**ДОКЛАД**

**ПО ВОПРОСУ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКИ**

**УЛЬЯНОВСКОГО УФАС РОССИИ**

**(2017 год)**

# Раздел 1. Контроль за соблюдением антимонопольного законодательства

## Практика выявления и пресечения нарушений Закона о защите конкуренции

В 2017 году по Федеральному закону от 26.07.2006 N 135-ФЗ «О защите конкуренции» рассмотрено 14 дел.

 Выдано предупреждений и предостережений – 93.

Общее количество выявленных нарушений – 102.

**Таблица итогов работы** в сфере антимонопольного регулирования товарных рынков **за 2017 год** (ФЗ-135)

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Наименование показателя | 2016 | 2017 | Темп прироста,2017 к 2016, % |
| Рассмотрено заявлений | 269 | 197 (+110 обращений граждан) | -26,8% (без обращений граждан) |
| Рассмотрено дел | 39 | 14 | -64 % |
| Рассмотрено жалоб по 18.1 (без 223-ФЗ) | 67 | 30 | -55,2% |
| Выявлено нарушений  | 49 | 102 | В 2,1 раза |
| Из них в действиях органов власти | 19 | 47 | В 2,4 раза |
| Из них в действиях хозяйствующих субъектов  | 30 | 55 | В 1,8 раза |
| Общая сумма наложенных штрафов (ст.ст. 9.15, 9.16, 14.31, 14.32) | 8693,8 | 25 462,4 | В 2,9 раза |
| Общая сумма оплаченных штрафов (ст.ст. 9.15, 9.16, 14.31, 14.32) | 2177,6 | 2966,5 | В 1,4 раза |

*К наиболее частым нарушениям Закона «О защите конкуренции» отнесены – необъективное уклонение от заключения договора, навязывание невыгодных условий договора, необоснованное препятствование деятельности хозяйствующих субъектов.*

Таким образом, снижение общего количества дел обусловлено ростом выдаваемых предупреждений по статьям 10, 15 Закона «О защите конкуренции».

Показательны дела в отношении, например, ООО «Ульяновскоблводоканал». При рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства было установлено, что в действиях ООО «Ульяновский областной водоканал» содержится нарушение пункта 10 части 1 статьи 10 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившегося в нарушении установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования путем применения тарифов на подключение к сетям холодного водоснабжения, рассчитанных самостоятельно, а не установленных уполномоченным государственным органом в виде тарифа за подключение к системам холодного водоснабжения.

Приказом от 15.09.2016 № 065 ООО «Ульяновскоблводоканал» утверждены прейскуранты цен на платные услуги, оказываемые обществом (приложение 1 - Прейскурант выполнения ремонтных работ для частного сектора и юридических лиц в летний период, приложение 2 Прейскурант выполнения ремонтных работ для частного сектора и юридических лиц в зимний период).

Пунктом 5 данных Прейскурантов предусмотрена услуга по врезке водопровода д-2-32 мм из металл-полимерных труб в существующий водовод, с откачкой воды, без стоимости вентиля (в летний период 4665,72 руб., в зимний период – 4790,8 руб.). Пунктом 23 Прейскурант на летний период предусмотрена услуга присоединения канализационной трубы в колодце без стоимости материала (в размере 1332,22 руб.). Стоимость оказания подобных услуг в зимний период не утверждена. При этом все представленные локальные сметные расчеты, согласно дате в грифе «утверждаю» составлены в 2014 году.

В соответствии с пояснениями представителя ООО «Ульяновскоблводоканал», стоимость данных услуг неизменна, и не зависит от того на сетях общества или частных сетях они оказываются.

Установление тарифов и надбавок осуществляется органами регулирования в соответствии с общими принципами регулирования тарифов и надбавок, предусмотренными Федеральным законом от 30.12.2004 № 210-ФЗ «Об основах регулирования тарифов организаций коммунального комплекса».

В соответствии с п.5 ч.2 ст. 31 Федеральный закон от 07.12.2011 N 416-ФЗ "О водоснабжении и водоотведении" регулированию подлежит тариф на подключение (технологическое присоединение) к централизованной системе холодного водоснабжения.

Из ответа на запрос Департамента по регулированию цен и тарифов Министерства развития конкуренции и экономики Ульяновской области следует, что по состоянию на 06.02.2017, тариф на подключение к сетям холодного водоснабжения для ООО «Ульяновскоблводоканал» не установлен. Предприятие с соответствующим заявлением не обращалось.

В соответствии с п. 81 Основ ценообразования в сфере водоснабжения и водоотведения, утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации от 13.05.2016 № 406 «О государственном регулировании тарифов в сфере водоснабжения и водоотведения» (далее- Основы ценообразования) плата за подключение (технологическое присоединение) объекта лица, обратившегося в регулируемую организацию с заявлением о заключении договора о подключении к централизованной системе водоснабжения и (или) водоотведения (далее -плата за подключение), определяется на основании установленных тарифов на подключение (технологическое присоединение) или в индивидуальном порядке в случаях и порядке, которые предусмотрены Основами ценообразования.

Размер платы за подключение рассчитывается организацией, осуществляющей подключение (технологическое присоединение) с учетом величины подключаемой (технологически присоединяемой) нагрузки и расстояния от точки подключения (технологического присоединения) объекта заявителя, в том числе водопроводных и (или) канализационных сетей заявителя, до точки подключения к централизованным системам холодного водоснабжения и (или) водоотведения.

Тариф на подключение (технологическое присоединение) включает в себя ставку тарифа за подключаемую (технологически присоединяемую) нагрузку и ставку тарифа за расстояние от точки подключения (технологического присоединения) объекта заявителя до точки подключения водопроводных и (или) канализационных сетей к объектам централизованных систем водоснабжения и (или) водоотведения (далее за протяженность сети). Размер ставки за протяженность сети дифференцируется в соответствии с методическими указаниями, в том числе в соответствии с типом сетей, и рассчитывается исходя из необходимости компенсации регулируемой организации следующих видов расходов:

а) расходы на прокладку (перекладку) сетей водоснабжения и (или) водоотведения в соответствии со сметной стоимостью прокладываемых (перекладываемых) сетей;

б) налог на прибыль.

При расчете размера ставки за протяженность сети не учитываются средства, полученные на создание этих сетей и объектов на них, предусмотренные инвестиционной программой за счет иных источников (в том числе средств бюджетной системы Российской Федерации), кроме платы за подключение.

Согласно пункту 14 статьи 18 Закона «О водоснабжении» взимание организацией, осуществляющей холодное водоснабжение и (или) водоотведение, с заявителя иных платежей, связанных с подключением (технологическим присоединением), не допускается (за исключением платы за подключение).

Согласно ТУ на проектирование водоснабжения и водоотведения проанализированных объектов врезку водопроводных вводов производит ООО «Ульяновскоблводоканал» за счет абонента после заключения договора на водоснабжение и водоотведение в отделе сбыта ООО «Ульяновскоблводоканал».

Таким образом, услуги по врезке, оказываемые ООО «Ульяновскоблводоканал» на собственных сетях, являются работами, осуществляемыми в точке подключения, соответственно, расходы на врезку (подключение) в собственных сетях должны быть учтены в плате за подключение к системе водоснабжения/водоотведения.

В 2017 году проведена большая работа по анализу деятельности торговых сетей. Проведено 17 документальных проверок на предмет соответствия заключаемых договоров требованиям Закона «О торговле, а также соблюдения установленных законом ограничений. По результатам проверок по поручению Правительства РФ о соблюдении законодательства о торговле Ульяновским УФАС России по ст. 14.41 КоАП РФ оштрафовано две торговые организации на 300 000 рублей каждая. Штрафы оплачены без судебных разбирательств.

Из числа выданных предупреждений необходимо остановиться на следующих:

- в связи с наличием в действиях (бездействии) ООО «Газпром газораспределение Ульяновск», выразившихся в отказе от заключения договора на выполнение работ (оказание услуг) по техническому обслуживанию и ремонту внутридомового газового оборудования, с ООО «ГУЖФ» Обособленное подразделение «Пензенский» (далее – ООО «ГУЖФ») признаков нарушения антимонопольного законодательства, предусмотренных п. 5 ч. 1 ст. 10 Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ "О защите конкуренции", управление предупредило о необходимости прекращений указанных действий (бездействия) путем направления ООО «ГУЖФ» Обособленное подразделение «Пензенский» оферты договора на ТО ВДГО.

Согласно п. 2 Правил пользования газом в части обеспечения безопасности при использовании и содержании внутридомового и внутриквартирного газового оборудования при предоставлении коммунальной услуги по газоснабжению, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 14.05.2013 N 410 (далее – Правила № 410), техническое обслуживание внутридомового и (или) внутриквартирного газового оборудования - работы и услуги по поддержанию внутридомового и (или) внутриквартирного газового оборудования в техническом состоянии, соответствующем предъявляемым к нему нормативным требованиям. Ремонт внутридомового и (или) внутриквартирного газового оборудования - работы по восстановлению исправности внутридомового и (или) внутриквартирного газового оборудования или его составных частей. Специализированная организация - газораспределительная организация, осуществляющая по договору о транспортировке газа с поставщиком газа транспортировку газа до места соединения сети газораспределения с газопроводом, являющимся элементом внутридомового газового оборудования, получившая в установленном порядке допуск к выполнению работ (оказанию услуг) по техническому обслуживанию и ремонту внутридомового и внутриквартирного газового оборудования и имеющая в своем составе аварийно-диспетчерскую службу. В случае когда в качестве топлива используется сжиженный газ, специализированной организацией, с которой может быть заключен договор на техническое обслуживание и ремонт внутридомового и внутриквартирного газового оборудования, может выступать любая газораспределительная организация, имеющая допуск к выполнению работ (оказанию услуг) по техническому обслуживанию и ремонту внутридомового и внутриквартирного газового оборудования и имеющая в своем составе аварийно-диспетчерскую службу.

При рассмотрении заявления было установлено доминирующее положение общества на рассматриваемом рынке в географических границах Инзенского и Базарносызганского районов Ульяновской области.

Из взаимосвязанного толкования Правил № 410 (п.24. Специализированная организация не вправе требовать от заявителя представления документов, не предусмотренных настоящими Правилами. п.26. Специализированная организация в срок, не превышающий 10 рабочих дней со дня регистрации заявки (оферты), осуществляет проверку комплектности и правильности оформления представленных документов, в том числе на предмет полноты и достоверности содержащихся в них сведений. п.28. По результатам проверки, предусмотренной [пунктом 26](#Par1) настоящих Правил, и при отсутствии замечаний к приложенным к заявке (оферте) документам специализированная организация составляет и подписывает со своей стороны договор о техническом обслуживании и ремонте внутридомового и (или) внутриквартирного газового оборудования в 2 экземплярах, которые вручаются заявителю под роспись или направляются почтовым отправлением с уведомлением) следует, что заключение договора на ТО ВДГО обязательно для специализированной организации.

Таким образом, на основании изложенного, действия ООО «Газпром газораспределение Ульяновск» по отказу ООО «ГУЖФ» от заключения договора на выполнение работ (оказание услуг) по техническому обслуживанию и ремонту внутридомового газового оборудования нарушают п. 5 ч. 1 ст. 10 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции».

Указанное предупреждение было оспорено обществом в Арбитражный суд Ульяновской области, но решением от 22.12.2017 заявленные требования о признании предупреждения незаконным оставлены без удовлетворения;

-по результатам плановой проверки Ульяновское УФАС России выдало 5 предупреждений в отношении филиала ПАО «МРСК Волги»  - Ульяновские распределительные сети». Все предупреждения были исполнены в срок. В частности, сетевая компания привела Акт о введении ограничения режима потребления в соответствие с  пунктом 12 Правил полного и (или) частичного ограничения режима потребления электрической энергии, утвержденных Постановлением Правительства РФ, при введении ограничения режима потребления исполнителем (субисполнителем).

Ранее в данном документе отсутствовала  информация о виде ограничения (частичное или полное), об уровне вводимого ограничения режима потребления (при частичном ограничении). Адреса, по которому производилось ограничение режима потребления, и номер приборов учета на дату введения ограничения режима потребления также не было в Акте.

### Соблюдение требований законодательства Российской Федерации при организации и проведении торгов, заключении договоров по результатам торгов или в случае, если торги, проведение которых является обязательным в соответствии с законодательством Российской Федерации, признаны несостоявшимися (Статья 181 Закона о защите конкуренции)

В 2017 году рассмотрено 30 жалоб по статье 18.1 Закон «О защите конкуренции».

Основные виды допущенных нарушений: неуказание информации, которая является обязательной к размещению в соответствии с нормативным актом, который устанавливает требования к проведению торгов; необоснованный отказ в допуске к участию в торгах.

В 2017 году поступало несколько жалоб на отборы управляющих организаций на конкурсе, проводимом органами местного асмоуправления.

Например, по извещению № 210317/4444222/04 о проведении открытого конкурса по отбору управляющей организации для управления многоквартирным домом по адресу: г. Ульяновск, ул. Гончарова, дом 1/17.

Протоколом вскрытия конвертов с заявками на участие в конкурсе по отбору управляющей организации для управления многоквартирным домом установлено, что в адрес конкурсной комиссии поступило 3 заявки на участие в открытом конкурсе по сообщению № 210317/4444222/04 от ООО «Многофункциональный коммунальный комплекс», ООО «УК ЦЭТ», ООО «УК «Дом-Сервис».

Протоколом рассмотрения заявок на участие в конкурсе по отбору управляющей организации для управления многоквартирным домом от 25.04.2017 принято решение отказать в допуске к участию в открытом конкурсе ООО «УК «Дом-Сервис», так как заявка на участие в конкурсе не соответствует требованиям, предъявляемым к заявкам на участие в конкурсе и установленным Правилами проведения органом местного самоуправления открытого конкурса по отбору управляющей организации для управления многоквартирным домом, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 06.02.2006 №75.

Довод ООО «УК «Дом-Сервис» о неправомерном недопущении к участию в конкурсе – ООО «Управляющая компания «Дом-Сервис» принимается по следующим основаниям.

Постановлением Правительства РФ от 06.02.2006 №75 утверждены Правила проведения органом местного самоуправления открытого конкурса по отбору управляющей организации для управления многоквартирным домом (далее –Правила).

Пунктом 53 Правил предусмотрен пакет документов, для предоставления заявки на участие в конкурсе.

Заявка ООО «УК «Дом-Сервис» на участие в конкурсе по отбору управляющей организации для управления многоквартирным домом подана 31.03.2017 с утра.

К заявке был приложен утвержденный бухгалтерский баланс за последний отчетный период за 2015 год.

Согласно квитанции о приеме налоговой декларации (расчета) в электронном виде бухгалтерский баланс за 2016 год был предоставлен в ИФНС России по Засвияжскому району г. Ульяновска 31.03.2017 в 14.52.

В соответствии со ст.23 НК РФ Налогоплательщики обязаны: представлять в налоговый орган по месту жительства индивидуального предпринимателя, нотариуса, занимающегося частной практикой, адвоката, учредившего адвокатский кабинет, по запросу налогового органа книгу учета доходов и расходов и хозяйственных операций; представлять в налоговый орган по месту нахождения организации годовую бухгалтерскую (финансовую) отчетность не позднее трех месяцев после окончания отчетного года, за исключением случаев, когда организация в соответствии с Федеральным законом от 06.12.201 №402-ФЗ «О бухгалтерском учете» не обязана вести бухгалтерский учет или является религиозной организацией, у которой за отчетные (налоговые) периоды календарного года не возникало обязанности по уплате налогов и сборов.

Следовательно, на момент подачи заявки у ООО «УК «Дом-Сервис» имелся утвержденный бухгалтерский баланс за последний отчетный период за 2015 год.

Срок на утверждение к подаче годового бухгалтерского отчета за 2016 год не истек.

Таким образом, организатор торгов неправомерно отказала в допуске к участию в конкурсе по отбору управляющей организации для управления многоквартирным домом ООО «УК «Дом-Сервис».

**Информация по судебному обжалованию решений и постановлений Ульяновского УФАС России в сфере приобретения и строительству детских садов в Ульяновской области**

В качестве примера значимой категории дел, законность которых подтверждена судами во втором квартале 2017 года, необходимо отметить дела в отношении Фонда модернизации жилищно-коммунального комплекса Ульяновской области.

В 2016 году Фонду было выдано 11 предписаний по итогам рассмотрения жалоб на действия Фонда при проведении торгов по отбору подрядных организаций для проведения капитального ремонта, в которых было указано устранить следующие нарушения проведения торгов:

 -привести стоимость работ в локальных сметных расчетах в соответствии с Предельной стоимостью услуг (работ), выполняемых в рамках минимального взноса на капитальный ремонт (руб.), утвержденной постановлением Правительства Ульяновской области от 19.02.2014 №51-П.

-в случае необходимости разработки проектно-сметной документации выделить данные виды работ в отдельный лот;

 -установить пределы возможного изменения цены после заключения договора по проведению отбора капитального ремонта.

Предельная стоимость услуг (работ) по капитальному ремонту утверждена Постановлением Правительства Ульяновской области от 19.02.2014 № 51-П «Об утверждении региональной программы капитального ремонта общего имущества в многоквартирных домах, расположенных на территории Ульяновской области, на 2014 - 2044 годы» и рассчитывается в соответствии с минимальным взносом на капитальный ремонт. При анализе начальной стоимости было установлено, что по отборам 8/17-15/17, 17/17-18/17 указанная стоимость рассчитана с нарушением указанного постановления.

В извещении и документации по данным отборам, которые были возобновлены после рассмотрения жалоб (в новой редакции от 08.10.2016) стоимость данных работ не изменилась, таким образом, Фонд не привел стоимость работ по лотам в соответствие с предельной стоимостью, установленной Постановлением Правительства Ульяновской области №51-П, тем самым не исполнил предписание управления.

Разработка проектно-сметной документации не была выставлена в качестве отдельного отбора, но была включена в сметы, что является нарушением Постановления Правительства Ульяновской области от 03.09.2014 № 392-П «О порядке привлечения специализированной некоммерческой организацией, обеспечивающей своевременное проведение капитального ремонта общего имущества в многоквартирных домах, расположенных на территории Ульяновской области» так как данный вид работ должен быть включен в самостоятельный отбор.

Исходя из этапности работ, указанной в ч.2. ст.182 ЖК РФ, если заказчик признает необходимым разработку ПСД, то отбор организаций на ее разработку должен предшествовать отбору подрядных организаций для проведения ремонтных работ.

 Работы по проектированию и проведению работ по капитальному ремонту различны по своей специфике, методам исполнения, необходимым трудовым, техническим ресурсам и конечному результату.

Указанные виды деятельности между собой не связаны, то есть наличие у лица возможности (необходимых ресурсов) осуществлять один из видов деятельности не позволяет ему с использованием этих же возможностей осуществлять другой вид деятельности.

Следовательно, данные виды работ не являются технологически и функционально связанными между собой.

Объединение в один лот различных по функциональным характеристикам услуг (работ) влечет ограничение конкуренции при проведении торгов ввиду сокращения числа хозяйствующих субъектов, которые могут принять участие в торгах по отдельным товарам или группам таких товаров, поскольку, круг лиц, осуществляющих свою деятельность только по отдельным видам работ или группам таких работ, является более широким. Возможность привлечения участниками размещения заказа, обладающими одним из видов допусков, субподрядчиков с другим видом допуска в конечном счете повлечь за собой несения участником размещения заказа дополнительных расходов на торги.

В извещении и документации по данным отборам, которые были возобновлены после рассмотрения жалоб (в новой редакции от 08.10.2016) можно было увидеть, что , Фондом были размещены новые локальные сметные расчеты, не имеющие указания на такой вид работ как разработка проектно-сметной документации, однако итоговая цена в данных локальных сметных расчетах осталась прежней, какой и была в сметных расчетах старой редакции.

Более того, при рассмотрении сметных расчетов в новой редакции можно увидеть, что сметы не пересчитывались, а строка разработка ПСД была удалена, но итоговая стоимость сметы посчитана с ранее включенной стоимостью работ по разработке ПСД:

В документации об отборе не указаны пределы возможного изменения цены конкретной работы, и при этом цена является критерием для определения победителя при равенстве баллов заявок претендентов (п.6.4 Документации), что может повлечь недобросовестность претендента при указании предлагаемой стоимости в заявке, поскольку по итогам работ претендент получить возможность увеличить стоимость как минимум в пределах предельной стоимости работ, а также влечет невозможность определения необходимости участия претендента в рассматриваемом отборе.

В извещении и документации по данным отборам, которые были возобновлены после рассмотрения жалоб (в новой редакции от 08.10.2016) не было установлено, пределы, в которых может быть изменена стоимость работ по итогам выполнения контрактов, в связи с чем в данной части Фонд также был оштрафован за неисполнение предписаний.

Доводы Ульяновского УФАС России были подтверждены решениями Арбитражного суда Ульяновской области и все постановления о наказании признаны законными.

Суды подтвердили законность решений Ульяновского УФАС России и постановлений Управления, принятых в рамках КоАП РФ, связанных со строительством и приобретением зданий для детских садов в 6 районах области.

Должностные лица администраций районов и Министерства образования Ульяновской области оплатили штрафы по 20 тыс.руб., 24 тыс.руб., 50 тыс. руб.

К административной ответственности были привлечены подрядчики (716 тыс.руб., 643 тыс.руб., 100 тыс.руб.).

В 2017 г. по материалам Ульяновского УФАС России УМВД по Ульяновской области возбуждено 7 уголовных дела.

# Суд: УФАС законно оштрафовало за ограничение конкуренции на рынке работ по ремонту автодорог

Арбитражным судом Ульяновской области оставлено в силе постановление о наказании в виде штрафа со снижением его размера с 1,5 млн руб. до 600 тысяч рублей, назначенное Ульяновским УФАС России в отношении ООО «Ульяновсктрансстрой» за совершение действий по соглашению, в результате чего была ограничена конкуренция на рынке работ по строительству и ремонту автомобильных дорог.

На основании представленных Управлением экономической безопасности и противодействия коррупции УМВД России по Ульяновской области сведений Ульяновское УФАС России возбудило дело, рассмотрев которое, признало Управление дорожного хозяйства и транспорта Администрации г. Ульяновска, МБУ «Дорремстрой», ООО «Ульяновсктрансстрой» нарушившими антимонопольное законодательство.

Указанные лица совершили действия по соглашению, направленные на заключение в мае 2015 года МБУ «Дорремстрой» и ООО «Ульяновсктрансстрой» договора субподряда на выполнение ремонта ул. Гончарова, площади  имени 30-летия Победы города Ульяновска, дворовых территорий г. Ульяновска на сумму 45 млн. руб. с нарушением Закона о контрактной системе: договор был заключен без использования конкурентных процедур.

В соответствии с пунктом 4 части 1 статьи 93 Закона о контрактной системе закупка у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя) может осуществляться заказчиком в случае осуществления закупки товара, работы или услуги на сумму, не превышающую ста тысяч рублей. При этом годовой объем закупок, которые заказчик вправе осуществить на основании настоящего пункта, не должен превышать два миллиона рублей или не должен превышать пять процентов совокупного годового объема закупок заказчика и не должен составлять более чем пятьдесят миллионов рублей.

Таким образом, заключение вышеуказанного договора ограничило конкуренцию на рынке работ по строительству и ремонту автомобильных дорог, поскольку публичные процедуры осуществления закупок, предусмотренные Законом «О контрактной системе», не использовались. Иные участники рынка не имели информации о возможности заключить данный договор и, соответственно, подать собственное предложение о заключении данного договора.

Не согласившись с административным наказанием, общество обжаловало постановление о наказании в судебном порядке. Однако судами трех инстанций даное постановление было признано законным.

**Проконкурентные практики.**

В 2017 году Управлением совместно с Министерством экономики Ульяновской области на основе практики антимонопольных органов разработаны рекомендации по формированию заданий для государственных и муниципальных учреждений.

В частности рекомендовано:

- не формировать задание таким образом, чтобы потребителем муниципальной (государственной) услуги являлись только органы государственной власти или местного самоуправления. Соответственно, невозможно создание и финансирование бюджетного учреждения для цели выполнения работ, услуг, потребителем которых будет являться только орган государственной власти или местного самоуправления, поскольку данные лица не могут быть потребителями государственных и муниципальных услуг согласно закону «Об оказании государственных и муниципальных услуг». В ином случае получается, что создается хозяйствующий субъект, который изначально обеспечивается гарантированным рынком сбыта своих услуг;

-не выдавать муниципальное (государственное) задание и не субсидировать учреждение, действующее на товарном рынке в качестве хозяйствующего субъекта. Предоставление субсидий на выполнение работ, оказание услуг, которые должны быть закуплены через публичные процедуры, предоставляют данному лицу преимущества в хозяйственной деятельности.

- оценивать возможность исполнения учреждением задания своими силами. В случае если учреждение не исполняет своими силами (государственное) муниципальное задание, а закупает эти же работы, услуги у других лиц, то действия по выдаче такого задания могут быть расценены как незаконная передача функций органов государственной власти и местного самоуправления (полномочия по размещению заказов).

**Раздел 2. Контроль за соблюдением законодательства о контрактной системе и законодательства о закупках**

**Сравнительная таблица итогов работы Ульяновского УФАС России**

**в сфере закупок за 2016 - 2017 год**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **2016 год** | **2017 год** |
| **Поступило жалоб, из них:**  | **416** | **324** |
| возвращено | 34 | 35 |
| отозвано заявителями | 88 | 45 |
| признаны обоснованными (частично обоснованными) | 140 | 80 |
| признано необоснованными | 154 | 164 |
| **Проведено проверок, из них:** | **30** | **24** |
| плановых (выездных) | **4** | **4** |
| внеплановых (камеральных) | **26** | **20** |
| **Выдано предписаний**  | **107** | **59** |
| **Обжаловано ненормативных актов УФАС в арбитражный суд, из них** | **6** | **11** |
| Оставлено в силе | 5 | 6(5 – в стадии рассмотрения) |
| отменено | 1 | - |
| Вынесено постановлений о наложении штрафа | 176 | 202 |
| Сумма наложенного штрафа (тыс. руб.) | 2 539 | 2 521,46 |
| Сумма уплаченного штрафа (с учетом постановлений, выданных в прошлых периодах) (тыс. руб.) | 1810,9 | 1833,06 |
| **Обжаловано постановлений УФАС в суд, вышестоящему должностному лицу, из них:** | **28** | **26** |
| Оставлено в силе | 20 | 8(15 – в стадии) |
| отменено | 5 | 1 |
| Требования удовлетворены частично (устное замечание) | 3 | 2 |
| **Рассмотрено обращений по включению в реестр недобросовестных поставщиков, из них** | **105** | **98** |
| Включено в реестр | 31 | 31 |

**Изменения в законодательстве о контрактной системе**

Основные изменения Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее - Закон о контрактной системе):

1) Электронные процедуры - открытый конкурс, конкурс с ограниченным участием, двухэтапный конкурс, электронный аукцион, запрос котировок, запрос предложений. Закрытые закупки тоже могут быть электронными по решению Правительства России.

2) С 1 июля 2018 – электронные процедуры – право, с 1 января 2019 – обязанность.

3) Подача заявок на электронные закупки – через электронные площадки, а не через ЕИС.

4) Участники закупок должны пройти регистрацию в ЕИС + аккредитацию на площадке, которые обе действуют 3 года. Порядок регистрации, документы для нее устанавливает Правительство России.

5) В электронных закупках нельзя выделить лоты.

6) Заявка на электронный конкурс состоит из двух частей и отдельно – предложение о цене. После рассмотрения первых частей в протоколе будет указано, какая цена из имеющихся наименьшая и начнётся однократная переторжка 3 часа, потом произойдет рассмотрение 2 частей и выбор победителя по всем критериям.

7) Описан единый порядок заключения электронного контракта по итогам электронной процедуры через электронную площадку.

8) Паузу 10 дней между изменением планом-графиком и извещением можно не выдерживать в случаях несостоявшихся закупок и при единственном источнике. Достаточно паузы в 1 день.

9) Правительство может утвердить типовую форму заявки и типовую документацию, которые станут обязательными.

10) Часть 1 статьи 31 Закон о контрактной системе дополнена новым требованием к участника закупок – «отсутствие у участника закупки ограничений для участия в закупках, установленных законодательством Российской Федерации».

11) Если заказчик отказался от заключения контракта с победителем, он вправе заключить контракт со вторым (на условиях второго).

12) Поэтапные отчеты по статье 94 Закона о контрактной системе нужны теперь только для капремонта, реконструкции, строительства, реставрации и по контрактам стоимостью более 1 млрд. руб.

13) В реестр контактов сведения подаются не в течение 3 рабочих дней, а в течение 5 рабочих дней. Информация об изменении или расторжении контракта в течение 1 дня не размещается.

14) При начальной цене контракта до 5 миллионов рублей обеспечение заявок не требуется. При начальной цене контракта в диапазоне от 5-20 миллионов рублей, обеспечение от 0,5% до 1%, от 20 миллионов рублей - от 0,5% до 5%.

В основной своей части поправки вступают в силу с 1 июля 2018 года.

**Изменения в законодательстве о закупках**

Основные изменения, вносимые в Федеральный закон от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках):

1) закупки у субъектов малого и среднего бизнеса обязательно проводятся в электронной форме и только на 6 площадках, отобранных для 44-ФЗ (Правительство может исключить кого-то из них для применения в законе 223-ФЗ).

2) Все закупки должны проводиться в электронной форме, если иное сказано в положении.

3) Способы закупки подразделяются на:

- конкурс (открытый конкурс, конкурс в электронной форме, закрытый конкурс),

- аукцион (открытый аукцион, аукцион в электронной форме, закрытый аукцион),

- запрос котировок (запрос котировок в электронной форме, закрытый запрос котировок),

- запрос предложений (запрос предложений в электронной форме, закрытый запрос предложений);

иные способы могут быть предусмотрены положением о закупке.

4) из понятия «участники закупки» убрали «которые соответствуют требованиям», то есть кто не соответствует требованиям - тоже «участник закупки».

5) товарные знаки, изготовителей в документациях надо сопровождать словами «или эквивалент», но есть исключения.

6) Изменены нормы об обжаловании закупок, круг оснований расширен, однако ФАС не вправе выйти за пределы доводов жалобы, а кроме того, обжаловать действия/бездействия, которые совершены после вскрытия заявок, могут только те, кто подавал заявки.

7) Закупку можно отменить только до окончания приема заявок, потом только в случае форс-мажора по основаниям ГК РФ.

8) Заключение договора должно происходить по истечении 10 дней после размещения итогового протокола.

9) Конкурсы и аукционы публикуются за 15 дней, запрос котировок - за 5 рабочих дней, запрос предложений - за 7 рабочих дней.

10) При начальной цене контракта до 5 миллионов рублей нельзя требовать обеспечение заявок, выше - можно, но не больше 5%.

Положения о закупках необходимо поправить до 1 января 2019 года, Закон по большей части вступает в силу с 1 июля 2018.

**Принято Постановление «Об особенностях описания лекарственных препаратов для медицинского применения»**

Правительством РФ 15 ноября 2017 года принято Постановление «Об особенностях описания лекарственных препаратов для медицинского применения, являющихся объектом закупки  для обеспечения государственных и муниципальных нужд».

Данным документом устанавливаются особенности описания лекарственных препаратов для медицинского применения в документации о закупке.

Постановление вступает в силу с 1 января 2018 года.

**Примеры нарушений**

**Единая комиссии муниципального заказчика нарушила Закон о контрактной системе при проведение закупки на периодический медицинский осмотр**

 **(ст. 69 44-ФЗ)**

При проведении электронного аукциона (наименование объекта закупки - «Периодический медицинский осмотр», (начальная (максимальная) цена контракта – свыше 134 тыс. руб.) единая комиссии нарушила ч. 6 ст. 69 Закона о контрактной системе в части необоснованного признания второй части заявки победителя аукциона соответствующей требованиям документации и законодательства о контрактной системе.

В копии лицензии победителя аукциона содержалось указание на то, что лицензируемый вид деятельности (медицинский осмотр (предварительный, периодический) осуществляется в Республике Татарстан, что не соответствовало положениям аукционной документации, поскольку местом оказания услуги по периодическому медицинскому осмотру является г. Димитровград Ульяновской области или расстояние от учреждения заказчика до местонахождения исполнителя должно быть не более 40 км.

В октябре 2017 года Управление Федеральной антимонопольной службы по Ульяновской области оштрафовало 4 членов аукционной комиссии на 5 000 рублей каждого за допущенное нарушение.

Один из членов комиссии обжаловал постановление в судебном порядке. Однако, суд  отклонил доводы заявителя, признав действия УФАС законными и обоснованными.

#

# При проведении двух конкурсов на оказание услуг по экспертизе экономически обоснованной величины необходимой валовой выручки допущены нарушения (ч. 5 ст. 53 44-ФЗ)

Конкурсной комиссией при проведении 2 открытых конкурсов на оказание услуг по экспертизе экономически обоснованной величины необходимой валовой выручки (заказчик – ОГКУ «Центр мониторинга деятельности регулируемых организаций Ульяновской области», уполномоченный орган – ДГЗ Министерства развития конкуренции и экономики Ульяновской области; начальные (максимальные) цены контрактов – 600 тыс. руб., 300 тыс. руб.) было допущено нарушение ч. 5 ст. 53 Закона о контрактной системе.

Конкурсная комиссия нарушила порядок оценки заявок, поскольку к оценке были приняты в том числе, договора на оказание услуг по расчету необходимой валовой выручки, а не по оказанию услуг по экспертизе экономически обоснованной величины необходимой валовой выручки на содержание электрических сетей, как это было установлено в порядке оценки конкурсной документации.

Управление обязало конкурсную комиссию устранить допущенное нарушение путем отмены протоколов рассмотрения и оценки заявок на участие в конкурсах и проведения процедур рассмотрения и оценки заявок повторно с учетом принятых решений, на что выдало предписания, которые были исполнены в установленный срок.

В последствии члены комиссии были привечены к административной ответственности по ч. 2 ст. 7.30 КоАП РФ.

# При проведении запроса предложений на поставку продуктов питания заказчиком разработана документация без надлежащего требования к содержанию заявки (ст.83 44-ФЗ)

В нарушение п. 3 ч. 6 ст. 83 Закона о контрактной системе заказчиком в документации о проведении запроса предложений (наименование объекта закупки: «Продукты питания: мясные и колбасные изделия», начальная (максимальная) цена контракта – 159 тыс. руб.) были ненадлежащим образом установлены требования к содержанию, в том числе составу, форме заявок на участие в запросе предложений, а также инструкция по их заполнению. В соответствии с требованиями документации невозможно было указать срок поставки товара на склад заказчика, при этом указанный срок являлся нестоимостным критерием оценки заявок.

Допущенное нарушение повлияло на результат рассмотрения заявок участников закупки, поскольку в случае наличия в форме заявки возможности указания срока поставки участником закупки один из участников запроса предложений мог получить баллы по критерию «срок поставки».

Ульяновским УФАС России оштрафовало должностное лицо заказчика на 3 000 рублей за разработку и оформление документации о проведении запроса предложений с нарушением требований, предусмотренных Законом о контрактной системе.

# Несвоевременное представление сведений о недобросовестном поставщике чревато штрафными санкциями (ч.2 ст.7.31 КоАП РФ)

Должностное лицо медицинского учреждения оштрафовано Управлением Федеральной антимонопольной службы по Ульяновской области на 20 000 рублей.

Должностное лицо несвоевременно направило сведения о недобросовестном поставщике (подрядчике, исполнителе), а также информацию о расторжении контракта на поставку бахил (одноразовых).

Вышеуказанная информация должна была быть представлена в антимонопольный орган в период с 09.01.2017 г. по 12.01.2017 г. включительно, вместе с тем в нарушение установленных законодательством сроков данные сведения поступили 21.06.2017 г.

**Аукционная комиссия нарушила Закон о контрактной системе, необоснованно отклонив вторую часть заявки участника закупки (ч.7 ст.69 44-ФЗ)**

Аукционная комиссия нарушила ч.7 ст.69 Закона о контрактной системе, необоснованно отклонив вторую часть заявки участника закупки (наименование объекта закупки – «Рентгенпленка, проявитель, восстановитель»; начальная (максимальная) цена контракта – 2,2 млн. руб.) в связи с непредставлением декларации о соответствии участника аукциона требованиям, установленным пунктом 9 части 1 статьи 31 Закона о контрактной системе.

Вместе с тем, Комиссией Ульяновского УФАС России было установлено, что участником закупки  в составе второй части были представлены две декларации, первая из которых содержала указание на соответствие участника требованиям пунктов 1-7 части 1 статьи 31 Закона о контрактной системе, вторая – на соответствие организации всем требованиям, предъявляемым Законом о контрактной системе и принадлежность к субъектам малого предпринимательства, что соответствует требованиям части 1 статьи 31 Закона о контрактной системе.

Арбитражный суд Ульяновской области, Одиннадцатый арбитражный апелляционный суд, Арбитражный суд Поволжского округа подтвердил законность данного решения и предписания Ульяновского УФАС России.

В последствии Управление Федеральной антимонопольной службы по Ульяновской области вынесло 3 постановления о назначении административного наказания в виде штрафов в размере 22 451,66 руб. каждый в отношении трех членов аукционной комиссии Государственного учреждения здравоохранения «Центральная городская клиническая больница г. Ульяновска».

**При проведении электронного аукциона на выполнение работ по ремонту автомобильной дороги аукционная комиссии не рассмотрела заявку одного из участников (ст. 69 44-ФЗ)**

При проведении электронного аукциона на выполнение работ по ремонту автомобильной дороги «Цивильск-Ульяновск» Малое Нагаткино-Новая Воля» км 5+200 Цильнинского района Ульяновской области (водопропускная труба) (начальная (максимальная) цена контракта – 3, 67 млн. руб.) аукционной комиссии было допущено нарушение части 7 статьи 69 Закона о контрактной системе.

Аукционная комиссия, имея предусмотренную в соответствии с частью 5 статьи 69 Закона о контрактной системе возможность рассмотреть вторые части заявок в течение трех рабочих дней и не имея документального подтверждения, из которого однозначно бы следовало, что часть файлов не могли быть открыты, а также, не дожидаясь ответа оператора электронной площадки, приняла необоснованное решение о признании заявки одного из участников закупки не соответствующей требованиям аукционной документации и Закона о контрактной системе.

Аукционная комиссия устранила допущенное нарушение путем отмены протокола подведения итогов и рассмотрения вторых частей заявок повторно с учетом принятого решения, тем самым исполнила предписание управления.

# Ульяновское УФАС России предписало внести изменения в Положение о закупках (ч. 6 ст. 3 223-ФЗ)

Управление Федеральной антимонопольной службы по Ульяновской области признало обоснованной жалобу на действия закупочной комиссии АО «Гостиница «Октябрьская» при проведении открытого конкурса на выполнение текущего ремонта гостиницы «Октябрьская» по адресу г. Ульяновск, ул. Плеханова, д. 1 (начальная (максимальная) цена контракта – 7 млн. руб.).

В действиях закупочной комиссии было выявлено нарушение ч. 6 ст. 3 Закона о закупках в части неправомерной оценки заявок участников закупки.

Кроме того, заказчик нарушил ч. 4 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции в части сокращения срока заключения договора.

Комиссией УФАС принято решение выдать  предписание об устранении нарушения антимонопольного законодательства и внести изменения в Положение о закупках в части установления срока заключения договора не ранее, чем 10 дней с момента публикации последнего протокола.

**За нарушение, выразившееся в неразмещении в Единой информационной системе в сфере закупок информации в сфере закупок товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц, должностное лицо привлечено к ответственности (ст.7.32.3 КоАП РФ)**

Ленинский районный суд признал законным постановление о наказании в виде штрафа в размере 30 000 рублей, назначенного Ульяновским УФАС России в отношении должностного лица УФПС Ульяновской области – филиал ФГУП «Почта России».

Дело было возбуждено по обращению физического лица.

Нарушение выразилось в неразмещении в Единой информационной системе в сфере закупок информации о закупке товаров, работ, услуг, размещение которой предусмотрено законодательством Российской Федерации в сфере закупок товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц.

К договорам Ульяновского почтамта УФПС Ульяновской области - филиала ФГУП «Почта России» были заключены дополнительные соглашения, в соответствии с которыми изменены сроки  оказания услуг. УФПС Ульяновской области - филиала ФГУП «Почта России» надлежало не позднее 20.01.2017 и 19.01.2017 соответственно разместить в ЕИС информацию об изменении вышеуказанных договоров.  Вместе с тем, данные сведения по состоянию на 06.09.2017 (момент составления протокола) в ЕИС не были размещены.

За данное правонарушение должностное лицо УФПС Ульяновской области – филиал ФГУП «Почта России» было оштрафовано на 30 000 рублей. Не согласившись с постановлением о назначении административного наказания, нарушитель обратился в Ленинский районный суд.  Суд первой инстанции, рассмотрев материалы дела, оставил требования заявителя без удовлетворения, а выводы антимонопольного органа были признаны законными и обоснованными.

**Раздел 3. Контроль за рекламным законодательством и недобросовестной конкуренцией**

 **Пресечение недобросовестной конкуренции**

В 2017 году в Ульяновское УФАС России поступило 36 заявлений (в 4 квартале 2017 года - 12) о признаках нарушения антимонопольного законодательства в части осуществления недобросовестной конкуренции. Поводом для возбуждения дел послужили 9 заявлений, в отношении 23 жалоб вынесены решения об отказе в возбуждении дела.

Общее количество предупреждений о прекращении недобросовестной конкуренции, выданных по статьям 141, 142, 143, 147 и 148 в 2017 году, - 15 (в 4 квартале - 5). Из них: 8 исполнено и 7 - не исполнено, возбуждены дела.

В 2017 году возбуждено 9 дел по признакам нарушения антимонопольного законодательства, по 8 из которых признаны факты нарушения антимонопольного законодательства. В 4-м квартале 2017 года принято 3 решения о признании в действиях хозяйствующих субъектов недобросовестной конкуренции: нарушившими антимонопольное законодательство признаны ООО «Дэйлимедсервис», ООО «Домострой-Сервис» и ООО «Автонормаль».

К примеру, рассмотрены следующие дела:

1. Выявлена недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации товаров, работ или услуг (ст. 144):

*Решением Ульяновского УФАС России от 19.10.2017 (резолютивная часть решения объявлена 06.10.2017) по делу № 13520/06-2016 действия ООО «Дэйлимедсервис», выразившиеся в приобретении и использовании фирменного наименования известного и узнаваемого среди потребителей на рынке туристических услуг ООО «Дэйли», признаны недобросовестной конкуренцией, нарушением ч. 1 ст. 144 Федерального закона «О защите конкуренции».*

*Установлено, что ООО «Дэйлимедсервис» в качестве юридического лица зарегистрировано 24.07.2015, о чем в ЕГРЮЛ была внесена запись о государственной регистрации за номером 1157325004484. ООО «Дэйлимедсервис» осуществляет предпринимательскую деятельность, в том числе на рынке туристических услуг, является турагентом. При этом на территории Ульяновской области на момент создания ООО «Дэйлимедсервис» осуществляло деятельность на рынке туристических услуг юридическое лицо с аналогичным фирменным наименованием - ООО «Дэйли», зарегистрированное в качестве юридического лица 05.02.2002 (регистрационный номер 3003564) регистрационной палатой Мэрии г. Ульяновска.*

*Учредителями ООО «Дэйлимедсервис» являются бывшие сотрудники ООО «Дэйли».*

*ООО «Дэйли» до обращения с заявлением в Ульяновское УФАС России обратилось с иском в арбитражный суд. Решением Арбитражного суда Ульяновской области от 31.03.2017 по делу № А72-6077/2016, которое оставлено без изменения постановлением Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 06.07.2017 и постановлением Суда по интеллектуальным правам от 03.10.2017, установлен факт использования ООО «Дэйлимедсервис» фирменного наименования, сходного до степени смешения с фирменным наименованиям ООО «Дэйли».*

*Ульяновским УФАС России ООО «Дэйлимедсервис» выдано предписание № 17 от 19.10.2017 о прекращении нарушения антимонопольного законодательства Российской Федерации путем прекращения использования фирменного наименования конкурента.*

*ООО «Дэйлимедсервис» не согласилось с решением Ульяновского УФАС России и обжаловало в Арбитражном суде Ульяновской области решение от 19.10.2017 и предписание № 17 от 19.10.2017 по делу № 13520/06-2016 - дело № А72-16315/2017, которое находится в стадии рассмотрения.*

2. Выявлена недобросовестная конкуренция, связанная с созданием смешения (ст.146):

*В Ульяновское УФАС России поступило заявление АО «БЕЛЗАН», ОГРН 1020201576515, на нарушение ООО «Автонормаль», ОГРН 1027300543445, ст. 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции», выразившиеся во введении в гражданский оборот болтов (болт М12х150 - 1/55421/21), промаркированных обозначением, тождественным товарному знаку Российской Федерации № 78339, а также в незаконном использовании фирменного наименования, тождественного полному фирменному наименованию АО «Белзан», которое перешло обществу совместно с промышленным комплексом (производством) в соответствии передаточным актом в порядке правопреемства в связи с реорганизацией ОАО «Автонормаль», ОГРН 1020201576548.*

*По заявлению АО «Белзан» Ульяновским УФАС России приказом от 18.07.2017 № 99 возбуждено дело № 14290/06-2017 по признакам нарушения ООО «Автонормаль» ст. 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции».*

*Установлено, что АО «БЕЛЗАН» (Республика Башкортостан) выпускает автомобильный крепеж, в том числе болты для ОАО «АВТОВАЗ, ООО «УАЗ», АО «КАМАЗ» и др.*

*ООО «Автонормаль» (ОГРН 1027300543445) зарегистрировано в качестве юридического лица 29.09.1998, общество осуществляет производство метизной продукции, в том числе болтов, поставляет продукцию ОАО «ДААЗ», ОАО «ОСВАР», ОАО «ДЗС», ОАО «ПЛАСТИК».*

*Товарный знак «Бa» зарегистрирован 18.10.1985 с датой приоритета - 31.05.1985 (свидетельство о регистрации товарного знака от № 78339). Обладателем товарного знака является с 20.01.2003 АО «БЕЛЗАН».*

*Болт производства ООО «Автонормаль», обозначение изделия 1/55421/21 (упаковочный лист-сертификат ООО «Автонормаль» (433510, Россия, Ульяновская область, г. Димитровград, Мулловское шоссе, 35, тел/факс (84235) 6-43-32, 4-84-24)), имеет на шляпке маркировку в виде обозначения «Бa» и двух восьмерок «88», расположенных ниже. Маркировка на шляпке болта ООО «Автонормаль» схожа до степени смешения с товарным знаком «Бa» (свидетельство о регистрации товарного знака от № 78339).*

*Маркировка болтов обозначением «Бa», сходным до степени смешения с товарным знаком № 78339, при том, что производителем указанных болтов является общество с фирменным наименованием «Автонормаль», способно вызывать смешение с деятельностью, продукцией хозяйствующего субъекта - конкурента, поскольку товарный знак «Бa» используется с 1985 года для обозначения продукции предприятия «Белебеевский завод «Автонормаль».*

*Промышленным комплекс (завод) «Белебеевский завод «Автонормаль» введен в эксплуатацию приказом Министра автомобильной промышленности Союза Советских Социалистических Республик № 17 от 18.01.1971 - с 20.07.1997 ОАО «Автонормаль» (ОГРН 1020201576548) -, осуществляет свою деятельность более сорока лет и известен широкому кругу потребителей под указанным наименованием.*

*АО «БЕЛЗАН» (ОГРН 1020201576515) зарегистрировано в качестве юридического лица 27.06.2002. Общество создано путем выделения из состава ОАО «Автонормаль» (ОГРН 1020201576548) промышленного комплекса (завода) «Белебеевский завод «Автонормаль», что подтверждается выпиской из протокола годового общего собрания акционеров от 17.05.2002, разделительным балансом о реорганизации ОАО «Автонормаль» на 01.04.2002 и Положением о правопреемстве по правам и обязательствам при реорганизации ОАО «Автонормаль» (ОГРН 1020201576548).*

*Согласно п. 12 Положения о фирме, утвержденного Постановлением ЦИК СССР и СНК СССР от 22.06.1927 (применялось в части, не противоречащей законодательству Российской Федерации, и действовало на момент создания АО «БЕЛЗАН»), право на фирму не может быть отчуждено отдельно от предприятия. В случае перехода предприятия к новому владельцу таковой может пользоваться прежней фирмой предприятия лишь с согласия прежнего владельца или его правопреемников, и лишь при условии добавления к ней указания на преемственную связь.*

*Решением Ульяновского УФАС России 18.10.2017 (резолютивная часть объявлена 05.10.2017) по делу №* *14290/06-2017 действия**ООО «Автонормаль», выразившиеся во введении в гражданский оборот болтов (болт М12х150 - 1/55421/21), промаркированных обозначением, тождественным товарному знаку Российской Федерации № 78339, а также в использовании средства индивидуализации известного и узнаваемого среди потребителей на рынке метизных изделий АО «Белебеевский завод «Автонормаль», признаны недобросовестной конкуренцией, нарушением ст. 14.6 Федерального закона «О защите конкуренции».*

*Предписание не выдавалось, поскольку до вынесения решения по делу ООО «Автонормаль» (ОГРН 1027300543445) добровольно сменило наименование на ООО «Димитровград-нормаль» (ОГРН 1027300543445). Решение в суде не обжаловалось.*

**Контроль за соблюдением законодательства о рекламе**

В 2017 году Ульяновским УФАС России рассмотрено 34 дела по признакам нарушения Федерального закона «О рекламе». В том числе, в 4-м квартале 2017 года принято 6 решений о признании нарушения рекламного законодательства. По-прежнему, основная доля рассмотренных дел и выявленных нарушений связана с навязчивым распространением рекламы по сетям электросвязи (СМС-реклама, телефонные звонки). Доля таких дел составляет 45%.

Среди нарушений, допущенных при распространении рекламы в 2017 году:

**-** **Реклама с использованием непристойных и оскорбительных образов и выражений**.

В соответствии с ч. 6 ст. 5 Федерального закона «О рекламе» в рекламе не допускается использование бранных слов, непристойных и оскорбительных образов, сравнений и выражений, в том числе в отношении пола, расы, национальности, профессии, социальной категории, возраста, языка человека и гражданина, официальных государственных символов (флагов, гербов, гимнов), религиозных символов, объектов культурного наследия (памятников истории и культуры) народов Российской Федерации, а также объектов культурного наследия, включенных в Список всемирного наследия.

Таким образом, данное положение Федерального закона «О рекламе» запрещает использовать в рекламе бранные слова, непристойные образы, сравнения, выражения, оскорбительные образы, сравнения, выражения.

К бранным словам относятся нецензурные слова, а также к таким словам, по мнению специалистов ФАС России, могут быть отнесены слова и выражения, которые используются в качестве ругательств или оскорбления.

К непристойным образам, сравнениям, выражениям могут быть отнесены такие слова и изображения, которые нарушают общепринятые нормы и принципы поведения в обществе с точки зрения морали и нравственности.

К оскорбительным образам, сравнениям и выражениям - слова и изображения, которые, в том числе, ущемляют человеческое достоинство, принижают значимость отдельных лиц, исторических событий, памятных дат.

Вопрос отнесения изображений, слов и иных образов к оскорбительным носит субъективно-оценочный характер, который основан на восприятии данной информации каждым индивидуумом в отдельности. При этом очевидно, что восприятие одной и той же информации разными людьми может отличаться в зависимости от личностных характеристик субъекта (возраста, образования, воспитания, семейных устоев, места проживания и прочее).

Соответственно, возможна ситуация, когда одна и та же реклама оценивается неоднозначно с точки зрения ее этичности различными категориями населения. При этом, по мнению ФАС России, для признания рекламы неэтичной не требуется получение единогласного мнения или мнения абсолютного большинства потребителей рекламы, достаточно установить наличие значимого количества людей, воспринимающих рекламу как неэтичную.

**-** **Реклама, вводящая потребителей в заблуждение**.

Главным инструментом введения в заблуждение, как правило, является распространение ложной или неточной информации вследствие сокрытия части существенной информации. Вводящая в заблуждение реклама сообщает сведения, которые способны ввести в заблуждение. Это означает, что при оценке рекламы на предмет введения в заблуждение учитывается субъективное восприятие сообщенных ею сведений. Определяющим в этом случае является не то, что имел в виду рекламодатель, и не то, насколько сообщенные сведения соответствуют истине, а лишь их восприятие потребителями.

Однако реакцию потребителей можно оценивать по-разному в зависимости от адресата. При оценке рекламы на способность ввести в заблуждение следует предполагать наличие определенного набора знаний и опыта адресатов рекламы исходя из среднего уровня, характерного, как правило, для существенной части потребительской аудитории. При этом правоприменительная практика исходит из того, что средний потребитель не должен обладать специальными знаниями в разных областях науки и техники, в том числе в вопросах медицины, страхования, финансирования и т.д.

- **Недостоверная реклама**.

Ч. 3 ст. 5 Федерального закона «О рекламе» определяет понятие недостоверной рекламы, под которой понимается реклама, которая содержит не соответствующие действительности, преувеличенные, искаженные сведения различного характера о товаре, его изготовителе или продавце. Достоверность информации предполагает правдивость и соответствие содержащихся в ней сведений о товаре, рекламодателе, его правомочиях и обязательствах и т.д. действительным, имеющим место в реальности во время, к которому относятся такие сведения, что защищает потребителей рекламы от введения их в заблуждение.

Например, недостоверной информацией могут быть недостоверные данные:

- о преимуществах рекламируемого товара перед находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами;

- о любых характеристиках товара, в том числе о его природе, составе, способе и дате изготовления, назначении, потребительских свойствах, об условиях применения товара, о месте его происхождения, наличии сертификата соответствия или декларации о соответствии, знаков соответствия и знаков обращения на рынке, сроках службы, сроках годности товара;

- о стоимости или цене товара, порядке его оплаты, размере скидок, тарифов и других условиях приобретения товара;

- о правах на использование официальных государственных символов (флагов, гербов, гимнов) и символов международных организаций;

- о фактическом размере спроса на рекламируемый или иной товар;

- об изготовителе или о продавце рекламируемого товара.

Предписание о достоверности рекламных сведений носит общий характер и должно соблюдаться независимо от специфических, особенных свойств, присущих рекламируемому товару. Антимонопольный орган оценивает достоверность таких характеристик исходя из конкретных данных и обстоятельств, с ними связанных, и принимая во внимание в полном объеме рекламный текст и изображения для определения действительного смысла, содержания рекламы. Таким образом, рекламодателям, рекламопроизводителям необходимо обращать внимание не только на слова, но и на общее содержание рекламного сообщения - как визуальной, так и вербальной информации.

- **Реклама, в которой отсутствует часть существенной информации**.

Рекламное объявление формирует интерес к товару или услуге и направлено на формирование у потребителей желания ими воспользоваться. Поэтому существенной является информация, способная обмануть ожидания, сформированные у потребителя такой рекламой. Отсутствие в рекламе существенной части информации приводит к искажению рекламы и способствует введению в заблуждение потребителей, имеющих намерение воспользоваться рекламируемым товаром или видом услуг.

Вводящая в заблуждение реклама способна причинить вред как потребителю рекламной информации, так и конкуренту рекламодателя. Так, введение потребителей в заблуждение посредством распространения рекламы, в которой отсутствует часть существенной информации о товаре, условиях его приобретения или использования, способно привести к неправильному выбору потребителем товара с необходимым ему набором потребительских свойств и в то же время привести к сокращению продаж однородных товаров конкурентами.

В целом вводящая в заблуждение реклама может формально являться достоверной, но поскольку рекламодатель умалчивает об отдельных характеристиках рекламируемого товара, условиях его приобретения, у потребителя складывается искаженное представление о его потребительских свойствах, условиях использования, предназначении и пр.

Норма ч. 7 ст. 5 Федерального закона «О рекламе» запрещает в рекламе умалчивать информацию, которая, будучи сообщенной, изменила бы созданное рекламой представление потребителей о товаре, об условиях его приобретения или использования.

Доведение до всеобщего сведения неопределенного круга лиц существенной информации должно осуществляться способами и в форме, которые позволят каждому из круга неопределенных лиц воспринимать существенную информацию наравне с иными привлекательными для потребителей сведениями.

Указание существенной информации в рекламе формальным способом, например мелким, неразборчивым, нечитаемым шрифтом или в течение короткого промежутка времени, лишает потребителей возможности получить сведения об объекте рекламы в полном объеме, и существенная информация является для них недоступной. Соответственно существенная информация, хотя и формально указанная в рекламе, не доводится до потребителей надлежащим образом, вследствие чего они вводятся в заблуждение.

**-** **Реклама, распространяемая по сетям электросвязи**.

Распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

**-** **Реклама алкогольной продукции**.

Требования и ограничения к рекламе алкогольной продукции закреплены в ст. 21 Федерального закона «О рекламе».

Так, установлено, что реклама алкогольной продукции не должна:

1) содержать утверждение о том, что употребление алкогольной продукции имеет важное значение для достижения общественного признания, профессионального, спортивного или личного успеха либо способствует улучшению физического или эмоционального состояния;

2) осуждать воздержание от употребления алкогольной продукции;

3) содержать утверждение о том, что алкогольная продукция безвредна или полезна для здоровья человека, в том числе информацию о наличии в алкогольной продукции биологически активных добавок, витаминов;

4) содержать упоминание о том, что употребление алкогольной продукции является одним из способов утоления жажды;

5) обращаться к несовершеннолетним;

6) использовать образы людей и животных, в том числе выполненные с помощью мультипликации (анимации).

2.1. Реклама алкогольной продукции с содержанием этилового спирта пять и более процентов объема готовой продукции разрешается только в стационарных торговых объектах, в которых осуществляется розничная продажа алкогольной продукции, в том числе в дегустационных залах таких торговых объектов. Реклама вина и игристого вина (шампанского), произведенных в Российской Федерации из выращенного на территории Российской Федерации винограда разрешается на выставках пищевой продукции (за исключением продуктов детского питания) и выставках организаций общественного питания.

3. Реклама алкогольной продукции в каждом случае должна сопровождаться предупреждением о вреде ее чрезмерного потребления, причем такому предупреждению должно быть отведено не менее чем десять процентов рекламной площади (пространства).

4. Проведение рекламных акций, сопровождающихся раздачей образцов алкогольной продукции, допускается с соблюдением требований, установленных законодательством Российской Федерации о рекламе, только в стационарных торговых объектах, в том числе в дегустационных залах таких торговых объектов. При этом запрещается привлекать к участию в раздаче образцов алкогольной продукции несовершеннолетних и предлагать им данные образцы.

5. Не допускается реклама о проведении стимулирующего мероприятия, условием участия в котором является приобретение алкогольной продукции, за исключением специализированных стимулирующих мероприятий, проводимых в целях реализации алкогольной продукции.

6. В период проведения официальных спортивных мероприятий допускаются размещение, распространение рекламы средств индивидуализации юридического лица, являющегося производителем пива и напитков, изготавливаемых на основе пива, средств индивидуализации производимых им товаров в виде словесных обозначений, содержащих исключительно наименование производимой им продукции или наименование производителя - юридического лица, если размещение, распространение данной рекламы осуществляются в физкультурно-оздоровительных, спортивных сооружениях и на расстоянии ближе чем сто метров от таких сооружений.

7. Допускается размещение, распространение рекламы пива и напитков, изготавливаемых на основе пива, во время трансляции в прямом эфире или в записи спортивных соревнований (в том числе спортивных матчей, игр, боев, гонок), за исключением детско-юношеских спортивных соревнований, а также на телеканалах и радиоканалах, специализирующихся на материалах и сообщениях физкультурно-спортивного характера.

8. Допускаются размещение, распространение рекламы вина и игристого вина (шампанского), произведенных в Российской Федерации из выращенного на территории Российской Федерации винограда, в телепрограммах и в радиопрограммах (за исключением трансляции в прямом эфире или в записи детско-юношеских спортивных соревнований) с 23 до 7 часов местного времени.

Ст. 21 содержит как требования, предъявляемые к рекламе любой алкогольной продукции, так и специальные требования, предъявляемые к рекламе алкогольной продукции отдельных категорий.

К таким отдельным категориям алкогольной продукции ст. 21 Федерального закона «О рекламе» относит:

- пиво и напитки, изготавливаемые на основе пива,

- вино и игристое вино (шампанское), произведенные в Российской Федерации из выращенного на территории Российской Федерации винограда,

- алкогольная продукция с содержанием этилового спирта пять и более процентов объема готовой продукции.

**-** **Реклама финансовых услуг, в том числе микрофинансовых организаций**.

В соответствии с ч.ч. 1 и 3 ст. 28 Федерального закона «О рекламе» в рекламе должны быть указаны наименование или имя лица, оказывающего банковские, страховые и иные финансовые услуги, а также условия оказания этих услуг.

Наличие в рекламе информации о возможности получения (уточнения) сведений об условиях оказания соответствующих услуг у сотрудников организации, предоставляющей такие услуги, или иных консультантов, обладающих необходимыми сведениями об условиях оказания данных услуг, не освобождает рекламодателя от исполнения обязанности опубликования в рекламном объявлении условий оказания банковских, страховых и иных финансовых услуг, влияющих на их стоимость, если в рекламе сообщается хотя бы одно из таких условий.

Необходимо учитывать, что положения ст. 28 Федерального закона «О рекламе» не могут применяться к отношениям, связанным с предоставлением товарного и (или) коммерческого кредита.

**Административная ответственность за нарушение законодательства о рекламе** (согласно ст. 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях).

1. Нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем законодательства о рекламе:

- влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от четырех тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

2. Нарушение порядка прерывания рекламой теле- или радиопрограммы, теле- или радиопередачи либо совмещения рекламы с телепрограммой, превышение допустимого законодательством о рекламе объема рекламы в теле- или радиопрограммах, а равно распространение рекламы в теле- или радиопрограммах в дни траура, объявленные в Российской Федерации:

- влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от десяти тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от двухсот тысяч до пятисот тысяч рублей.

3. Превышение допустимого законодательством о рекламе объема рекламы, распространяемой в периодических печатных изданиях:

 - влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от четырех тысяч до семи тысяч рублей; на юридических лиц - от сорока тысяч до ста тысяч рублей.

4. Прерывание рекламой при кино- и видеообслуживании демонстрации фильма, а также совмещение рекламы с демонстрацией фильма, религиозной телепередачи, телепередачи продолжительностью менее чем пятнадцать минут, трансляцией агитационных материалов, распространяемых в телепрограммах и телепередачах в соответствии с законодательством о выборах и референдумах, способом «бегущей строки» или иным способом ее наложения на кадр демонстрируемого фильма либо телепрограммы или телепередачи:

- влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от десяти тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от двухсот тысяч до пятисот тысяч рублей.

5. Нарушение установленных законодательством о рекламе требований к рекламе лекарственных средств, медицинских изделий и медицинских услуг, в том числе методов лечения, а также биологически активных добавок:

- влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до двух тысяч пятисот рублей; на должностных лиц - от десяти тысяч до двадцати тысяч рублей; на юридических лиц - от двухсот тысяч до пятисот тысяч рублей.

6. Распространение кредитной организацией рекламы услуг, связанных с предоставлением кредита или займа, пользованием им и погашением кредита или займа, содержащей хотя бы одно условие, влияющее на его стоимость, без указания всех остальных условий, определяющих полную стоимость кредита (займа) для заемщика и влияющих на нее:

- влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от двадцати тысяч до пятидесяти тысяч рублей; на юридических лиц - от трехсот тысяч до восьмисот тысяч рублей.

7. Нарушение рекламодателем, рекламопроизводителем или рекламораспространителем запрета рекламы табака, табачной продукции, табачных изделий или курительных принадлежностей:

- влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от трех тысяч до четырех тысяч рублей; на должностных лиц - от десяти тысяч до двадцати пяти тысяч рублей; на юридических лиц - от ста пятидесяти тысяч до шестисот тысяч рублей.

**Контроль антимонопольного законодательства на финансовых рынках**

Ульяновское УФАС России обращает внимание на то, что вопросы разрешения споров, связанных с исполнением договоров обязательного страхования гражданской ответственности владельцев транспортных средств (ОСАГО), заключенных с гражданами, в том числе в части выплат по ним, не входят в полномочия антимонопольных органов Российской Федерации. Вместе с тем, индивидуальные действия страховых организаций, выразившиеся в навязывании дополнительных услуг, в том числе услуг по страхованию при оформлении полисов ОСАГО, а также в отказе от заключения договоров ОСАГО, антимонопольные органы могут рассматривать на предмет наличия нарушений ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции» (злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением). Сфера применения ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции» была уточнена Федеральным законом от 05.10.2015 № 275-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации», в связи с чем, данная статья закона в настоящее время (с 05.01.2016) предусматривает 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. Следовательно, действия хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на товарном рынке, связанные с ущемлением интересов потребителей - конкретных физических лиц (граждан), круг которых может быть определен, в том числе действующих клиентов таких хозяйствующих субъектов, не могут рассматриваться антимонопольными органами в качестве нарушения ч. 1 ст. 10 Федерального закона «О защите конкуренции».

В 4-м квартале 2017 года обращения граждан, касающиеся заключения и исполнения договоров ОСАГО, в Ульяновское УФАС России не поступали. По мнению управления, отсутствие заявлений указывает на то, что в настоящее время в Ульяновской области гораздо реже (по сравнению с предыдущими годами) при заключении договоров ОСАГО навязываются дополнительные страховые услуги и гораздо реже страховые организации отказывают гражданам в заключении таких договоров. В вопросах, касающихся исполнения договоров ОСАГО, граждане - страхователи не усматривают нарушений антимонопольного законодательства.

Решением Арбитражного суда Московской области от 26.10.2017 по делу № А41-53969/2017, оставленным без изменения постановлением Десятого арбитражного апелляционного суда (г. Москва) от 25.12.2017, признано законным постановление Ульяновского УФАС России № 190 от 29.09.2015 о назначении ООО «Росгосстрах» административного наказания в размере 737 500 руб. по ч. 1 ст. 14.31 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях за злоупотребление доминирующим положением на рынке ОСАГО Ульяновской области (в отношении неопределенного круга лиц).

Приложение №1

**Разъяснения**

**Президиума Федеральной антимонопольной службы**

**«По определению размера убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства»**

**№ 11**

Разъяснения по определению размера убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства (далее - Разъяснения) могут помочь пострадавшим лицам и нарушителям в определении убытков, причиненных нарушением

антимонопольного законодательства, при их взыскании в судебном порядке или урегулировании претензий без судебного разбирательства.

Настоящие Разъяснения обобщают большинство существующих методик определения убытков, сформированных по итогам исследования как российской правоприменительной практики, так и зарубежного опыта.

При этом Разъяснения не ограничивают перечень допустимых методов определения убытков, носят информационно-рекомендательный характер и призваны помочь сделать более доступной информацию о разновидностях убытков, причиняемых нарушениями антимонопольного законодательства, и применимых методах оценки, расчета таких убытков.

Любой применяемый метод, если он обоснован и разумен, может быть применен при определении размера убытков наряду с методиками, рассмотренными в настоящих Разъяснениях.

Также важно отметить, что ни один из приведенных в настоящем документе методов расчета убытков не имеет заведомо приоритетного статуса. Приоритетность той или иной методики в первую очередь диктуется обстоятельствами конкретного дела, количеством и характером располагаемых данных.

1. Общие положения.

1.1. Возмещение убытков как способ защиты прав и законных интересов лица, пострадавшего от нарушения антимонопольного законодательства.

Нарушение антимонопольного законодательства одними лицами может повлечь негативные последствия для других лиц.

Если злоупотребление доминирующим положением, недобросовестная конкуренция, картель или иные нарушения антимонопольного законодательства причинили кому-либо убытки, пострадавшее лицо (лица) вправе обратиться в суд с иском об их взыскании.

Вместе с тем на практике инициирование и рассмотрение подобных дел сопряжено с рядом существенных трудностей, основная из которых - сложность определения размера причиненных убытков.

Защита прав лиц, пострадавших вследствие нарушения антимонопольного законодательства, осуществляется по общим правилам гражданского права. Следовательно, пострадавшее лицо вправе использовать любые способы защиты своих имущественных прав, которые предусмотрены статьей 12 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ).

Гражданское законодательство Российской Федерации в большинстве случаев позволяет найти эффективное средство защиты.

При этом одним из основных способов защиты является взыскание убытков пострадавшего от нарушения антимонопольного законодательства лица.

Иск о возмещении убытков, причиненных совершением антиконкурентного действия (бездействия), заключением нарушающего законодательство о защите конкуренции соглашения или участием в нем, принятием антиконкурентного акта органа власти, может предъявить любое лицо, которое полагает, что ему в результате соответствующих действий (бездействия), соглашений, актов были причинены убытки.

На это указывают также специальные нормы антимонопольного законодательства: лица, права и интересы которых нарушены в результате нарушения антимонопольного законодательства, вправе обратиться в установленном порядке в суд, арбитражный суд с исками, в том числе с исками

о восстановлении нарушенных прав, возмещении убытков, включая упущенную выгоду, возмещении вреда, причиненного имуществу (часть 3 статьи 37 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-Ф3 «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции).

Под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода) (пункт 2 статьи 15 ГК РФ).

1.2. Предмет доказывания по искам о взыскании убытков

В соответствии с пунктом 12 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации (далее - ВС РФ) от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее - постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25) по делам о возмещении убытков истец обязан доказать, что ответчик является лицом, в результате действий (бездействия) которого возник ущерб, а также факты нарушения обязательства или причинения вреда, наличие убытков (пункт 2 статьи 15 ГК РФ).

Отсутствие вины доказывается лицом, нарушившим обязательство (пункт 2 статьи 401 ГК РФ). По общему правилу, лицо, причинившее вред, освобождается от возмещения вреда, если докажет, что вред причинен не по его вине (пункт 2 статьи 1064 ГК РФ).

Таким образом, вина в нарушении обязательства или в причинении вреда предполагается, пока не доказано обратное.

С учетом изложенных требований статьи 15 ГК РФ и с учетом особенностей дел о взыскании убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства, предмет доказывания включает для истца следующие факты:

• совершение конкретным лицом (лицами) противоречащего антимонопольному законодательству действия или бездействия, соглашения, акта;

• наличие у истца убытков и их размер;

• причинно-следственная связь между нарушением права истца (противоправным поведением) и его убытками.

Пример. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 23.10.2015 по делу № А50-24853/2014 о взыскании убытков от технологически необоснованного отказа в продлении срока действия технических условий и навязывания невыгодных условий договора:

Признавая обоснованным отказ в иске, суд указал, что для возникновения права на возмещение убытков истец обязан доказать совокупность таких обстоятельств, как факт причинения убытков и его размер; противоправность поведения причинителя вреда; наличие причинно-следственной связи между наступлением вреда и противоправным поведением причинителя вреда. В данном конкретном деле эта совокупность обстоятельств не была, по мнению судов, доказана истцом.

1.2.1. Противоречащее антимонопольному законодательству действие или бездействие, соглашение, акт ответчика. Значение решения антимонопольного органа по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

Потерпевший должен доказать, что нарушитель совершил определенное антиконкурентное действие или не совершил требуемое от него в соответствии с антимонопольным законодательством действие (допустил бездействие), заключил соглашение или принял акт, противоречащие законодательству о защите конкуренции.

Наличие решения антимонопольного органа, подтверждающего нарушение антимонопольного законодательства, не является обязательным требованием для удовлетворения иска о взыскании убытков. Однако анализ правоприменительной практики показывает, что практически во всех случаях иски о взыскании убытков (а также о взыскании неосновательного обогащения) инициируются после вынесения антимонопольным органом решения о нарушении антимонопольного законодательства.

Безусловно, такой подход усиливает правовую позицию истца, так как факт нарушения антимонопольного законодательства будет подтвержден решением компетентного органа.

Решения по делам о нарушении антимонопольного законодательства, а также иные документы, содержащие письменные позиции антимонопольных органов, принимаются судами в качестве важного доказательства по делам о взыскании убытков.

В случае, если в ранее рассмотренном арбитражным судом деле уже была подтверждена законность решения антимонопольного органа, суды также применяют пункт 2 статьи 69 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее - АПК РФ) и считают факт нарушения антимонопольного законодательства преюдициально установленным обстоятельством, если в деле участвуют те же лица.

Пример. Решение Арбитражного суда г. Москвы от 19.02.2013, постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от

04.09.2013 по делу № А40-135137/2012 о взыскании убытков, причиненных нарушением пунктов 3, 10 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, незаконным требованием об уплате при заключении договора 10 000 000 руб. и неправомерным прекращением теплоснабжения.

При рассмотрении дела суды указали, что факт нарушения антимонопольного законодательства (противоправность действий) ответчиком установлен решением антимонопольного органа. При этом вступившими в законную силу судебными актами по делу № А40-103582/11 решение антимонопольного органа признано законным и обоснованным.

Руководствуясь данным обстоятельством и пунктом 2 статьи 69 АПК РФ, суды освободили истца от необходимости дополнительного доказывания незаконности действий ответчика.

Сложность многих антимонопольных дел, специфика ряда товарных рынков, ограниченность необходимой информации нередко позволяют установить факт нарушения законодательства о защите конкуренции и прав и законных интересов конкретных лиц лишь после длительного антимонопольного расследования.

При этом в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства может быть установлено и отсутствие в действиях (бездействии) ответчика по антимонопольному делу нарушений антимонопольного законодательства, неблагоприятных последствий в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции и (или) ущемления интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей, что избавит стороны от дальнейших судебных разбирательств.

В связи с этим во многих случаях предварительное обращение с заявлением о нарушении законодательства в антимонопольный орган становится предпочтительным шагом для потенциальных истцов по делам о взыскании убытков (а равно неосновательного обогащения).

Пример. Решение Арбитражного суда г. Москвы от 25.07.2013, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 06.11.2013 по делу № А40-33952/2013 о взыскании убытков, причиненных, согласно позиции истца, нарушением ответчиком при реализации товара пунктов 6, 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции.

Суды отказали в иске, поскольку, по их мнению, истец не доказал факт злоупотребления ответчиком доминирующим положением. При этом привлеченный к участию в деле в качестве третьего лица антимонопольный орган не усмотрел в действиях ответчика нарушения антимонопольного законодательства.

Важно отметить, что при своевременном обращении лица, считающего себя потенциально пострадавшим, за защитой в антимонопольный орган существующие процессуальные сроки рассмотрения антимонопольных дел позволяют полностью соблюсти в дальнейшем и сроки исковой давности для обращения в суд.

Среди иностранных юрисдикций взыскание убытков на основании нарушения законодательства о защите конкуренции, подтвержденного решением антимонопольного органа, распространено, в частности, в европейских странах и именуется «£о11о\¥-оп»-исками.

Вместе с тем законодательство не препятствует пострадавшему лицу обращаться в суд с иском о возмещении убытков до или без вынесения соответствующего решения антимонопольным органом (так называемые «stand- а1опе»-иски, согласно зарубежной правовой терминологии).

Пример. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 20.12.2011 по делу № А40-12966/2010.

Суд кассационной инстанции подтвердил, что истец по делу о взыскании убытков вправе доказывать нарушение ответчиком антимонопольного законодательства не только ссылками на решение антимонопольного органа, но и представлением иных доказательств.

В таких случаях антимонопольный орган должен быть уведомлен судом о начавшемся процессе, а в дальнейшем должен быть определен статус антимонопольного органа как участника процесса (пункт 21 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства»).

1.2.2 Наличие убытков и их размер.

Статья 15 ГК РФ и часть 3 статьи 37 Закона о защите конкуренции позволяют пострадавшему от нарушения антимонопольного законодательства лицу взыскать как реальный ущерб, так и упущенную выгоду.

При этом в соответствии со статьей 15 ГК РФ, по общему правилу, лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков. Возмещение убытков в меньшем размере возможно в случаях, предусмотренных законом.

Реальный ущерб представляет собой расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрату или повреждение его имущества.

Как отмечается в пункте 13 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.06.2015 № 25, при разрешении споров, связанных с возмещением убытков, необходимо иметь в виду, что в состав реального ущерба входят не только фактически понесенные соответствующим лицом расходы, но и расходы, которые это лицо должно будет произвести для восстановления нарушенного права.

Примером реального ущерба является уплата пострадавшим лицом необоснованно завышенной (в силу картеля, необоснованного изъятия товара из обращения и др.) цены, а также несение пострадавшим лицом необоснованных расходов в связи с навязыванием нарушителем невыгодных условий договора или отказом от заключения договора и др.

Пример 1. Решение Арбитражного суда г. Москвы от 12.07.2010 по делу № А40-46424/10-59-378 о взыскании реального ущерба, причиненного нарушением ответчиком пункта 6 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции.

Суд установил, что цена на товар, определенная ответчиком в договоре с истцом, отличалась от цен, установленных ответчиком в договорах с иными покупателями, и превышала справедливую цену на данный товар, рассчитанную в соответствии с рекомендациями ФАС России.

 В результате суд взыскал в пользу истца реальный ущерб в размере 1 141 085 606 руб. 15 коп. (разница между уплаченной истцом ценой товара, неправомерно установленной ответчиком, и ценой, определенной как обоснованная ФАС России).

Упущенная выгода представляет собой неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (пункт 2 статьи 15 ГК РФ).

В пункте 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 также указывается, что упущенной выгодой является неполученный доход, на который увеличилась бы имущественная масса лица, право которого нарушено, если бы нарушения не было.

Как разъясняет там же Пленум Верховного Суда РФ, поскольку упущенная выгода представляет собой неполученный доход, при разрешении споров, связанных с ее возмещением, следует принимать во внимание, что ее расчет, представленный истцом, как правило, является приблизительным и носит вероятностный характер. Это обстоятельство само по себе не может служить основанием для отказа в иске.

В силу пункта 2 статьи 15 ГК РФ если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, лицо, право которого нарушено, вправе требовать возмещения, наряду с другими убытками, упущенной выгоды в размере не меньшем, чем такие доходы.

Поскольку упущенная выгода представляет собой именно неполученный доход (прибыль) пострадавшего лица, сохраняет актуальность принципиальный подход, предусматривавшийся в исключенном на сегодняшний день, но получившем широкое применение на практике пункте 11 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 01.07.1996 № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (в настоящее время суды руководствуются аналогичными разъяснениями, содержащимися в абзаце 2 пункта 2 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств»). По смыслу указанного пункта размер неполученного дохода (упущенной выгоды) должен определяться с учетом разумных затрат, которые кредитор должен был понести для извлечения данного дохода (производственные, транспортные и иные расходы).

Иной подход означал бы «сверхкомпенсацию» имущественных потерь истца, его необоснованное обогащение и взыскание с ответчика излишних сумм.

Несмотря на то, что убытки ввиду упущенной выгоды являются распространенным последствием нарушений антимонопольного законодательства, данный вид убытков является наиболее сложным в доказывании. Отказы в удовлетворении требований о взыскании упущенной выгоды достаточно распространены.

В то же время имеется и положительная практика по таким искам.

Пример. Постановление Верховного Суда РФ от 07.12.2015 по делу № А40-14800/2014.

В рамках данного дела суды первой и апелляционной инстанций и Верховный Суд РФ установили, что отказ ответчика от заключения нового договора поставки (ранее квалифицированный ФАС России как нарушение статьи 10 Закона о защите конкуренции) не позволил истцу принять участие в аукционе на поставку для государственных нужд лекарственных препаратов, тем самым причинил истцу убытки (упущенную выгоду), размер которых был определен как величина бонуса, который истец получил бы от ответчика, если бы реализовал его препарат. В пользу истца были взысканы убытки в сумме почти 410 млн. руб.

1.2.3. Прямая причинно-следственная связь между нарушением и

убытками.

Потерпевший должен доказать наличие причинно-следственной связи между возникшими убытками и противоправным действием - нарушением антимонопольного законодательства.

Наличие причинно-следственной связи является, вероятно, самым сложным элементом доказывания в делах о взыскании убытков. Зачастую суды отказывают в удовлетворении требований на том основании, что истец не доказал наличие причинно-следственной связи между нарушением и возникшими убытками.

Пример. Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.04.2013 по делу № А81-2843/2011 о взыскании убытков, причиненных нарушениями при проведении конкурса в целях государственного заказа.

Суд указал, что между противоправным поведением одного лица и убытками, возникшими у другого лица, чье право нарушено, должна существовать прямая причинная связь, которая не была в данном случае доказана истцом.

Согласно сложившейся судебной практике прямая (непосредственная) причинно-следственная связь существует тогда, когда в цепи последовательно развивающихся событий между противоправным поведением лица и убытками не существует каких-либо обстоятельств, имеющих значение для гражданско- правовой ответственности.

Пример. Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от

26.06.2014 по делу № A33-6497/2013 о взыскании убытков, причиненных нарушением органом государственной власти субъекта Российской Федерации пункта 2 части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции (необоснованное препятствование осуществлению деятельности хозяйствующими субъектами).

Подтверждая законность удовлетворения судом первой инстанции требования о взыскании почти 8 млн. руб. убытков, суд апелляционной инстанции отметил, что значение для данной категории споров имеет только прямая (непосредственная) причинно-следственная связь между противоправным поведением ответчика и убытками истца. Прямая (непосредственная) причинно-следственная связь имеет место тогда, когда в цепи последовательно развивающихся событий между противоправным поведением лица и убытками не существует каких-либо обстоятельств, имеющих значение для гражданско-правовой ответственности.

Учитывая наличие в данном споре прямой причинно-следственной связи между действиями ответчика и понесенными истцом расходами, суд апелляционной инстанции согласился с тем, что истец доказал существование обстоятельств, которые являются основанием для применения ответственности в виде взыскания убытков.

Аналогичные выводы о необходимости наличия именно прямой причинно-следственной связи между нарушением и убытками делаются судами при рассмотрении дел о взыскании убытков, вызванных правонарушениями, не относящимися к нарушениям законодательства о защите конкуренции (постановления Арбитражного суда Московского округа от 10.03.2015 по делу № А40-32230/14, Арбитражного суда Северо-Западного округа от 20.02.2015 по делу № А56-66479/2013, Девятого арбитражного апелляционного суда от 02.10.2015 по делу № А40-3077/2015, Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 09.10.2015 по делу № А21-8279/2014 и др.).

В случае недоказанности прямой причинно-следственной связи между противоправным поведением ответчика и убытками истца суды отказывают во взыскании убытков.

Пример. Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 07.11.2012 по делу № А50-9824/2012 о взыскании 209 962 руб. убытков, причиненных ответчиком в результате акта недобросовестной конкуренции.

Судами обеих инстанций было отказано в удовлетворении исковых требований, при этом апелляционный суд указал, что требуя возмещения реального ущерба, лицо, право которого нарушено, обязано доказать прямую причинно-следственную связь между ущербом и действиями лица, нарушившего право, а также его вину.

Суд апелляционной инстанции посчитал, что совокупность указанных условий истцом не доказана, в связи с чем заявленные им требования удовлетворению не подлежали.

1.3. Определение размера убытков в судебной практике

При определении размера убытков принципиальное значение имеют позиции, изложенные в пунктах 12 и 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25:

«12. Размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности. По смыслу пункта 1 статьи 15 ГК РФ в удовлетворении требования о возмещении убытков не может быть отказано только на том основании, что их точный размер невозможно установить. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела, исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению».

«14. По смыслу статьи 15 ГК РФ, упущенной выгодой является неполученный доход, на который увеличилась бы имущественная масса лица, право которого нарушено, если бы нарушения не было. Поскольку упущенная выгода представляет собой неполученный доход, при разрешении споров, связанных с ее возмещением, следует принимать во внимание, что ее расчет, представленный истцом, как правило, является приблизительным и носит вероятностный характер. Это обстоятельство само по себе не может служить основанием для отказа в иске».

В настоящее время аналогичное правило закреплено в пункте 5 статьи 393 ГК РФ применительно к убыткам за нарушение обязательств. Согласно указанной норме размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности. Суд не может отказать в удовлетворении требования кредитора о возмещении убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства, только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства.

Таким образом, можно констатировать, что и законодатель, и Верховный Суд РФ сформулировали подход, уточняющий предмет доказывания в спорах о взыскании убытков относительно ранее существовавшей практики.

Исходя из изложенной ранее позиции Верховного Суда РФ, а также его позиции, содержащейся в пункте 5 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7, необходимо доказывание истцом не только размера убытков, но, как минимум, таких оснований требования о возмещении убытков, как факт возникновения убытков и причинно-следственная связь между противоправным поведением и заявленными убытками.

Данная позиция разделяется практикой арбитражных судов.

Пример. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 08.08.2014 № С01-753/2014 по делу № А56-23056/2013 о взыскании убытков, причиненных, в том числе нарушением ответчиком части 2 статьи 14 Закона о защите конкуренции.

Отменяя постановление суда апелляционной инстанции об отказе в иске в связи с недоказанностью размера убытков, Суд по интеллектуальным правам указал, что невозможность обосновать точный размер упущенной выгоды (который в любом случае в силу объективных причин можно просчитать с той или иной степенью вероятности), не может служить препятствием для восстановления нарушенного права в ситуации, когда остальные составляющие всей совокупности обстоятельств, являющиеся основанием для привлечения ответчика к гражданско-правовой ответственности в виде взыскания убытков, являются подтвержденными.

При рассмотрении конкретных споров арбитражные суды взыскивают убытки от нарушений антимонопольного законодательства, определяя размер убытков следующим образом:

Пример 1. При повторном рассмотрении упомянутого выше дела № А56-23056/2013 суды пришли к выводу, что размер упущенной выгоды истцом определен с высокой степенью вероятности, достаточной для возложения на ответчика обязанности возместить убытки, и взыскали с ответчика более 1,6 млрд. руб. убытков в виде упущенной выгоды (решение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 16.04.2015, оставленное без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций).

Размер убытков в данном случае был определен как разница между стоимостью продукции, запланированной для продажи, но так и не реализованной, и расходами, связанными с приготовлением данной продукции к реализации.

 Так, истцом в материалы дела были представлены письма покупателей, в которых они сообщили истцу о количестве товаров, запланированных к приобретению по договорам поставки. Общая стоимость этих товаров согласно расчету истца составила 2 089 586 523 руб. 70 коп.

Кроме того, истец предоставил расчет расходов на подготовку товаров к реализации. Сумма данных расходов составила 427 482 013 руб. 80 коп.

В итоге расчет убытков в данном деле выглядел следующим образом:

2089 586 523 руб. 70 коп. - 427 482 013 руб. 80 коп. = 1 662 104 509 руб. 90 коп.

Нужно отметить, что расчет убытков был проверен экспертным путем. Согласно заключению эксперта наиболее вероятное значение дохода, который мог быть извлечен истцом от продажи товаров, составляет 2 426 475 211 руб., что значительно превышает цену иска.

При таких обстоятельствах суды пришли к выводу, что размер упущенной выгоды определен с высокой степенью вероятности, достаточной для взыскания убытков.

Пример 2. Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 01.04.2015 по делу № А40-133312/2014 было взыскано 429 850 руб. убытков, причиненных неправомерным включением в текст договора и технических условий положений, ущемляющих права истца.

Ответчик, пользуясь своим доминирующим положением на товарном рынке, в нарушение требований законодательства прописал в договоре технологического присоединения положение, возлагающее на истца обязанность по прокладке кабельной линии, а также обязанность по урегулированию отношений с третьими лицами, через участки которых должна была пройти эта кабельная линия.

По сути, ответчик вопреки требованиям законодательства обязывал истца выполнить проектирование и прокладку кабельной линии вместо сетевой организации.

Убытки истца были рассчитаны судом как расходы по договору на выполнение работ по архитектурно-строительному проектированию кабельной линии, которые были фактически понесены истцом в результате исполнения противозаконно навязанных ответчиком условий договора.

1.4. Законодательное ограничение возможности взыскания убытков

Помимо недоказанности какого-либо из оснований возмещения убытков, основанием для отказа в иске может стать правовая природа отношений между истцом и ответчиком и существующие в связи с этим законодательные ограничения на взыскание убытков.

Часть 3 статьи 37 Закона содержит общую норму, предоставляющую лицам, права и интересы которых нарушены в результате нарушения антимонопольного законодательства, возможность использовать предусмотренные законом способы защиты гражданских прав. При этом основания и порядок применения такого способа защиты как возмещение убытков, в том числе упущенной выгоды, регулируется нормами гражданского законодательства.

Согласно статье 15 ГК РФ по общему правилу лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков. Возмещение убытков в меньшем размере возможно в случаях, предусмотренных законом или договором в пределах, установленных гражданским законодательством (см. также пункт 11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»).

Пример. Дело № А53-20302/2012 о взыскании убытков, причиненных нарушением части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции в форме одностороннего отказа ответчиком от приема тепловой энергии от истца по договору поставки энергоресурсов:

Суд первой инстанции удовлетворил требование истца о взыскании упущенной выгоды в размере более 4 млн. руб. Однако вышестоящие суды признали данное решение необоснованным.

Истец рассчитал упущенную выгоду как 3% прибыли, которую он получил бы исходя из договорного количества подлежавшего реализации энергоресурса.

Рассмотрев данное требование, суды апелляционной и кассационной инстанции обратились к статье 400 ГК РФ. Согласно этой норме по отдельным видам обязательств и по обязательствам, связанным с определенным родом деятельности, законом может быть ограничено право на полное возмещение убытков (ограниченная ответственность).

Отношения хозяйствующих субъектов, возникающие в сфере энергоснабжения, урегулированы специальными нормами параграфа 6 главы 30 ГК РФ. В соответствии со статьей 547 ГК РФ в случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств по договору энергоснабжения сторона, нарушившая обязательство, обязана возместить причиненный этим реальный ущерб.

Таким образом, закон, регулирующий конкретный вид обязательств, ограничил ответственность по ним в сравнении со статьей 15 ГК РФ, устанавливающей принцип полного возмещения убытков, в том числе упущенной выгоды.

1.5. Перенос издержек и иски косвенных покупателей

В контексте предмета доказывания по делам о возмещении вреда особое значение имеет так называемый перенос издержек2.

Речь о ситуациях, когда субъект, издержки которого возросли из-за допущенного иными лицами нарушения антимонопольного законодательства (в силу приобретения этим субъектом товара по завышенным картелем ценам

2 В зарубежной терминологии - Pass-on. Защита нарушителя, основанная на ссылках на перенос издержек пострадавшим лицом, именуется Pass-on defense. или монопольно высоким ценам и т.п.), увеличивает стоимость собственных товаров, услуг или работ, «перекладывая» тем самым свое возросшее финансовое бремя на других лиц (полностью или частично).

Возражая против заявленного иска или внесудебной претензии ответчик может сослаться на то, что пострадавший полностью или частично переложил свои негативные финансовые последствия на собственных покупателей и не может требовать возмещения каких-либо убытков в принципе либо рассчитывать такие убытки в виде разницы между справедливой рыночной ценой и завышенной ценой, по которой пострадавший субъект покупал товар нарушителя.

Очевидно, что применение ответчиком данной защиты не противоречит требованиям российского законодательства и позволяет исключить взыскание с нарушителя излишних убытков, неоправданное обогащение пострадавшего, который уже минимизировал свои потери за счет увеличения собственных отпускных цен.

При этом надо учитывать, что даже полный перенос пострадавшим от нарушения лицом своих возросших издержек на собственных контрагентов (повышение собственных отпускных цен) не означает полного отсутствия у него убытков. Как правило, увеличение цены продукции влечет снижение спроса на нее и, соответственно, уменьшение дохода продавца.

В связи с этим крайне актуален вывод из Решения Европейского суда Справедливости от 02.10.2003 по делу № С-147/01: «даже полный перенос бремени завышенной цены на собственных клиентов не означает, что покупатель нарушителя не мог пострадать от падения объемов своих продаж».

Применение нарушителем защиты, основанной на переносе издержек пострадавшим лицом, и реальное функционирование рынков, при котором завышение цен нарушителем обычно влечет и повышение цен его контрагентами (повышение цен по цепочке перепродаж или повышение цен на товары, услуги и работы, производимые с использованием продукта нарушителя) поднимает и вопрос о допустимости исков к нарушителям со стороны лиц, не являющихся их непосредственными контрагентами.

Утвердительный ответ на данный вопрос также не противоречит действующему российскому законодательству.

Косвенные покупатели продукции (товаров, работ, услуг) нарушителя также вправе требовать от него возмещения убытков. При этом «задвоения» взыскиваемых сумм не происходит: в части возросших издержек и первичный, и вторичный покупатели могут требовать возмещения убытков лишь применительно к издержкам, которые легли на них и не были перенесены ими далее, на собственных контрагентов.

При этом прямая причинно-следственная связь между противоправным поведением ответчика (нарушителя) и убытками истца будет заключаться в том, что именно нарушение ответчика повлекло повышение цен его прямыми покупателями и, соответственно, вызвало необоснованный рост издержек косвенных покупателей.

2. Концептуальные подходы к расчету убытков.

Настоящий раздел посвящен описанию концептуальных подходов, составляющих базис для расчетов убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства. В подразделе 2.1 обсуждаются общие экономические принципы, используемые при расчете убытков. К ним, в частности, относятся контрфактуальный анализ, недополученная прибыль и упущенная выгода. Подраздел 2.2 посвящен обзору конкретных аналитических методов, которые могут применяться для проведения контрфактуального анализа на практике. В завершающем подразделе 2.3 обсуждаются источники информации, используемые в ходе проведении экспертизы по расчету убытков.

В необходимых случаях далее будет описываться также расчет финансовых потерь, подлежащих возмещению согласно действующему законодательству в порядке применения последствий недействительности сделки (реституции).

Примеры применения описанных выше подходов, включая иллюстративные расчеты, приводятся в последующих разделах 3 и 4.

2.1. Общие принципы.

2.1.1. Контрфактуальный анализ.

Данный подход предполагает, что при расчете убытков, которые понесли хозяйствующие субъекты вследствие нарушения антимонопольного законодательства, необходимо рассмотреть фактическую ситуацию на рынке в сослагательном наклонении: как бы мог выглядеть рынок, конкурентная среда или финансовое положение хозяйствующего субъекта при отсутствии нарушения?

Практическое применение контрфактуального анализа всегда основано на ряде предположений об издержках, ценах, объемах продаж, общем размере рынка, прибыльности и прочих параметрах конкурентной среды, которые гипотетически могли бы иметь место на исследуемом рынке, если бы нарушения не произошло. Выбор этих предположений должен быть соответствующим образом мотивирован стороной, осуществляющей оценку убытков.

Для проверки обоснованности предположений необходимо применять экономические методы. Подходы, которые детально обсуждаются в данном документе, могут служить отправной точкой такого анализа, однако они не являются исчерпывающими. В зависимости от особенностей рассматриваемой ситуации нельзя исключать использования и иных (более сложных) экономических методов и подходов. Выбор определенного аналитического подхода на практике должен быть соответствующим образом мотивирован стороной, осуществляющей оценку убытков.

После того, как были сделаны предположения об основных параметрах рынка и конкурентной среды, можно приступать к количественной оценке убытка, который был нанесен пострадавшему лицу. С экономической точки зрения данный убыток представляет собой упущенную выгоду (коммерческие возможности), которые пострадавшее лицо реалистично могло бы ожидать дополнительно получить (использовать) при отсутствии нарушения.

Упущенная выгода исчисляется в денежном выражении как недополученная прибыль (в том числе упущенные коммерческие возможности, означающие в конечном итоге недополученную прибыль). Ее оценка может быть проведена с помощью различных показателей, прямым или косвенным образом отражающих недополученную прибыль. К таковым могут относиться, например, снижение выручки, рост издержек, потеря покупателей или определенной доли рынка, уменьшение свободного денежного потока3 и т.д. Выбор показателя, наилучшим образом отражающего упущенную выгоду, должен быть соответствующим образом обоснован стороной, осуществляющей оценку убытка.

2.1.2. Временной фактор и упущенная выгода (недополученная прибыль).

Во многих случаях необходимость оценивать убытки возникает через некоторое время после их причинения, например, после того, как было вынесено решение антимонопольного органа или суда, подтверждающее факт нарушения антимонопольного законодательства. Это означает, что пострадавшему лицу необходимо оценить не только размер убытка на момент его возникновения в прошлом, но и текущую стоимость убытка (то есть на момент осуществления оценки), с учетом упущенных (инвестиционных или коммерческих) возможностей. В противном случае убыток будет оценен не полностью.

Для иллюстрации в качестве простого примера можно представить ситуацию, когда в результате антиконкурентных действий пострадавший хозяйствующий субъект недополучил прибыль на сумму 100 тыс. руб. несколько лет назад. Однако если такой хозяйствующий субъект в настоящий момент получит всю указанную сумму в возмещение убытков, то это не возместит ему упущенную выгоду. За истекшее время недополученная прибыль могла бы быть вложена данным субъектом в развитие его собственного бизнеса, и на эти 100 тыс. руб. мог бы быть получен дополнительный доход.

В случае, если пострадавшее лицо ежегодно получает отдачу в размере 10% на вложенный капитал, то недополучение прибыли размером в 100 тыс. руб., которая могла бы быть проинвестирована в течение 2 лет приведет к дополнительном убытку (упущенной выгоде) в размере 21 тыс. руб. (10 тыс. руб. = 100 тыс. \* 10% в первый год и 11 тыс. руб. = 110 тыс. \*10% во второй год

Очевидно, что эта выгода является упущенной с точки зрения рассматриваемого хозяйствующего субъекта. При этом причиной, по которой данный доход был недополучен, является именно то нарушение антимонопольного законодательства, которое привело к возникновению первоначальной суммы убытка в 100 тыс. руб.

Бремя доказывания реальности извлечения указанной прибыли и прямой причинно-следственной связи ее неполучения с допущенным нарушением лежит на пострадавшем от нарушения антимонопольного законодательства лице.

2.1.3. Нарушения антимонопольного законодательства, дающие предпосылку для расчета убытков (иных финансовых потерь, подлежащих покрытию в порядке реституции).

В общем случае есть два основных типа антимонопольных нарушений, приводящих к сходным типам финансовых потерь.

Нарушения, приводящие к необоснованному повышению цен, установлению необоснованно высоких цен и (или) поддержанию цен на завышенном уровне.

К числу таких нарушений, в частности, относятся следующие нарушения, если они привели к названным последствиям:

• установление, поддержание монопольно высоких цен (пункт 1 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

• изъятие товара из обращения, если результатом такого изъятия явилось повышение цены товара (пункт 2 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

• экономически или технологически не обоснованные сокращение или прекращение производства товара (пункт 4 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

• установление финансовой организацией необоснованно высокой цены финансовой услуги (пункт 7 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

• нарушение установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования (пункт 10 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

• манипулирование на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности) ценами (пункт 11 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

• картельные соглашения, которые привели к установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок (пункт 1 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

• картельные соглашения, которые привели к повышению или поддержанию цен на торгах (пункт 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

• картельные соглашения о разделе товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков) (пункт 3 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

• картельные соглашения, которые привели к сокращению или прекращению производства товаров (пункт 4 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

• вертикальные соглашения, направленные на установление цены перепродажи товара (пункт 1 части 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

• вертикальные соглашения с обязательством покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца (пункт 1 части 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

• соглашения хозяйствующих субъектов, являющихся участниками оптового и (или) розничных рынков электрической энергии (мощности), организациями коммерческой инфраструктуры, организациями технологической инфраструктуры, сетевыми организациями, если такие соглашения приводят к манипулированию ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности) (часть 3 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

• согласованные действия, которые привели к установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок (пункт 1 части 1 статьи 11.1 Закона о защите конкуренции);

• согласованные действия, которые привели к повышению или поддержанию цен на торгах (пункт 2 части 1 статьи 11.1 Закона о защите конкуренции);

• согласованные действия, направленные на раздел товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков) (пункт 3 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

• согласованные действия, которые привели к сокращению или прекращению производства товаров (пункт 4 части 1 статьи 11.1 Закона о защите конкуренции);

• согласованные действия хозяйствующих субъектов, являющихся участниками оптового и (или) розничных рынков электрической энергии (мощности), организациями коммерческой инфраструктуры, организациями технологической инфраструктуры, сетевыми организациями, если такие соглашения приводят к манипулированию ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности) (часть 2 статьи 11.1 Закона о защите конкуренции);

• согласованные действия хозяйствующих субъектов по навязыванию покупателю условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора, если это привело к увеличению издержек покупателя, связанных с заключением соответствующего договора (пункт 1 части 3 статьи 11.1 Закона о защите конкуренции);

• соглашения или согласованные действия органов власти и хозяйствующих субъектов, направленные на повышение или поддержание цен (тарифов) (пункт 1 статьи 16 Закона о защите конкуренции);

• соглашения или согласованные действия органов власти и хозяйствующих субъектов, направленные на раздел товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо по составу продавцов или покупателей (заказчиков) (пункт 3 статьи 16 Закона о защите конкуренции).

Этот перечень не является исчерпывающим. Данные ситуации подробно рассматриваются в разделе 3.

Нарушения, приводящие к ограничению (созданию препятствий) доступа на рынок или приводящие к устранению с товарного рынка конкурирующих хозяйствующих субъектов.

К числу таких нарушений, в частности, относятся следующие нарушения, если они привели к названным последствиям:

• навязывание покупателю условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (пункт 3 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

• экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора (пункт 5 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

• установление доминирующим хозяйствующим субъектом монопольно низкой цены товара (пункт 1 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

• установление финансовой организацией необоснованно низкой цены финансовой услуги (пункт 7 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

• создание дискриминационных условий (пункт 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

• создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам (пункт 9 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции);

• картельные соглашения, приводящие к установлению или поддержанию монопольно низких цен (тарифов) (пункт 1 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

• картельные соглашения, приводящие к сокращению или прекращению производства товаров (пункт 4 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

• картельные соглашения, приводящие к отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками) (пункт 5 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

• вертикальные соглашения, которыми предусмотрено обязательство покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца (пункт 2 части 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

• соглашения между хозяйствующими субъектами о навязывании покупателю условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора, если это привело к увеличению издержек покупателя, связанных с заключением соответствующего договора (пункт 1 части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

• соглашения между хозяйствующими субъектами о создании другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка (пункт 3 части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

• соглашения между хозяйствующими субъектами об установлении условий членства (участия) в профессиональных и иных объединениях (пункт 4 части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции);

• согласованные действия, которые привели к отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками), если такой отказ прямо не предусмотрен федеральными законами (пункт 5 части 1 статьи 11.1 Закона о защите конкуренции);

• согласованные действия, которые привели к навязыванию контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (пункт 2 части 3 статьи 11.1 Закона о защите конкуренции);

• недобросовестная конкуренция (статья 14 Закона о защите конкуренции);

• соглашения или согласованные действия органов власти и хозяйствующих субъектов, направленные на снижение цен (тарифов) (пункт 1 статьи 16 Закона о защите конкуренции);

• соглашения или согласованные действия органов власти и хозяйствующих субъектов, направленные на ограничение доступа на товарный рынок или устранение с него хозяйствующих субъектов (пункт 4 статьи 16 Закона о защите конкуренции).

Этот перечень не является исчерпывающим. Данные ситуации подробно рассматриваются в разделе 4.

В некоторых случаях нельзя исключать того, что пострадавшие лица несут убытки (иные финансовые потери, возмещаемые в порядке реституции) как от роста цен, так и от возникновения препятствий для их доступа на рынок.

2.2. Аналитические подходы, используемые для проведения контрфактуального анализа.

В некоторых случаях определенную информацию о том, что могло бы происходить на рынке при отсутствии нарушения, можно получить исходя из материалов антимонопольного или судебного дела. Например, могут быть свидетельства переписки между хозяйствующими субъектами, участвующими в ценовом антиконкурентном соглашении, в которой оговаривается, насколько предполагалось повысить цены. Подобные сведения можно использовать для оценки того, насколько фактически были завышены цены в результате нарушения.

Однако свидетельства подобного рода нечасто имеются на практике. В таких случаях особенно высока роль аналитических методов, позволяющих провести контрфактуальный анализ косвенным образом, с применением соответствующего экономического инструментария. Эти методы детально рассматриваются в данном разделе.

В общем случае есть два типа аналитических методов, позволяющих провести гипотетическую оценку уровня цен и иных параметров рынка, которые могли бы возникнуть при отсутствии нарушения (контрфактуальный анализ):

• Сравнительный экономический анализ.

• Экономическое и финансовое моделирование.

2.2.1. Сравнительный экономический анализ.

В основе всех методов, основанных на сравнительном анализе, лежит сопоставление основных рыночных характеристик и параметров рынка, которые фактически имели место в период нарушения, с теми, которые имели место:

• до начала и/или после прекращения нарушения на рассматриваемом рынке;

• на ином, но сопоставимом продуктовом и/или географическом рынке (в разные промежутки времени).

При наличии должного экономического обоснования разные эталоны сравнения («до и после», «на ином рынке» и т.д.) можно комбинировать между собой. Бремя доказывания того, что такой комбинированный подход является обоснованным, возлагается на сторону, осуществляющую оценку убытков.

Логика сравнительного экономического анализа основывается на том, что для проведения контрфактуального анализа используются фактические данные на сопоставимых рынках или на том же рынке, но в сопоставимой ситуации (например, ином временном интервале). Основное требование к выбранному эталону сравнения заключается в том, что он должен обоснованно отражать ситуацию, которая гипотетически могла бы иметь место на исследуемом рынке в отсутствии нарушения4. Указанное означает, что при проведении сравнительного анализа соответствующим образом должны приниматься во внимание экономические факторы, которые могли бы вызвать разницу в исследуемых показателях (цены, доли рынка, уровень прибыльности и др.), если бы нарушения не произошло.

Для оценки правомерности использования тех или иных эталонов сравнения или сопоставимости выбранных рынков необходимо использовать принципы, которые лежат в основе критерия сопоставимости рынков в части 1 статьи 6 Закона. В частности, структура рынка, уровень издержек, условия обращения товара, конкурентной борьбы, барьеры входа на рынок, регуляторная среда и т.д.

Описываемые ниже подходы не являются исчерпывающими, а также могут дополнять друг друга. Подходы к оценке убытков различаются по сложности применения, по требованиям к данным, необходимым для проведения анализа, по используемым предпосылкам. Соответственно, во многих случаях нельзя выделить один «наилучший» подход.

Если для оценки убытков используются ряд подходов, и все они приводят к схожим результатам, то можно полагать, что такая оценка является относительно более надежной. Если же разные подходы приводят к существенно различным результатам, требуется анализировать причины различий и выбирать ту оценку, которая является наиболее обоснованной.

Анализ «до и после»

Если известны экономические показатели (цены, доли рынка, уровень прибыльности и др.), предшествовавшие периоду нарушения, то резонно ожидать, что при прочих равных условиях они остались бы на прежнем уровне и при отсутствии нарушения. При этом, если наблюдалась определенная динамика показателей (например, рост или падение цен до нарушения), то резонно ожидать, что эта же самая динамика сохранилась бы и в сам период нарушения (если бы нарушения не было). Таким образом, для расчета гипотетических показателей, которые бы имели место при отсутствии нарушения, строится прогноз на основе прошлых показателей и предположений об их динамике. Данный подход называется экстраполяцией данных.

Если известны экономические показатели (цены, доли рынка, уровень прибыльности и др.), имевшие место как до, так и после периода нарушения, то при прочих равных условиях можно ожидать, что при отсутствии нарушения эти показатели менялись бы постепенно, начиная с уровня, предшествовавшего нарушению, и заканчивая уровнем, установившимся после окончания нарушения. Данный подход к построению гипотетических показателей называется интерполяцией данных.

Простейшим вариантом интерполяции является линейная интерполяциящ при которой предполагается, что исследуемые показатели при отсутствии нарушения растут или падают на одну и ту же величину в каждый период времени. Альтернативным вариантом является экспоненциальная интерполяция, при которой предполагается постоянный темп роста (снижения) исследуемого показателя.

При сравнении исследуемых показателей в период нарушения с предшествующими или последующими периодами, методы экстраполяции и интерполяции необходимо дополнять анализом факторов, которые обусловливают (сезонные) изменения спроса и издержек. В случае, если основные факторы производства обращаются на конкурентных рынках, и существуют биржевые или внебиржевые индикаторы цен на данные факторы производства, то эти факторы необходимо соответствующим образом принимать во внимание при экстраполяции или интерполяции данных, улучшая тем самым оценку убытка.

Также при выборе данных для анализа необходимо учитывать экономические факторы, которые могут влиять на надежность данных. Например, если нарушение имело место в течение длительного промежутка времени, то уровень цен до периода нарушения может быть нерелевантным для оценки последующих периодов, поскольку потребительские предпочтения, издержки, а также иные параметры рынка и конкурентной среды могли существенно измениться с течением времени.

Экономические показатели, установившиеся после нарушения, могут быть как выше, так и ниже тех экономических показателей, которые бы сложились в тот же период, но при отсутствии предшествующего нарушения. Например, если имелось картельное соглашение об установлении, поддержании цен на определенном уровне, то после его прекращения можно ожидать более ожесточенную ценовую конкуренцию и, соответственно, относительно более низкий уровень цен, чем если бы сговора не было вовсе. И наоборот, при сговоре хозяйствующие субъекты могли сообщить друг другу конфиденциальную информацию (например, о собственных издержках), знание которой может привести к относительно более высоким ценам даже после окончания сговора. Все эти аспекты могут оказывать влияние на оценку убытка и должны быть соответствующим образом учтены в расчетах.

Анализ сопоставимых рынков

Исследуемые экономические показатели (цены, доли рынка, уровень прибыльности и др.) можно также сравнивать с аналогичными показателями на сопоставимых товарных рынках. В качестве сопоставимого товарного рынка может выступать:

• рынок исследуемого товара (услуги), но с другими географическими границами;

• рынок другого товара (услуги), сопоставимый с исследуемым рынком по числу и характеру покупателей и продавцов, условиям обращения товара и условиям доступа на рынок, государственному регулированию.

Выбор метода сравнения на практике зависит от наличия соответствующих данных, от наличия предположительно сопоставимых рынков, от степени их сопоставимости и от других обстоятельств дела. Например, если есть предположение, что на исследуемом рынке спрос претерпевал существенные изменения в период нарушения, но детальные данные по спросу отсутствуют, то какое-либо сравнение без учета колебаний спроса будет ненадежным. В этом случае сравнение с аналогичными показателями на сопоставимом товарном рынке, подверженном сходным колебаниям спроса, будет более предпочтительным.

При сравнении экономических показателей на исследуемом рынке в период нарушения с аналогичными показателями на других, предположительно сопоставимых товарных рынках должны выполняться определенные базовые критерии. Во-первых, рынки должны характеризоваться сопоставимостью как в плане спроса (уровень переговорной власти потребителей, их предпочтений, способности платить и др.), так и в плане предложения (издержек, тарифов, наценок и др.). Во-вторых, должна иметь место сопоставимость в отношении структуры рынка/отрасли и степени конкурентной борьбы. В случае, если нарушение имело место на высоко концентрированном рынке, то было бы ошибочно проводить сравнение с неким высоко-конкурентным рынком, даже если в остальном рынки являются сопоставимыми. Такое сравнение приведет к переоценке фактического убытка (см. далее вставку «Метод разностей»).

Важно отметить, что чем более сопоставимым является выбранный для сравнения товарный рынок, тем более точной может казаться оценка убытка (при прочих равных условиях). Однако при этом можно ожидать и более высокий уровень взаимозаменяемости со стороны спроса между более близкими товарными рынками. Как следствие, при наличии высокой степени взаимозаменяемости между рассматриваемыми (сопоставимыми) рынками оценка убытка может быть искажена.

В качестве примера предположим, что на одном рынке имело место нарушение, приведшее к необоснованно высоким ценам. Тогда логично ожидать, что часть потребителей переключится на сопоставимый товарный рынок, что в свою очередь приведет к росту спроса и росту цен на сопоставимом товарном рынке. Вследствие этого, оценка убытка, основанная на сравнении цен между этими двумя рынками, будет занижена и должна рассматриваться как консервативная. Разумеется, это не должно служить препятствием для взыскания убытка, если он рассчитан пострадавшим лицом таким образом, поскольку данный подход не нарушает интересов ответчика.

Аналитические (эконометрические) методы, применяемые для анализа сопоставимых рынков и анализа «до и после»

Кроме расчета простых средних, или экстраполяции или интерполяции данных, для проведения сравнительного анализа можно также применять эконометрические методы. Их использование упрощает анализ, когда имеются несколько переменных, одновременно оказывающих влияние на рассматриваемые экономические показатели. В случае, если речь идет об анализе цен, и если итоговая цена зависит от нескольких факторов производства, то потребуется оценить, как изменение цен на данные факторы производства отражается на цене конечного товара при отсутствии нарушения. Стандартный регрессионный анализ позволяет осуществить такую оценку исходя из цен, предшествующих нарушению, или исходя из цен на сопоставимых товарных рынках.5

Использование эконометрических методов позволять учесть случайные колебания в ценах или иных экономических показателях, которые не объясняются имеющимися данными. Учет данных колебаний позволяет оценить надежность оценки размера убытка. Иными словами, можно не просто оценить ожидаемый размер убытка в X руб., а можно утверждать, что с определенной вероятностью убыток составил от Y до Z руб.

Нужно подчеркнуть, что сопоставимые рынки никогда не являются в точности идентичными. Эти различия необходимо должным образом учитывать при оценке убытков. Для этого возможно использование подходов, в которых сравнительный анализ по времени и сравнительный анализ с другими товарными рынками дополняют друг друга.

Например, путем сравнения экономических показателей на рассматриваемом рынке до периода нарушения с экономическими показателями на сопоставимом товарном рынке можно установить относительную разницу в этих показателях между двумя рынками. В некоторых случаях можно ожидать, что разница в рассматриваемых показателях преобладала бы в нормальных условиях, если бы нарушения не было. Соответственно, беря значение экономического показателя на сопоставимом товарном рынке в период нарушения за основу, и прибавляя указанную разницу, можно найти то значение экономического показателя, которое бы установилось на исследуемом рынке при отсутствии нарушения.

Поскольку в таком случае проводится анализ не собственно экономических показателей, а разностей между ними, данный подход часто именуется методом разностей.6 Этот анализ позволяет учесть общие изменения в издержках или в спросе между рынками с течением времени. Метод разностей можно применять с различной степенью сложности, в том числе используя эконометрический инструментарий.

Метод разностей

В регионе А оперируют 3 хозяйствующих субъекта. С начала 2008 г. данные хозяйствующие субъекты заключили ценовое картельное соглашение, что привело к росту цен на определенный продукт. Сговор был прекращен к концу 2012 г., когда по обращению покупателей Федеральная антимонопольная служба начала рассмотрение дела о нарушении части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции в отношении данных хозяйствующих субъектов.

Тот же самый товар продается в соседнем регионе Б, который не был затронут ценовым сговором. Потребительский спрос в регионе Б сопоставим со спросом в регионе А, и производители сталкиваются с идентичными издержками при производстве товара. Однако в регионе Б оперируют 10 хозяйствующих субъектов. Цены в регионе Б, в результате более сильной конкуренции, ниже цен в регионе А вне зависимости от наличия или отсутствия ценового картельного соглашения в регионе А. Соответственно, если непосредственно брать цены на сопоставимом товарном рынке в регионе Б как гипотетические цены, которые бы сложились в 2008-2012 гг. в регионе А при отсутствии нарушения, то оценка убытков потребителей, вызванных нарушением, будет существенно завышена.

Цены в регионах А и Б имели одинаковую динамику в 2005-2007 гг. с той лишь разницей, что цены в регионе А были на 2 рубля выше цен региона Б. Резонно предположить, что данная зависимость не изменилась бы и в 2008-

2012 гг. при отсутствии ценового сговора. Соответственно, в качестве контрфакту альной цены региона А можно брать цену региона Б, прибавляя к ней 2 руб./ед. для учета различий в количестве хозяйствующих субъектов и уровне конкуренции между двумя регионами.

2.2.2. Экономическое и финансовое моделирование.

Контрфактуальный анализ также можно проводить на основе экономического и финансового моделирования. Более детально эти методы рассматриваются ниже.

Финансовое моделирование

Финансовое моделирование основывается на оценке нормы прибыли и других финансовых показателей. Например, если речь идет об анализе цен, то цена может рассматриваться как сумма издержек (себестоимости) производства и соответствующей торговой наценки. Тогда для расчета цен, которые сложились бы при отсутствии нарушения, требуется оценить себестоимость производства и ту торговую наценку, которую пострадавшее лицо реалистично могло бы ожидать получить в нормальных рыночных условиях.

При оценке себестоимости производства за отправную точку можно брать фактические данные по себестоимости во время периода нарушения. Однако важно понимать, что фактическая себестоимость может быть завышена по сравнению с той, которая могла бы иметь место быть при отсутствии нарушения.

Например, из-за заключения ценового картельного соглашения у хозяйствующих субъектов снижаются стимулы к эффективному производству, что при прочих равных условиях может привести к более высокой себестоимости. Кроме того, для поддержания ценового сговора хозяйствующие субъекты могут намеренно ограничить собственные мощности, что может привести к более высоким издержкам в случае снижения отдачи от эффекта масштаба. Соответственно, такая оценка убытка должна рассматриваться как консервативная. Эта оценка может быть улучшена на основе более детального анализа того, как нарушение повлияло на себестоимость рассматриваемого товара (услуги).

После того, как контрфактуальный уровень себестоимости установлен, требуется определить размер торговой наценки, которая имела бы место быть при отсутствии нарушения. Данную оценку можно получить с помощью сравнительного экономического анализа. Так, в качестве конкурентной торговой наценки можно, при наличии должного обоснования, взять торговую наценку, сложившуюся на сопоставимых товарных рынках или имевшуюся на данном рынке, но до периода нарушения.

Экономическое моделирование

Для оценки гипотетической цены или иных экономических параметров, которые сложились бы при отсутствии нарушения, наравне со сравнительным анализом возможно также применение экономического и математического моделирования, основанного на теории отраслевых рынков.8

Теория отраслевых рынков является разделом экономики, в котором изучается, как хозяйствующие субъекты устанавливают свои цены и объемы производства, а также как они принимают решения входа на рынок или выхода с рынка в зависимости от характеристик конкурентной среды. В числе прочего, к таким экономическим характеристикам относятся: количество участников рынка, уровень спроса на рассматриваемый товар (услугу), уровень издержек, возможные ограничения производственных мощностей, способ ценообразования (тендеры, розничные продажи и т.д.), является ли рассматриваемый товар (услуга) однородным или дифференцированным9.

Поведение хозяйствующих субъектов на рынке с известными характеристиками далее прогнозируется на основе теоретико-игровых моделей, где каждый хозяйствующий субъект не только оптимизирует собственную прибыль, но и принимает во внимание, как его действия отразятся на действиях его конкурентов. В общем случае экономическое моделирование состоит из следующих шагов: 1) выбор экономической модели, соответствующей характеру и особенностям конкуренции на рассматриваемом рынке, 2) калибровка параметров модели, 3) тестирование надежности модели.

Выбор модели определяется множеством факторов. К числу основных в первую очередь относятся следующие: количество хозяйствующих субъектов, степень однородности товара (услуги), наличие ограничений по мощностям, барьеров входа на рынок, а также, является ли один из хозяйствующих субъектов явным лидером на рынке. Но и многие другие факторы - например, издержки, которые покупатели несут при переключении с одного продавца на другого, или значимость неценовых механизмов конкуренции (например, качество соответствующих товаров или услуг), - также могут решающим образом повлиять на выбор модели. При прочих равных, предпочтение должно отдаваться тем моделям, которые получили более широкое обсуждение и тестирование в академической литературе.

Калибровка параметров модели может проводиться различными способами. Часть данных может являться общедоступной, например, данные по мощностям производства могут быть доступны в ежегодных отчетах компаний перед их акционерами. Другие данные, например, по издержкам производства на единицу продукции, могут быть доступны из внутренней бухгалтерской документации хозяйствующих субъектов. Когда такие данные недоступны, можно использовать схожие данные сопоставимых рынков. Оценка части параметров модели, например, эластичности спроса, может потребовать проведения отдельного эконометрического исследования. Экспертные оценки параметров модели также могут быть допустимы при наличии соответствующего обоснования.

Прежде чем переходить к прогнозированию цен или иных экономических показателей, которые имели бы место при отсутствии нарушения, предсказательная сила модели должна быть протестирована на фактических данных. Для тестирования модели может использоваться как рыночная ситуация до нарушения, так и ситуация во время нарушения. В последнем случае, если речь идет о ценовом картельном соглашении, все участники сговора могут рассматриваться как единый хозяйствующий субъект, оптимизирующий совокупную прибыль всех участников картеля. Если модель плохо предсказывает (описывает) рыночную ситуацию до (во время) нарушения или на сопоставимых рынках, то и нет основания полагать, что модель подходит для предсказания контрфактуальных цен или иных экономических показателей, которые могли бы иметь место при отсутствии нарушения. Такие модели могут быть ненадежны.

Кроме того, для оценки значимости предпосылок модели резонно оценить чувствительность результатов к этим предпосылкам. Например, если при незначительном изменении некоторых исходных параметров, модель предсказывает существенные различия в ценах, объемах производства и иных показателях, которые являются предметом анализа, то в обоснованности такой модели также можно сомневаться. Это, в частности, объясняется тем, что многие исходные параметры, закладываемые в экономические модели, сами по себе являются оценочными и, следовательно, некая вариация в их уровне является ожидаемой. Однако, если такая вариация ведет к значимой вариации предсказываемых моделью цен, объемов производства и других показателей, то такая модель может быть ненадежна для целей контрфактуального анализа.

Широкое распространение получили две базовые экономические модели: модель Курно и модель Бертрана. Детальное описание этих моделей выходит за рамки настоящего документа, однако может быть найдено в любом базовом учебнике по микроэкономической теории или теории отраслевых рынков.10 Данные модели не всегда применимы напрямую, но часто служат отправной точкой для более детальных исследований.

Модель Курно предполагает, что хозяйствующие субъекты вначале выбирают объемы производства, а затем поставляют всю свою произведенную продукцию на рынок. При этом также предполагается, что на рынке устанавливается одна равновесная цена. Модель Курно хорошо описывает рынки однородной продукции, где произведенная продукция продается на аукционе или на бирже, например, рынки металлов или сельскохозяйственной продукции.

Модель Бертрана предполагает, что хозяйствующие субъекты вначале выбирают цены на свою продукцию, а затем производят ее в затребованном при данных ценах объеме. Модель Бертрана хорошо описывает рынки дифференцированных товаров, где каждый товар имеет собственную цену, и где хозяйствующие субъекты могут относительно быстро удовлетворить дополнительный спрос на свою продукцию (нет ограничений по мощностям). Примерами таких рынков могут служить некоторые из рынков компьютерной или бытовой техники. При калибровке модели Бертрана требуется измерить степень взаимозаменяемости между всеми рассматриваемыми товарами в границах одного рынка (т.е. для любой пары брендов или моделей компьютерной техники).

Наконец стоит отметить, что и модель Курно и модель Бертрана предполагают наличие высоких барьеров входа на рынок (входа в рассматриваемую отрасль). Если барьеры относительно низки, то антиконкурентный рост цен естественным образом привлечет новых производителей. В этом случае поведение хозяйствующих субъектов будет заведомо неадекватно описываться данными моделями, поскольку они учитывают действия имеющихся участников рынка, но не принимают во внимание конкурентное давление со стороны потенциальных участников.

Основной плюс метода экономического моделирования заключается в том, что он может дать более точную оценку исследуемых индикаторов и, соответственно, более точную оценку убытков, поскольку поведенческие аспекты хозяйствующих субъектов явным образом принимаются во внимание (т.к. они «встроены» в соответствующую модель). С другой стороны, минус заключается в том, что экономическое моделирование требует принятия более строгих предпосылок, чем того требует сравнительный анализ (например, необходимы калибровка параметров модели, принятие предпосылки о рациональном поведении хозяйствующих субъектов и проч.). Если предпосылки и предположения, на которых построена та или иная модель не выполняются (не реализуется на практике), то результаты экономического моделирования могут быть ошибочны. Тем не менее, использование дополнительных предпосылок порою дает возможность применять экономическое моделирование даже в тех случаях, когда сравнительный анализ невозможен в силу отсутствия сопоставимых рынков или репрезентативных цен в период до или после нарушения.

2.3. Источники информации для проведения контрфактуального анализа.

Любые объективные источники информации могут быть использованы для проведения анализа по расчету убытков. К таковым относятся (но не являются исчерпывающими), например, следующие:

• Официальные статистические данные, сведения, полученные от антимонопольных, налоговых, таможенных и иных государственных органов.

• Внутренние документы компаний, включая финансовую отчетность, собственные маркетинговые исследования, экспертные оценки.

• Рыночные и маркетинговые исследования, проведенные третьими лицами (соответствующими специализированными организациями).

• Экспертные оценки и исследования органов государственной власти (министерств, ведомств, отраслевых регуляторов и проч.).

• Данные ведомственных и независимых информационных центров и служб, средств массовой информации.

Ни один из источников информации нельзя указать как приоритетный, и выбор конкретных источников будет зависеть от обстоятельств конкретного дела. Бремя доказывания обоснованности соответствующих источников, а также надежности последующего анализа возлагается на сторону, осуществляющую оценку убытков.

В случае наличия в материалах дела документов, указывающих на величину повышения цен картелем и т.п., такие документы также могут быть использованы для непосредственной оценки убытков. Например, если, при наличии переписки между хозяйствующими субъектами, участвовавшими в ценовом сговоре, в которой оговаривается, на сколько предполагалось повысить цены, данные сведения могут быть непосредственно использованы для оценки убытков, вызванных завышенными ценами.

Однако даже в таких исключительных случаях корректное определение размера убытков без проведения дополнительного экономического анализа, как правило, невозможно. Например, проведение экономического анализа по-прежнему потребуется для оценки убытков, вызванных упущенными объемами, а также для оценки эффекта переноса издержек.

3. Расчеты убытков, причиненных установлением (поддержанием) необоснованно высоких цен.

3.1. Введение.

К таким нарушениям, в первую очередь, относятся антиконкурентные горизонтальные соглашения (картели) и установление монопольно высоких цен. Важно почеркнуть, что в эту категорию входят не только антиконкурентные соглашения (действия), непосредственно направленные на увеличение цен, но и любые антиконкурентные соглашения (действия), которые фактически приводят к данному эффекту. Например, если имело место картельное соглашение о разделе товарного рынка, и было соответствующим образом доказано, что его негативные последствия выразились в росте цен, то такое нарушение также относится к данной категории.

Расчеты убытков, причиненных данными нарушениями, могут проводиться как для непосредственных приобретателей рассматриваемого товара (услуги), так и для приобретателей товаров (услуг) на соответствующих рынках нижнего передела. Рынком нижнего передела называется рынок продукции (товаров, услуг), производимой из продукции рассматриваемого рынка (т.е. для которого продукция рассматриваемого рынка служит сырьем). Рынки, на которых рассматриваемый товар перепродается на новых условиях (например, оптовые закупки перепродаются в розницу), также относятся к рынкам нижнего передела. Аналогично, рынком верхнего передела называется рынок продукции, либо используемой в качестве сырья для производства продукции рассматриваемого рынка, либо перепродаваемой на рассматриваемом рынке.11

В подразделе 3.2 настоящего раздела описываются основные принципы оценки убытков, которые непосредственные потребители12 товара (услуги) понесли в результате необоснованного повышения цен. Модельный пример такой оценки приведен в подразделе 3.3. Если пострадавшие потребители в свою очередь подняли цены на свои собственные товары (услуги), то их собственные покупатели косвенным образом также понесут убытки в результате нарушения. Убытки таких потребителей, включая покупателей на рынках нижнего передела (косвенных покупателей), рассматриваются в подразделе 3.4.

3.2. Расчет убытков для непосредственных приобретателей рассматриваемого товара (услуги).

Как указано выше (раздел 2), с экономической точки зрения убыток включает в себя упущенную выгоду (коммерческие возможности), которые пострадавшее лицо реалистично могло бы ожидать дополнительно получить (использовать) при отсутствии нарушения. На практике упущенная выгода обычно исчисляется в денежном выражении как недополученная прибыль. При расчете убытков для непосредственных приобретателей рассматриваемого товара (услуги) необходимо ответить на следующие вопросы:

• насколько были необоснованно завышены цены в результате нарушения?

• насколько снизился объем закупок товара (услуги) пострадавшей стороной в результате повышения цен?

• насколько приобретатели товара (услуги) повысили цены при реализации своей собственной продукции?

Эти три вопроса соответствуют трем различным экономическим эффектам: эффект «завышенных цен», эффект «упущенных объемов» и эффект «переноса издержек»13. Более детально эти эффекты обсуждаются ниже.

Важно подчеркнуть, что убытки, вызванные вышеуказанными эффектами, могут быть только частью убытков пострадавшего лица. Необходимо также учитывать, при их наличии, коммерческие и инвестиционные возможности, упущенные в связи со снижением доходов. Например, если в результате нарушения пострадавшее лицо не смогло осуществить инвестиции в расширение мощностей своего бизнеса, и при этом на такие дополнительные мощности был спрос, то соответствующие убытки должны приниматься во внимание. Бремя доказывания наличия и объективности упущенных коммерческих и инвестиционных возможностей возлагается на пострадавшее лицо.

3.2.1. Эффект завышенных цен.

Если цена товара (услуги) была необоснованно завышена в результате нарушения антимонопольного законодательства, то приобретатель фактически заплатил за каждую единицу купленного товара (услуги) больше, чем он мог бы заплатить при отсутствии нарушения. Соответствующие убытки являются убытками, вызванными завышенными ценами.

В качестве иллюстрации предположим, что фактическая цена приобретения товара была 110 руб./ед., а контрфактуальная цена оценивается в 100 руб./ед. Тогда эффект завышенных цен составляет 10 = 110 - 100 руб./ед. Очевидно, что при установлении (поддержании) необоснованно высоких цен, данные цены будут всегда выше их конкурентного уровня. Соответственно, эффект повышенных цен всегда положительный в том смысле, что он увеличивает убыток для приобретателя рассматриваемого товара (услуги).

13 В англоязычной экономической литературе используются термины overcharge effect, volume effect и pass-on effect, соответственно.

3.2.2. Эффект упущенных объемов.

Согласно классической теории потребительского спроса,14 в общем случае кривая потребительского спроса является нисходящей по отношению к ценам. Это значит, что, при прочих равных условиях, снижение цен приводит к росту спроса, а повышение цен, наоборот, к его снижению. Следовательно, если вследствие нарушения приобретатель товара (услуги) получает его по завышенным ценам, то при отсутствии нарушения его спрос мог бы быть выше. Соответствующие убытки являются убытками, вызванными упущенными объемами или нереализованными производственными (коммерческими) возможностями. Они соответствуют упущенной выгоде, возникающей из-за меньшего объема продаж на рынке нижнего передела.

Например, если при росте цен по сравнению со своим контрфактуальным уровнем на 10 руб./ед. спрос приобретателя товара снизился с 60 до 50 ед., то эффект упущенных объемов составляет 10 ед., умноженные на ту маржу прибыли, которую приобретатель мог бы ожидать получить от последующей реализации данного товара или продукции из него, если бы нарушения не произошло. Поскольку при установлении (поддержании) необоснованно высоких цен, эффект повышенных цен всегда положительный, то фактические объемы закупок всегда меньше своего контрфактуального уровня. Следовательно, эффект упущенных объемов всегда положительный и увеличивает убыток для приобретателя рассматриваемого товара (услуги).

3.2.3. Эффект переноса издержек.

В общем случае цена, по которой производитель товара (услуги) полагает выгодным продавать его на рынке, положительным образом зависит от издержек производства. Таким образом, в случае повышения цен на товар (услуги), его непосредственные приобретатели имеют стимул переносить часть своих возросших издержек на собственных покупателей за счет повышения своих собственных отпускных цен.

Следовательно, если приобретатель товара (услуги) получает его по завышенным ценам, то его собственные цены при отсутствии нарушения могли бы быть ниже. Однако данный эффект переноса издержек возникает, только если приобретатели товара на рассматриваемом рынке занимают «промежуточное положение» и являются также продавцами на рынке нижнего передела. Для конечных приобретателей товара (услуги) эффект переноса отсутствует. Конечные приобретатели не имеют возможность в какой-то степени компенсировать свои возросшие затраты посредством увеличения цен перепродажи товара или цен на собственную продукцию.

В тоже время фактическая возможность непосредственных приобретателей переносить издержки ключевым образом зависит от степени конкуренции между ними на рынке нижнего передела. Если рынок нижнего передела является высоко-конкурентным, то эффект переноса будет близок к 100%. А именно, в силу развитой конкуренции цены на рынке нижнего передела будут приблизительно равны соответствующим предельным издержкам. Учитывая вышесказанное и учитывая, что цены на рынке верхнего передела являются предельными издержками для рынка нижнего передела, необоснованный рост цен на рынке верхнего передела приведет к такому же росту цен на рынке нижнего передела. Соответственно, эффект переноса составит 100%).

Вышеуказанный аргумент основывается на том, что все хозяйствующие субъекты на конкурентном рынке нижнего передела в одинаковой степени подвержены росту цен на рынке верхнего передела (сырья). Однако возможны и иные ситуации. Например, может быть так, что только некоторые участники рынка нижнего передела испытали рост цен (издержек), поскольку они закупали сырье у тех хозяйствующих субъектов, которые являлись участниками картельного соглашения. При этом другие участники рынка нижнего передела имели альтернативные источники сырья (товара) и не были подвержены повышению цен на него. В таком случае эффект переноса может отсутствовать. Пострадавшие хозяйствующие субъекты просто не смогут поднять свои цены, если конкурентное давление со стороны других участников рынка нижнего передела велико. В таком случае пострадавшие хозяйствующие субъекты могут быть вынуждены покинуть рынок в долгосрочной перспективе.

Если же рынок нижнего передела не является рынком совершенной конкуренции, то эффект переноса будет меньше 100%. И действительно, чем менее конкурентным является рынок нижнего передела, тем выше рентабельность участвующих на нем хозяйствующих субъектов. Чем выше рентабельность, тем выше потери прибыли при снижении спроса. Соответственно, хозяйствующие субъекты, участвующие на менее конкурентных рынках нижнего передела, будут завышать свои собственные цены в меньшей степени при увеличении своих издержек, дабы избежать более высоких потерь, ассоциированных со снижением спроса.

Важно подчеркнуть, что наличие эффекта переноса должно соответствующим образом приниматься во внимание при расчете убытков. А именно, расчет убытков для конкретного покупателя должен быть основан на его собственной упущенной выгоде в результате нарушения и не должен включать те издержки, которые покупатель сумел покрыть за счет увеличения собственных отпускных цен.

Наконец стоит отметить определенную взаимосвязь между эффектом переноса и эффектом упущенных объемов. Оба эффекта зависят от чувствительности (эластичности) спроса на рынке нижнего передела. Чем выше эффект переноса, тем более значительным будет повышение цен. Но при этом, тем более значительным будет сокращение спроса и, следовательно, эффект упущенных объемов. Следовательно, даже если весь антиконкурентный рост цен был полностью переложен пострадавшими лицами на последующих покупателей, это не означает, что пострадавшие лица не понесли убытков. По меньшей мере, их убытки равны величине эффекта упущенных объемов.

Важно понимать, что хотя эффекты переноса и упущенных объемов частично компенсируют друг друга, в общем случае они не обязательно являются равнозначными. По этой причине на практике оба эффекта необходимо отдельно учитывать при оценке убытка.

3.3. Модельные примеры расчета убытков, эффектов завышенных цен, упущенных объемов и переноса издержек.

В общем случае расчет убытков, вызванных установлением необоснованно высоких цен, проводится следующим образом:

• Вначале рассчитывается, насколько цена в период нарушения превысила ту цену, которая могла бы установиться при отсутствии нарушения.

• Умножая разницу между данными ценами на объем производства в период нарушения, мы получаем убытки, понесенные за счет завышенных цен.

• Из указанных убытков следует вычесть те, что были компенсированы за счет эффекта переноса (рост цен на рынке нижнего передела, умноженный на объем производства в период нарушения).

• Дополнительно требуется оценить убытки, вызванные упущенными объемами. В общем случае данные убытки будут тем более значимы, чем более существенным был эффект переноса издержек.

Описанные в разделе 2 методы сравнительного экономического анализа, а также финансового и экономического моделирования обычно применимы для всех этих расчетов. Например, для оценки эффекта завышенных цен может быть применен сравнительный экономический анализ, либо с использованием данных с сопоставимых рынков, либо на основе данных до и после нарушения. Для оценки эффекта упущенных объемов может проводиться исследование чувствительности (эластичности) спроса. Эффект переноса издержек представляется возможным оценить с помощью эконометрического анализа, при котором моделируется зависимость между издержками и отпускными ценами пострадавшего лица.

3.4. Расчет убытков для потребителей, не являющихся непосредственными приобретателями рассматриваемого товара (услуги).

3.4.1. Покупатели, приобретающие рассматриваемый товар (услугу) у конкурентов нарушителей

Иногда нарушение может привести к убыткам даже для тех потребителей, которые покупали товар не у собственно хозяйствующих субъектов, совершивших нарушение антимонопольного законодательства, а у их конкурентов.16 Произойти это может по нескольким взаимосвязанным причинам.

Во-первых, согласно законам экономической теории на любом рынке цены различных хозяйствующих субъектов положительно взаимосвязаны между собой. Это значит, что антиконкурентное повышение цен нарушителями будет сопровождаться некоторым повышением цен и иных участников рынка. Потребители, приобретающие товары (услуги) у конкурентов нарушителей, таким образом, будут вынуждены платить за них больше, чем при отсутствии нарушения.

Во-вторых, вследствие необоснованного повышения цен потребители рассматриваемого товара (услуги) в какой-то степени переключатся на конкурентные товары других производителей, которые не участвовали в нарушении. Однако более высокий спрос на продукцию конкурентов приведет к росту цен на эти товары (услуги), что в свою очередь приведет к потерям для их потребителей.

Оценка убытков для потребителей в таких случаях проводится в соответствии с общими принципами расчета убытков для непосредственных покупателей (см. подраздел 3.2 выше).

3.4.2. Покупатели на рынках нижнего передела (косвенные покупатели)

Установление необоснованно высоких цен может приводить к убыткам, как для непосредственных покупателей рассматриваемого товара (услуги), так и для покупателей на рынках нижнего передела (косвенных покупателей) за счет эффекта переноса издержек непосредственными покупателями. Расчет убытков для хозяйствующих субъектов на рынках нижнего передела базируется на той же логике, которая лежит в основе расчета убытков для непосредственных покупателей.

4. Расчеты убытков, причиненных нарушениями, ограничивающими доступ на товарный рынок, устраняющими хозяйствующих субъектов с рынка (сокращающими их рыночные доли).

4.1. Введение.

В некоторых случаях действия, соглашения хозяйствующих субъектов, органов власти могут ограничивать доступ на рынок для имеющихся или потенциальных конкурентов или быть направленными на сокращение рыночной доли конкурентов. К таким случаям относятся, например, установление монопольно низких цен, заключение эксклюзивных контрактов с поставщиками или покупателями, установление необоснованно высоких цен на рынке верхнего передела, продажа совмещенного набора товаров или услуг,17 навязывание контрагентам невыгодных условий договоров, недобросовестная конкуренция и др.

Убытки, причиненные такими нарушениями, в первую очередь несут имеющиеся конкуренты рассматриваемого хозяйствующего субъекта или субъектов. Помимо этого, убытки могут нести и потенциальные конкуренты в случае, если они планировали вход на рынок, но были вынуждены его отменить в силу наличия ограничений конкуренции. Наконец, убытки также могут понести и покупатели рассматриваемого товара или услуги.

Настоящий раздел построен следующим образом. Оценка убытков хозяйствующих субъектов, уже присутствовавших на рынке во время нарушения, рассматривается в подразделе 4.2. Оценка убытков хозяйствующих субъектов, которые планировали войти на рынок, но не смогли этого сделать из-за незаконного ограничения конкуренции, рассматривается в подразделе 4.3. Подраздел 4.4. посвящен убыткам покупателей.

4.2. Оценка убытков для имеющихся конкурентов.

Эффекты ограничения конкуренции для имеющихся конкурентов могут проявляться по-разному. Например, заключение эксклюзивного контракта с одним дистрибьютором может привести к росту издержек для других дистрибуторов за счет ослабления их конкурентной позиции. Установление монопольно низких цен доминирующим субъектом может привести к снижению выручки его конкурентов и их невозможности покрывать свои издержки производства. И в том и в другом случае возможно снижение рентабельности пострадавшего лица, уменьшение его рыночной доли и, возможно, выход пострадавшего лица с данного рынка в принципе. Негативный эффект снижения прибыльности (рентабельности) может быть усилен потерей отдачи от эффекта масштаба или сетевыми эффектами.

При расчете убытков для имеющихся конкурентов необходимо ответить на следующие вопросы:

• насколько были занижены выручка, прибыль, рыночная доля и другие показатели финансовой деятельности пострадавшей стороны в результате нарушения?

• каковы были бы издержки, выручка, прибыль и другие показатели финансовой деятельности пострадавшей стороны, если бы нарушения не произошло?

Ответы на эти вопросы позволяют провести контрфактуальный анализ. Все методы, рассмотренные в разделе 2 (сравнительный экономический анализ, финансовое и экономическое моделирование), могут быть использованы для этой цели. Например, анализ доли рынка пострадавшего лица в периоде, предшествовавшем нарушению, может позволить рассчитать долю рынка, которую пострадавшее лицо имело бы в последующем при отсутствии нарушения, или его прибыль. Как и в остальных случаях оценки убытков, одновременное использование нескольких методов позволяет повысить надежность оценки.

Дополнительную значимость для контрфактуального анализа приобретают внутренние маркетинговые исследования или коммерческие планы хозяйствующих субъектов. Соответствующие внутренние документы компаний, если они были подготовлены в период до нарушения, могут содержать объективные прогнозы по развитию долей рынка или по рентабельности хозяйствующих субъектов. Например, если есть доказательства того, что хозяйствующий субъект планировал инвестиции по расширению мощностей и наращивание производства, но был вынужден отменить или отложить данные планы в результате незаконного ограничения конкуренции со стороны других участников рынка или органов власти, то эту информацию необходимо должным образом учесть при проведении контрфактуального анализа.

По результатам контрфактуального анализа можно определить убытки как разницу между фактическим финансовым состоянием (рыночным положением) пострадавших хозяйствующих субъектов и тем, которое могло бы иметь место при отсутствии ограничения конкуренции. Выбор конкретного показателя (индикатора) хозяйственной деятельности для оценки убытков может быть продиктован особенностями рассматриваемой ситуации и должен быть соответствующим образом обоснован стороной, осуществляющей оценку убытков. Так, если оценка выручки не представляется возможной и если нарушение в первую очередь привело к росту издержек, то приближенная оценка убытка может быть получена за счет рассмотрения одних лишь издержек, без учета выручки. И наоборот, если нарушение в первую очередь привело к падению выручки и если надежная оценка издержек по каким-то причинам невозможна, то анализ одной лишь выручки, без учета издержек, может быть допустим.

Важно отметить, что ограничение конкуренции может иметь долгосрочные последствия для конкурирующих хозяйствующих субъектов, если их рыночная позиция была значительным образом ослаблена. По этой причине экономическая ситуация данных хозяйствующих субъектов, наблюдаемая после периода нарушения, как правило, не является показательной относительно ситуации, которая могла бы иметь место при отсутствии нарушения. Соответственно, при проведении сравнительного анализа предпочтительно использовать для сравнения период, предшествовавший нарушению, а не период после окончания нарушения.

Если ограничение конкуренции привело к снижению рыночной доли хозяйствующего субъекта или иным образом ослабило его рыночную позицию, то хозяйствующий субъект продолжает нести убытки и после окончания нарушения. А именно, прибыль, которую хозяйствующий субъект получает после окончания нарушения, будет меньше той прибыли, на которую он мог бы рассчитывать, если бы нарушения не было вовсе. Данные потери также будут составлять упущенную выгоду пострадавшего лица, подлежащую возмещению.

Наконец, при расчете суммарных убытков за ряд периодов, данные убытки должны учитывать упущенные коммерческие и инвестиционные возможности пострадавшего лица.

4.2.1. Оценка убытков конкурентов от недобросовестной конкуренции.

Не меньший ущерб, чем монополистическая деятельность, способна нанести недобросовестная конкуренция - злоупотребления, от которых сегодня страдает все больше компаний и предпринимателей, каким бы бизнесом они не занимались.

В частности, на практике распространены ситуации, когда при предоставлении аналогичных услуг нарушитель незаконно использует товарный знак, знак обслуживания, фирменное наименование, коммерческое обозначение и др., сходное до степени смешения с средством индивидуализации, зарегистрированным за конкурентом.

Помимо того, что такие действия вводят в заблуждение потребителей услуг, они могут причинить существенные убытки конкуренту нарушителя.

4.3. Оценка убытков для потенциальных конкурентов.

Ограничивающие конкуренцию действия, могут оказывать негативные последствия не только на имеющихся, но также и на потенциальных конкурентов. Обычно такие ситуации возникают, когда вход потенциальных конкурентов на рынок был затруднен или предотвращен благодаря нарушению. Основанием для возмещения убытков потенциальному конкуренту должно быть, среди прочего, доказательство того, что он не только планировал (в том числе совершил или начал совершать соответствующие приготовления), но и мог осуществить успешный вход на рынок при отсутствии нарушения.

Для оценки убытков потенциальных конкурентов применяются те же методы, что и для оценки убытков имеющихся конкурентов, но за следующим исключением. При расчете убытков потенциальных конкурентов сравнение с периодами до и после нарушения не представляется возможным, поскольку данных конкурентов не было на рынке ни до, ни после нарушения. Однако, как и для случая имеющихся конкурентов, для расчета убытков потенциальных конкурентов возможно проведение сравнительного анализа сопоставимых рынков, а также финансовое или экономическое моделирование. Например, основой финансового моделирования может выступать бизнес-план потенциального конкурента, в котором оценивались предполагаемая выручка и затраты при входе на рассматриваемый рынок, если этот бизнес-план был подготовлен до нарушения.

Отсутствие данных, например, в части подходящих для анализа сопоставимых рынков, может служить препятствием для оценки полной суммы убытка (например, недополученной прибыли). В таких случаях хозяйствующий субъект может выбрать обращение с иском, направленным лишь на возмещение реального ущерба, связанного с подготовкой к входу на рынок. Например, если потенциальный конкурент понес инвестиционные затраты (осуществил капитальные вложения), но не смог выйти на рынок в силу ограничения конкуренции, то он может выбрать предъявление иска к нарушителю лишь на сумму данных инвестиционных затрат. При этом бремя доказывания того, что такой подход обоснован с экономической точки зрения и что данные инвестиции полностью окупились бы при отсутствии нарушения, лежит на пострадавшем лице.

4.4. Оценка убытков для покупателей.

Конечной целью ограничения конкуренции является увеличение или усиление рыночной власти. Следовательно, в долгосрочном плане ограничение конкуренции может привести либо к более высоким ценам, либо к снижению доступности, более низкому качеству товаров и услуг. Соответственно, ограничение конкуренции может привести к ущемлению интересов потребителей рассматриваемого товара (услуги). Наравне с имеющимися и потенциальными конкурентами нарушителя, покупатели также имеют право на возмещение причиненных им убытков.

При этом ограничение конкуренции может привести к убыткам для покупателей, как с момента начала нарушения, так и позднее. А именно - возможны ситуации, когда покупатели вначале выигрывают в результате нарушения, но несут убытки в последующем. Так, если доминирующий хозяйствующий субъект устанавливает монопольно низкие цены с целью вытеснения конкурентов с рынка и с целью последующего установления монопольно высоких цен, покупатели вначале выиграют, но затем понесут убытки.

Если убытки покупателей, которые они несут в результате ограничения конкуренции, вызваны необоснованно высокими ценами, то оценка убытков проводится в соответствии с методами, рассмотренными в разделе 3. Ограничение конкуренции также может привести к снижению доступности товаров и услуг или снижению их качества, что способно причинить убытки потребителям соответствующих товаров и услуг. В той степени, в которой эта характеристика подлежит объективному количественному измерению, общие методы расчета убытков, описанные в разделе 2, будут применимы и в данном случае.