

Утверждено протоколом

Президиума ФАС России

от 24.10.2018 № 11

ФЕДЕРАЛЬНАЯ АНТИМОНОПОЛЬНАЯ СЛУЖБА

РАЗЪЯСНЕНИЕ № 15

«О привлечении к ответственности за злоупотребления доминирующим положением хозяйствующих субъектов, признанных коллективно доминирующими»

Настоящие разъяснения подготовлены ФАС России по результатам изучения и обобщения практики применения антимонопольными органами антимонопольного законодательства в целях разъяснения вопросов применения положений части 3 статьи 5 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции).

Определение доминирующего положения хозяйствующего субъекта по части 3 статьи 5 Закона о защите конкуренции

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

В соответствии с частью 1 статьи 5 Закона о защите конкуренции доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или таким хозяйствующим субъектам (группам лиц) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или)

затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

При этом в соответствии с частью 2 статьи 5 Закона о защите конкуренции установлено, что не может быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации), доля которого на рынке определенного товара не превышает тридцать пять процентов, за исключением указанных в частях 3 и 6 настоящей статьи случаев.

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

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

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

3) реализуемый или приобретаемый хозяйствующими субъектами товар не может быть заменен другим товаром при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях), рост цены товара не обуславливает соответствующее такому росту снижение спроса на этот товар, информация о цене, об условиях реализации или приобретения этого товара на соответствующем товарном рынке доступна неопределенному кругу лиц.

Первое из указанных условий является количественным, второе и третье связаны с качественными характеристиками,

поскольку позволяют оценить возможность таких хозяйствующих субъектов оказывать влияние на условия обращения товара на товарном рынке и состояние конкуренции на таком товарном рынке.

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

В частности, не допускается определение доминирующего положения согласно части 3 статьи 5 (далее также – «*коллективное доминирующее положение*») только на основании сведений о размерах долей хозяйствующих субъектов, то есть на основании только количественного критерия, без рассмотрения всех качественных характеристик товарного рынка.

Во избежание формального подхода к установлению наличия или отсутствия условий коллективного доминирующего положения каждая из количественных и качественных характеристик товарного рынка должна устанавливаться в порядке и на основании источников информации о товарных рынках, предусмотренных Приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» (далее – «Порядок»).

При этом следует обратить внимание, что на основании части 3 статьи 5 Закона о защите конкуренции не может быть установлено доминирующее положение финансовой организации.

Само по себе доминирующее положение хозяйствующего субъекта, в том числе коллективное доминирующее положение нескольких хозяйствующих субъектов, не является нарушением антимонопольного законодательства.

Антимонопольное законодательство устанавливает запреты на злоупотребление таким доминирующим положением.

Злоупотребление доминирующим положением характеризуется следующей совокупностью взаимосвязанных признаков:

- 1) доминирующее положение хозяйствующего субъекта;
- 2) совершение хозяйствующим субъектом действия (бездействия);

3) наступление или возможность наступления негативных последствий в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности, либо неопределенного круга потребителей;

4) наличие объективной взаимосвязи между доминирующим положением, совершением деяния и его негативными последствиями либо возможностью наступления таких последствий.

Все вышеуказанные обстоятельства устанавливаются, в том числе в случае, когда рассматривается вопрос об установлении злоупотребления доминирующим положением одного или нескольких хозяйствующих субъектов, признаваемых коллективно доминирующими на основании части 3 статьи 5 Закона о защите конкуренции.

В частности, согласно Разъяснениям № 8 Президиума ФАС России антимонопольным органом *«...должна быть дана оценка объективной взаимосвязи между доминирующим положением хозяйствующего субъекта, его действием (бездействием) и негативными последствиями в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции или ущемления интересов других лиц в сфере предпринимательской деятельности, либо неопределенного круга потребителей»*. *«В отсутствие доминирующего положения применяемый хозяйствующим субъектом способ реализации права становится невозможен или экономически нецелесообразен»*.

Поскольку согласно части 3 статьи 5 Закона о защите конкуренции, доминирующим признается положение каждого хозяйствующего субъекта из нескольких хозяйствующих субъектов, в отношении которых выполняются условия коллективного доминирования, то при установлении злоупотребления доминирующим положением любым из таких хозяйствующих субъектов подлежит установлению взаимосвязь между его положением на товарном рынке, его действиями (бездействием) и негативными последствиями именно его поведения.

При установлении такой взаимосвязи подлежат учету также условия предложения (реализации) товара другими хозяйствующими субъектами (например цена, объемы, качество, наличие скидок др.) в отношении которых выполняются условия коллективного доминирования, либо условия приобретения товара другими покупателями товара (при установлении злоупотребления

доминирующим положением на стороне покупателей), а также общие условия обращения товара на рынке.

В частности, в постановлении от 22.10.2013 № 15АП-13490/2013 по делу № А53-22012/2012 Пятнадцатый арбитражный апелляционный суд приходя к выводу о доказанности нарушения антимонопольного законодательства одним из участников коллективного доминирования - оператором связи, учитывал установленное антимонопольным органом в рамках проведенного анализа товарного рынка отсутствие зависимости между увеличением операторами платы за услуги сотовой связи и снижением абонентской базы.

В постановлении Арбитражного суда кассационной инстанции по делу № А65-19383/2017 суд указал, что подлежит установлению объективная взаимосвязь между доминирующим положением, определенным по правилам коллективного доминирования, и последствиями на товарном рынке. *«Без анализа поведения всех субъектов коллективного доминирования, а также условий обращения товара на рынке в целом нельзя сделать однозначный вывод о влиянии доминирующего субъекта на рынок и на условия обращения товара, то есть о злоупотреблении».*

В другом судебном деле суд кассационной инстанции указал на то, что антимонопольным органом не был доказан факт злоупотребления доминирующим положением в связи с тем, что доминирующее положение одного хозяйствующего субъекта рассматривалось в отрыве от положения на рынке другого хозяйствующего субъекта, совместно с которым, по мнению антимонопольного органа, первый занимал коллективное доминирующее положение. Устанавливая факт коллективного доминирования, антимонопольный орган не исследовал связь предприятия с другим участником рынка. Из представленного суду аналитического отчета прослеживалось явное снижение доли предприятия на данном товарном рынке за периоды с 2010 по 2012 гг., что косвенно свидетельствует о вхождении на данный рынок новых участников или возможном перераспределении долей. Суд пришел к выводу, что предприятие не влияет на общие условия обращения товара на данном рынке услуг, не имеет реальной возможности устранить с него другого хозяйствующего субъекта, и тем более не создает препятствий для вхождения на спорный рынок оказываемых услуг других хозяйствующих субъектов.

В постановлении от 25.05.2010 № 16678/09 по делу № А70-9090/15-2008 Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации признавая несостоятельным вывод судов о недоказанности доминирующего положения общества «ТНК-ВР Холдинг» на оптовых рынках совместно с другими нефтяными компаниями, указал, что судами были неправомерно отклонены обоснования ФАС России, а *общество не представило доказательств того, что его положение не может быть признано доминирующим.*

Исследование условий предложения (реализации) рассматриваемого товара на рынке всех хозяйствующих субъектов, в отношении которых выполняются условия коллективного доминирования, может позволить сделать обоснованный вывод о наличии признаков злоупотребления одним или несколькими из них своим доминирующим положением.

Часть 4 статьи 5 Закона о защите конкуренции предоставляет хозяйствующему субъекту право доказать, что его положение на товарном рынке не может быть признано доминирующим. Законом не предусмотрены какие-либо изъятия при применении данной нормы, следовательно, хозяйствующий субъект, который может быть признан доминирующим по части 3 статьи 5, также вправе представить доказательства отсутствия у него доминирующего положения.

При применении части 4 статьи 5 Закона о защите конкуренции обязанность доказывания возлагается на хозяйствующего субъекта.

Хозяйствующий субъект вправе представить любые доказательства того, что он не имеет возможности в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Ниже приводятся неисчерпывающий перечень примеров.

1) При доказывании отсутствия коллективного доминирующего положения хозяйствующий субъект вправе доказывать, что только иной хозяйствующий субъект имеет возможность в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Так, частью 1.3 Разъяснений Президиума ФАС России от 07.06.2017 № 8 «О применении положений статьи 10 Закона о

защите конкуренции» (далее – Разъяснения № 8), закрепляется, что для оценки доминирующего положения хозяйствующего субъекта *«необходим анализ качественных характеристик, в том числе оценка возможности влиять на условия обращения товара при наличии у иного хозяйствующего субъекта существенно большей доли на соответствующем товарном рынке.»* Такие доказательства могут быть предоставлены в том числе путем ретроспективного анализа поведения хозяйствующих субъектов, а также любых характеристик товарного рынка.

2) Возможность в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке может отсутствовать у продавца (ов), если у покупателей есть возможность отказаться от условий, предложенных продавцом в силу рыночной силы покупателя (покупателей), в том числе в силу наличия на другой стороне рынка признаков монополии (олигополии). При исследовании злоупотребления со стороны покупателя (ей) подлежит учету признаки монополии или олигополии продавцов, которые смещают баланс рыночной силы в пользу последних.

Перечень обязательных к исполнению предписаний, которые антимонопольный орган полномочен выдавать хозяйствующим субъектам, содержится в пункте 2 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции.

Согласно разъяснениям Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (пункт 14 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства») антимонопольный орган в соответствии со своими полномочиями вправе включить в предписание указание на совершение конкретных действий, выполнение которых лицом, нарушившим антимонопольное законодательства, позволит восстановить права других лиц, нарушенные вследствие злоупотребления доминирующим положением, в необходимом для этого объеме.

По смыслу пункта 2 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции, у антимонопольного органа отсутствует право возлагать на юридические лица дополнительные обязанности, не предусмотренные законом, вмешиваться без надлежащих на то оснований в его хозяйственную деятельность (пункт 15 Обзора по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о

защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации от 16.03.2016).

С учетом изложенного, предписание должно быть направлено на устранение установленного решением антимонопольного органа нарушения антимонопольного законодательства и (или) его последствий путем совершения определенных действий лицом, которому такое предписание выдано.

Предписание может содержать только законные требования, то есть на лицо, которому выдано предписание о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции, может быть возложена обязанность по совершению лишь тех действий, которые приведут к восстановлению состояния конкуренции или прекращению ущемления интересов хозяйствующих субъектов в силу закона, а сами требования должны быть реально исполнимы.

При этом исполнимость предписания является определяющим признаком его законности, поскольку исходит от государственного органа, обладающего властными полномочиями, носит обязательный характер и для его исполнения устанавливается определенный срок, за нарушение которого наступает административная ответственность.

Следовательно, по результатам рассмотрения дела о злоупотреблении доминирующим положением, которое установлено на основании части 3 статьи 5 Закона о защите конкуренции, исполнимость предписания означает, что предписанные действия именно данного конкретного хозяйствующего субъекта приведут к прекращению ограничения, устранения или недопущения конкуренции на товарном рынке или прекращению ущемления интересов неопределенного круга лиц.

Настоящая позиция в полной мере распространяется на предупреждения, выдаваемые антимонопольными органами в порядке статьи 39.1 Закона о защите конкуренции.

Злоупотребление доминирующим положением влечет применение мер административной ответственности.

Факт нарушения положений статьи 10 Закона о защите конкуренции устанавливается комиссией антимонопольного органа в порядке, предусмотренном главой 9 Закона о защите конкуренции,

и фиксируется в решении по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

В соответствии с частью 1² статьи 28.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП) данное решение является поводом к возбуждению дела об административном правонарушении, предусмотренному статьей 14.31 КоАП.

Частью 1 статьи 14.31 КоАП предусмотрена административная ответственность за совершение занимающим доминирующее положение на товарном рынке хозяйствующим субъектом, за исключением субъекта естественной монополии, действий, признаваемых злоупотреблением доминирующим положением и недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации, если такие действия приводят или могут привести к ущемлению интересов других лиц и при этом результатом таких действий не является и не может являться недопущение, ограничение или устранение конкуренции.

Одновременно частью 2 статьи 14.31 КоАП предусмотрена административная ответственность за совершение занимающим доминирующее положение на товарном рынке хозяйствующим субъектом действий, признаваемых злоупотреблением доминирующим положением и недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации, если результатом таких действий является или может являться недопущение, ограничение или устранение конкуренции либо совершение субъектом естественной монополии действий, признаваемых злоупотреблением доминирующим положением и недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации.

Из указанных положений, а также с учетом ранее рассмотренных положений Закона о защите конкуренции об определении коллективного доминирующего положения и порядке его определения и доказывания следует, что привлечение к административной ответственности может иметь место только в отношении конкретного хозяйствующего субъекта, злоупотребившего доминирующим положением, и его должностного лица при обязательном наличии в совокупности следующих условий:

- наличие доминирующего положения такого хозяйствующего субъекта,

- совершение конкретно им действия (бездействия), которое приводит или может привести к таким негативным последствиям как недопущение, ограничение, устранение конкуренции или ущемление

интересов других лиц в сфере предпринимательской деятельности, либо неопределенного круга потребителей,

- наличие объективной взаимосвязи между таким доминирующим положением, действием (бездействием) и указанными последствиями (возможностью их наступления).

Председатель
Президиума ФАС России,
Руководитель ФАС России

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'I. Yu. Artemyev', written in a cursive style.

И.Ю. Артемьев