*Ведущий специалист-эксперт*

*Отдела Антимонопольного контроля*

*Черногорова Г.Н.*

**Проблемы квалификации нарушений антимонопольного законодательства по ч. 1 ст 10 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции»**

Частью 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции установлен запрет на действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей, в том числе следующие действия (бездействие).

Толкование формулировки общей нормы ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции позволяет сделать вывод о том, что для квалификации действия (бездействия) по данной статье антимонопольному органу необходимо установить обстоятельства:

* + 1. наличие у лица доминирующего положения на рассматриваемом рынке на момент совершения предполагаемого нарушения ;
    2. факт злоупотребления таким лицом своим положением на рынке, т.е. использования принадлежащих ему гражданских прав либо имеющейся у него рыночной власти в целях недопущения, ограничения либо устранения конкуренции на соответствующем товарном рынке и (или) ущемления законных интересов других лиц;
    3. наличие запрещенных Законом о защите конкуренции последствий как результата противоправной деятельности такого лица, а именно недопущения, ограничения, устранения конкуренции на соответствующем товарном рынке и (или) ущемления законных интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей.

Установление указанных трех обстоятельств является обязательным для признания лица нарушившим антимонопольное законодательства. С какими практическими проблемами можно столкнуться при квалификации действий хозяйствующего субъекта по статье 10 Закона о защите конкуренции?

* + - 1. Как видно из самого наименования рассматриваемой статьи, данное нарушение антимонопольного законодательства, в отличие от других разновидностей монополистической деятельности, характеризуется наличием особого субъекта - лица, занимающего доминирующее положение (доминанта).

Необходимо отметить, что само по себе доминирующее положение не является объектом правового запрета. Подобное "сужение" субъектного состава обусловлено тем фактом, что наличие доминирующего положения, хотя и правомерно по существу, позволяет оказывать существенное влияние на условия обращения товаров и на состояние конкурентной среды на рынке.

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

Во-первых, данная статья содержит так называемые качественные критерии доминирующего положения хозяйствующего субъекта.

Так, признание доминирующего положения хозяйствующего субъекта (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара связывается с необходимостью установления их возможности:

1) оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на рынке, в том числе путем ограничения доступа к ресурсам, предложение которых ограничено, либо создания условий для повышения издержек для доступа к ним, использования эффекта масштаба производства, изъятия товара из обращения и т.п.;

2) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов с помощью манипулирования ценами, изменения объемов производства, заключения долгосрочных договоров и т.п.;

3) затруднять доступ на этот рынок другим хозяйствующим субъектам. Так, стратегия поведения действующих на рынке хозяйствующих субъектов, направленная на создание барьеров входа на рынок, может включать инвестирование в избыточные производственные мощности, позволяющие увеличить выпуск товара для целей ограничения новых участников рынка, увеличение для приобретателя издержек, связанных со сменой продавца, в том числе в результате предоставления скидок постоянным приобретателям, заключения долгосрочных контрактов или выпуска взаимодополняющих товаров, не являющихся взаимозаменяемыми с продукцией других хозяйствующих субъектов, проведение интенсивных рекламных кампаний.

Необходимо отметить, что возможность хозяйствующего субъекта оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на рынке, в том числе путем ограничения доступа к ресурсам, предложение которых ограничено, не всегда свидетельствует о занятии лицом доминирующего положения. В Ярославское УФАС России поступает достаточно много обращений граждан и организаций с жалобой на действия собственников какого-либо имущества, которые ограничивают конкуренцию и способны причинить убытки.

Например, за прошедшую часть 2019 г. поступали жалобы на действия сетевой организации, которая устанавливает необоснованно высокую стоимость оказания услуги по выносу своих объектов электросетевого хозяйства с принадлежащего заявителю земельного участка. Один из таких фактов являлся предметом рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства. Применительно к данной ситуации установление доминирующего положения сетевой организации не представляется возможным, что подтверждается сложившейся судебной практикой. Антимонопольный орган при этом руководствуется следующим.

Правила установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта и выявления иных случаев недопущения, ограничения или устранения конкуренции определены Приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220.

Проведение анализа состояния конкуренции в числе прочего, требует определения продуктовых и географических границ товарного рынка.

При этом, в рассматриваемом случае продуктовые границы могут быть определены как рынок услуг по реконструкции объектов электросетевого хозяйства, принадлежащих сетевой организации и расположенных на земельных участках иных лиц. В таком случае доля собственника этих объектов электросетевого хозяйства можно было бы определить как 100 %. Вместе с тем данный подход к определению продуктовых границ не соответствует нормам действующего законодательства, поскольку продуктовые границы рынка определены по принципу принадлежности электросетевого имущества хозяйствующему субъекту. В связи с этим, признание лица, занимающим доминирующее положение, по причине владения имуществом не основано на требованиях антимонопольного законодательства. На такие обращения антимонопольный орган сообщает об отказе в возбуждении дела антимонопольного законодательства.

Также в антимонопольный орган поступило несколько обращений операторов связи с жалобой на действия управляющих организаций многоквартирными домами, которые затрудняют оператору связи доступ к оказанию услуг в данном многоквартирном доме, например, путем отказа в размещении в этом доме оборудования.

Несмотря на то, что управляющие организации способны некоторыми действиями затруднять доступ на рынок оказания услуг связи другим хозяйствующим субъектам, управляющую организацию нельзя признать занимающей доминирующее положение в смысле, придаваемом этому понятию положениями Закона о защите конкуренции.

Управляющая организация несомненно выступает в качестве самостоятельного хозяйствующего субъекта, так как имеет заключенные с операторами связи договоры о возмездном размещении оборудования в многоквартирных домах.

Вместе с тем порядок использования объектов общего имущества многоквартирного дома определен гл. 6 ЖК РФ, где указано, что принятие решений о пользовании общим имуществом собственников помещений в многоквартирном доме иными лицами относится к компетенции общего собрания собственников помещений в качестве органа управления многоквартирным домом и допускается при условии, что принятие такого решения не нарушает права и законные интересы граждан и юридических лиц (ч. 3 ст. 36, п. 3 ч. 2 ст. 44 ЖК РФ).

Таким образом, управляющая организация ограничена в пределах реализации своих прав по пользованию и распоряжению общим имуществом многоквартирного дома. Она не вправе самостоятельно принимать решение о возможности доступа, в том числе организаций связи, к общему имуществу, и, следовательно, в отношениях по предоставлению в пользование технических, а также иных общих помещений многоквартирного дома управляющая организация не может быть признана самостоятельным хозяйствующим субъектом.

При рассмотрении таких обращений антимонопольный орган сообщает заявителю об отказе в возбуждении дела по части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции. Но такие обращения рассматриваются на соответствие действий управляющей компании части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции, которой установлен запрет на соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением "вертикальных" соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии со статьей 12 настоящего Федерального закона), если установлено, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции.

Вернемся к критериям доминирующего положения, указанным в статье 5 Закона о защите конкуренции. Данная статья определяет количественные критерии доминирующего положения хозяйствующего субъекта. Закрепляя презумпцию доминирования хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации), имеющего определенную долю на рынке, законодатель различает следующие категории субъектов:

* + 1. хозяйствующие субъекты, доля которых на рынке превышает 50%, в отношении которых доминирование предполагается при сохранении возможности доказать обратное при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства или при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией;
    2. хозяйствующие субъекты, доля которых на рынке не превышает 50%, доминирующее положение которых устанавливается антимонопольным органом исходя из существующих критериев, характеризующих товарный рынок, в том числе неизменной или подверженной малозначительным изменениям доли субъекта на товарном рынке, относительного размера долей на этом товарном рынке, принадлежащих конкурентам, возможности доступа на этот товарный рынок новых конкурентов.

Установив соответствующие качественные и количественные критерии антимонопольный орган признает хозяйствующий субъект, занимающим доминирующее положение.

В силу специфики рынка доминирующим всегда признается положение субъекта естественной монополии, которым признается хозяйствующий субъект, занятый производством (реализацией) товаров в условиях естественной монополии, характеризующейся таким состоянием товарного рынка, при котором удовлетворение спроса на этом рынке эффективнее в отсутствие конкуренции в силу технологических особенностей производства (в связи с существенным понижением издержек производства на единицу товара по мере увеличения объема производства), а товары, производимые субъектами естественной монополии, не могут быть заменены в потреблении другими товарами, в связи с чем 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.

В практике Ярославского УФАС России были случаи, когда субъект естественной

Исходя из положений ст. 3, 4, 5, 6 Федерального закона от 17 августа 1995 г. N 147-ФЗ "О естественных монополиях" основополагающим признаком субъекта естественной монополии следует считать осуществление данным субъектом деятельности в условиях естественной монополии в сферах, установленных данным Законом, а не факт его включения в реестр естественных монополий, который формируется на основании информации, полученной от различных органов и организаций, а также на основании заявлений самих организаций, осуществляющих указанную деятельность.

В соответствии с Федеральным законом от 17 августа 1995 г. N 147-ФЗ «О естественных монополиях» к сферам естественных монополий относятся

- транспортировка нефти и нефтепродуктов по магистральным трубопроводам;

- транспортировка газа по трубопроводам;

- железнодорожные перевозки;

- услуги в транспортных терминалах, портах и аэропортах;

- услуги общедоступной электросвязи и общедоступной почтовой связи;

- услуги по передаче электрической энергии;

- услуги по передаче тепловой энергии;

- захоронение радиоактивных отходов и некоторые другие,

* водоснабжение и водоотведение с использованием централизованных системы, систем коммунальной инфраструктуры.
* владелец сети общедоступной почтовой связи
* владелец объектов инфраструктуры

Для квалификации действий хозяйствующего субъекта по части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции необходимо также установить факт злоупотребления таким лицом своим положением на рынке.

Формулировка статьи 10 позволяет прийти к выводу о том, что злоупотребление доминирующим положением может выражаться как в форме действия, так и в форме бездействия.

При этом практика исходит из того, что нарушение ч. 1 ст. 10 образуется лишь при создании неправомерной угрозы, то есть правомерные действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, даже если их результатом является или может являться ущемление интересов других лиц, не могут быть квалифицированы по указанной статье. Это означает, что предположение вредоносности действия автоматически не означает его противоправности. Соответственно, для констатации злоупотребления доминирующим положением необходимо определить, вышел ли хозяйствующий субъект за пределы осуществления прав, разумны ли ограничения, налагаемые им, несут ли совершенные во вред действия выгоды другим лицам.

Не так давно Ярославским УФАС России было заявление с жалобой на действия пивоваренной компании, которая отказалась заключить договор на поставку пивной дробины, которая является отходом пивоваренного производства — гуща, остающаяся после варки и фильтрования ячменного сусла. Объем образования пивной дробины напрямую зависит от объема производимого Компанией пивоваренной продукции.

Поскольку антимонопольным органом было установлено, что пивоваренной компанией на момент обращения заявителя был определен перечень покупателей на весь объем пивной дробины, планируемый к реализации, Ярославским УФАС России не было установлено признаков нарушения антимонопольного законодательства. Увеличение количества покупателей пивной дробины приведет к необходимости увеличения объема выпускаемой продукции, а при отсутствии повышенного спроса на продукцию компании к убыткам компании. В связи с изложенным в действиях пивоваренной компании не установлено такого признака как злоупотребление лицом своим доминирующим положением на рынке, даже в случае его установления.

Формулировка общей нормы ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции классифицирует последствия данного нарушения также и по такому критерию, как реальность наступления неблагоприятных последствий.

Злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением сформулировано законодателем таким образом, при котором последствия совершения нарушения могут наступать вследствие действий, составляющих злоупотребление доминирующим положением, или в результате совершения нарушения может создаваться реальная угроза наступления неблагоприятных последствий.

Согласно части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции для квалификации действий хозяйствующего субъекта по данной статье необходимо установить, что результатом этих действий являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей.

Как следует из законодательной формулировки понятия "потребитель", данным субъектом является юридическое или физическое лицо, приобретающее товар не только для целей осуществления предпринимательской деятельности, но и для собственных бытовых нужд. Поэтому результатом злоупотребления доминирующим положением может являться ущемление коллективного интереса неопределенного круга лиц, как хозяйствующих субъектов - предпринимателей, так и физических лиц, не осуществляющих предпринимательскую деятельность.

В свою очередь, под возможностью наступления негативных последствий следует понимать реальную и объективную вероятность наступления данных последствий, т.е. ситуацию, при которой осуществление противоправных деяний на момент их выявления не привело к подобным последствиям, но при отсутствии вмешательства антимонопольного органа привело бы к ним. Так как данный вопрос, очевидно, носит оценочный характер, то в рамках антимонопольного расследования такая причинно-следственная связь должна устанавливается антимонопольным органом.

Комментируемым Законом обозначены следующие способы злоупотребления доминирующим положением:

1. установление и (или) поддержание необоснованно высокой (низкой) цены.
2. изъятие товара из обращения может осуществляться по разным причинам. В ряде случаев это является прямой обязанностью лица, производящего или реализующего товары (выявление дефектов, истечение срока годности и т.д.). Однако в качестве злоупотребления доминирующим положением оно рассматривается, если подобные действия не являлись следствием реализации предусмотренной законом обязанности и следствием этого стало повышение цены товара;

3) навязывание невыгодных контрагенту условий договора, т.е. такое поведение хозяйствующего субъекта, при котором ущемляются права контрагента либо он вынужден вступать в правоотношения на невыгодных для себя условиях. Суды отмечают, что это предполагает совершение одним или несколькими хозяйствующими субъектами активных действий, направленных на ограничение конкуренции на соответствующем товарном рынке. Речь может идти о направлении потенциальному контрагенту договора с такими условиями, которые правомерно им оспариваются, при одновременном отказе или уклонении от согласования и принятия встречных предложений, отклонении протокола разногласий, недобросовестном продлении действия договора в прежней редакции. О навязывании невыгодных условий договора также может свидетельствовать то, что хозяйствующий субъект настаивает на включении в договор спорных условий о повышенной ответственности покупателя (неустойка по договору носит штрафной характер и противоречит компенсационному характеру неустойки по отношению к убыткам) за ненадлежащее исполнение обязательств под угрозой незаключения договора, либо прекращения действующего договора, либо прекращения исполнения обязательств по договору.

Некоторые невыгодные условия презюмируются на законодательном уровне таковыми, некоторые являются невыгодными в конкретной ситуации.

Например, Федеральный закон N 381-ФЗ "Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации" определяет перечень невыгодных для контрагента условий, фактически закрепляя презумпцию того, что соответствующие положения договора нарушают права и законные интересы участников торгового оборота, если не были добровольно приняты ими. Так, невыгодными для контрагента условиями считаются:

- запрет на заключение хозяйствующим субъектом договоров поставки продовольственных товаров с другими хозяйствующими субъектами, осуществляющими аналогичную деятельность, а также с другими хозяйствующими субъектами на аналогичных или иных условиях;

- положение об ответственности за неисполнение обязательства хозяйствующего субъекта о поставках продовольственных товаров на условиях, которые лучше, чем условия для других хозяйствующих субъектов, осуществляющих аналогичную деятельность, которое является частным случаем дискриминации поставщика;

- условие о снижении поставщиком цен до уровня, который при установлении торговой надбавки (наценки) к их цене не превысит минимальную цену таких товаров при их продаже хозяйствующими субъектами, осуществляющими аналогичную деятельность, запрет навязывания которого направлен на предотвращение демпинга, способного нанести ущерб конкурентам;

- условие о возврате поставщику товаров, не проданных по истечении определенного срока, за исключением случаев, если их возврат допускается или предусмотрен российским законодательством.

Это принципиально меняет механизм их защиты, поскольку не требует доказывания факта наступления негативных последствий. В то же время анализ положений этой статьи показывает, что достижение взаимной договоренности по указанным вопросам в отсутствие соответствующего законодательного запрета, не рассматриваемое как навязывание контрагенту запрещенного условия, может приводить к нанесению ущерба правам и законным интересам третьих лиц.

4) сокращение или прекращение производства товара при наличии спроса на него, а также отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) при наличии такой возможности, если это поведение:

1. экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) в случае наличия возможности производства или поставок соответствующего товара, а также в случае, если такой отказ или такое уклонение прямо не предусмотрены федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами.
2. экономически, технологически и иным образом необоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар, если иное не установлено федеральным законом, которое создает угрозу конкуренции в силу того, что отсутствие единого способа определения базовой цены и единых подходов к ее определению создает ситуацию, при которой потенциальные контрагенты не имеют возможности адекватно влиять на результаты собственной деятельности и планировать развитие своего производства, что неизбежно создает неравные условия в осуществлении ими своих прав. Неопределенность расчета базовой цены и запутанность расчета итоговой закупочной цены создают обществу, занимающему доминирующее положение на данном товарном рынке, возможность манипулирования ценами на товарном рынке в собственных интересах.

7) установление финансовой организацией необоснованно высокой или необоснованно низкой цены финансовой услуги, определение которой основывается на установлении в том числе существенного отличия такой цены от конкурентной цены банковской услуги, то есть цены, по которой она может быть оказана в условиях конкуренции.

8) создание дискриминационных условий, которое в действующем законодательстве понимается как 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) создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам

1. нарушение установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования, которое состоит в завышении регулируемых государством цен (тарифов, расценок, ставок и тому подобного) на продукцию, товары либо услуги, предельных цен (тарифов, расценок, ставок, платы и тому подобного), завышении установленных надбавок (наценок) к ценам (тарифам, расценкам, ставкам и тому подобному), по табачным изделиям - завышении максимальной розничной цены, указанной производителем на каждой потребительской упаковке (пачке). Особых трудностей квалификация данного нарушении не вызывает, хотя на практике возникает вопрос о возможности сохранения прежнего уровня торговых надбавок в отношении товаров, поступивших для реализации до вступления в законную силу нормативного правового акта, установившего более низкий их уровень;

11) манипулирование ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности).

Как установлено антимонопольным органом, 26 октября 2017 г. между ИП Коноваловым А.А. и ОАО «РЖД» в лице структурного подразделения Центра фирменного транспортного обслуживания – филиала ОАО «РЖД» заключен договор №2-207 на эксплуатацию железнодорожного пути необщего пользования по станции Нея Северной железной дороги.

Соглашения закреплена обязанность Общества обеспечить прием к перевозке грузов ИП Коновалов А.А. в объемах, предъявленных «ИП Коноваловым А.А.» в соответствии с пунктом 2.2.1 Соглашения.

Согласно пункту 2.2.1.\* Соглашения ИП Коновалов А.А. обязуется обеспечить предъявление грузов к перевозке железнодорожным транспортом со станции Нея Северной железной дороги, провозная плата за провозку которых согласно перевозочных документов составит:

- в 2017 г. – 470,24 тыс. рублей;

- в 2018 г. – 2821,4 тыс. рублей;

- в 2019 г. – 2821,4 тыс. рублей.

В соответствии с примечанием \* к данному пункту Соглашения объем предъявления груза к перевозке со станции, а именно размер провозной платы за перевозку данных грузов, определен исходя из затрат на ремонт участка железнодорожного пути общего пользования.

Пунктом 2.2.2. установлено, что в случае невыполнения пункта 2.2.1. Соглашения ИП Коновалов А.А. обязуется ежегодно компенсировать расходы ОАО «РЖД» на ремонт, определенные как разница между суммой, указанной в пункте 2.2.1. Соглашения (за каждый год), и фактически полученной за каждый год суммой от ИП Коновалова А.А. при перевозке грузов со станции Нея Северной железной дороги.