итогом. Если получение доминирующего положения хозяйствующим субъектом явилось следствием его неправомерных действий либо хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, нарушил запреты, предусмотренные законом, то такие действия будут являться правонарушением.

4. «Доминирующее положение» является одним из основополагающих понятий Закона о защите конкуренции. Ввиду значимости данного понятия законодатель выделил его в отдельную статью.

Комментируемая статья предусматривает количественные и качественные критерии для установления доминирующего положения.

К качественным признакам относится наличие у хозяйствующего субъекта совокупности либо хотя бы одной из возможностей:

- оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара;
- устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов;
- затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

При этом для признания положения хозяйствующего субъекта доминирующим достаточно лишь наличия объективной возможности реализовывать одну из трех вышеприведенных моделей поведения на рынке.

5. Понятия общих условий обращения товаров, устранения с рынка и затруднения доступа на рынок не раскрываются в Законе о защите конкуренции. Они являются оценочными, определяются доктриной и практикой судов и антимонопольных органов.

Как правило, хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение на 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).

Устранение с рынка хозяйствующих субъектов означает, что субъект, занимающий доминирующее положение, создает условия, при которых его конкурент будет вынужден прекратить осуществление своей деятельности на рынке или существенно ее ограничить, сведя к минимуму.

Под затруднением доступа на рынок следует понимать создание препятствий или невозможности войти на рынок. Под доступом (вхождением) на рынок понимается создание нового (перепрофилирование действующего) хозяйствующего субъекта для осуществления деятельности на соответствующем товарном рынке или распространение деятельности хозяйствующего субъекта, уже существующего вне границ соответствующего рынка, на продукцию, поставляемую на рассматриваемый рынок (ввоз, импорт) посредством преодоления существующих административных, экономических и иных барьеров.

При квалификации вышеуказанных обстоятельств необходимо соотносить их с признаками ограничения конкуренции, содержащимися в п. 17 ст. 4 Закона о защите конкуренции.

6. Количественный критерий доминирующего положения содержит указание на долю рынка, которую хозяйствующий субъект должен занимать, чтобы иметь возможность оказывать решающее влияние на рынок (т. е. иметь рыночную власть). Для определения доминиру-

ющего положения нужно различать установление индивидуального и коллективного доминирования.

7. При установлении индивидуального доминирования презюмируется, что хозяйствующий субъект, за исключением финансовой организации, занимает доминирующее положение, если его доля на рынке определенного товара превышает 50 %, если только при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства или при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией не будет установлено, что, несмотря на превышение указанной величины, положение хозяйствующего субъекта на товарном рынке не является доминирующим.

Если доля хозяйствующего субъекта на рынке составляет менее 50 %, доминирующее положение такого хозяйствующего субъекта может быть установлено с учетом следующих обстоятельств: неизменности или малозначительности изменения доли такого субъекта относительно размера долей на этом товарном рынке, принадлежащих конкурентам, возможности доступа на этот товарный рынок новых конкурентов либо иных критериев, характеризующих товарный рынок.

Так, признавая законным решение и предписание антимонопольного органа и оставляя без изменения акты нижестоящих судов, ФАС УО в постановлении от 23 марта 2012 г. по делу № А60-7345/2010, в частности, сформулированы следующие подходы к применению указанных выше качественных критериев с учетом специфики рынков розничной реализации автомобильных бензинов:

- выводы антимонопольного органа о том, что в 2008 г. товарный рынок был неизменен, поскольку количество субъектов изменялось при неизменности общего количества автоматических заправочных станций, являются правильными;

- возможность влияния общества на рынок розничной реализации автомобильного топлива исследована антимонопольным органом, что нашло отражение в оспариваемом решении и аналитическом отчете, в которых указано на принадлежность заявителя к одной из вертикально-интегрированных нефтяных компаний, способных влиять на рыночную ситуацию в регионе, о чем свидетельствует количество автоматических заправочных станций и доля, занимаемая ими на розничном рынке реализации нефтепродуктов, а также наличие барьеров входа на товарный рынок;

- правильными являются выводы судов об исследованности антимонопольным органом признаков доминирования общества, поименованных в п. 2 ч. 1 и ч. 3 ст. 5 Закона о защите конкуренции, поскольку содержание решения и материалов аналитического отчета свидетельствует о том, что антимонопольный орган проанализировал значительный период времени (весь 2008 г.), в течение которого не были установлены такие изменения доли заявителя (в том числе по отношению к долям конкурентов), которые говорили бы об отсутствии его доминирования. Антимонопольным органом также оценивалась затрудненность доступа на товарный рынок новых конкурентов.

8. В ч. 2 комментируемой статьи уточнено положение о том, что не может быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации), доля которого на рынке определенного товара не превышает 35 %, за исключением случаев, указанных в ч. 3 и 6 настоящей статьи (т. е. при установлении коллективного доминирования и в случаях, предусмотренных иными федеральными законами). Так, в соответствии с

п. 4 ст. 21 Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи» для целей применения Федерального закона «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на рынке услуг подвижной радиотелефонной связи, является оператор связи, установленная антимонопольным органом доля которого на этом рынке в географических границах РФ превышает 25 %. Согласно п. 3 ст. 25 Федерального закона от 26 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике» доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта, если выполняется хотя бы одно из следующих условий:

- доля установленной мощности его генерирующего оборудования или доля выработки электрической энергии с использованием указанного оборудования в границах зоны свободного перетока превышает 20 %;

- доля приобретаемой или потребляемой электрической энергии и (или) мощности в границах соответствующей зоны свободного перетока превышает 20 %.

Так, например, ФАС МО в постановлении от 11 июля 2013 г. по делу № А40-92852/12 согласился с подходом, определенным антимонопольным органом применительно к доказыванию наличия доминирующего положения у генерирующей компании – производителя электрической энергии (мощности) исходя из совокупности критериев: по фактическому объему производства электрической энергии и по величине установленной мощности генерирующего оборудования в рамках зоны свободного перетока «Москва», а также применительно к группе лиц, в которую входит участник рынка, – в первой ценовой зоне оптового рынка электрической энергии и мощности.

9. Частью 3 комментируемой статьи предусмотрены правовые основы коллективного доминирования, характерного для олигополистических рынков. Для установления коллективного доминирования, т. е. признания доминирующим положения каждого хозяйствующего субъекта из нескольких хозяйствующих субъектов (за исключением финансовой организации), необходима совокупность ряда условий, предусмотренных комментируемой статьей.

Что касается количественного критерия при установлении коллективного доминирования, то будет применяться следующее правило:

- 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 %.

К качественным критериям коллективного доминирования, включающим в себя структурные и поведенческие характеристики рынка, Закон о защите конкуренции (п. 2 и 3 ч. 3 ст. 5) относит следующие критерии:

- если 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;

- если 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.

В число коллективно доминирующих субъектов не могут входить хозяйствующие субъекты, доли которых на соответствующем товарном рынке не превышают 8 %.

Следует отметить, что институт коллективного доминирования знаком ряду зарубежных правовых порядков (к примеру, Австрии, Германии, Франции, ЕС) и во многом является заимствованным в отечественном законодательстве. Вместе с тем практика применения данного института в РФ и упомянутых правовых порядках различается, и не всегда отмечаемые различия в российском правовом порядке оцениваются положительно. Так, в экономической литературе высказываются опасения, что нормы Закона о защите конкуренции, регулирующие институт коллективного доминирования, снижают стандарты доказывания для ситуаций молчаливого сговора⁷⁷; состав для пресечения антиконкурентных сговоров становится менее трудоемким в доказывании⁷⁸; допускается возможность индивидуального злоупотребления доминирующим положением хозяйствующего субъекта в составе коллективно доминирующих субъектов, что «отходит от первоначальной идеи противодействия молчаливому сговору»⁷⁹.

10. В ч. 5 комментируемой статьи констатируется, что субъект естественной монополии занимает доминирующее положение на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии.

Естественная монополия – состояние товарного рынка, при котором удовлетворение спроса на этом рынке эффективнее в отсутствие конкуренции в силу технологических особенностей производства этих товаров (услуг) и иных установленных законом причин (ст. 3 Закона о естественных монополиях).

Закон устанавливает следующие признаки (так называемые естественные основания) таких монополий:

1) существенное понижение издержек производства определенных товаров (услуг) на единицу товара по мере увеличения объема их производства;

2) товары (услуги), производимые субъектами естественной монополии, не могут быть заменены в потреблении другими товарами;

3) спрос на данном товарном рынке на товары, производимые субъектами естественных монополий, в меньшей степени зависит от изменения цены на этот товар, чем спрос на другие виды товаров.

Существование данного вида монополий объясняется тем, что в определенных сферах предпринимательской деятельности конкуренция по объективным экономическим причинам является неэффективной вследствие того, что один субъект предпринимательства может снабжать весь рынок, имея более низкие издержки на единицу продукции, чем имели бы несколько конкурентов. Однако для того, чтобы какая-либо сфера деятельности приобрела правовой статус естественной монополии, необходимо признание ее в качестве таковой со стороны государства.

Существует *перечень* сфер деятельности, в которых введен режим естественной монополии: транспортировка нефти и нефтепродуктов по магистральным трубопроводам; транспортировка газа по трубопроводам; железнодорожные перевозки; услуги в транспортных терминалах, портах, аэропортах; услуги общедоступной электросвязи и общедоступной почтовой связи; услуги по передаче электрической энергии; услуги по оперативно-диспетчерскому управлению в электроэнергетике; услуги по передаче тепловой энергии; услуги по исполь-

⁷⁷ См.: Развитие и применение антимонопольного законодательства в России: по пути достижений и заблуждений: Доклад / С. Авдашева, Н. Дзагурова, П. Крючкова, Г. Юсупова; Науч. ред. С. Авдашева. М.: МАКС Пресс, 2011. С. 56–57.

⁷⁸ См.: Борзило Е.Ю. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: Научно-практическое руководство. М.: Статут, 2014 // СПС «КонсультантПлюс».

⁷⁹ Шаститко А.Е. Коллективное доминирование на рынке: экономика и право. М.: МАКС Пресс, 2011. С. 31.

зованию инфраструктуры внутренних водных путей; захоронение радиоактивных отходов; водоснабжение и водоотведение с использованием централизованной системы, систем коммунальной инфраструктуры; ледокольная проводка судов; ледовая лоцманская проводка судов в акватории Северного морского пути (п. 1 ст. 4 Закона о естественных монополиях).

11. В ч. 6 Закона о защите конкуренции регулируется вопрос признания отдельными федеральными законами хозяйствующих субъектов занимающими доминирующее положение на соответствующем товарном рынке в ситуации, когда их доля на таком рынке ниже 35 %. Подробный анализ таких случаев, предусмотренных федеральными законами, приводится в ч. 2 комментария к настоящей статье.

Части 6¹ и 6² ст. 5 Закона о защите конкуренции, предусматривавшие возможность признания субъекта занимающим доминирующее положение в порядке, установленном Законом о защите конкуренции, исключены Четвертым антимонопольным пакетом. Полагаем, что исключение указанных статей из Закона о защите конкуренции было вызвано объективными сложностями при применении данных норм.

12. В настоящее время процедура установления доминирующего положения производится с учетом Порядка анализа товарных рынков (см. комментарий к ст. 4 Закона о защите конкуренции). Также применению в части, не противоречащей действующему законодательству, подлежат Методические рекомендации по определению доминирующего положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке, утв. Приказом ГКАП России от 3 июня 1994 г. № 67.

В целях установления доминирующего положения финансовой организации антимонопольный орган проводит анализ состояния конкуренции на товарном рынке в соответствии с Порядком анализа товарных рынков с учетом особенностей, указанных в Порядке проведения анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения кредитной организации, утвержденном приказом ФАС России от 28 июня 2012 г. № 433.

Алгоритм реализации функций ФАС России по определению доминирующего положения содержится в Административном регламенте 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 концентрацией⁸⁰. Данный регламент подробно описывает процедурные вопросы по определению доминирующего положения.

13. Признание доминирующего положения финансовой организации имеют особенности, указанные в ч. 7 комментируемой статьи.

Количественный критерий доминирующего положения финансовых организаций существенно отличается от остальных хозяйствующих субъектов. Закон о защите конкуренции устанавливает общий критерий, согласно которому не может быть признано доминирующим положение финансовой организации, доля которой не превышает 10 % на единственном в РФ товарном рынке или 20 % на товарном рынке, обращающийся на котором товар обращается также на иных товарных рынках в РФ. Условия признания доминирующим положения финансовой организации устанавливаются Правительством РФ, а финансовой организации, поднадзорной ЦБ РФ, – Правительством РФ по согласованию с последним.

Так, в настоящее время действуют следующие нормативные акты: – постановление Правительства РФ от 9 июня 2007 г. № 359 «Об утверждении условий признания доминирующим положения финансовой организации (за исключением кредитной организации) и правил установления доминирующего положения финансовой организации (за исключением кредитной организации)».

⁸⁰ Утв. Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. № 345.

Ключевой особенностью данного акта является определение основных показателей (в стоимостном выражении) в целях расчета объема разных финансовых услуг (к примеру, услуг по доверительному управлению ценными бумагами, лизинговых услуг, услуг, оказываемых фондовой и валютной биржей);

– постановление Правительства РФ от 26 июня 2007 г. № 409 «Об утверждении условий признания доминирующим положения кредитной организации и правил установления доминирующего положения кредитной организации».

Данный акт применяется только в отношении кредитных организаций при осуществлении ими банковских операций. Установление доминирующего положения при осуществлении кредитными организациями иных финансовых услуг производится в соответствии с общим порядком установления доминирующего положения для финансовых организаций;

– приказ ФАС России от 28 июня 2012 г. № 433 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения кредитной организации».

Данный акт применяется только в случае установления доминирующего положения кредитной организации при осуществлении ею банковских операций и своими нормами дополняет Порядок анализа товарных рынков, выступая по отношению к последнему специальным нормативным правовым актом. В случаях оказания кредитной организацией иных финансовых услуг (не банковских операций) установление доминирующего положения такой организации проводится с учетом норм Порядка анализа товарных рынков без каких-либо изъятий.

14. Согласно п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ № 30 установление доминирующего положения хозяйствующего субъекта производится с учетом его доли на рынке определенного товара.

При возникновении разногласий относительно обстоятельств, связанных с определением доли хозяйствующего субъекта на рынке определенного товара, арбитражный суд в случае необходимости разъяснения вопросов, требующих специальных знаний, с учетом положений п. 1 ст. 82 АПК РФ, вправе назначить экспертизу.

15. Часть 8 комментируемой статьи предусматривает как *правомочия*, так и *обязанность* антимонопольного органа при проведении анализа состояния конкуренции в соответствии с Порядком анализа товарных рынков давать оценку влияющим на состояние конкуренции обстоятельствам. Несоблюдение данной обязанности, как указывалось ранее, может послужить основанием для проверки актов антимонопольного органа на предмет их обоснованности. Вместе с тем для реализации данной обязанности антимонопольный орган обладает определенными правомочиями по сбору необходимых для анализа данных. Согласно сложившейся правоприменительной практике арбитражных судов любой хозяйствующий субъект, независимо от того ограничивает он конкуренцию или нет, обязан предоставлять антимонопольному органу информацию, необходимую ему для осуществления своих функций.

16. Давая толкование положениям комментируемой статьи во взаимосвязи с другими нормами антимонопольного законодательства, ФАС УО в постановлении от 13 июня 2013 г. по делу № А50-21444/2012 пришел к выводу, что «цели установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта могут быть различны, по результатам достижения данных целей могут быть приняты различные акты, влекущие для данного либо иных субъектов исследованного товарного рынка определенные правовые последствия». Далее суд кассационной инстанции определяет правовую природу самого аналитического отчета: «Используемый же при данном исследовании и установлении доминирующего положения аналитический отчет является лишь анализом и оценкой состояния конкуренции на товарном рынке, принимаемый (так в тексте. – *Авт.*) антимонопольным органом при принятии различных форм актов ненормативного правового характера».

До принятия Четвертого антимонопольного пакета и отмены Реестра сложилась судебная практика, согласно которой в судебном порядке мог быть обжалован не сам вышеуказанный аналитический отчет, а приказ о включении хозяйствующего субъекта в соответствующий Реестр⁸¹. Тем самым лица, полагающие, что анализ определенного товарного рынка антимонопольным органом проведен неполно, неточно и (или) имеет другие недостатки, были вправе не соглашаться с результатами анализа, оформленного аналитическим отчетом, и могли заявить соответствующие доводы в рамках обжалования приказа о включении в Реестр решений, принимаемых при осуществлении контроля за экономической концентрацией, или в рамках обжалования решений и предписаний антимонопольного органа.

Вместе с тем, учитывая, что из полномочий ФАС России Четвертым антимонопольным пакетом было исключено ведение Реестра, то становится актуальным вопрос о возможности обжалования аналитического отчета в судебном порядке.

С одной стороны, если принять во внимание практику судов по вопросу обжалования актов проверки антимонопольных органов, то появляются аргументы против возможности самостоятельного обжалования аналитического отчета. Так, применительно к актам проверки ВС РФ отмечал, что «акт проверки, составленный антимонопольным органом, закрепляя результат ее проведения, сам по себе не порождает прав и обязанностей лица, поскольку не устанавливает факта нарушения антимонопольного законодательства, не содержит обязательного для исполнения требования, а лишь фиксирует признаки выявленных нарушений, в связи с чем не подлежит оспариванию в судебном порядке»⁸².

С другой стороны, два обязательных условия, установленные п. 1 ст. 198, ч. 4 ст. 200 АПК РФ и п. 6 постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» для признания ненормативных правовых актов недействительными, в равной мере могут выполняться как в случае обжалования приказа о включении в Реестр, так и в случае обжалования аналитического отчета. Так, при рассмотрении вопроса об обжаловании приказа о включении в Реестр суды уделяли внимание как вопросу доказанности антимонопольным органом наличия у хозяйствующего субъекта доминирующего положения, т. е. того вопроса, который должен рассматриваться и в случае оспаривания аналитического отчета, так и вопросу автоматического возникновения у включенных в Реестр хозяйствующих субъектов дополнительных обязанностей и ограничений, приведенных в ст. 10 Закона о защите конкуренции (очевидно, что данные обязанности и ограничения остаются и для тех хозяйствующих субъектов, которые не включены в Реестр в связи с его отменой, но в отношении которых ФАС России публично заявил об их доминирующем положении путем публикации аналитического отчета).

Так, например, в определении ВАС РФ от 27 марта 2012 г. № ВАС-2751/12 по делу № А51-1601/2011 указано следующее: «частично удовлетворяя заявленные требования, суды руководствовались ст. 445 ГК РФ, ст. 5, Закона о защите конкуренции и пришли к выводу об обязательности заключения спорного договора для объединения, так как оно включено в Реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35 %, как хозяйствующий субъект, оказывающий услуги по обслуживанию пассажиров на автовокзалах и автостанциях на территории Приморского края с долей обслуживания для потребителей в размере более 50 %».

⁸¹ Презумпция возможности обжалования в судебном порядке решений антимонопольного органа о включении (об исключении) хозяйствующего субъекта в реестр была прямо сформулирована в п. 12 Постановления Пленума ВАС РФ № 30.

⁸² Пункт 1 Обзора практики ВС РФ.

Можно заметить, что данной логикой руководствовались суды, признавая возможным обжалование в судебном порядке предупреждений антимонопольного органа⁸³ и приказов о проведении проверки соблюдения антимонопольного законодательства⁸⁴.

Опционально обжалованию аналитического отчета как ненормативного акта хозяйствующие субъекты, теоретически, не лишены права обжаловать в суд решения и действия ФАС России, как органа, осуществляющего публичные полномочия, по составлению аналитического отчета и его публикации на сайте службы с целью признания таких решений и действий незаконными.

Вместе с тем окончательный ответ на поставленные вопросы о возможности обжалования аналитического отчета и вариантов оформления соответствующего заявления даст только судебная практика.

17. Для целей установления доминирующего положения ч. 9 комментируемой статьи предусмотрено, что временной интервал анализа состояния конкуренции определяется в зависимости от цели исследования, особенностей товарного рынка и доступности информации.

По общему правилу, исходя из п. 2.1 и 2.2 Порядка анализа товарных рынков, временной интервал исследования товарного рынка определяется в зависимости от цели исследования, особенностей товарного рынка и доступности информации. 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 конкуренции⁸⁵.

Часть 9 комментируемой статьи также определяет, что наименьший временной интервал анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта должен составлять один год или срок существования товарного рынка, если он составляет менее чем один год. Приветствуя появление с Третьим антимонопольным пакетом данного правила в Законе о защите конкуренции, ряд экспертов одновременно высказывали опасение, что «на практике минимальная граница временного интервала, составляющая один год, будет восприниматься как достаточная для анализа состояния конкуренции и внесенное «третьим антимонопольным пакетом» изменение фактически не будет работать»⁸⁶. В отдельных судебных делах можно проследить довольно формальный подход как ФАС России, так и судов к определению временного интервала анализа состояния конкуренции со ссылкой на допускаемую Законом о защите конкуренции возможность установления наименьшего временного анализа товарного рынка, признаваемого равным одному году⁸⁷. Однако говорить о формировании устойчивой антимонопольной и судебной практики по данному вопросу нет оснований. В действительности после принятия Третьего антимонопольного пакета антимонопольный орган, определяя временной интервал проведения анализа состояния конкуренции, во многих случаях не ограничивается одним годом и по отдельным товарным рынкам исследует более продолжительный период функционирования рынка⁸⁸.

⁸³ Пункт 2 Обзора практики ВС РФ.

⁸⁴ Там же, п. 3; Постановление Президиума ВАС РФ от 15 апреля 2014 г. № 18403/13.

⁸⁵ См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 1162/13.

⁸⁶ Дианов В., Егорушкин А., Хохлов Е. Комментарий к «третьему антимонопольному пакету». М.: Статут, 2012. С. 31.

⁸⁷ См.: постановление ФАС УО от 2 июня 2014 г. по делу № А50-24126/2012.

⁸⁸ См.: Аналитический отчет по результатам анализа состояния конкуренции на оптовом рынке сжиженных углеводородных газов за 2011 г. – 1-е полугодие 2013 г. // http://fas.gov.ru/netcat_files/File/Analiticheskiy%20otchet%20po%20rynku

18. Федеральным законом от 3 июля 2016 г. № 264-ФЗ была введена ч. 2¹ комментируемой статьи, которая предусматривает иммунитет от установления доминирующего положения для юридических лиц, учредителями или участниками которых выступает одно или несколько физических лиц, и чья выручка от реализации товаров, работ или услуг за предшествующий календарный год не превышает 400 млн руб.

При этом Закон о защите конкуренции допускает наличие у учредителей или участников таких юридических лиц статуса индивидуальных предпринимателей.

Указанный иммунитет не предоставляется в пяти случаях, а именно если речь идет о:

- 1) финансовой организации;
- 2) субъекте естественной монополии на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии;
- 3) хозяйствующем субъекте, имеющем в качестве учредителей или участников хозяйствующих субъектов – юридических лиц;
- 4) хозяйственном обществе, в уставном капитале которого имеется доля участия РФ, субъекта РФ, муниципального образования;
- 5) хозяйствующем субъекте, входящем в группу лиц с другим хозяйствующим субъектом или другими хозяйствующими субъектами по основаниям, предусмотренным ч. 1 ст. 9 Закона о защите конкуренции.

Последнее исключение из предоставленного иммунитета не абсолютное, и по ряду предусмотренных в ч. 2¹ комментируемой статьи оснований вхождение хозяйствующего субъекта – юридического лица в группу лиц по-прежнему позволяет ему пользоваться таким иммунитетом.

Так, данное правило применяется в отношении групп лиц, образованных исключительно близкими родственниками и (или) супругами. При этом Закон о защите конкуренции предусматривает несколько вариантов определения указанной группы лиц. Первый вариант охватывает исключительно группы лиц, образованные близкими родственниками и (или) супругами, каждый из которых обладает статусом индивидуального предпринимателя. Второй вариант охватывает группы лиц, образованные юридическими лицами, участниками которых являются физические лица – близкие родственники и (или) супруги. Третий вариант подразумевает «хозяйствующего субъекта, участником которого является индивидуальный предприниматель».

Считаем важным дать отдельное пояснение по данному варианту. Приведенное положение комментируемой статьи по всей видимости является оговоркой юридико-технического характера, внесенной во избежание правовой коллизии, суть которой заключается в следующем. Как отмечалось ранее, Закон о защите конкуренции включает в дефиницию хозяйствующего субъекта не только юридических лиц, но и индивидуальных предпринимателей. Следовательно, индивидуальный предприниматель, являющийся участником юридического лица, в контексте Закона о защите конкуренции может продолжаться рассматриваться как отдельный хозяйствующий субъект, образующий группу лиц с юридическим лицом, участником которого он является. Во избежание такой трактовки Закона законодателем была предложена формулировка, направленная на сохранение иммунитета для юридического лица, удовлетворяющего критерию низкой выручки и образующего при этом группу лиц с собственным участником – индивидуальным предпринимателем.

%20SUG%20za%202011%20-%201-e%20polugodie%202013%20gg_.pdf. Аналитический отчет по результатам анализа состояния конкуренции на рынке белого сахара за 2013 г. – 1 квартал 2015 г. // <http://fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=14232>. Аналитический отчет по результатам анализа состояния конкуренции на рынке первичной оптовой реализации добытого (выловленного) краба за 2012–2014 гг. // <http://fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=14144>.

19. Часть 2² комментируемой статьи, также введенная в действие Федеральным законом от 3 июля 2016 г. № 264-ФЗ, предусматривает иммунитет от установления доминирующего положения для индивидуальных предпринимателей, чья выручка от реализации товаров, работ или услуг за предшествующий календарный год не превышает 400 млн руб.

Из данного правила есть изъятие, допускающее установление доминирующего положения индивидуальных предпринимателей, хотя и удовлетворяющих критерию низкой выручки, но входящих в группу лиц хотя бы с одним хозяйствующим субъектом.

В то же время указанное изъятие не распространяется на группы лиц, образованные супругом и (или) близкими родственниками (родители, дети, полнородные и неполнородные братья и сестры). Определяя такие группы лиц, Закон о защите конкуренции предусматривает несколько вариантов:

(а) два индивидуальных предпринимателя, являющихся супругами и (или) близкими родственниками;

(б) индивидуальный предприниматель и юридическое лицо, единственным участником которого является супруг и (или) близкий родственник;

(в) индивидуальный предприниматель и одно или несколько юридических лиц, единственным участником (участниками) которых являются супруг и (или) близкий родственник (в том числе индивидуальные предприниматели), а также входящие с такими участниками в одну группу индивидуальные предприниматели, являющиеся их супругами и (или) близкими родственниками.

Все указанные выше варианты применяются только при условии, что выручка от реализации товаров такого хозяйствующего субъекта (таких хозяйствующих субъектов) не превышает 400 млн руб.

Статья 6. Монопольно высокая цена товара

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

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

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

б) состав продавцов или покупателей товара остался неизменным либо изменение состава продавцов или покупателей товара является незначительным;

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

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

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

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

в) условия обращения товара на товарном рынке, в том числе обусловленные мерами государственного регулирования, включая налогообложение, тарифное регулирование, обеспечивают возможность изменения цены товара в сторону уменьшения.

2. При соблюдении условий, предусмотренных частью 1 статьи 13 настоящего Федерального закона, не признается монопольно высокой цена товара, являющегося результатом инновационной деятельности, то есть деятельности, приводящей к созданию нового невзаимозаменяемого товара или нового взаимозаменяемого товара при снижении расходов на его производство и (или) улучшение его качества.

3. Цена товара не признается монопольно высокой, если она установлена субъектом естественной монополии в пределах тарифа на такой товар, определенного в соответствии с законодательством Российской Федерации.

4. Цена товара не признается монопольно высокой в случае неперевышения цены, которая сформировалась в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке.

5. Цена товара не признается монопольно высокой в случае, если она установлена на бирже при одновременном соблюдении следующих условий:

1) объем продаваемого на бирже товара, производимого и (или) реализуемого хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на соответствующем товарном рынке, составляет не менее величины, установленной федеральным антимонопольным органом и федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование сферы деятельности, к которой относится производство соответствующего товара;

2) сделки заключаются хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на соответствующем товарном рынке, в ходе биржевых торгов, которые соответствуют требованиям, определенным федеральным антимонопольным органом и федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование сферы деятельности, к которой относится производство соответствующего товара, в том числе требованиям к минимальному количеству участников биржевых торгов в течение торговой сессии;

3) хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение на соответствующем товарном рынке, аккредитованный и (или) участвующий в торгах (в том числе путем подачи заявок на участие в торгах брокеру, брокерам), предоставляет бирже список аффилированных лиц в порядке, установленном федеральным антимонопольным органом;

4) действия хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на соответствующем товарном рынке, и (или) его аффилированных лиц не относятся к манипулированию рынком;

5) реализация на бирже товара хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на соответствующем товарном рынке, осуществляется регулярно с равномерным распределением объема товара по торговым сессиям в течение календарного месяца. Правительство Российской Федерации вправе определять критерии регулярности и равномерности реализации товара на бирже для отдельных товарных рынков;

6) хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение на соответствующем товарном рынке, осуществляет регистрацию внебиржевых сделок на

поставки товаров, обращающихся на таком товарном рынке, в случаях и в порядке, которые установлены Правительством Российской Федерации;

7) минимальный размер биржевого лота не препятствует доступу на соответствующий товарный рынок;

8) реализация товара хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на соответствующем товарном рынке, осуществляется на бирже, соответствующей требованиям законодательства Российской Федерации об организованных торгах, включая требования к соблюдению конфиденциальности информации о лицах, подавших соответствующие заявки на участие в торгах, в том числе путем подачи таких заявок брокеру, брокерам.

6. Не признается монопольно высокой цена товара, установленная с учетом особенностей формирования стартовой цены на продукцию при ее продаже на бирже, согласованных с антимонопольным органом.

7. Не признается монопольно высокой цена товара в случае, если она не превышает цену, установленную на бирже с соблюдением предусмотренных частями 5 и 6 настоящей статьи условий, и при этом экономические (коммерческие) условия сделки сопоставимы по количеству и (или) объему поставляемых товаров, срокам исполнения обязательств, условиям платежей, обычно применяемых в сделках данного вида, а также по иным разумным условиям, которые могут оказывать влияние на цену.

8. При определении монопольно высокой цены товара в соответствии с частью 1 настоящей статьи учитываются биржевые и внебиржевые индикаторы цен, установленные на мировых рынках аналогичного товара.

1. Положения ст. 6 Закона о защите конкуренции предусматривают два метода анализа цены товара на предмет ее соответствия признакам монопольно высокой цены: затратный метод и метод сопоставимых рынков.

Затратный метод представляет собой метод определения расходов и прибыли, необходимых для производства и реализации товара, путем сопоставления уровня рентабельности⁸⁹ занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта:

– с уровнем рентабельности того же самого хозяйствующего субъекта, зафиксированного в иные периоды времени⁹⁰ (п. 1 и 2 ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции), в пределах иных географических границ⁹¹; либо

– с нормативно установленным уровнем рентабельности (для тех рынков, где уровень рентабельности установлен нормативно);⁹² либо

– с уровнем рентабельности других хозяйствующих субъектов, реализующих идентичный товар на рынках со сравнительно развитой конкурентной средой. К другим хозяйствующим субъектам в том числе могут относиться лица, входящие в одну группу лиц с хозяйствующим субъектом, который подозревается в установлении монопольно высокой цены. Например, в деле о монопольно высокой цене ОАО «Газпромнефть-Омск» суд поддержал позицию антимонопольного органа о допустимости сравнения экономических показателей ОАО «Газпром-

⁸⁹ Рентабельность – это величина, рассчитанная следующим образом: где, цена – это стоимость единицы товара, себестоимость – это сумма расходов, необходимых для производства и реализации единицы товара.

⁹⁰ Решение по делу в отношении ЗАО «Алкоа Металлург Рус» № 1 10/60-10 от 14 марта 2011 г.: http://www.fas.gov.ru/solutions/solutions_32178.html

⁹¹ Такой подход применен антимонопольным органом в решении от 13 февраля 2012 г. по делу № 1 10/107-11 в отношении ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат» и ООО «ВИЗ-Сталь» и судами оценен неоднозначно.

⁹² См., напр.: постановление ФАС ДО от 23 мая 2013 г. № Ф03-1635/2013 по делу № А51-6988/2012.

нефть-Омск» с иными компаниями группы ОАО «Газпром нефть», действующими на других рынках⁹³.

В рамках применения затратного метода при сравнении уровня рентабельности ответчика с уровнем рентабельности на иных географических территориях (рынках) часто возникает вопрос о соотношении затратного метода и метода сопоставимых рынков, который более подробно описан ниже. Разница в данном случае состоит в стандартах выбора антимонопольными органами рынков, на которых сравниваются показатели цен и рентабельности. В случае с методом сопоставимых рынков стандарты указаны в ч. 1 ст. 6 Закона о конкуренции. При применении «затратного метода» сравнение уровней рентабельности возможно и при отсутствии всех признаков сопоставимого рынка. Однако отсутствие четкого разграничения между указанными методами иногда приводит к невозможности определить, какой метод был применен в том или ином случае⁹⁴.

Если на иных географических территориях не обращается товар, идентичный рассматриваемому товару, а также невозможно сравнить уровень рентабельности рассматриваемого хозяйствующего субъекта в ретроспективе, тогда допустимо осуществлять сравнение уровня рентабельности доминирующего хозяйствующего субъекта с уровнем отраслевой рентабельности по соответствующему виду хозяйственной деятельности⁹⁵.

Если антимонопольным органом зафиксировано увеличение уровня рентабельности занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта за счет повышения цены на товар при сохранении уровня издержек его производства и реализации либо за счет снижения издержек при сохранении уровня цены на товар, тогда цена товара может быть признана монопольно высокой. Также цена товара может быть признана антимонопольным органом как монопольно высокая в том случае, если установлено, что уровень рентабельности занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта существенно превышает уровень рентабельности от реализации идентичного товара хозяйствующими субъектами на иных рынках (в пределах иных географических границ), характеризующихся более развитой конкурентной средой.

При этом обозначенные в п. 1 и 2 ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции случаи представляют собой частные случаи и не являются исчерпывающими, так как в условиях изменения рыночной конъюнктуры (например, в случае экономического кризиса) размер экономически обоснованного уровня рентабельности может меняться вне зависимости от уровня издержек производства.

Отдельно стоит остановиться на расходах, необходимых для производства и реализации товара и определяемых при установлении монопольно высокой цены. К ним могут относиться как прямые, так и косвенные расходы. Производственные расходы должны распределяться по каждому виду продукции хозяйствующего субъекта пропорционально его объему. При этом затраты, не связанные с производством того или иного товара, не должны включаться в производственные расходы такого товара⁹⁶. Такой же подход применим и при распределении производственных расходов на товар, предназначенный как для внутреннего, так и для внешнего рынка при условии наличия разницы в цене на данный товар на этих рынках. Производственные расходы в таком случае должны делиться пропорционально объему товара, предназначенного для внутреннего или внешнего рынка соответственно⁹⁷.

⁹³ Постановление ФАС ЗСО от 22 октября 2009 г. по делу № А46-7410/2009.

⁹⁴ См., напр.: постановление ФАС МО от 6 марта 2013 г. по делу № А40-63566/12-72-439.

⁹⁵ См., напр.: решение и предписание ФАС России в отношении группы лиц в составе ЗАО «ФосАгро АГ» и ООО «Балашовские минеральные удобрения» по делу № 1 10/12-09 от 21 августа 2009 г.: http://fas.gov.ru/solutions/solutions_26559.html

⁹⁶ См., напр.: постановление ФАС МО от 18 сентября 2007 г. по делу № А40-2206/07-79-21.

⁹⁷ См., напр.: постановление ФАС МО от 29 февраля 2008 г. по делу № А40-33466/07-120-170.

При определении экономической обоснованности размера затрат могут использоваться механизмы сопоставимости динамики изменения аналогичных затрат хозяйствующего субъекта при производстве других товаров и динамики изменения аналогичных затрат в других отраслях (например, определяется стоимость сырья для производства монопольного товара и стоимость аналогичного сырья при производстве товара, реализуемого в условиях конкуренции). Важно также отметить, что в связи со спецификой отдельных рынков рост цен может быть не связан с соответствующим ростом расходов. Например, краткосрочное увеличение доминирующим участником рынка цены на товар, обусловленное резким увеличением спроса на такой товар, не может быть квалифицировано как установление монопольно высокой цены, только если такое увеличение спроса не является следствием действий данного участника рынка⁹⁸.

Отдельного внимания заслуживает вопрос об оценке инвестиционных затрат в рамках анализа ценообразования доминирующих участников рынка. Такие затраты на практике признаются экономически обоснованными, если:

1) инвестиционные расходы непосредственно связаны с товаром, в стоимость которого они включаются (здесь применяется общая логика отнесения расходов в стоимость продукции)⁹⁹;

2) размер инвестиционных расходов документально подтверждается¹⁰⁰;

3) учет инвестиционных расходов осуществляется хозяйствующим субъектом последовательно, например, на основании заранее утвержденной инвестиционной программы или торговой политики¹⁰¹;

4) включение инвестиционных расходов в цену производится для всех покупателей одинаково или равномерно¹⁰²;

5) часть инвестиционных расходов хозяйствующий субъект принимает на себя, если инвестиционный проект будет поставлять продукцию в том числе для внутреннего потребления такого хозяйствующего субъекта или его группы лиц¹⁰³.

Затратный метод применяется в том случае, если антимонопольным органом не выявлено наличие сопоставимого рынка¹⁰⁴. Во всех остальных случаях необходимо применять метод сопоставимых рынков (см. ч. 4 комментируемой статьи)¹⁰⁵. При этом даже если антимонопольный орган не выявил наличие сопоставимого рынка, хозяйствующий субъект вправе самостоятельно провести оценку наличия сопоставимых рынков и при их выявлении ссылаться на данные о таких рынках в обоснование своей позиции.

2. Метод сопоставимых рынков подразумевает сравнение уровня цен, устанавливаемых доминирующим хозяйствующим субъектом на рассматриваемом товарном рынке, с уровнем цен, устанавливаемых в тот же период времени этим, или другими хозяйствующими субъектами на иных (с точки зрения географических границ) товарных рынках, характеризующихся

⁹⁸ Разъяснения Президиума ФАС России № 1 «Определение монопольно высокой и монопольно низкой цены товара» от 10 февраля 2016 г.

⁹⁹ Постановление ФАС МО от 18 сентября 2007 г. по делу № А40-2206/07-79-21.

¹⁰⁰ Решение Санкт-Петербургского УФАС России в отношении ОАО «Ростелеком» по делу № К10-139/13 от 8 декабря 2014 г.

¹⁰¹ Решение ФАС России в отношении ПАО «Уралкалий» по делу № 1-10-207/00-05-14 от 14 октября 2015 г.: <http://solutions.fas.gov.ru/attachment/49700/download?1447169257>; Постановление 3 ААС от 11 апреля 2011 г. по делу № А69-2119/2010.

¹⁰² Решение ФАС России в отношении ПАО «Уралкалий» по делу № 1-10-207/00-05-14 от 14 октября 2015 г.: <http://solutions.fas.gov.ru/attachment/49700/download?1447169257>.

¹⁰³ Постановление ФАС МО от 18 сентября 2007 г. по делу № А40-2206/07-79-21.

¹⁰⁴ Разъяснения Президиума ФАС России № 1 «Определение монопольно высокой и монопольно низкой цены товара» от 10 февраля 2016 г.

¹⁰⁵ ВАС РФ также указал на допустимость применения только одного метода, см.: Постановление Президиума ВАС РФ от 25 мая 2010 г. № 16678/09.

более развитой конкурентной средой, либо с уровнем биржевых индикаторов¹⁰⁶. В качестве ценового индикатора следует принимать индикатор, сложившийся на той территории, на которую фактически осуществляется наибольший объем экспортных поставок резидентами РФ, и при этом данный индикатор характеризует ситуацию на рынке со сравнительно развитой конкуренцией. В случае, если объемы экспорта незначительны либо отсутствуют, тогда в качестве ценового индикатора следует выбирать индикатор, сложившийся на территории активного потребления товара (т. е. на рынках, характеризующихся наибольшими объемами потребления товара). Условия и примеры применения таких ценовых индикаторов описаны в утвержденных ФАС России Принципах экономического анализа практик ценообразования на предмет их соответствия Закону о защите конкуренции (далее – Принципы анализа практик ценообразования)¹⁰⁷.

Под сопоставимым рынком подразумевается не полностью идентичный рынок в сравнении с рассматриваемым товарным рынком, а рынок, схожий по характеристикам действующих на нем хозяйствующих субъектов (например, по технологии производства товара, размеру хозяйствующих субъектов (мощность производства) и уровню сбыта (оптовая, розничная реализация)) с характеристиками хозяйствующих субъектов, действующих на рассматриваемом товарном рынке, а также по принципам и характеру государственного регулирования таких рынков. Если под сопоставимым рынком понимать рынок, полностью идентичный рассматриваемому товарному рынку, тогда сравнение уровня цен на данных рынках не будет иметь никакого экономического смысла (так как будут сравниваться цены, установленные в условиях ограниченной конкуренции, с ценами, установленными в аналогичных условиях).

Для объективного сравнения цен, сложившихся на рассматриваемом товарном рынке, с ценами, сложившимися в пределах иных географических границ, достаточно установить, что в пределах таких географических границ отсутствуют какие-либо режимы регулирования хозяйственной деятельности, прямо воздействующие на уровень цены. К таким режимам можно отнести:

- прямое субсидирование цены товара;
- налоговые льготы на экспорт/импорт товара;
- законодательное установление уровня цены на товар;
- ограничение вывоза/ввоза товара;
- административные ограничения возможности переключения потребителей на иной товар или иного поставщика и т. п.

Сопоставление абсолютно всех условий регулирования (налогового, трудового, технического) с точки зрения их монетизации в форме издержек хозяйствующих субъектов не имеет экономического смысла вследствие того, что цена на конкурентных рынках, сформировавшаяся в отсутствие каких-либо административных ограничений, устанавливается продавцами на уровне, отражающем общую конъюнктуру такого рынка, вне зависимости от уровня издержек отдельных хозяйствующих субъектов. В условиях отсутствия барьеров переключения потребителей с одного поставщика товара на другого ни один из поставщиков, действующих на высококонкурентных рынках, не может без потерь существенного объема выручки установить цену на товар на уровне, превышающем цены конкурентов. Поэтому на высококонкурентных рынках производители принимают цену как заданную величину вне зависимости от динамики их затрат на производство товара. В условиях развитой конкуренции рост расходов, необходимых для производства товара, приводит к росту его цены только в том случае, если увели-

¹⁰⁶ См., напр.: Решение ФАС России от 3 мая 2011 г. № 1 10/185–10 в отношении ОАО «Качканарский горно-обогатительный комбинат «Ванадий»: http://fas.gov.ru/solutions/solutions_32359.html или Постановление ФАС МО от 16 сентября 2009 г. № КА-А40/8589-09 по делу № А40-59028/08-147-485.

¹⁰⁷ Принципы экономического анализа практик ценообразования на предмет их соответствия Закону о защите конкуренции, утвержденные Президиумом ФАС России 24 сентября 2014 г.: http://fas.gov.ru/clarifications/clarifications_30473.html.

чение расходов в равной степени распространяется на всех производителей (продавцов). В противном случае рост издержек отдельных хозяйствующих субъектов, не обладающих высокой долей на рынке, не может оказать существенного воздействия на цену товара. Именно поэтому отдельные различия в регулировании деятельности хозяйствующих субъектов (например, в налоговом или трудовом законодательстве) могут не учитываться антимонопольным органом при сопоставлении уровня цен на конкурентных и неконкурентных рынках.

3. Как указано выше, ФАС России были утверждены Принципы анализа практик ценообразования. Данные принципы представляют собой рекомендации регулятора в отношении анализа ценообразования доминирующих участников рынка, в том числе с точки зрения запретов на установление монопольно высоких цен. В основе Принципов анализа практик ценообразования лежит сравнение цен на товар, установленных для российских покупателей, с определенными ценами на аналогичный товар, которые сложились на рынках с более развитой конкурентной средой. Таким образом, применение Принципов анализа практик ценообразования соответствует логике метода сопоставимых рынков, поскольку также предполагает сравнение цен на определенный товар для выявления монопольно высоких цен¹⁰⁸. Однако Принципы анализа практик ценообразования не предусматривают жестких критериев сопоставимости рынков, на которых действуют участники, чьи цены предполагается сравнивать. Иными словами, в Принципах анализа практик ценообразования отсутствует требование на проведение теста сопоставимости по всем необходимым критериям, предусмотренным в ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции. В этой связи в судебной практике встречаются решения, отменяющие решения ФАС России, когда последние основаны на методах сравнения цен, предусмотренных в Принципах анализа практик ценообразования, и при этом не был проведен полноценный анализ соответствующих рынков на предмет их сопоставимости согласно правилам ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции¹⁰⁹.

Принципы анализа практик ценообразования применяются только в отношении промышленных однородных товаров, а именно:

- сырьевых товаров первого – третьего переделов (например, металлургический кокс, железорудное сырье, хлористый калий, апатитовый концентрат и т. п.);
- полуфабрикатов (например, металлургический сляб; квадратная, круглая заготовка; чушка/слитки из цветных металлов и сплавов на их основе и т. п.), используемых в следующих пределах промышленности;
- металлургической продукции (например, лист, профиль, рельсы, трубы и т. п.);
- строительных материалов (например, цемент, бетон, сваи, плиты, кирпич и т. п.).

Принципы анализа практик ценообразования не применяются в отношении инновационных товаров, услуг, а также товаров, у которых торговая марка в значительной степени определяет предпочтения потребителя. Такое исключение обусловлено тем, что данные товары не являются однородными и объективное сравнение цен на такие товары может быть затруднительным в связи с необходимостью анализа влияния на цены множества факторов (например, сила торговой марки на разных рынках может быть разной).

Принципы анализа практик ценообразования предусматривают следующие четыре метода для сравнения цен.

1. *Метод «нетбэк минус»*¹¹⁰. Данный метод применяется, если у доминирующего участника рынка существует значительный стабильный объем экспортных поставок на иностранные рынки (превышает или сопоставим с объемом продаж внутри России), а также транспортные

¹⁰⁸ В самих Принципах экономического анализа практик ценообразования указано, что их целью является расширение практики применения «метода сопоставимых рынков».

¹⁰⁹ Постановление ФАС МО от 6 марта 2013 г. по делу № А40-63566/12-72-439.

¹¹⁰ Пункт 2.1 Принципов анализа практик ценообразования.

расходы по доставке товара на такие рынки относительно невелики (10–15 % от стоимости товара). Метод «нетбэк минус» предполагает сравнение цены доминирующего участника рынка для российских покупателей с ценовым (биржевым и внебиржевым) индикатором, сложившимся на иностранных рынках в условиях более развитой конкурентной среды по сравнению с внутренним российским рынком¹¹¹. При проведении сравнения данный ценовой индикатор необходимо скорректировать с учетом (1) вычета суммы логистических затрат, связанных с доставкой товара из России на соответствующий иностранный рынок (цена, приведенная к базисам поставки EXW); (2) вычета размера экспортной таможенной пошлины и иных платежей, связанных с экспортом товара из России на иностранные рынки; и (3) ценовой разницы между сравниваемыми товарами, обусловленной разным качеством таких товаров¹¹².

2. *Метод средневзвешенных цен*¹¹³. Этот метод, так же как и метод «нетбэк минус», применяется, если у доминирующего участника рынка существует значительный объем экспортных поставок на иностранные рынки (превышает или сопоставим с объемом продаж внутри России), а также транспортные расходы по доставке товара на такие рынки относительно невелики (10–15 % от стоимости товара). Однако в отличие от метода «нетбэк минус» метод средневзвешенных цен не опирается на ценовые (биржевые и внебиржевые) индикаторы. Таким образом, метод средневзвешенных цен применяется, когда ценовые (биржевые и внебиржевые) индикаторы отсутствуют. Суть метода состоит в сравнении цены для российских покупателей с уровнем средневзвешенных экспортных цен (на базисе поставки EXW), устанавливаемых в предшествующий период (например, за предшествующую неделю, месяц, квартал) доминирующим участником рынка для зарубежных покупателей, действующих на более конкурентных рынках, чем внутренний рынок РФ. Этот метод применяется в том случае, если экспортные поставки доминирующего участника рынка не сконцентрированы в каком-либо отдельном регионе, т. е. он осуществляет экспортные поставки во множество разных регионов и в этом случае невозможно определить отдельный «репрезентативный» регион для расчета цены методом «нетбэк минус»¹¹⁴.

3. *Метод «нетбэк плюс»*¹¹⁵. Этот метод применяется, если рынок, на котором российские покупатели приобретают товар, является импортоориентированным, т. е. объем внутреннего российского производства на таком рынке недостаточен для полного удовлетворения спроса, объем импорта сопоставим с объемом производимой на территории РФ продукции, а экспорт отсутствует, либо незначителен. В рамках данного метода цена доминирующего участника рынка для российских покупателей сравнивается с ценовым (биржевым и внебиржевым) индикатором, сложившемся на иностранных конкурентных рынках. В этом случае указанный ценовой индикатор отражает цены на импортную продукцию, значительный объем которой поступает на территорию РФ. При сравнении ценовой индикатор необходимо скорректировать с учетом (1) прибавления суммы логистических затрат, связанных с доставкой товара в Россию (цена, приведенная к базисам поставки DDP); (2) добавления размера ввозной таможенной пошлины и иных платежей, связанных с импортом товара в Россию; и (3) ценовой разницы между сравниваемыми товарами, обусловленной разным качеством таких товаров.

¹¹¹ В качестве ценового индикатора могут выступать котировки товарных бирж (например, Лондонской биржи металлов (LME)), а также публикуемые международными аналитическими агентствами (например, Argus, Platts, Metal bulletin, The Steel Index, Металлторг и т. п.) данные о ценах на товар, сложившихся в соответствующих регионах мира.

¹¹² Метод «нетбэк минус» был применен, например, в рамках Решения ФАС России от 3 мая 2011 г. № 1 10/185–10 в отношении ОАО «Качканарский горно-обогатительный комбинат «Ванадий»»: http://fas.gov.ru/solutions/solutions_32359.html.

¹¹³ Пункт 2.2 Принципов анализа практик ценообразования.

¹¹⁴ Метод «средневзвешенных цен» был применен, например, в рамках Рекомендаций ФАС России по обеспечению недискриминационного доступа к приобретению хлористого калия: http://fas.gov.ru/netcat_files/File/2012%2010%2026%20Proekt%20Rekomendatsiy_bez%20skidki%20dlya%20slozhnikov+.doc.

¹¹⁵ Пункт 3.1 Принципов анализа практик ценообразования.

4. *Метод прямой цены*¹¹⁶. Данный метод применяется на сбалансированных рынках, т. е. когда объем внутреннего производства сопоставим с объемом внутреннего спроса (отклонение не превышает 5–10 %), а экспорт и импорт товара отсутствуют либо незначительны. Небольшие объемы экспорта и импорта обусловлены значительными логистическими расходами (превышают 15–20 % стоимости товара), препятствующими ввозу/вывозу товара в РФ или из РФ. В рамках метода прямой цены происходит сравнение цены доминирующего участника рынка для российских покупателей с ценовым (биржевым и внебиржевым) индикатором, сложившимся на иностранных конкурентных рынках, на которых имеет место наиболее активное потребление соответствующего товара (т. е. потребляются наибольшие объемы товара). Такие иностранные рынки должны быть сопоставимы по условиям государственного регулирования с условиями регулирования в РФ. То есть здесь оцениваются те же самые режимы регулирования хозяйственной деятельности, которые были приведены выше в рамках описания метода сопоставимых рынков.

4. Часть 5 комментируемой статьи содержит условия, при одновременном соблюдении которых установленная на бирже цена товара не признается монопольно высокой.

К таким условиям относятся продажа на бирже товара, производимого и (или) реализуемого хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на соответствующем товарном рынке, объемом не менее величины, установленной федеральным антимонопольным органом и федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование сферы деятельности, к которой относится производство соответствующего товара, регулярно с равномерным распределением объема товара по торговым сессиям в течение календарного месяца (п. 1, 5 ч. 5 комментируемой статьи).

В настоящее время требования к минимальной величине продаваемого на бирже товара установлены только в отношении нефти и нефтепродуктов, а критерии регулярности и равномерности реализации товара на бирже предусмотрены только для нефтепродуктов. В соответствии с п. 1 Критериев регулярности и равномерности реализации товара на бирже для отдельных товарных рынков, на которых обращаются нефть и (или) нефтепродукты, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 11 октября 2012 г. № 1035, продавец распределяет годовые объемы реализации нефти и (или) нефтепродуктов на биржевых торгах по каждому виду соответствующего биржевого товара, реализуемого им и (или) его агентом на биржевых торгах, по месяцам календарного года в размере не менее величины, установленной федеральным антимонопольным органом и федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование сферы деятельности, к которой относится производство соответствующего товара, и объем заключенных продавцом и (или) его агентом на бирже сделок не менее планируемого объема реализации каждого вида биржевого товара. Виды биржевого товара объединяются в зависимости от условий договора, которые содержатся или будут содержаться в заявках, правилах организованных торгов, и (или) спецификациях договоров, и (или) в правилах клиринга клиринговой организации, осуществляющей клиринг на соответствующих биржевых торгах, либо определяются в соответствии с указанными документами с учетом установленных биржей видов нефти и нефтепродуктов, базисов поставки, сроков и способов исполнения обязательств.

Согласно приложению 1 к совместному приказу ФАС России и Минэнерго России от 12 января 2015 г. № 3/15/3 «Об утверждении минимальной величины продаваемых на бирже нефтепродуктов, а также отдельных категорий товаров, выработанных из нефти и газа, и требований к биржевым торгам, в ходе которых заключаются сделки с нефтепродуктами, а также с отдельными категориями товаров, выработанных из нефти и газа, хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на соответствующих товарных рынках, и при-

¹¹⁶ Пункт 2.1 Принципов анализа практик ценообразования.

знании утратившим силу приказа ФАС России и Минэнерго России от 30 апреля 2013 г. № 313/13/225» (далее – Приказ ФАС России и Минэнерго России) минимальная величина продаваемых на бирже нефтепродуктов, произведенных и (или) реализуемых хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на соответствующих оптовых товарных рынках, в том числе лицами, входящими в одну группу лиц с таким хозяйствующим субъектом, и (или) участниками биржевых торгов, которые действуют в интересах и за счет указанных лиц, составляет следующие объемы:

- а) бензин автомобильный – 10 %;
- б) топливо дизельное – 5 %;
- в) топливо для реактивных двигателей – 10 %;
- г) мазут – 2 %.
- д) сжиженные углеводородные газы для бытовых нужд и автомобильного транспорта – 5 %.

Указанная величина рассчитывается от месячного объема соответствующих нефтепродуктов, производимых каждым хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на соответствующих оптовых товарных рынках, в том числе лицами, входящими в одну группу лиц с таким хозяйствующим субъектом. При ее расчете не учитываются сделки, (1) заключенные на основании адресованных конкретному участнику биржевых торгов заявок, а также заявок, поданных одним участником биржевых торгов (за исключением центрального контрагента) и содержащих встречные по отношению друг к другу волеизъявления на заключение договора с одним видом биржевого товара, (2) нестандартные сделки, определенные в соответствии с Законом об использовании инсайдерской информации, а также (3) сделки, заключенные в течение дополнительных торговых сессий, в ходе которых заключаются сделки с нефтепродуктами, а также с отдельными категориями товаров, выработанных из нефти и газа, хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на соответствующих товарных рынках.

Согласно ч. 1 ст. 12 Закона об использовании инсайдерской информации нестандартными сделками признаются сделки (заявки), имеющие признаки неправомерного использования инсайдерской информации и (или) манипулирования рынком. Так, ч. 1 ст. 6 Закона об использовании инсайдерской информации запрещено использование инсайдерской информации для осуществления операций с товарами, которых касается инсайдерская информация, за свой счет или за счет третьего лица, за исключением совершения операций в рамках исполнения обязательства по покупке или продаже товаров, срок исполнения которого наступил, если такое обязательство возникло в результате операции, совершенной до того, как лицу стала известна инсайдерская информация, а также осуществление действий, относящихся к манипулированию рынком.

К манипулированию рынком в соответствии со ст. 5 Закона об использовании инсайдерской информации относятся следующие действия:

– умышленное распространение через средства массовой информации, в том числе через электронные, информационно-телекоммуникационные сети, доступ к которым не ограничен определенным кругом лиц (включая сеть «Интернет»), любым иным способом заведомо ложных сведений, в результате которого цена, спрос, предложение или объем торгов товаром отклонились от уровня или поддерживались на уровне, существенно отличающемся от того уровня, который сформировался бы без распространения таких сведений;

– совершение операций по предварительному соглашению между участниками торгов и (или) их работниками и (или) лицами, за счет или в интересах которых совершаются указанные операции, в результате которых цена, спрос, предложение или объем торгов товаром отклонились от уровня или поддерживались на уровне, существенно отличающемся от того уровня, который сформировался бы без таких операций;

– совершение сделок, обязательства сторон по которым исполняются за счет или в интересах одного лица, в результате которых цена, спрос, предложение или объем торгов товаром отклонились от уровня или поддерживались на уровне, существенно отличающемся от того уровня, который сформировался бы без таких сделок;

– выставление за счет или в интересах одного лица заявок, в результате которого на организованных торгах одновременно появляются две и более заявки противоположной направленности, в которых цена покупки товара выше цены либо равна цене продажи такого же товара, в случае, если на основании указанных заявок совершены операции, в результате которых цена, спрос, предложение или объем торгов товаром отклонились от уровня или поддерживались на уровне, существенно отличающемся от того уровня, который сформировался бы без таких операций;

– неоднократное в течение торгового дня совершение на организованных торгах сделок за счет или в интересах одного лица на основании заявок, имеющих на момент их выставления наибольшую цену покупки либо наименьшую цену продажи финансового инструмента, иностранной валюты и (или) товара, в результате которых их цена существенно отклонилась от уровня, который сформировался бы без таких сделок, в целях последующего совершения за счет или в интересах того же или иного лица противоположных сделок по таким ценам и последующее совершение таких противоположных сделок;

– неоднократное в течение торгового дня совершение на организованных торгах за счет или в интересах одного лица сделок в целях введения в заблуждение относительно цены товара, в результате которых цена финансового инструмента, иностранной валюты и (или) товара поддерживалась на уровне, существенно отличающемся от уровня, который сформировался бы без таких сделок;

– неоднократное неисполнение обязательств по операциям, совершенным на организованных торгах без намерения их исполнения, с одним и тем же товаром, в результате чего цена, спрос, предложение или объем торгов товаром отклонились от уровня или поддерживались на уровне, существенно отличающемся от того уровня, который сформировался бы без таких операций.

Критерии существенного отклонения цены, спроса, предложения или объема торгов товаром по сравнению с уровнем цены, спроса, предложения или объема торгов товаром, который сформировался бы без учета действий, направленных на манипулирование рынком, устанавливаются в зависимости от вида, ликвидности и (или) рыночной стоимости товара организатором торговли на основании Методических рекомендаций по установлению критериев существенного отклонения цены биржевых товаров, утвержденных Приказом ФСФР России от 8 ноября 2011 г. № 11–59/пз-н.

С целью исключения фактов установления монопольно высокой цены на товар в ходе биржевых торгов и для реализации п. 2 ч. 5 комментируемой статьи Приказом ФАС России и Минэнерго России утверждены Требования к биржевым торгам, в ходе которых заключаются сделки по продаже нефтепродуктов, произведенных и (или) реализуемых занимающим доминирующее положение на соответствующих оптовых товарных рынках хозяйствующим субъектом, а также лицами, входящими в одну группу лиц с таким хозяйствующим субъектом, и (или) участниками биржевых торгов, действующими в интересах и за счет указанных лиц. К таким требованиям относятся:

1) соблюдение антимонопольного законодательства при проведении биржевых торгов. Так, п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции запрещены соглашения между хозяйствующими субъектами – конкурентами, которые приводят или могут привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах. Статьей 17 Закона о защите конкуренции запрещены:

– координация организаторами торгов деятельности его участников;

- создание участнику торгов преимущественных условий участия в торгах, в том числе путем доступа к информации, если иное не установлено федеральным законом;
- нарушение порядка определения победителя или победителей торгов;
- участие организаторов торгов в торгах.

ФАС России в 2011 г. рассмотрела дела о нарушении антимонопольного законодательства в отношении ЗАО «СПбМТСБ» и НП «МБНК», оказывающих услуги по организации биржевой торговли нефтепродуктами, и установила, что ЗАО «СПбМТСБ» создавались преимущественные условия участникам биржевых торгов путем подачи одним участником торгов встречных заявок с автоматизированных рабочих мест, установленных в торговом зале ЗАО «СПбМТСБ», а также использования для проведения биржевых торгов программного обеспечения и аппаратно-технических средств системы электронных торгов (далее – СЭТ), допускающих колебание времени прохождения заявок от сервера доступа СЭТ до ядра системы в период одной торговой сессии как в большую, так и в меньшую сторону, что привело к нарушению последовательности регистрации заявок в СЭТ. Также ЗАО «СПбМТСБ» и НП «МБНК» нарушали порядок определения победителей биржевых торгов, установленный утвержденными ими правилами биржевой торговли;

2) поддержание минимального уровня ликвидности биржевых торгов, исключаящего формирование цен под воздействием ажиотажного спроса. Так, объем продаваемых на биржевых торгах нефтепродуктов, произведенных и (или) реализуемых занимающими доминирующее положение на соответствующих оптовых товарных рынках хозяйствующими субъектами, в том числе лицами, входящими в одну группу лиц с такими хозяйствующими субъектами, и (или) участниками биржевых торгов, которые действуют в интересах и за счет указанных лиц, должен превышать следующие величины:

- а) бензин автомобильный – 8 %;
- б) топливо дизельное – 4 %;
- в) топливо для реактивных двигателей – 8 %;
- г) мазут – 1,6 %.
- д) сжиженные углеводородные газы для бытовых нужд и автомобильного транспорта – 4 %.

Объем продаваемых на биржевых торгах нефтепродуктов рассчитывается от месячного совокупного объема производства соответствующих нефтепродуктов, произведенных всеми занимающими доминирующее положение на соответствующих оптовых товарных рынках хозяйствующими субъектами, в том числе лицами, входящими в одну группу лиц с такими хозяйствующими субъектами. При расчете учитываются нефтепродукты, реализуемые на биржевых торгах и составляющие запасы государственного материального резерва и (или) резерва, формируемого хозяйствующими субъектами.

3) участие в биржевых торгах не менее двух участников, подавших заявки на продажу биржевых товаров, и не менее трех участников, подавших заявки на покупку одного вида биржевого товара.

4) соблюдение установленного п. 3–3.3 приложения 2 к Приказу ФАС России и Минэнерго России порядка определения цен для подачи заявок на продажу нефтепродуктов в течение торговой сессии занимающим доминирующее положение на соответствующих оптовых товарных рынках хозяйствующим субъектом, а также лицами, входящими в одну группу лиц с таким хозяйствующим субъектом, и (или) участниками биржевых торгов, действующими в интересах и за счет указанных лиц;

5) наличие на биржевых торгах процедур по обеспечению контроля за соответствием порядка подачи заявок на продажу нефтепродуктов занимающим доминирующее положение на соответствующих оптовых товарных рынках хозяйствующим субъектом, а также лицами, входящими в одну группу лиц с таким хозяйствующим субъектом, и (или) участниками бир-

жевых торгов, действующими в интересах и за счет указанных лиц, условиям, установленным п. 4 приложения 2 к Приказу ФАС России и Минэнерго России.

Кроме того, необходимым условием формирования не монопольно высоких цен на бирже является установление такого минимального размера биржевого лота, который не препятствует доступу на соответствующий товарный рынок (п. 7 ч. 5 комментируемой статьи).

Согласно п. 3 ч. 5 комментируемой статьи хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение на соответствующем товарном рынке, аккредитованный и (или) участвующий в торгах (в том числе путем подачи заявок на участие в торгах брокеру, брокерам), предоставляет бирже список аффилированных лиц в порядке, установленном федеральным антимонопольным органом. Обязательное предоставление бирже списка аффилированных лиц необходимо для определения цен для подачи заявок на продажу нефтепродуктов в течение торговой сессии занимающим доминирующее положение на соответствующих оптовых товарных рынках хозяйствующим субъектом, а также лицами, входящими в одну группу лиц с таким хозяйствующим субъектом, и (или) участниками биржевых торгов, действующими в интересах и за счет указанных лиц, в случае, если в течение торговой сессии количество участников биржевых торгов, являющихся аффилированными лицами по отношению к занимающему доминирующее положение хозяйствующему субъекту, и подавших заявки на покупку соответствующего биржевого товара, составляло более 50 % (подп. «а» п. 3.1 приложения 2 к Приказу ФАС России и Минэнерго России). Порядок предоставления бирже списка аффилированных лиц хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на соответствующем товарном рынке, аккредитованным и (или) участвующим в торгах (в том числе путем подачи заявок на участие в торгах брокеру, брокерам), утвержден приказом ФАС России от 26 июня 2012 г. № 409.

Пунктами 4, 5 ч. 5 комментируемой статьи предусмотрено, что действия хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на соответствующем товарном рынке, и (или) его аффилированных лиц не относятся к манипулированию рынком и реализация товара осуществляется на бирже, соответствующей требованиям законодательства РФ об организованных торгах, включая требования к соблюдению конфиденциальности информации о лицах, подавших соответствующие заявки на участие в торгах, в том числе путем подачи таких заявок брокеру, брокерам. В соответствии с п. 2 ст. 13 Закона об использовании инсайдерской информации и п. 22 ст. 25 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 325-ФЗ «Об организованных торгах» функции по выявлению действий по манипулированию рынком, а также контролю за соблюдением биржей требований законодательства РФ об организованных торгах, возложены на ЦБ РФ. Таким образом, при выявлении ЦБ РФ действий, относящихся к манипулированию рынком, перечень которых установлен ст. 5 Закона об использовании инсайдерской информации, а также фактов нарушения биржей законодательства РФ об организованных торгах, сформировавшаяся на биржевых торгах цена проверяется антимонопольным органом на предмет наличия признаков монопольно высокой цены.

Важным условием, препятствующим установлению на биржевых торгах монопольно высокой цены, является регистрация занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом внебиржевых сделок на поставки товаров (п. 6 ч. 5 комментируемой статьи). Случаи, порядок, объем и сроки, в соответствии с которыми стороны должны предоставлять информацию о заключенном ими не на организованных торгах договоре, порядок ведения биржей реестра внебиржевых договоров, а также порядок предоставления информации из реестра установлены Положением о предоставлении информации о заключенных сторонами не на организованных торгах договорах, обязательства по которым предусматривают переход права собственности на товар, допущенный к организованным торгам, а также о ведении реестра таких договоров и предоставлении информации из указанного реестра, утвержденным Постановлением Правительства РФ от 23 июля 2013 г. № 623.

Согласно указанному Постановлению биржам предоставляется информация о внебиржевых договорах в отношении следующего товара:

- нефтепродукты, предусмотренные техническим регламентом «О требованиях к автомобильному и авиационному бензину, дизельному и судовому топливу, топливу для реактивных двигателей и топочному мазуту», утвержденным Постановлением Правительства РФ от 27 февраля 2008 г. № 118, при условии, что суммарный объем производства группой лиц хозяйствующего субъекта, осуществляющего реализацию нефтепродуктов, свыше 100 тыс. тонн за предшествующий год и объем сделки составляет не менее 60 тонн;

- нефть сырая при объеме добычи и (или) производства группой лиц производителя за предшествующий год свыше 1 млн тонн, при условии, что объем сделки составляет не менее 1 тыс. тонн;

- угли коксующиеся, каменные, бурые и антрацит при объеме добычи группой лиц производителя за предшествующий год свыше 1 млн тонн, при условии, что объем сделки составляет не менее 60 тонн;

- пшеница 3-го и 4-го класса при объеме реализации за предшествующий год свыше 10 тыс. тонн и объеме сделки более 60 тонн.

5. В соответствии с ч. 6 комментируемой статьи не признается монопольно высокой цена товара, установленная с учетом особенностей формирования стартовой цены на продукцию при ее продаже на бирже, согласованных с антимонопольным органом.

В соответствии с подп. «н» п. 2 ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции антимонопольный орган вправе выдавать хозяйствующим субъектам обязательные для исполнения предписания, в том числе о предварительном согласовании с антимонопольным органом особенностей формирования стартовой цены на продукцию при ее продаже на бирже, в порядке, установленном Положением о предварительном согласовании особенностей формирования стартовой цены на продукцию при ее продаже на товарной бирже, утвержденным Постановлением Правительства РФ от 1 апреля 2010 г. № 208.

6. Частью 7 комментируемой статьи установлено, что не признается монопольно высокой цена товара в случае, если она не превышает цену, установленную на бирже с соблюдением всех предусмотренных ч. 5 и 6 комментируемой статьи условий, и при этом экономические (коммерческие) условия сделки сопоставимы по количеству и (или) объему поставляемых товаров, срокам исполнения обязательств, условиям платежей, обычно применяемых в сделках данного вида, а также по иным разумным условиям, которые могут оказывать влияние на цену.

7. В ч. 8 комментируемой статьи указано, что при определении монопольно высокой цены товара учитываются биржевые и внебиржевые индикаторы цен, установленные на мировых рынках аналогичного товара. В Принципах анализа практик ценообразования, утвержденных ФАС России, указано, что в качестве таких ценовых индикаторов могут выступать котировки товарных бирж (например, Лондонской биржи металлов (*LME*)), а также публикуемые международными аналитическими агентствами (например, *Argus*, *Platts*, *Metal Bulletin*, *The Steel Index*, Металлторг) данные о ценах на товар, сложившиеся в соответствующих регионах мира.

Статья 7. Монопольно низкая цена товара

1. Монопольно низкой ценой товара является цена, установленная занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом, если эта цена ниже суммы необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли и ниже цены, которая сформировалась в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке, при наличии такого рынка на территории Российской Федерации или за ее пределами, в том числе установленная:

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

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

б) состав продавцов или покупателей товара остался неизменным либо изменение состава продавцов или покупателей товара является незначительным;

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

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

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

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

в) условия обращения товара на товарном рынке, в том числе обусловленные мерами государственного регулирования, включая налогообложение, тарифное регулирование, обеспечивают возможность изменения цены товара в сторону увеличения.

2. Не признается монопольно низкой цена товара в случае, если:

1) она установлена субъектом естественной монополии в пределах тарифа на такой товар, определенного в соответствии с законодательством Российской Федерации;

2) она не ниже цены, которая сформировалась в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке;

3) ее установление продавцом товара не повлекло или не могло повлечь за собой ограничение конкуренции в связи с сокращением числа не входящих с продавцами или покупателями товара в одну группу лиц хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке.

Установление монопольно низкой цены товара – это один из видов злоупотребления доминирующим положением (п. 1 ч. 1 ст. 7 Закона о защите конкуренции). Цена признается монопольно низкой, если одновременно выполняются следующие условия.

А. Цена товара, на рынке которого поставщик товара (ответчик) занимает доминирующее положение, ниже суммы расходов и прибыли, необходимых для производства и реализации такого товара. Под прибылью и расходами в данном случае имеются в виду прибыль и расходы непосредственно доминирующего поставщика товара. Прибыль и расходы конкурентов поставщика не должны приниматься во внимание при определении монопольно низкой цены. Так, если конкуренты поставщика ввиду отсутствия у них таких же ресурсов и инфраструктуры, как у доминирующего поставщика, несут гораздо больше расходов на единицу товара, чем доминирующий поставщик (соответственно, требования к прибыльности у них также будут выше), то цена, установленная поставщиком, не должна рассматриваться через призму расходов его конкурентов¹¹⁷. Однако вышесказанное не исключает возможности оценки расходов и прибыли как элементов цены других хозяйствующих субъектов, осуществляющих свою деятельность на сопоставимых рынках, при сравнении цен таких хозяйствующих субъектов с ценами доминирующего поставщика (см. условие «Б»).

¹¹⁷ См., напр.: постановление ФАС СЗО от 18 октября 2011 г. по делу № А21-10374/2010.

Б. Цена на данный товар ниже его цены на сопоставимом товарном рынке в России при наличии такого рынка (ч. 1 ст. 7 Закона о защите конкуренции). Под сопоставимым рынком понимается товарный рынок, сопоставимый по составу покупателей или продавцов товара, условиям обращения товара, условиям доступа на товарный рынок, государственному регулированию, включая налогообложение и таможенно-тарифное регулирование (ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции).

В. Установление доминирующим субъектом такой цены повлекло или могло повлечь за собой ограничение конкуренции в связи с сокращением числа участников товарного рынка, т. е. независимых конкурентов доминирующего субъекта (п. 3 ч. 2 ст. 7 Закона о защите конкуренции). Важно отметить, что, исходя из формулировки данного условия, уменьшение количества участников рынка должно состояться как факт. Ограничение конкуренции как результат уменьшения количества участников рынка доказывается отдельно. При этом достаточно доказать возможность ограничения конкуренции в результате состоявшегося уменьшения количества участников рынка.

2. Таким образом, суть установления монопольно низкой цены состоит в искусственном занижении цены на товар. Поскольку низкая цена устанавливается доминирующим поставщиком товара, охватывающим существенную часть рынка, большая доля покупателей на рынке имеет сильный стимул покупать товары именно у этого поставщика и игнорировать товары с более высокими ценами менее крупных продавцов на рынке – конкурентов поставщика.

В результате конкуренты доминирующего поставщика теряют своих клиентов и, как правило, вынуждены сокращать, а затем и вовсе прекращать производство и (или) реализацию продукции и уходить с рынка. Доминирующий поставщик же гарантирует себе высокую долю рынка, при этом, как отметил ВАС РФ, сохраняет «экономическую стабильность своего предприятия»¹¹⁸.

На первый взгляд, для конечных потребителей такая ситуация является положительной, поскольку они получают товар по низкой цене. Однако целью разумного поставщика вряд ли является постоянная реализация товара себе в убыток, которая неизбежно рано или поздно приведет к его банкротству. Его главная бизнес-стратегия – возместить выгоду, упущенную при реализации товара по искусственно заниженной цене, за счет монопольной прибыли, которую он не смог бы получить при установлении цены на товар в условиях конкуренции. Достижение этой бизнес-стратегии возможно разными способами.

Во-первых, после выдавливания конкурентов с рынка и увеличения собственной клиентской базы доминирующий поставщик может существенно повысить цены на товар (как правило, выше рыночных). В такой ситуации покупатели вынуждены платить повышенную цену, поскольку других источников товара на рынке больше нет или количество альтернативного товара незначительно (так как конкуренты поставщика ушли с рынка). Доминирующий поставщик получает сверхприбыль за счет продажи значительного объема продукции (обеспеченного большой и стабильной клиентской базой) по завышенным ценам. Такая ситуация, например, имела место в деле, рассмотренном УФАС по г. Москве в отношении ЗАО «АКАДО-Столица»¹¹⁹.

Во-вторых, рост объемов реализации товаров доминирующего поставщика за счет сокращения спроса на товары его конкурентов может привести к снижению средних издержек производства доминирующего поставщика. Тем самым изначально невыгодная для доминирующего поставщика пониженная цена с ростом его клиентской базы становится для него выгодной. В такой ситуации дальнейшее сокращение присутствия конкурентов на рынке влечет повышение

¹¹⁸ Постановление Президиума ВАС РФ от 30 июля 2012 г. № 1063/12.

¹¹⁹ См.: решение АС г. Москвы от 8 февраля 2010 г. по делу № А40-156748/09-139-1081, поддержанное всеми инстанциями, включая ВАС РФ, который отказал в пересмотре дела (Определение ВАС РФ от 31 января 2011 г. № ВАС-16284/10).

эффективности доминирующего поставщика и гарантирует получение им желаемой прибыли. Такая логика в отношении концепции монопольно низкой цены отражена в позиции ВАС РФ в рамках пересмотра дела, рассмотренного УФАС по Республике Бурятия в отношении ОАО «Бурятнефтепродукт»¹²⁰.

В-третьих, доминирующий поставщик при установлении монопольно низкой цены на товар и увеличении своей доли на рынке такого товара может увеличивать прибыль на рынке, смежном с рынком товара, реализуемого по монопольно низким ценам (например, за счет повышения цены товара, обращающегося на смежном рынке). Расходы по установлению монопольно низкой цены на основной товар могут покрываться за счет сверхприбыли от продаж товара, обращающегося на смежном рынке. Например, такими смежными товарными рынками могут быть рынки металлургической продукции и сырья для ее производства, рынки сложных технических изделий и рынки услуг по техническому или сервисному обслуживанию таких изделий либо рынки расходных материалов или комплектующих, используемых при эксплуатации основного товара¹²¹.

3. Монопольно низкая цена может устанавливаться путем снижения ранее установленной цены товара, а также путем поддержания или неповышения ранее установленной цены товара, когда рыночная цена идет вверх (п. 1 и 2 ч. 1 ст. 7 Закона о защите конкуренции). Одной из форм снижения ранее установленной цены является предоставление скидок. Предоставление скидок на краткосрочный период, как правило, не может привести к установлению монопольно низких цен, так как выдавливание конкурентов с рынка (т. е. одно из условий монопольно низких цен) требует длительного воздействия на условия обращения товара на рынке, чего не происходит в результате предоставления временных скидок. Более того, временные скидки предоставляются обычно для целей продвижения продукции на рынке, что, наоборот, может усилить конкуренцию между участниками рынка. Так, ФАС России пришла к выводу об отсутствии установления монопольно низких цен группой лиц «КНАУФ ГИПС» в результате предоставления временных скидок от 15 % до 23 % в период с 13 октября 2014 г. по 26 октября 2014 г., с 15 февраля 2015 г. по 27 февраля 2015 г.¹²² Позиция ФАС России по этому делу была подтверждена судами¹²³. При оценке скидок, предоставляемых на уровне розницы, необходимо учитывать, что такие скидки могут быть обусловлены действиями нескольких хозяйствующих субъектов (производителей товаров, их дистрибьюторов и самих ритейлеров), т. е. скидками, предоставляемыми на разных уровнях цепочки реализации товара. Поэтому с точки зрения установления монопольно низких цен скидки на уровне розницы, как правило, не являются результатом действий отдельного участника рынка, даже если такой участник рынка занимает существенную долю на нем.

Необходимо отметить, что условия установления монопольно низкой цены, предусмотренные в п. 1 и 2 ч. 1 ст. 7 Закона о защите конкуренции, такие же, как и для монопольно высокой цены. В этой связи отдельный комментарий в отношении таких условий не приводится.

4. Цена не признается монопольно низкой, если она установлена субъектом естественной монополии в пределах тарифа на такой товар, определенного в соответствии с законодательством РФ. Это исключение мотивировано тем, что контроль антимонопольного органа над тарифами, как правило, осуществляется на этапе определения таких тарифов уполномоченными государственными органами. Следовательно, установление последующего контроля над тарифами, уже согласованными с антимонопольным органом, является чрезмерным. Напри-

¹²⁰ Постановление Президиума ВАС РФ от 30 июля 2012 г. № 1063/12 по делу № А10-11/2011.

¹²¹ В такой ситуации для целей дальнейшего пресечения нарушения антимонопольный орган может обязать ответчика вести раздельный учет затрат и доходов по основным видам товаров.

¹²² Письмо ФАС России от 13 марта 2015 г. № АВ/11949/15.

¹²³ Решение АС г. Москвы от 15 сентября 2015 г. по делу № А40-132422/2015; Постановление 9 ААС от 7 декабря 2015 г. № 09АП-49825/2015 по делу № А40-132422/15.

мер, размер платы за технологическое присоединение к электрическим сетям определяется по согласованию с ФАС России¹²⁴.

5. Отдельного внимания заслуживает соотношение установления монопольно низкой цены со схожими практиками.

А. Навязывание низкой цены доминирующим покупателем.

Логика ст. 7 Закона о защите конкуренции исходит из того, что монопольно низкая цена товара устанавливается именно продавцом товара¹²⁵. Однако если рынок имеет структуру монополии (т. е. на рынке доминирует покупатель), то цена товара на таком рынке в значительной степени диктуется именно покупателем. Покупатель, обладающий рыночной властью (доминирующим положением), может понудить поставщиков товара продавать товар с отрицательной рентабельностью, т. е. по ценам, которые будут ниже суммы расходов и прибыли, необходимых поставщикам для производства и (или) реализации товара.

Существует позиция, согласно которой данная ситуация не подпадает под определение монопольно низкой цены. Однако при этом очевидно, что она тем не менее может ограничить конкуренцию. Например, чрезмерно низкая цена товара на рынке создает барьеры входа для потенциальных поставщиков, а также может привести к выходу с рынка тех поставщиков товара, которые не смогут в течение длительного времени реализовывать товар по чрезмерно низким ценам.

В академической литературе встречается позиция, согласно которой такое поведение доминирующего потребителя в принципе выпадает из-под регулирования Закона о защите конкуренции, и поэтому действие ст. 7 Закона необходимо распространить на эту ситуацию путем внесения соответствующих изменений¹²⁶. Данная позиция представляется не вполне обоснованной, так как Закон о защите конкуренции уже содержит в себе необходимый инструментарий для пресечения и недопущения указанного антиконкурентного поведения доминирующего покупателя.

Навязывание доминирующим покупателем чрезмерно низкой цены товара поставщику может квалифицироваться как нарушение п. 3 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции: злоупотребление доминирующим положением в форме навязывания контрагенту невыгодных для него условий договора. Указанная практика доминирующего поставщика также может рассматриваться как создание препятствий доступу на товарный рынок (п. 9 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции) для тех поставщиков, которые не в состоянии реализовывать товар с отрицательной рентабельностью. Наконец, учитывая тот факт, что перечень видов злоупотреблений доминирующим положением в ст. 10 Закона о защите конкуренции не является исчерпывающим, эта практика всегда может быть признана злоупотреблением доминирующим положением покупателя, если будут доказаны какие-либо иные признаки ограничения конкуренции или ущемления интересов.

Б. Формирование низкой цены на торгах, проводимых в рамках публичных закупок.

Среди судебных решений встречается достаточно спорная позиция, согласно которой при предложении участником торгов, проводимых в рамках публичных закупок, чрезмерно низкой цены положения ст. 7 Закона о защите конкуренции не должны применяться¹²⁷.

Суть позиции состоит в следующем: 1) на торгах цена не устанавливается поставщиком, как того требует ст. 7 Закона о защите конкуренции, а формируется в процессе проведе-

¹²⁴ Пункт 87 Постановления Правительства РФ от 29 декабря 2011 г. № 1178 «О ценообразовании в области регулируемых цен (тарифов) в электроэнергетике».

¹²⁵ Говоря об установлении цены, законодатель всегда имеет в виду именно продавца товара. Кроме того, п. 3 ч. 2 ст. 7 Закона прямо говорит об установлении цены продавцом товара.

¹²⁶ Хутов К.М. Преступный монополизм: уголовно-политическое и криминологическое исследование / Под ред. Н.А. Лопашенко. М., 2007.

¹²⁷ Постановление 7 ААС от 25 октября 2012 г. по делу № А67-3659/2012.

ния тендерных процедур, предусмотренных законодательством о закупках товаров, работ или услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд¹²⁸; 2) целью проведения торгов в отличие от целей применения положений ст. 7 Закона о защите конкуренции является не только извлечение прибыли, но и достижение эффективности использования бюджетных средств; 3) в законодательстве о закупках товаров, работ или услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд не установлено требований относительно недопустимости снижения цены контракта ниже себестоимости соответствующей услуги.

Данная позиция не имеет преюдициального значения и, по мнению авторов, не учитывает всего многообразия ситуаций, при которых предложение доминирующим участником торгов (закупок) цены на товар ниже себестоимости действительно может ограничить конкуренцию и отвечать всем условиям монопольно низкой цены. Кроме того, новые законодательные нормы, регулирующие публичные закупки, прямо указывают на недопустимость осуществления участниками закупок любых действий, которые приводят к ограничению конкуренции, тем самым отсылая к Закону о защите конкуренции¹²⁹.

В. Недобросовестная конкуренция в форме установления низкой (демпинговой) цены.

Встречаются случаи, когда антимонопольный орган, доказав, что цена установлена ниже требуемых расходов и прибыли, не может тем не менее доказать соблюдение остальных условий установления ответчиком монопольно низкой цены, и дело переквалифицируется на осуществление ответчиком актов недобросовестной конкуренции¹³⁰.

Установление искусственно низкой цены (ниже необходимых расходов и прибыли), действительно, может не соответствовать общим экономическим принципам формирования цены, принципам разумности, законам логики, обычаям делового оборота и сдерживать обоснованный рыночный рост цен на товарном рынке. Таким образом, выполняется одно из условий для недобросовестной конкуренции, а именно действия противоречат «обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости» (п. 9 ст. 4 Закона о защите конкуренции).

Однако, как справедливо указал ВАС РФ, это лишь одно из условий недобросовестной конкуренции, остальные условия также должны быть доказаны антимонопольным органом¹³¹. Такими условиями являются получение ответчиком преимуществ при осуществлении им предпринимательской деятельности, а также причинение или возможность причинения ответчиком убытков его конкурентам либо нанесение или возможность нанесения вреда их деловой репутации (п. 9 ст. 4 Закона о защите конкуренции). Например, сравнение финансовых показателей ответчика и его конкурентов с учетом использования ими различных систем налогообложения может быть использовано для доказывания получения ответчиком преимуществ в предпринимательской деятельности.

Таким образом, наличия факта необоснованно низкой цены, согласно ч. 1 ст. 7 Закона о защите конкуренции, недостаточно для признания такой практики актом недобросовестной конкуренции. В последней практике ФАС России встречаются дела, когда служба анализировала демпинговые цены в рамках рассмотрения дел о недобросовестной конкуренции. В таких случаях анализируются все признаки недобросовестной конкуренции¹³².

¹²⁸ На момент рассмотрения дела еще действовал Закон № 94-ФЗ.

¹²⁹ См. ст. 8 Закона о ФКС.

¹³⁰ Постановления Президиума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 1162/13; 12 ААС от 23 апреля 2013 г. по делу № А06-6215/2011.

¹³¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 1162/13.

¹³² См., напр.: Решение Пензенского УФАС России в отношении ООО «Эврика» от 26 ноября 2014 г. № 2-03/14-2014: <http://solutions.fas.gov.ru/to/penzenskoe-ufas-rossii/203-14-2014-277669db-157d-46ce-8f67-d88249bf7103>.

Статья 8. Согласованные действия хозяйствующих субъектов

1. Согласованными действиями хозяйствующих субъектов являются действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке при отсутствии соглашения, удовлетворяющие совокупности следующих условий:

1) результат таких действий соответствует интересам каждого из указанных хозяйствующих субъектов;

2) действия заранее известны каждому из участвующих в них хозяйствующих субъектов в связи с публичным заявлением одного из них о совершении таких действий;

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.