

Утверждено протоколом
Президиума ФАС России
от _____ № _____

**Обзор практики применения антимонопольного законодательства
коллегиальными органами ФАС России
(за период с 1 июля 2018 года по 1 июля 2019 года)**

Институт внутриведомственной апелляции ФАС России, существующий с 2016 года, становится одним из наиболее эффективных механизмов обеспечения единообразия применения антимонопольного законодательства.

В связи с частыми изменениями законодательства и появлением новых условий функционирования товарных рынков не только контролируемые хозяйствующие субъекты, но и правоприменители сталкиваются с необходимостью корректировать сложившуюся практику применения норм антимонопольного законодательства в ответ на новые вызовы, появляющиеся в нормативном регулировании.

В этой связи особое значение имеет сохранение единообразного применения норм антимонопольного законодательства всеми антимонопольными органами на территории Российской Федерации.

Значение внутриведомственной апелляции ФАС России заключается, в первую очередь, в формировании единых подходов к применению норм антимонопольного законодательства, причем как в части доказывания нарушений и применения материальных норм, так и в части соблюдения процедурных требований к рассмотрению дела и вынесению решения.

Можно утверждать, что к настоящему моменту сформирована базовая практика разрешения наиболее сложных вопросов, возникающих при вынесении решений по делам о нарушении антимонопольного законодательства.

Сформированность единообразных подходов по ключевым вопросам правоприменения способна не только исключить споры между территориальными органами ФАС России при принятии ими решений, но и сделать механизм антимонопольного регулирования более прозрачным и предсказуемым для всех участников экономических отношений.

Таким образом, решения Президиума ФАС России и Апелляционной коллегии становятся основой для формирования единства правоприменительной практики, наряду с разъяснениями ФАС России. В отличие от разъяснений, касающихся разрешения вопросов, носящих общий характер, решения коллегиального органа ФАС России затрагивают конкретные вопросы и обстоятельства в рамках дел о нарушении антимонопольного законодательства и служат ориентиром при разрешении аналогичных ситуаций.

Важной тенденцией в практике коллегиальных органов ФАС России можно отметить рост жалоб на решения о прекращении дел о нарушении антимонопольного законодательства, то есть заявителями все чаще выступают не только привлекаемые к ответственности ответчики, но и лица, права и интересы которых затрагиваются.

Универсальность правовых подходов, формируемых благодаря институту внутриведомственной апелляции, определяется разнообразием категорий дел, решения по которым стали предметом рассмотрения в Апелляционной коллегии ФАС России.

Сегодня наблюдается разнонаправленная динамика изменения количества апелляционных жалоб, подаваемых по различным категориям дел. Наибольший рост отмечается по делам об антиконкурентных соглашениях и нарушениях антимонопольного законодательства органами власти. В то же время, прослеживается увеличение апелляционных жалоб на решения по делам о недобросовестной конкуренции. Количество решений по делам о злоупотреблении доминирующими хозяйствующими субъектами своим положением остается неизменным.

Всего за период с 1 июля 2018 года по 1 июля 2019 года в коллегиальные органы ФАС России поступило 70 жалоб на решения и (или) предписания территориальных органов ФАС России, рассмотрено в указанный период по существу 52 жалобы. Из них в 20 случаях принято решение об отмене или изменении решения и (или) предписания территориального органа ФАС России, в остальных случаях жалобы оставлены без удовлетворения.

Статистика внутриведомственной апелляции ФАС России в разрезе по категориям дел свидетельствует о том, что за период с 1 июля 2017 по 1 июля 2018 года было рассмотрено 36 жалоб на решения территориальных органов по делам о нарушении антимонопольного законодательства. Из них 11 по статье 11 Закона о защите конкуренции, 10 – по статье 10, 7 – по делам о недобросовестной конкуренции, 3 - по статье 16, 2 – по делам о нарушениях, совершенных органами власти, 1 – по Закону о торговле.

Из числа рассмотренных за период с 1 июля 2018 по 1 июля 2019 года 52 жалоб, количество решений по статье 10 Закона о защите конкуренции составляет 10 решений, по статье 11 – 18 решений, по делам о недобросовестной конкуренции – 10 решений, по статье 16 – 5 решений, по делам о нарушениях, совершенных органами власти – 6 решений, по Закону о торговле – 2 решения.

Из общего количества принятых в рассматриваемый период коллегиальным органом ФАС России решений в судебном порядке было обжаловано 9 решений. При этом за указанный период ни одно решение коллегиального органа ФАС России не отменено судами, что, в свою очередь, свидетельствует о высоком качестве выносимых в рамках реализации рассматриваемого института решений.

В настоящем Обзоре представлены основные правовые позиции относительно единообразия применения положений антимонопольного законодательства, которые были сделаны коллегиальными органами ФАС России

при пересмотре в 2018-2019 годах в порядке внутриведомственной апелляции решений и (или) предписаний территориальных антимонопольных органов по следующим категориям дел:

1. Практика применения антимонопольного законодательства при установлении фактов злоупотребления доминирующим положением.

2. Практика применения антимонопольного законодательства при установлении антиконкурентных соглашений.

3. Практика применения антимонопольного законодательства при установлении нарушений со стороны органов власти.

4. Практика применения антимонопольного законодательства при установлении акта недобросовестной конкуренции.

5. Практика применения антимонопольного законодательства при установлении нарушений Закона о торговле.

6. Подходы к определению единообразия применения антимонопольного законодательства при пересмотре решений и (или) предписаний антимонопольных органов

Практика применения антимонопольного законодательства при установлении фактов злоупотребления доминирующим положением

1. При установлении в действиях хозяйствующего субъекта признаков нарушения антимонопольного законодательства путем установления монопольно высокой цены, такие действия подлежат оценке и квалификации по пункту 1 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции с применением подходов, содержащихся в Разъяснениях Президиума ФАС России № 1 «Определение монопольно высокой и монопольно низкой цены товара».

Апелляционная коллегия ФАС России рассмотрела жалобу Учреждения на решение УФАС, которым оно признано нарушившим часть 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции путем установления экономически необоснованной цены на услуги по предоставлению метеорологической информации для аэропорта (далее – Услуга) (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 15.05.2019 № А-5/2019 по делу № 05-125/2018)¹.

Решением Апелляционной коллегии жалоба Учреждения была удовлетворена, решение и предписание УФАС отменены, а материалы дела направлены на повторное рассмотрение территориальным органом.

Апелляционная коллегия в своем решении отметила, что действия хозяйствующего субъекта не могут быть квалифицированы по части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции без указания конкретного пункта, если такие действия содержат признаки нарушения, предусмотренного конкретным пунктом части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции.

¹ См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/b582712b-e7bc-4a52-b766-0143b68bdcdb/>.

Поскольку действия Учреждения содержали признаки установления монополюно высокой цены, то подлежали оценке на наличие признаков нарушения пункта 1 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, что не было отражено в обжалованном решении. Указанная правовая позиция ранее была неоднократно высказана арбитражными судами².

Апелляционная коллегия отдельно отметила необходимость соблюдения подхода к определению монополюно высокой цены, изложенного в Разъяснении Президиума ФАС России № 1 «Определение монополюно высокой и монополюно низкой цены товара» (утв. Протоколом Президиума ФАС России от 10.02.2016 № 2).

Апелляционной коллегией было установлено, что УФАС при рассмотрении дела не был проведен анализ наличия сопоставимого товарного рынка, не был исследован механизм ценообразования доминирующего хозяйствующего субъекта. Подтверждение неправомерности подобного подхода нашло отражение также в судебной практике³.

Следует отметить, что данная позиция не распространяется на вопросы исследования антимонополюными органами фактов установления финансовой организацией необоснованно высокой или необоснованно низкой цены финансовой услуги и нарушения установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования (пункты 7 и 10 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции).

2. Неприменение перевозчиком методики расчета массы груза при отсутствии доказательств того, что ее использование приводит к ошибочному или недостоверному результату, может быть признано злоупотреблением доминирующим положением.

Апелляционной коллегией рассмотрена жалоба Перевозчика на решение УФАС, которым в его действиях было установлено нарушение части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, выразившееся в неприменении Рекомендаций МИ 3115-2008⁴ при осуществлении контрольных перевесок грузов Грузоотправителя, при перевозках железнодорожным транспортом в международном сообщении, регулируемых Соглашением о международном железнодорожном грузовом сообщении, участниками которого являются Россия и Китайская Народная Республика, что могло привести к ущемлению интересов Грузоотправителя в сфере предпринимательской деятельности.

Оставляя жалобу Перевозчика без удовлетворения, Апелляционной коллегией были подтверждены выводы УФАС к толкованию и применению положений Соглашения о международном железнодорожном грузовом

² См.: http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/eda4449e-7443-43ad-ace8-f8d65dde8723/6a8d5424-4bfc-469e-8065-bf45ccc43f5a/A76-25521-2013_20140925_Reshenija_i_postanovlenija.pdf.

³ См.: http://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/2ca14ab9-88ef-491d-8e63-510bb327ce9a/8ea2a56e-7e5f-4a22-a242-01080dd6c05d/A40-249075-2016_20190116_Reshenija_i_postanovlenija.pdf?isAddStamp=True.

⁴ Рекомендации «Государственная система обеспечения единства измерений. Масса грузов, перевозимых железнодорожным транспортом. Измерения и учет массы груза при взаиморасчетах между грузоотправителем и грузополучателем» от 30 мая 2008 г. МИ-3115-2008, утвержденные ФГУП «ВНИИМС» Ростехрегулирования.

сообщении, участниками которого являются Россия и Китайская Народная Республика (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 27.09.2018 по делу № 3-1/47)⁵.

В рамках рассмотрения жалобы было установлено, что при расчете массы груза при контрольном взвешивании Перевозчик не применил Рекомендации МИ 3115-2008, а именно: не произведена повторная контрольная перевеска вагона с остановкой и расцепкой вагона, а также не произведено дважды взвешивание груза в нарушение требований пунктов 7.4.1 и 1.9 Рекомендаций МИ 3115-2008.

При этом Апелляционная коллегия отметила, что Перевозчик, ни в рамках рассмотрения дела в антимонопольном органе, ни при рассмотрении жалобы в ФАС России, не представил доказательств того, что использование методики, предусмотренной указанными рекомендациями, могло привести к ошибочному или недостоверному результату.

3. Несоблюдение либо обход предусмотренной законодательством процедуры ограничения (прекращения) поставки газа при одностороннем расторжении договора поставки газа может быть признано злоупотреблением поставщиком газа доминирующим положением.

Апелляционной коллегией рассмотрена жалоба Поставщика газа на решение УФАС, которым установлен факт нарушения части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, выразившегося в неправомерном направлении в адрес собственника котельной уведомления о расторжении договора поставки газа в одностороннем порядке в отношении котельной, не потребляющей газ в летний период.

УФАС в рамках рассмотрения дела пришло к выводу, что расторжение договора в одностороннем порядке фактически приводит к прекращению поставки газа, что свидетельствует о необходимости соблюдения условий и процедур, предусмотренных действующим законодательством, в отношении отдельных категорий потребителей.

Жалоба Поставщика газа оставлена без удовлетворения (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 12.10.2018 по делу №2771-ФАС52-03/17)⁶.

Апелляционная коллегия отклонила довод Поставщика о том, что поскольку в указанный период времени плановая поставка газа на котельную не осуществлялась, то его действия не могли повлечь негативные последствия. Апелляционная коллегия отметила, что не имеет самостоятельного правового значения факт отсутствия поставки газа на котельную Потребителя на момент направления Поставщиком уведомления о расторжении договора в одностороннем порядке, так как это не свидетельствует об отсутствии у Поставщика обязанности по соблюдению процедуры прекращения поставки газа, предусмотренной законодательством.

Апелляционная коллегия пришла к выводу, что расторжение договора в

⁵ См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/09-81784-18/?query=09/81784/18>.

⁶ См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/2771-fas52-03-17/>.

рассматриваемом случае фактически означало невозможность возобновления поставки газа на котельную, следовательно, такие действия могли привести к ущемлению прав и законных интересов как хозяйствующих субъектов в сфере предпринимательской деятельности, так и неопределенного круга лиц (потребителей тепловой энергии, производимой котельной).

Решение Апелляционной коллегии было обжаловано в арбитражный суд, который подтвердил законность решения коллегиального органа ФАС России.⁷

4. Уклонение гарантирующего поставщика от согласования установки и принятия установленных потребителем приборов учета электрической энергии в качестве расчетных с сетевой организацией может быть признано навязыванием потребителю невыгодных условий договора энергоснабжения.

Апелляционной коллегией рассмотрена жалоба гарантирующего поставщика электрической энергии на решение и предписание УФАС, которым он признан нарушившим пункт 3 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции путем навязывания Обществу невыгодных условий договора энергоснабжения, выразившегося в непринятии гарантирующим поставщиком должных мер по обеспечению согласования со стороны сетевой организации установленных потребителем приборов учета в качестве расчетных, а также непринятии по ним показаний при расчетах за поставленную электроэнергию.

По результатам рассмотрения жалобы Апелляционной коллегией не установлено нарушения единообразия в применении антимонопольным органом норм антимонопольного законодательства (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 20.06.2018 по делу №03-16/11-2017)⁸.

В решении по жалобе Апелляционная коллегия указала, что потребитель совершил все необходимые действия для принятия гарантирующим поставщиком установленных им приборов учета в качестве расчетных. При этом установлено, что документов, подтверждающих несоответствие таких приборов учета требованиям законодательства, а также объективных причин непринятия указанных приборов учета в качестве расчетных в материалы дела и жалобы лицами, участвующими в деле, представлено не было.

В связи с этим, а также ссылаясь на разъяснения ФАС России № АГ/29484 от 12.11.2008 «О направлении разъяснения правоприменительной практики», в которых указано, что о навязывании невыгодных условий договора также может свидетельствовать, к примеру, уклонение хозяйствующего субъекта от согласования спорных положений проекта договора, отклонение протокола разногласий и, тем самым, продление действия договора в прежней редакции, Апелляционная коллегия отметила, что факт навязывания Обществу невыгодных условий договора энергоснабжения со стороны гарантирующего поставщика антимонопольным органом установлен.

Кроме того, установлено, что гарантирующий поставщик имел возможность согласования установки и принятия установленных потребителем приборов учета

⁷ См.: <http://kad.arbitr.ru/Card/e85d0bcb-b878-42bc-9308-3ce74c2e0af7>.

⁸ См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/sp-49817-18/>.

в качестве расчетных с сетевой организацией, однако не совершил всех необходимых для этого действий, в связи с чем Апелляционная коллегия согласилась с выводом УФАС о злоупотреблении поставщиком электроэнергии доминирующим положением на соответствующем товарном рынке.

5. Одновременное применение двух нормативно предусмотренных надбавок (оптовой и розничной) к стоимости лекарственных средств со стороны поставщика, является нарушением порядка ценообразования и образует злоупотребление доминирующим положением.

Апелляционной коллегией была оставлена без удовлетворения жалоба ГУП на решение УФАС, в рамках которого в отношении ГУП было установлено нарушение пункта 10 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, выразившееся в нарушении установленного порядка ценообразования путем формирования цен на наркотические средства, психотропные вещества и их прекурсоры с одновременным применением оптовой и розничной надбавки (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 30.11.2018 по делу №ММ06-06/2018-10)⁹.

В рамках рассмотрения дела УФАС было установлено, что БУЗ проводило закупки (запрос котировок, электронные аукционы) на поставку лекарственных препаратов с международными непатентованными наименованиями Фентанил, Кетамин, Тримеперин, Диазепам, Натрия оксибутират, Морфин.

ГУП является единственным поставщиком указанных препаратов для учреждений здравоохранения региона. Между БУЗ и ГУП был заключен ряд договоров поставки лекарственных препаратов, согласно которым ГУП обязался поставлять в адрес БУЗ УР лекарственные препараты для медицинского применения, при этом при формировании цены в рамках указанных договоров со стороны ГУП одновременно применялись оптовая и розничная надбавки.

Признавая в действиях ГУП нарушение пункта 10 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, УФАС было указано на неправомерность применения со стороны ГУП розничной надбавки при реализации лекарственных средств в пользу БУЗ, поскольку учреждение здравоохранения не может рассматриваться как лицо, приобретающее лекарственные средства для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью.

Коллегиальным органом указано, что приведенные выводы основаны на сложившейся судебной практике, в том числе Верховного Суда Российской Федерации (решение от 5 декабря 2016 г. № АКПИ16-1012). Также в Постановлении Арбитражного суда Уральского округа от 28 апреля 2016 г. по делу № А71-9110/2015 суд пришел к выводу, что поставку лекарственных препаратов в медицинские организации могут осуществлять производители лекарственных средств и организации оптовой торговли указанными средствами, следовательно, установление учреждением в документации об аукционе требования относительно лицензии на фармацевтическую деятельность с указанием «оптовая торговля

⁹ См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/sp-98232-18/?query=СП/98232/18>.

лекарственными средствами», соответствуют нормам действующего законодательства.

6. Нарушение гарантирующим поставщиком порядка расчета стоимости безучетного потребления электрической энергии может быть признано злоупотреблением доминирующим положением. При установлении такого нарушения антимонопольный орган вправе выдать предписание о его прекращении путем корректировки выставленных счетов.

Апелляционной коллегией рассмотрена и оставлена без удовлетворения жалоба гарантирующего поставщика электрической энергии на решение и предписание УФАС, согласно которым поставщик и сетевая организация признаны нарушившими часть 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции путем нарушения порядка расчета стоимости безучетного потребления электрической энергии в отношении объектов ГБУ (многоквартирные дома), выставления счетов на оплату безучетного потребления, а также направления уведомлений об ограничении режима потребления электрической энергии. (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 24.07.2018 по делу № 1-10-2747/77-17)¹⁰.

Апелляционная коллегия по результатам рассмотрения жалобы пришла к выводу, что расчет размера платы при выявлении факта безучетного потребления следовало осуществлять в установленном Правилами предоставления коммунальных услуг собственникам и пользователям помещений в многоквартирных домах и жилых домов (утв. постановлением Правительства РФ от 06.05.2011 № 354) порядке и с применением нормативов потребления электроэнергии, а не в соответствии с Основными положениями функционирования розничных рынков электрической энергии, утвержденных постановлением Правительства РФ от 04.05.2012 № 442 (далее – Основные положения № 442) с применением максимальной мощности энергопринимающих устройств и количества часов использования мощности в расчетном периоде.

Апелляционной коллегией также отклонены доводы поставщика электроэнергии о том, что предписание антимонопольного органа содержит требование об уплате контрагенту возмещения убытков в виде исключения стоимости безучетного потребления из счетов контрагента, в связи с чем, по его мнению, антимонопольный орган вышел за пределы своих полномочий путем защиты субъективных гражданских прав потребителя.

Практика применения антимонопольного законодательства при установлении антиконкурентных соглашений

7. Доказывание антиконкурентного соглашения возможно при наличии совокупности косвенных доказательств. Одним из доказательств антиконкурентного соглашения может служить закупка Заказчиком товара у единственного поставщика в отсутствие подтверждения экономическо - производственной целесообразности проводимых закупок, а также в

¹⁰

См.: <https://fas.gov.ru/documents/649185>.

отсутствие обоснования срочной необходимости в товаре.

Апелляционной коллегией рассмотрена и оставлена без удовлетворения жалоба Заказчика на решение УФАС о признании Заказчика и Общества нарушившими пункт 3 части 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции, что выразилось в заключении между Заказчиком (хозяйствующий субъект, осуществляющий деятельность по теплоснабжению) и Обществом соглашения при проведении закупок угольной продукции для нужд филиала Заказчика, которое привело к ограничению конкуренции, путем создания другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 28.01.2019 по делу №176/05)¹¹.

Анализ конкурентных закупочных процедур, проведенных Заказчиком, показал, что в рамках указанных закупок существовала конкуренция за право заключения договора поставки угольной продукции, соответственно, при определении поставщика путем проведения конкурентной процедуры, в ней также могло принять участие несколько лиц.

Наличие антиконкурентного соглашения между Заказчиком и Обществом подтверждалось совокупностью доказательств, в том числе:

- проведение Заказчиком закупок у единственного поставщика в отсутствие подтверждения экономическо-производственной целесообразности проведения таких закупок, а также в отсутствие обоснования срочной необходимости с учетом ранее отмененных закупок, проводимых конкурентными способами;

- определенная модель поведения участников соглашения, выразившаяся в отмене Заказчиком закупок, проводимых конкурентным способом, по результатам которых Общество не могло быть признано победителем;

- направление Заказчиком запросов о коммерческих предложениях в адрес лиц, заранее договорившихся с Обществом о размере указываемой в предложении цены, а также ненаправление запросов в адрес лиц, ранее участвовавших в конкурентных процедурах закупок, проводимых Заказчиком (т.е. «действительных» конкурентов Общества).

- заключение Обществом договора поставки угольной продукции с третьим лицом с указанием Заказчика в качестве грузополучателя до размещения Заказчиком информации о проведении закупки у единственного поставщика.

Апелляционной коллегией отмечено, что подход к доказыванию наличия антиконкурентного соглашения, использованный УФАС при рассмотрении настоящего дела, соответствует сложившейся практике применения антимонопольного законодательства, в т.ч. разъяснениям Президиума ФАС России № 3 от 17 февраля 2016 г. «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах», содержащим ссылки на решения судов различных инстанций.

8. Бездействие органа власти по демонтажу рекламной конструкции, образующее признаки нарушения статьи 19 Закона «О рекламе», само по себе не свидетельствует о заключении антиконкурентного соглашения между

¹¹ См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/sp-7870-19/?query=СП/7870/19>.

указанным органом власти и лицом, разместившим в отсутствие правовых оснований рекламную конструкцию.

В апелляционную коллегию поступила жалоба на решение УФАС об установлении факта нарушения статьи 16 Закона о защите конкуренции, выразившегося в заключении между Обществом и Учреждением соглашения при установке и эксплуатации незаконной рекламной конструкции на принадлежащем Обществу здании.

Апелляционная коллегия удовлетворила жалобу Общества и отменила решение территориального органа, сославшись на отсутствие доказательств заключения антиконкурентного соглашения (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 16.03.2019 по делу № 06-182/2018)¹².

Вывод о достижении между Учреждением и Обществом антиконкурентного соглашения сделан УФАС на основе нарушения установленного статьей 19 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» порядка размещения наружной рекламы со стороны Общества и факта непроведения Учреждением аукциона на право заключения договора на установку и эксплуатацию рекламной конструкции, отсутствия оформленного разрешения и договора на ее размещение, а также бездействия последнего по демонтажу рекламной конструкции.

По мнению Апелляционной коллегии, действия (бездействие) хозяйствующего субъекта и органа власти сами по себе в отсутствие установления иных необходимых квалифицирующих признаков и доказательств не могут свидетельствовать о заключении соглашения или совершении согласованных действий.

Более того, сославшись на письмо ФАС России от 24.05.2018 № ИА/37283/18 «О порядке осуществления антимонопольного контроля в сфере наружной рекламы», Апелляционной коллегией сделан вывод о необходимости оценки действий по неисполнению обязанности регулирующего органа по демонтажу незаконной рекламной конструкции на предмет соответствия таких действий части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции.

9. Хозяйствующие субъекты, принимающие участие в торгах на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг, являются потенциальными поставщиками предмета закупки, соответственно, являются между собой конкурентами.

Апелляционной коллегией ФАС России рассмотрена жалоба на решение и предписание УФАС, которым два Общества признаны нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции. Нарушение выразилось в заключении между Обществами устного антиконкурентного соглашения, реализация которого привела к поддержанию цены на семи аукционах в электронной форме.

Общество в своей жалобе на решение УФАС, признавая сам факт наличия

12

См.:

<https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/41971d82-4d1d-40bb-bc17-9d3650e78040/?query=СП/19889/19>.

договоренности и реализации соглашения, в числе прочих доводов, указывало на тот факт, что участники соглашения не являются конкурентами, так как услуги, оказываемые данными компаниями, относятся к разным товарным рынкам, а, следовательно, антимонопольным органом неправомерно установлен факт нарушения антимонопольного законодательства.

Апелляционная коллегия оставила жалобу без удовлетворения (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 28.02.2019 по делу № 1-11-2662/77-17)¹³.

В ходе рассмотрения жалобы было установлено, что предметом электронных аукционов в рассматриваемом случае являлось выполнение работ по устройству различных объектов, а также оказание услуг по эксплуатации компактных туалетов. При этом Общества подавали заявки на участие в рассматриваемых аукционах и были допущены к участию в них, следовательно, предполагали вести предпринимательскую деятельность, связанную с предметами аукционов.

Апелляционная коллегия по результатам рассмотрения жалобы пришла к выводу, что Общества являются конкурентами друг другу, поскольку принимали совместное участие в ряде электронных аукционов, являлись потенциальными поставщиками предмета закупки.

В подтверждение своих выводов Апелляционной коллегией приведены примеры правоприменительной практики, где антимонопольный орган, а также арбитражные суды придерживались аналогичной правовой позиции¹⁴.

10. Факт заключения хозяйствующими субъектами антиконкурентного соглашения может быть доказан с использованием совокупности доказательств, включая фактическое поведение хозяйствующих субъектов.

Апелляционной коллегией ФАС России была рассмотрена жалоба на решение УФАС, которым несколько хозяйствующих субъектов были признаны нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции при проведении ряда аукционов (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 17.04.2019 по делу № 03-16/7-2018)¹⁵.

Решение о наличии картельного соглашения было принято УФАС в результате установления следующих обстоятельств:

- отказ хозяйствующих субъектов от дальнейшей ценовой конкуренции в пользу друг друга на аукционах, что привело к незначительному снижению начальной максимальной цены контракта (1%) при участии в аукционах;
- использование одного IP-адреса для подачи заявок на участие в аукционах, ценовых предложений и заключения контрактов, вход с идентичного IP-адреса в ряд онлайн-систем;
- наличие договорных отношений и денежных переводов между хозяйствующими субъектами-конкурентами, доверенностей от хозяйствующих субъектов, выданных на сотрудника одного из хозяйствующих субъектов;

¹³ См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/2a042f5d-8ec3-4c99-bbb9-d03500571353/?query=СП/17118/19>.

¹⁴ См.: <http://kad.arbitr.ru/Card/593d8e35-ed48-4d7b-83ba-053ad5edf90b>.

¹⁵ См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/5cb84f29-5397-4886-9414-c5a35d1f6858/>.

- идентичное оформление первых частей заявок и выбор видов (наименований) поставляемых товаров, идентичные сведения об авторе, о лице, сохранившем документ, названии организации, дате и времени вывода на печать в свойствах файлов первых и вторых частей заявок на участие в аукционах;

- наличие одинаковой контактной информации у двух хозяйствующих субъектов, указанной на торговой площадке.

Апелляционная коллегия ФАС России, поддерживая выводы решения УФАС, сослалась на Обзор по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.03.2016, а также релевантную судебную практику, согласно которым факт заключения хозяйствующими субъектами антиконкурентного соглашения может быть доказан только с использованием совокупности доказательств, в том числе включая фактическое поведение хозяйствующих субъектов.

11. При наличии совокупности условий действия производителя и дистрибьютора, реализующего товары производителя, на одном товарном рынке не подлежат квалификации по пункту 3 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, поскольку такие лица не могут быть признаны хозяйствующими субъектами-конкурентами.

Апелляционная коллегия ФАС России отменила решение и предписания УФАС, которыми два хозяйствующих субъекта были признаны нарушившими пункт 3 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции. При этом Апелляционная коллегия акцентировала внимание на особенностях выявления антиконкурентных соглашений в хозяйственной деятельности субъектов, в том числе и «вертикальных» соглашений (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 27.08.2018 по делу № 05-186/2017).¹⁶

В ходе рассмотрения антимонопольного дела УФАС было установлено, что Общество (Производитель) является крупнейшим химическим предприятием и производителем полиэтиленов и поликарбонатов на территории Российской Федерации, а второй хозяйствующий субъект (Покупатель) является основным покупателем продукции Производителя (доля реализации продукции за определенный период составила 10% от общего оборота Производителя).

Между Производителем и Покупателем был заключен и исполнялся дистрибьюторский договор, фактически Покупатель продолжает являться дистрибьютором Производителя.

Апелляционная коллегия ФАС России, сославшись на Разъяснение Президиума ФАС России № 2 ««Вертикальные» соглашения, в том числе дилерские соглашения», утв. протоколом Президиума ФАС России от 17 февраля 2016 г. № 3, и решение Президиума ФАС России от 23 мая 2012 г. № 5-15/1-2, акцентировала внимание на том, что производитель товаров и дистрибьютор, реализующие такие товары на одном товарном рынке, не могут считаться

¹⁶

См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/sp-71511-18/?query=СП/71511/18>.

конкурентами при наличии совокупности условий, а именно: дистрибьютор осуществляет реализацию товаров, приобретенных им у данного производителя; дистрибьютор не осуществляет производство взаимозаменяемых товаров.

Поскольку в рассматриваемом деле имелись в совокупности указанные критерии, Апелляционная коллегия указала, что Производитель и Покупатель не могли быть отнесены к субъектам-конкурентам, в результате чего УФАС не был доказан факт заключения антиконкурентного соглашения.

12. Лицу, освобожденному от административной ответственности в соответствии с примечанием 1 к статье 14.32 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее - КоАП РФ), предписание о перечислении дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства, не выдается.

Апелляционной коллегией ФАС России рассмотрена и удовлетворена жалоба Общества на решение и предписание УФАС о признании Общества и ИП нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции в части необходимости выдачи предписания о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного в результате нарушения антимонопольного законодательства (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 09.10.2018 по делу №03-16/17-2017)¹⁷.

УФАС был установлен факт заключения недопустимого соглашения, предметом которого являлось взаимное сотрудничество Общества и ИП в сфере закупок, а именно: сотрудничество на стадии принятия решения об участии в закупках в сфере государственных нужд, оказание содействия в рамках торгов. Фактическое исполнение соглашения выражалось, в частности, в воздержании одного из участников от подачи ценовых предложений для последующего заключения контракта с другим участником соглашения с незначительным снижением НМЦК в случае отсутствия ценовых предложений от иных участников аукциона.

Учитывая, что Обществом были исполнены требования примечания 1 к статье 14.32 КоАП РФ, оно было освобождено от административной ответственности в виде штрафа. При этом УФАС было предписано ООО перечислить в федеральный бюджет доход, полученный вследствие нарушения антимонопольного законодательства.

Апелляционная коллегия, основываясь на письме ФАС России от 16 февраля 2011 г. № ИА/5123 «О применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» и разъяснениях ФАС России, выраженных в письме от 08.07.2016 № ИА/46433/16 «О выдаче предписаний о перечислении в федеральный бюджет доходов, полученных от монополистической деятельности», пришла к выводу о том, что:

- предписание о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства, подлежит выдаче только в случае, когда невозможно рассчитать административный штраф исходя из

¹⁷ См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/sp-86028-18/>.

суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение;

- предписание не подлежит выдаче лицу, подлежащему освобождению от административной ответственности на основании примечания 1 к статье 14.32 КоАП РФ. Иное, по мнению коллегиального органа ФАС России, нивелирует механизм освобождения от административной ответственности, закрепленный в примечании 1 к статье 14.32 КоАП РФ.

С учетом изложенного, Апелляционная коллегия ФАС России отменила предписание УФАС и пункт решения, предусматривающий выдачу указанного предписания.

13. Взыскание с хозяйствующего субъекта в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства, допустимо только в случае невозможности исчисления административного штрафа исходя из суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение.

Апелляционной коллегией рассмотрен ряд жалоб хозяйствующих субъектов на решения и предписания территориальных антимонопольных органов по делам о нарушении антимонопольного законодательства в виде заключения антиконкурентных соглашений на торгах, которыми хозяйствующих субъектов обязали перечислить в федеральный бюджет доход, полученный вследствие нарушения антимонопольного законодательства, в размере денежных средств, перечисленных заказчиками (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 23.04.2019 по делу №08-16/3-2018, Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 23.04.2019 по делу № 03-16/5-201, Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 15.05.2019 по делу № 05-23к/2018, Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 25.04.2019 по делу № 03-16/8-2018)¹⁸.

При рассмотрении поступивших жалоб Апелляционная коллегия отметила, что в качестве меры ответственности за заключение хозяйствующим субъектом антиконкурентного соглашения, если такое соглашение приводит или может привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах, частью 2 статьи 14.32 КоАП РФ предусмотрено наложение административного штрафа на юридических лиц в размере не более одной двадцать пятой совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее ста тысяч рублей.

Согласно письму ФАС России от 16.02.2011 № ИА/5123 «О применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» вопрос о взыскании с юридического лица в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства рассматривается

¹⁸ См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/f6ed12c9-31a6-4d18-a1b9-c9fetc7fcf08/>,
<https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/ece70c32-758e-4f0c-a65a-f8df35be4c6a/>,
<https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/d827fd5c-e4c3-445f-8ffd-ecfc2dc098be/>, <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/511d8f8f-283c-474f-90d2-fea81d09348b/>.

только в случае невозможности исчисления административного штрафа исходя из суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение (например, отсутствие выручки, необходимой для определения суммы штрафа).

При этом Апелляционной коллегией установлено, что антимонопольным органом в решении по делу не приведено доказательств невозможности исчисления суммы штрафа с учетом совокупного размера суммы выручки правонарушителей от реализации всех товаров (работ, услуг).

Отдельно Апелляционная коллегия обратила внимание, что достижение соответствующих целей и задач административного наказания, предусмотренных статьями 1.2 и 3.1 КоАП РФ, должно быть осуществлено путем привлечения виновных в совершении правонарушения лиц к административной ответственности с учетом порядка исчисления штрафа, установленного частью 2 статьи 14.32 КоАП РФ, а вопрос о взыскании с юридического лица в федеральный бюджет незаконно полученного дохода должен рассматриваться в рамках производства по делу о нарушении антимонопольного законодательства только в случае установления антимонопольным органом невозможности исчисления административного штрафа с учетом совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг).

В рамках рассмотрения жалоб Апелляционной коллегией установлено, что УФАС в решении по делу не приводилось доказательств невозможности исчисления суммы штрафа с учетом совокупного размера суммы выручки правонарушителей от реализации всех товаров (работ, услуг).

На основании изложенного, Апелляционная коллегия пришла к выводу о том, что возложение на ответчиков по делу обязанности по перечислению в бюджет является неправомерным, не отвечающим целям и задачам административного наказания, и указала, что хозяйствующие субъекты подлежат привлечению к административной ответственности в порядке, предусмотренном КоАП РФ.

Практика применения антимонопольного законодательства при установлении нарушений со стороны органов власти

14. Для квалификации нарушения части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции антимонопольному органу необходимо установить, что действия (акты) органа власти не соответствуют закону, а также негативно влияют на конкуренцию на товарном рынке, затронутым указанными действиями (актами) органа власти.

Апелляционной коллегией рассмотрена жалоба Инспекции государственного жилищного надзора края (далее – Инспекция) на решение и предписание УФАС по делу о нарушении антимонопольного законодательства, которым в действиях Инспекции установлен факт нарушения пункта 2 части 1

статьи 15 Закона о защите конкуренции (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 22.04.2019 по жалобе №А-8/2019)¹⁹.

Нарушение выразилось в отказе одной из управляющих компаний во внесении сведений о многоквартирных домах в реестр лицензий на осуществление предпринимательской деятельности по управлению МКД. УФАС признало такой отказ незаконным, отметив факт нарушения Инспекцией антимонопольного законодательства путем воспрепятствования осуществлению предпринимательской деятельности управляющей компанией.

Апелляционная коллегия посчитала, что антимонопольный орган, делая вывод о несоответствии отказа по внесению изменений в реестр, должен был оценить доводы Инспекции, представленные ею в обоснование своей позиции, и указать, почему они не могут быть приняты (право жилищных инспекций проводить проверку достоверности и соответствия предоставленных сведений следует из судебной практики).

Кроме того, по мнению Апелляционной коллегии, в данном случае УФАС не установлено наличие причинно-следственной связи между действиями Инспекции и ограничением конкуренции на рынке услуг по управлению МКД, что является необходимым элементом доказывания для квалификации действий по части 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции.

15. Обеспечение органом власти допуска перевозчика на конкурентный рынок пассажирских перевозок, минуя обязательный конкурсный отбор, предоставляет такому перевозчику необоснованные преимущества, что приводит либо может привести к недопущению, ограничению конкуренции потенциальных участников.

Апелляционной коллегией рассмотрена жалоба на решение и предписание УФАС, которым региональный Минтранс признан нарушившим часть 1 статьи 15 Закона о защите конкуренции. Нарушение выразилось в выдаче ИП свидетельства об осуществлении перевозок по маршруту, выбранному перевозчиком, без проведения конкурсных процедур. Также Минтрансу предписано прекратить нарушение антимонопольного законодательства путем прекращения у ИП права осуществления пассажирских перевозок по такому маршруту путем аннулирования выданного свидетельства.

Апелляционная коллегия оставила жалобу без удовлетворения (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 14.03.2019 по делу № 09/05-АМЗ-2018)²⁰.

С жалобой в Апелляционную коллегию обратился ИП, считая, что действия Минтранса соответствовали требованиям законодательства, а также указывая на превышение антимонопольным органом полномочий при выдаче предписания, поскольку в законодательстве не предусмотрены основания для указанного действия, и его исполнение, по мнению ИП, может привести к ограничению конкуренции.

¹⁹ См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/1b3ba365-37cc-4039-bd4a-fbe2e3044af4/>.

²⁰ См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/b91a170d-c38b-4fa6-b5f1-5349189d8014/>.

Апелляционная коллегия согласилась с выводами УФАС о том, что в данном случае основания для заключения указанного договора без проведения конкурса отсутствовали, а также отметила, что выдача ИП указанного свидетельства без проведения конкурентных процедур создает для него преимущественные условия в получении прав на осуществление деятельности и препятствует доступу к муниципальному ресурсу неопределенного круга лиц.

Также Апелляционная коллегия указала, что выданное УФАС предписание, обладая необходимым признаком исполнимости, направлено на восстановление конкурентной среды на рассматриваемом товарном рынке, поскольку ИП продолжал осуществлять пассажирские перевозки на основании свидетельства, полученного с нарушением предусмотренного законодательством порядка.

Указанная позиция также согласуется с пунктом 29 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1, утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16.02.2017, предусматривающим, что предписания, адресованные органам местного самоуправления, должны быть направлены на реальное восстановление конкурентной среды, претерпевшей негативное воздействие со стороны указанных органов, и обладать признаком исполнимости.

На основании изложенного, Апелляционная коллегия оставила жалобу на решение и предписание УФАС без удовлетворения.

16. Само по себе создание органом власти хозяйственного общества в предусмотренном законодательством порядке не может рассматриваться как форма реализации антиконкурентного соглашения органа власти с созданным хозяйственным обществом.

В апелляционную коллегия поступила жалоба на решение УФАС о прекращении рассмотрения дела по признакам нарушения пункта 4 статьи 16 Закона о защите конкуренции, возбужденного в отношении Государственного органа и АО в связи с созданием Государственным органом преимущественных условий допуска АО на товарный рынок при осуществлении государственно закупки оборудования и программного обеспечения для региональной навигационно-информационной системы.

Установлено, что в целях реализации проекта в сфере навигационной деятельности Правительством субъекта Российской Федерации принято распоряжение, которым предусмотрено создание хозяйствующего общества — АО, что соответствовало постановлению Правительства Российской Федерации от 21.12.2012 г. № 1367 «Об утверждении Правил предоставления и распределения в 2013 - 2014 годах субсидий из федерального бюджета бюджетам субъектов Российской Федерации на информационно-навигационное обеспечение автомобильных маршрутов по транспортным коридорам «Север-Юг» и «Восток-Запад» (далее — Правила предоставления субсидий).

По результатам рассмотрения дела УФАС не установило каких-либо нарушений, влекущих ограничение конкуренции в период проведения конкурса, при этом в решении по делу антимонопольный орган пришел к выводу о том, что

организатором конкурса была обеспечена публичность проведения отбора.

Апелляционная коллегия, исходя из положений Правил предоставления субсидий, установила, что хозяйствующий субъект может быть либо создан, либо определен из уже имеющихся в субъекте Российской Федерации, однако, он должен соответствовать основному критерию, а именно: иметь долю участия субъекта Российской Федерации в уставном капитале.

Также Апелляционная коллегия отметила, что среди критериев отбора конкурса не установлено условий, свидетельствующих о преимуществах АО, которые сами по себе не позволили другим желающим подать заявки на участие в конкурсе, в связи с чем жалоба оставлена без удовлетворения (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 23.10.2018 по делу № А-119/16-17)²¹.

Практика применения антимонопольного законодательства при установлении акта недобросовестной конкуренции

17. Действия хозяйствующих субъектов, на которых распространяются исключения, предусмотренные частями 7 и 8 статьи 11 Закона о защите конкуренции, могут быть квалифицированы по статье 14⁸ Закона о защите конкуренции.

Апелляционной коллегией рассмотрена жалоба на решение и предписания УФАС, которыми в действиях группы лиц установлено нарушение статьи 14⁸ Закона о защите конкуренции, выразившееся в недобросовестной конкуренции хозяйствующих субъектов в ходе участия в аукционе путем значительного снижения НМЦК, намеренной подаче заявок, не соответствующих требованиям конкурсной документации, направленных на получение преимуществ отдельными участниками группы лиц (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 16.05.2019 № А-12/2019 по делу № 20)²².

В рамках рассмотрения дела УФАС было установлено, что одно лицо распоряжается на праве собственности долями в размере 100%, составляющими уставный капитал трех обществ, а также долей в размере 96% в уставном капитале четвертого общества, что свидетельствует о том, что указанные общества находятся в группе лиц, подконтрольной одному лицу.

Таким образом, в силу частей 7 и 8 Закона о защите конкуренции действия обществ по намеренной подаче заявок, не соответствующих требованиям документации на участие в нем, а также в демпинговом снижении начальной максимальной цены контракта не могли быть квалифицированы по пункту 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

При этом статьей 14⁸ Закона о защите конкуренции предусмотрен общий запрет на совершение акта недобросовестной конкуренции.

Апелляционная коллегия, установив идентичность поведения ответчиков в ходе участия в аукционе, которая выражалась в намеренной подаче заявок, не соответствующих требованиям документации на участие в нем, а также в

²¹ См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/09-91563-18/?query=09/91563/18>.

²² См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/42432527-b1ad-40a1-b888-0d9bb04ac369/>.

демпинговом снижении начальной максимальной цены контракта на 95,5% с целью устранения конкуренции, согласилась с выводами УФАС о том, что указанные действия являются актом недобросовестной конкуренции, направлены на получение преимуществ перед конкурентами при осуществлении предпринимательской деятельности.

18. Для квалификации действий хозяйствующего субъекта в качестве акта недобросовестной конкуренции, связанного с использованием фирменного стиля, необходимо оценивать используемый хозяйствующим субъектом фирменный стиль в целом, а не отдельные его элементы.

Апелляционной коллегией ФАС России рассмотрена жалоба АО на решение УФАС о прекращении рассмотрения дела в отношении ИП в связи с отсутствием нарушения пункта 2 статьи 14⁶ Закона о защите конкуренции.

Основанием для возбуждения дела явилось заявление АО на действия ИП, выразившиеся в использовании им вывески торгового объекта, которая, по мнению Заявителя, копирует фирменный стиль известной торговой сети, закрепленный в принадлежащих АО товарных знаках, что является актом недобросовестной конкуренции.

В рамках рассмотрения дела УФАС пришло к выводу, что для квалификации действий хозяйствующего субъекта в качестве акта недобросовестной конкуренции, связанного с использованием фирменного стиля, необходимо оценивать используемый хозяйствующим субъектом фирменный стиль в целом, а не отдельные его элементы.

Апелляционная коллегия согласилась с выводами УФАС и отказала в удовлетворении жалобы (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 08.11.2018 по делу № 550/2017)²³.

В рамках оценки решения УФАС на предмет его соответствия единообразию в применении антимонопольного законодательства Апелляционной коллегией приведен пример из практики УФАС (Решение от 27 марта 2018 г. по делу № 017-18/04АЗ²⁴), в котором был рассмотрен схожий по сути спор с участием той же торговой сети и, где территориальный орган отметил, что «копирование/имитация фирменного стиля торговой сети... помимо использования вывески, была совершена, в числе прочего, путем оформления витрин (фасада магазина) с использованием цветовой гаммы, аналогичной используемой при оформлении объектов торговой сети».

С учетом того, что в рассматриваемом случае отсутствовал факт копирования иных элементов фирменного стиля торговой сети АО, Апелляционная коллегия указала, что действия ИП не создают возможность получения последним каких-либо преимуществ в рамках осуществления предпринимательской деятельности и, соответственно, не свидетельствуют о нарушении хозяйствующим субъектом пункта 2 статьи 14⁶ Закона о защите конкуренции.

²³ См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/sp-93877-18/>.

²⁴ См.: <https://br.fas.gov.ru/cases/07a906b9-3bf1-4b6a-bf6b-3ac175394b13/>.

19. Для признания акта недобросовестной конкуренции путем использования упаковки товара, внешне схожей до степени смешения с упаковкой товара конкурента, необходимо, помимо прочего, доказать, что хозяйствующий субъект первым ввел в гражданский оборот товар с использованием спорной упаковки.

Апелляционной коллегией оставлена без удовлетворения жалоба ООО-1 на решение УФАС о прекращении рассмотрения дела № 1-14-2043/77-1 о нарушении антимонопольного законодательства в отношении АО в связи с отсутствием в действиях последних нарушения пункта 2 статьи 14⁶ Закона о защите конкуренции (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 26.09.2018 по делу № 1-14-2043/77-17)²⁵.

ООО-1 обратилось с заявлением относительно наличия в действиях АО и ООО-2 признаков нарушения части 2 статьи 14⁶ Закона о защите конкуренции, выразившегося в копировании и имитации внешнего вида товара (мороженое), вводимого в гражданский оборот ООО-1, упаковки данного товара, его этикетки, внешнего вида в целом (цветовой гаммы и иных элементов), индивидуализирующих данный товар.

УФАС в ходе рассмотрения дела установлено, что ООО-2 в 2014 году ввело в оборот мороженое серии-1 в упаковке, макет и дизайн которого не изменялся, при этом, начиная с 2004 года, АО и ООО-2 вводили в оборот мороженое серии-2.

Апелляционной коллегией установлено, что ООО-1 не представлено доказательств реального использования в гражданском обороте упаковки мороженого серии-2 в том дизайне, который был представлен ООО-1 в материалы антимонопольного дела, в связи с чем Апелляционная коллегия рассматривала лишь соотношение упаковок мороженого серии-1 и мороженого ООО-1.

Представленные ООО-1 доказательства свидетельствовали, по мнению Апелляционной коллегии, о том, что мороженое в спорной упаковке реализуется ООО-1 с 2016 г. ООО-1 также сослалось на невозможность до июля 2016 г. на законных основаниях реализовывать мороженое серии-1 в отсутствие у ООО-2 действующей декларации соответствия.

Апелляционная коллегия пришла к выводу, что оценка действий ООО-2 по реализации мороженого в период с конца 2014 г. по июль 2016 г. в отсутствие декларации соответствия мороженого, не относится к полномочиям ФАС России, а остальные доказательства не подтверждают факт введения ответчиками в оборот мороженого в спорном дизайне упаковки позже введения в оборот соответствующего продукта ООО-1, в связи с чем жалоба ООО-1 оставлена без удовлетворения.

20. Размещение на сайте компании информации о предоставлении профессиональных услуг при фактическом отсутствии возможности их предоставления вводит потенциальных потребителей в заблуждение и является актом недобросовестной конкуренции.

25

См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/09-83438-18/>.

Апелляционной коллегией рассмотрена жалоба Общества на решение и предписание УФАС, которыми в действиях Общества установлен факт нарушения статьи 14.2 Закона о защите конкуренции, выразившегося в использовании Обществом сайта, в названии которого фигурировали услуги адвоката (далее – Сайт), и размещении на нем информации о возможности получения услуг адвоката непосредственно от Общества.

Согласно выданному УФАС предписанию Обществу необходимо прекратить использование, в том числе путем автоматической переадресации, Сайта, а также изъять из публичного доступа с Сайта информацию о возможности получении услуг адвоката непосредственно от Общества и при обращении к данному Обществу.

Апелляционной коллегией жалоба Общества оставлена без удовлетворения (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 07.03.2019 по делу № 1-14.2-299/78-01-18)²⁶.

УФАС установлено, что Общество, используя Сайт и размещая на нём упомянутые сведения, Общество сообщало потенциальным потребителям о наличии у его партнеров и/или работников специального статуса адвоката, об оказании адвокатами соответствующих услуг. При рассмотрении дела наличие договорных отношений с адвокатами не нашло своего подтверждения, в связи с чем УФАС пришло к выводу о возможности введения Обществом в заблуждение потребителей.

21. Не может рассматриваться в качестве акта недобросовестной конкуренции и нарушением исключительного права использование полезной модели после даты публикации сведений о прекращении действия патента.

В Апелляционную коллегию поступила жалоба Общества-1 на решение УФАС, которым данное общество было признано нарушившим статью 14⁵ Закона о защите конкуренции, что выразилось во введении в оборот товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности, принадлежащих Обществу-2.

Решением Апелляционной коллегии жалоба Общества-1 была удовлетворена, решение антимонопольного органа отменено с указанием на неправильное применение норм материального права (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 06.08.2018 по делу №08-171/2017)²⁷.

Установлено, что Общество-1 и Общество-2 осуществляют один вид деятельности – производство и реализацию технических средств для нефтедобычи. При этом Общество-2 обладало патентом на полезную модель-1 (патент прекратил свое действие в 2008 г.), а Общество-1 стало в 2017 г. обладателем патента на полезную модель-2.

В связи с тем, что Общество-2 не наделяло Общество-1 правами на производство продукции и не передавало техническую документацию, УФАС был сделан вывод о незаконности введения в оборот производимой Обществом-1

²⁶ См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/480bb0d1-0bcd-4762-8e06-cd5b68a6fdfb/>.

²⁷ См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/09-66808-18/>.

продукции (факт реализации был подтвержден договорами с контрагентами Общества-1).

Отменяя рассматриваемое решение УФАС, Апелляционная коллегия обратила внимание на ряд правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации, сформированных в Определениях от 5 марта 2014 г. № 497-О, от 10 декабря 2002 г. № 283-О, от 15 июля 2008 г. № 674-О-О, и в которых указывается, что равным образом правоотношения по поддержанию патента на изобретение в силе предполагают либо уплату патентообладателем годовых пошлин, либо отказ от защиты исключительного права патентообладателя на использование изобретения.

Также Апелляционная коллегия обратила внимание на применимость в данном случае пункта 26 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о защите интеллектуальных прав (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации от 23 сентября 2015 г.), в котором отражено, что досрочное прекращение действия патента означает изменение режима юридической монополии, в котором находились охраняемые техническое или художественно-конструкторское решения, на режим общественного достояния в период до окончания установленного законом срока действия патента.

22. Решение о наличии нарушения части 2 статьи 14⁶ Закона о защите конкуренции должно содержать оценку элементов сходства/различия противопоставляемых товаров, а также выводы относительно различительной способности используемых упаковок.

Апелляционная коллегия рассмотрела жалобу Комбината на решение УФАС о прекращении рассмотрения дела в связи с отсутствием нарушения в действиях Общества нарушения антимонопольного законодательства и отменила решение антимонопольного органа, направив дело на новое рассмотрение (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 15.08.2018 по делу № 167/04)²⁸.

Прекращая рассмотрение дела в связи с отсутствием в действиях Общества нарушения антимонопольного законодательства УФАС пришло к выводу, что упаковки товара (туалетная бумага) частично сходны, что обусловлено обычаем делового оборота на рынке такого рода товаров низкого ценового сегмента, при этом сходство до степени смешения не достигнуто, так как Комбинат и Общество использовали собственные товарные знаки и разные шрифты.

Апелляционная коллегия акцентировала внимание на позиции, изложенной ФАС России в Письме от 24.12.2015 № ИА/74666/15 «О применении «четвертого антимонопольного пакета», в соответствии с которой имитация внешнего вида товара представляет собой своеобразное подражание товару конкурента с целью создания у покупателей впечатления о принадлежности таких товаров линейке имитируемых товаров. Также было отмечено, что в решении отсутствует какая-либо оценка элементов сходства/различия противопоставленных товаров, а также выводы относительно различительной способности используемых упаковок.

28

См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/167-04/>.

Апелляционная коллегия также указала, что при рассмотрении антимонопольного дела территориальным антимонопольным органом был проигнорирован тот факт, что у Комбината в качестве товарного знака охраняется вся этикетка товара, тогда как товарный знак Общества представляет собой небольшой по площади элемент, не играющий определяющей роли при создании общего зрительного впечатления от упаковки.

Практика применения антимонопольного законодательства при установлении нарушений Закона о торговле

23. При установлении факта дискриминации со стороны торговой сети необходимо исследовать фактические условия реализации поставщиками товара, свидетельствующие о создании им неравных условий.

Решением Апелляционной коллегии отменено решение УФАС по делу о нарушении законодательства о торговле в связи с неполной оценкой всех фактических обстоятельств дела (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 08.08.2018 по делу № 03-03/09-17)²⁹.

В рамках рассмотрения дела УФАС установило, что Торговой сетью при заключении договоров с поставщиками использовался типовый договор поставки продовольственных товаров, вместе с тем ряд пунктов договоров изложен для некоторых поставщиков товаров в различных редакциях.

УФАС пришло к выводу, что установление разных условий договоров поставки (пункты 9¹⁰, 10¹, 18¹) для поставщиков одной группы товаров приводят к дискриминационным условиям по отношению к ним, следовательно, торговой сетью создаются дискриминационные, невыгодные условия в отношении хозяйствующих субъектов, осуществляющих поставки продовольственных товаров в данную торговую сеть.

Апелляционной коллегией при рассмотрении данной жалобы были подтверждены сформированные правоприменительной и судебной практикой стандарты доказывания по делам, связанным с созданием дискриминационных условий со стороны торговых сетей.

Так, суть создания дискриминационных условий в отношении другого хозяйствующего субъекта заключается в том, что такие условия ставят данного хозяйствующего субъекта в неравное положение по сравнению с другими. Данный запрет связан с отсутствием объективного обоснования установления разных условий хозяйствующим субъектам-конкурентам. При этом под различными условиями понимаются как условия, предусмотренные договором, так и фактически применяемые в качестве условий сотрудничества.

При этом Апелляционная коллегия пришла к выводу, что УФАС не оценены фактические условия сотрудничества между Торговой сетью и поставщиками, в частности, не исследованы объемы поставок товаров поставщиками в торговую сеть в рамках одной группы товаров, а также возможная взаимосвязь объема поставляемых товаров в торговую сеть с установленными размерами гарантийных

²⁹

См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/09-70344-18/>.

сумм и штрафных санкций.

Апелляционная коллегия, отменяя решение УФАС, направила материалы дела на новое рассмотрение в целях установления и оценки указанных обстоятельств.

24. Бездействие торговой сети по направлению оферты в адрес поставщика при наличии действующего между ними рамочного договора поставки товара в торговую сеть может быть признано нарушением статьи 13 Закона о торговле.

Решением Апелляционной коллегии отказано в удовлетворении жалобы торговой сети на решение УФАС, которым установлен факт нарушения пункта 2 части 1 статьи 13 Закона о торговле, выразившегося в уклонении от заключения договора путем бездействия по направлению в адрес Пивоваренного завода оферты, содержащей условие о товаре (наименование и количество товара, подлежащего поставке) (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 20.03.2018 по делу № 295/2017)³⁰.

Как установлено антимонопольным органом в рамках рассмотрения дела, рамочный договор реализовывался сторонами путем направления со стороны Торговой сети оферты, содержащей ассортимент и количество заказываемого товара, и ее акцепта Пивоваренным заводом. Таким образом, в рамках договора с целью заказа и поставки товара Пивоваренным заводом между сторонами заключались отдельные договоры поставки.

В рамках рассматриваемого дела нарушение было обусловлено бездействием торговой сети в части ненаправления оферты в адрес Пивоваренного завода в рамках действующего годового соглашения.

При этом торговая сеть в 2015 году решением УФАС уже признавалась нарушившей пункт 2 части 1 статьи 13 Закона о торговле путем навязывания Пивоваренному заводу заведомо невыгодных условий годового соглашения посредством блокирования возможности заказа продукции Пивоваренного завода при наличии действующего договора поставки и годового соглашения. Законность указанного решения была подтверждена вступившими в законную силу судебными актами по делу № А32-10854/2016.

Апелляционной коллегией было установлено, что довод торговой сети относительно высокого ценового предложения как основания для прекращения сотрудничества с Пивоваренным заводом не нашел своего подтверждения.

При этом факт наличия спроса на реализуемую Пивоваренным заводом продукцию был подтвержден, в том числе, посредством анализа динамики ее продаж как в данной торговой сети (за период 2012 - 2015 гг.), так и в иных торговых сетях.

Подходы к определению единообразия применения антимонопольного законодательства при пересмотре решений и (или) предписаний

³⁰

См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/sp-21626-18/>.

антимонопольных органов

25. Отсутствие у территориального органа полномочий на рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства, совершенного на территории нескольких субъектов Российской Федерации, является основанием для отмены вынесенных по делу актов.

Так, одним из оснований для отмены Президиумом ФАС России решения УФАС по делу о нарушении антимонопольного законодательства явилось несоблюдение правил подведомственности, предусмотренных Административным регламентом Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства Российской Федерации, утвержденного приказом Федеральной антимонопольной службы от 25.05.2012 №339 (далее — Регламент).

Согласно пунктам 3.13, 3.19 Регламента заявление, материалы, указывающие на то, что нарушение антимонопольного законодательства совершено на территории двух и более субъектов Российской Федерации, направляются соответствующими территориальными органами в ФАС России для решения вопроса о рассмотрении этого заявления, материалов, уведолив об этом заявителя.

Согласно пункту 1.4.3 Правил передачи антимонопольным органом заявлений, материалов, дел о нарушении антимонопольного законодательства на рассмотрение в другой антимонопольный орган, утвержденных Приказом ФАС России от 01.08.2007 №244, заявление, материалы, дело направляются соответствующими территориальными органами в ФАС России для решения вопроса о рассмотрении этого заявления, материалов, дела в случае, если в ходе рассмотрения заявления, материалов или в ходе рассмотрения дела будет установлено, что нарушение антимонопольного законодательства совершено на территории деятельности двух и более территориальных органов.

На основании изложенного, Президиум ФАС России по результатам рассмотрения жалобы пришел к выводу о том, что УФАС, рассмотрев дело о нарушении антимонопольного законодательства, совершаемого на всей территории Российской Федерации без получения соответствующих полномочий от ФАС России, нарушило установленные Регламентом правила подведомственности, и при вынесении решения и предписания превысило свои полномочия.

Такой подход отражен в Решении Апелляционной коллегии ФАС России от 15 августа 2018 г. по делу № 167/04³¹, Решении Президиума ФАС России от 30 января 2019 г. по делу № 19-1/2-3³², а также в многочисленной судебной практике³³.

³¹ См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/167-04/>.

³² См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/12713045-36d8-448b-8137-0ed1305c0d1f/?query=19-1/2-3>.

³³ См., например: http://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/4903aba3-e68f-472c-b9ec-8422b36897e9/38caff69-1820-4237-a1d8-759f9d37ae59/A19-9691-2016_20170706_Postanovlenie_kassacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True.

26. Возбуждение и рассмотрение антимонопольным органом дела о нарушении антимонопольного законодательства по признакам нарушений, для которых предусмотрена обязательная выдача предупреждения, без выдачи такого предупреждения не допускается.

Законодателем установлено, что лица, указанные в части 1 статьи 39¹ Закона о защите конкуренции, в случае выявления признаков нарушения ими пунктов 3, 5, 6 и 8 части 1 статьи 10, статей 14¹, 14², 14³, 14⁷, 14⁸ и 15 настоящего Федерального закона не подлежат публично-правовой ответственности за допущенные нарушения в случае их устранения (в т.ч. последствий нарушения и причин и условий, способствовавших возникновению нарушения) в порядке исполнения предупреждения антимонопольного органа.

Апелляционная коллегия в рамках рассмотрения жалобы на решение УФАС отметила, что по смыслу норм Закона о защите конкуренции хозяйствующему субъекту должна быть предоставлена возможность исполнения предупреждения в целях избежания привлечения его к публично-правовой ответственности.

Кроме того, подход о недопустимости принятия антимонопольным органом решения о возбуждении дела о нарушении без вынесения предупреждения и до завершения срока его выполнения нашел свое отражение также и в письме ФАС России от 24.12.2015 №ИА/74666/15 «О применении «четвёртого антимонопольного пакета».

Указанное означает, что невыдача антимонопольным органом предупреждения в связи с наличием в действиях лица признаков нарушений, определенных в статье 39¹ Закона о защите конкуренции, влечет незаконность самой процедуры рассмотрения дела и вынесенного по делу решения.

Приведенная позиция была подтверждена Апелляционной коллегией в решении от 6 августа 2018 года по делу № 08-171/2017³⁴.

27. Повторное принятие заключения об обстоятельствах дела в случае установления комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства новых обстоятельств, влияющих на полное, всестороннее и объективное рассмотрение антимонопольным органом дела, не противоречит требованиям Закона о защите конкуренции.

Апелляционной коллегией рассматривалась жалоба Общества-1 на решение и предписание антимонопольного органа, которым Общество-1 и Общество-2 были признаны нарушившими пункт 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции (антиконкурентное соглашение в рамках участия в аукционе в электронной форме) (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 28.02.2019 по делу № 1-11-2662/77-17)³⁵.

Первое заключение об обстоятельствах дела было вынесено антимонопольным органом перед окончанием рассмотрения дела по обстоятельствам, которые были предметом рассмотрения дела (т.е. в части

³⁴ См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/09-66808-18/>.

³⁵ См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/2a042f5d-8ec3-4c99-bbb9-d03500571353/>.

антиконкурентного соглашения применительно к конкретной закупочной процедуре).

После ознакомления с заключением антимонопольного органа ответчики в целях реализации механизма освобождения от административной ответственности в добровольном порядке представили в антимонопольный орган сведения о заключении и реализации антиконкурентного соглашения в ряде других электронных аукционов.

В связи с тем, что антимонопольным органом были получены новые, ранее отсутствовавшие в его распоряжении сведения о заключении антиконкурентного соглашения также в отношении иных аукционов, чем те, которые являлись предметом рассматриваемого антимонопольным органом дела, им было принято второе заключение об обстоятельствах дела.

Признавая правомерным и соответствующим практике применения норм антимонопольного законодательства подход УФАС, Апелляционная коллегия отметила, что повторное (неоднократное) принятие заключения об обстоятельствах дела не противоречит законодательству, а также соответствует правовому подходу, изложенному в разъяснениях ФАС России от 24 декабря 2015 г. № ИА/74666/15 «О применении «четвертого антимонопольного пакета».

28. Изготовление в полном объеме предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства в день оглашения резолютивной части решения само по себе не свидетельствует о незаконности вынесенного предписания.

Апелляционная коллегия при рассмотрении жалобы Общества на решение по делу о нарушении антимонопольного законодательства отклонила довод о нарушении антимонопольным органом его прав и законных интересов в связи с изготовлением предписания по делу в день оглашения резолютивной части решения по делу, то есть ранее изготовления в полном объеме решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства, на основании следующего.

Согласно части 2 статьи 50 Закона о защите конкуренции предписание по делу о нарушении антимонопольного законодательства изготавливается одновременно с решением.

Как следовало из материалов дела, антимонопольный орган по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства огласил резолютивную часть решения. В соответствии с решением Общество нарушило требования пункта 10 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции. Также антимонопольным органом принято решение о выдаче Обществу предписания о прекращении нарушения антимонопольного законодательства.

Таким образом, до изготовления в полном объеме мотивированного решения заявитель располагал информацией о том, какие действия необходимо совершить для прекращения нарушения антимонопольного законодательства.

На основании изложенного, Апелляционная коллегия пришла к выводу, что изготовление предписания в день оглашения резолютивной части решения (23.10.2018), а не в день изготовления такого решения в полном объеме

(06.11.2018) само по себе не свидетельствует о недействительности предписания (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 29.01.2019 по делу № 04-05/01-2018)³⁶.

Аналогичного правового подхода придерживаются также и арбитражные суды³⁷.

³⁶ См.: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/sp-8051-19>.

³⁷ См.: http://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/953d0b8b-e0ba-4642-adaf-f7911cc3d172/5abd327e-30f8-4ced-8e79-bb77fa01cf74/A28-8418-2016_20170615_Postanovlenie_kassacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True.