

Российское конкурентное право и экономика

Научно-практический журнал

ISSN: 2542-0259

№ 3 (11) 2017

Выпуск
подготовлен
при участии
Ассоциации
антимонопольных
экспертов



Федеральная антимонопольная служба

№3 (11) 2017

No3 (11) 2017

ISSN: 2542-0259

Научно-практический журнал

Российское конкурентное право и экономика

Scientific and Practical Journal

Russian competition law and economy

Выпуск подготовлен при участии
Ассоциации антимонопольных экспертов



Учебно-методический центр
ФАС России



АССОЦИАЦИЯ
АНТИМОНОПОЛЬНЫХ
ЭКСПЕРТОВ

Издательский дом

**ДЕЛОВОЙ
ЭКСПРЕСС**

Финансовый издательский дом
«Деловой экспресс»

Содержание

Обращение к читателям

- 4 О ценности диалога антимонопольного регулятора и экспертного сообщества
С. В. Максимов, главный редактор, помощник руководителя ФАС России
- 5 10 лет плодотворного сотрудничества по защите конкуренции ФАС России и Ассоциации антимонопольных экспертов
А. А. Нумерова, Председатель Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов, адвокат, партнер антимонопольной практики АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»

Интервью номера

- 6 Антимонопольное регулирование — наукоемкая функция государства
Интервью с руководителем ФАС России И.Ю. Артемьевым

Государственное регулирование экономики

- 16 Рассмотрение дел в отношении двусторонних монополий антимонопольными органами
К. В. Дозмаров, Юридическая фирма ART DE LEX, г. Москва
Комментарий
Н. Ф. Галимханова, ФАС России, г. Москва
- 26 Стратегия новой тарифной политики: проблемы законодательного обеспечения
А. Н. Голомолзин, ФАС России, г. Москва

Антимонопольный комплаенс: проблемы и перспективы

- 32 Антимонопольный compliance в России: трудности перевода
А. Ю. Коржевская, ПАО «Дальневосточное морское пароходство» (Транспортная группа FESCO), г. Москва
- 42 Антимонопольный комплаенс как инструмент повышения стоимости компании
И. В. Акимова, Д. А. Гавриленко, Юридическая фирма ART DE LEX, г. Москва

Антимонопольное законодательство и правоприменение

- 46 Противоправность как критерий выявления и доказывания нарушения антимонопольного законодательства применительно к установлению монопольно высокой цены
Ю. В. Тай, А. А. Смола, Адвокатское бюро «Бартолиус», г. Москва
- 56 Проблемы совершенствования внутриведомственной апелляционной процедуры в отношении актов территориальных антимонопольных органов
О. А. Москвитин, коллегия адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры», г. Москва
Комментарий
А. В. Молчанов, ФАС России, г. Москва
- 64 Выездные внеплановые проверки соблюдения антимонопольного законодательства: проблема баланса полномочий контрольно-надзорного органа и интересов проверяемого хозяйствующего субъекта
А. В. Васин, К. А. Тюник, международная юридическая фирма White & Case, г. Москва
Е. Н. Тюник, Verno Capital, г. Москва
Комментарий
Д. В. Артюшенко, ФАС России, г. Москва

Обзоры мероприятий

- 78 Итоги круглого стола на тему: «Актуальные вопросы применения антимонопольного законодательства»
- 82 Инструкция для авторов

УДК: 347.7

Противоправность как критерий выявления и доказывания нарушения антимонопольного законодательства применительно к установлению монопольно высокой цены

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2017

Ю. В. Тай,
А. А. Смола,
Адвокатское бюро «Бартолиус»,
г. Москва

Аннотация

В статье анализируются условия, которые позволяют квалифицировать деяние хозяйствующего субъекта как нарушение антимонопольного законодательства, развившееся в установлении монопольно высоких цен. Авторами подчеркивается недопустимость расширительного толкования антимонопольными органами критериев, установленных законом. Исследование производится в том числе на примере конкретного судебного дела, в котором данный аспект проявился особенно ярко, и с учетом действующих разъяснений уполномоченных органов.

Ключевые слова: нарушение антимонопольного законодательства, злоупотребление доминирующим положением, монопольно высокая цена, сопоставимые товарные рынки, затратный метод.

Wrongfulness as the standard of identification and proof of an antitrust offence with regard to setting monopolistically high prices

Y. V. Tay,
A. A. Smola,
Bartolius Law Firm,
Moscow

Annotation

The article analyzes the conditions that allow for classifying the action of a business entity as an antitrust offence that consists in setting the monopolistically high prices. The authors emphasize the impermissibility of broad interpretation of statutory criteria by antitrust authorities. The study is undertaken using the example of the specific case where this aspect has been especially noticeable with due regard for applicable clarifications of the competent authorities.

Keywords: antitrust offence, abuse of a dominant position, monopolistically high price, comparable product markets, cost method.

ий

)

Ю

ие хо-
за, вы-
вается
и кри-
а при-
убенноие до-
сти, за-

rd

usiness
prices.
criteria
fic case
larifica-

parable

По мнению бывшего главы антимонопольной секции Американской ассоциации юристов Эдвина Рокфеллера, «быть некомпетентным антимонопольным юристом непросто». Эта область права столь мало предсказуема, что трудно винить адвоката в проигранном деле. В антимонопольном процессе «все имеет значение, но ничто не является решающим»¹. Это мнение представляется нам релевантным и для российской действительности. По нашему мнению, российское антимонопольное законодательство, характеризующееся неопределенностью и нестабильностью его правоприменения, предопределяет высокий уровень непредсказуемости как решений антимонопольного органа, так и судебных актов.

Эти недостатки для юристов-оптимистов являются, разумеется, поводом не для уныния, а для активности, в том числе научной и практической, для восполнения недостатков правоприменения и законодательных лакун, чтобы со временем «черных» и «серых» зон неопределенности и разногласий становилось меньше.

Разумеется, необходимо отличать отсутствие точного (пошагового, детального, каузального) регулирования как недостаток законодательства (то, что Конституционный суд России называет должной нормативной определенностью нормативного регулирования) от умышленно заложенной законодателем свободы усмотрения регулирующих органов (что хуже) или суда (что лучше?). Однако в любом случае, в особенности когда речь идет о публично-правовом антимонопольном праве, все запреты и ограничения, а также различия между правомерным поведением и правонарушением должны иметь четкую и недвусмысленную «демаркационную линию».

Целью настоящей статьи является изложение одного из дискуссионных вопросов применения п. 1 ч. 1 ст. 10 и ст. 6 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции), а именно: какие действия, не поименованные прямо в Законе, и при каких условиях могут быть квалифицированы антимонопольным органом как правонарушение и, как следствие, повлечь публично-правовую ответственность.

Данный вопрос излагается в том числе на примере обстоятельств конкретного дела (№ А46-12902/15), по итогам рассмотрения которого вышестоящими по отношению к первой судебными инстанциями была поддержана позиция хозяйствующего субъекта.

Однако весь этот затяжной и сложный процесс в очередной раз продемонстрировал огромный объем

неопределенности закона, произвольное истолкование его норм антимонопольным органом, а также ничем не ограниченное, по нашему мнению, истолкование фактов и стоимостных показателей в соответствии с общей задачей доказать неправомерность действий «монополиста», явно изначально предполагая, а вернее сказать, вменяя ему незаконность поведения.

Как указано в разъяснении № 1 Президиума ФАС России «Определение монопольно высокой и монопольно низкой цены товара», утв. протоколом Президиума ФАС России от 10.02.2016 № 2 (далее — Разъяснение № 1)³, запрет, установленный ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, с позиций правоприменения обуславливает необходимость определения действий (бездействия) хозяйствующего субъекта, которые могут рассматриваться антимонопольным органом как установление или поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены, а также необходимость определения положения такого хозяйствующего субъекта на соответствующем товарном рынке как доминирующего⁴.

Поскольку речь идет не просто о «возможности рассматривать», а о констатации факта совершения правонарушения со стороны антимонопольного органа (резольютивная часть решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства должна содержать выводы о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства в действиях (бездействии) ответчика по делу — п. 2 ч. 3.4 ст. 41 Закона о защите конкуренции), необходимо четкое и недвусмысленное понимание того, что, собственно, образует нарушение как действие, запрещенное антимонопольным законодательством.

Признак противоправности является ключевым для квалификации того или иного деяния в качестве правонарушения.

Как отмечается в литературе, непосредственным основанием, одновременно являющимся нормативно-правовым и фактическим основанием юридической ответственности, выступает факт совершения правонарушения в полном соответствии с его составом, предусмотренным законом. Общественная опасность (вредность) конкретного поведения (действия или бездействия) должна быть признана позитивным правом — законом. Поэтому необходимым признаком правонарушения является его противоправность. Противоправность есть юридическое выражение

³ СПС КонсультантПлюс.

⁴ Вопрос об определении того, является ли положение хозяйствующего субъекта на соответствующем товарном рынке доминирующим, как обязательное условие выявления нарушения антимонопольного законодательства, исходя из целей настоящей статьи оставлен за ее рамками.

¹ См.: Антимонопольная религия / Эдвин Рокфеллер; пер с англ. // Под ред. В. Новинова. Челябинск: Социум, 2012. С. 7.

² См.: Гаджиев Г. А. Принципы справедливости и доверия к суду как фундаментальные принципы частного права // Вестник экономического правосудия. 2017. № 4.

общественной опасности поведения, фиксация ее законом⁵.

Как отметил Конституционный Суд РФ в постановлении от 27 апреля 2001 г. № 7-П, из ч. 2 ст. 54 Конституции РФ следует, что юридическая ответственность может наступать только за те деяния, которые законом, действующим на момент их совершения, признаются правонарушениями⁶. Наличие состава правонарушения является, таким образом, необходимым основанием для всех видов юридической ответственности, при этом признаки состава правонарушения, прежде всего в публично-правовой сфере, как и содержание конкретных составов правонарушений, должны согласовываться с конституционными принципами демократического правового государства, включая требование справедливости, в его взаимоотношениях с физическими и юридическими лицами как субъектами юридической ответственности.

Понятие монопольно высокой цены содержится в ст. 6 Закона о защите конкуренции — это цена, установленная занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом, если такая цена превышает:

а) сумму необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли;

б) цену, которая сформировалась в условиях конкуренции на товарном рынке, сопоставимом по определенным законом критериям.

Исходя из толкования данной нормы права в судебной практике арбитражных судов и в правоприменительной практике антимонопольных органов положения этой статьи предусматривают два метода анализа цены товара на предмет ее соответствия признакам монопольно высокой цены: затратный метод (а) и метод сопоставимых рынков (б)⁷.

При этом цена товара не признается монопольно высокой, если она не соответствует хотя бы одному из указанных в ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции критериев, однако в первую очередь исследуется наличие сопоставимых рынков, поскольку применение только «затратного» метода для установления монопольно высокой цены возможно лишь в том случае, если отсутствуют сопоставимые рынки (данный подход утвержден постановлением Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25.05.2010 № 16678/09⁸ и в настоящее время также закреплён в Разъяснении № 1).

В Разъяснении № 1 при этом прямо указывается вслед за формулировкой ст. 6 Закона о защите конкуренции, что сопоставимый рынок должен находиться в состоянии конкуренции, но не поясняется при этом, допустимо ли считать сопоставимым рынок с неразвитой конкуренцией, хотя двумя абзацами ниже упоминается именно развитая конкуренция, и именно в таком контексте, на наш взгляд, понимается антимонопольным органом формулировка ст. 6 Закона о защите конкуренции (такой подход, полагаем, несколько упрощает задачу, так как облегчает переход к использованию затратного метода).

Для целей настоящей статьи представляется оптимальным остановиться на анализе той ситуации, при которой сопоставимые рынки не выявлены/отсутствуют, и оставить «за кадром» вопрос о том, существуют ли такие товарные рынки с достаточно развитой конкуренцией применительно к определенному товару.

Формат статьи позволяет остановиться подробно лишь на следующих вопросах: *если отсутствуют сопоставимые рынки, можно ли в целях доказывания факта совершения правонарушения хозяйствующим субъектом использовать сравнение? Если да, то какими могли бы быть объекты и критерии для сравнения?*

Из буквального смысла ст. 6 Закона о защите конкуренции, на наш взгляд, следует, что сравнение цен на разных товарных рынках допустимо только в том случае, если такие товарные рынки признаны сопоставимыми по всем существенным условиям (кроме формирования цены в условиях конкуренции). Следовательно, если нет сопоставимых рынков, то должен применяться затратный метод.

Разъяснение № 1 применительно к затратному методу говорит лишь о том, что при оценке рентабельности хозяйствующего субъекта от реализации товара антимонопольному органу следует сравнивать фактическую рентабельность с уровнями рентабельности, установленными нормативно, но (!) — только для тех рынков, где уровень рентабельности установлен нормативно.

В деле № А46-12902/15 был поставлен вопрос, вытекает ли из ст. 6 Закона право антимонопольного органа для выявления факта совершения правонарушения сравнивать другие экономические показатели (например, такой показатель, как размер прибыли, рассчитанный на единицу продукции) с аналогичными показателями в других регионах. В частности, должно ли устанавливаться, являются ли такие регионы отдельными товарными рынками, должно ли исследоваться соотношение между названными товарными рынками.

В Научно-практическом комментарии к Федеральному закону «О защите конкуренции», подготовленном

⁵ См.: Витрук Н.В. Общая теория юридической ответственности. 2-е изд., исправленное и доп. М.: НОРМА, 2009. 432 с.

⁶ СПС КонсультантПлюс.

⁷ В настоящее время прямое указание на использование этих двух методов содержится в упомянутом ранее Разъяснении № 1.

⁸ СПС КонсультантПлюс.

в 2016 г.⁹, само понятие затратного метода определяется, по сути, через указание на сравнение: затратный метод представляет собой метод определения расходов и прибыли, необходимых для производства и реализации товара, путем *сопоставления* (здесь и далее — курсив авт.) уровня рентабельности занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта (с «...»). При этом признается допустимым в том числе сопоставление с уровнем рентабельности *того же самого* хозяйствующего субъекта, зафиксированного в пределах *иных географических границ*. Более того, отмечается, что в этом случае часто возникает вопрос о *соотношении затратного метода и метода сопоставимых рынков*. Разница же, как указывает Комментарий, *состоит в стандартах выбора антимонопольными органами рынков*, на которых сравниваются показатели цен и рентабельности. Так, в случае с методом сопоставимых рынков стандарты указаны в ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции, а при применении «затратного метода», следовательно, возможно сравнение уровней рентабельности и при отсутствии всех признаков сопоставимого рынка.

Вместе с тем делается оговорка, что отсутствие четкого разграничения между указанными методами иногда приводит к невозможности определить, какой метод был применен в том или ином случае — со ссылкой на постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 6 марта 2013 г. по делу № А40-63566/12-72-439¹⁰. Там же упоминается, что такой подход, как сопоставление с уровнем рентабельности того же хозяйствующего субъекта в пределах иных географических границ, был применен антимонопольным органом в решении от 13 февраля 2012 г. по делу № 110/107-11 в отношении ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат» и ООО «ВИЗ-Сталь» и судами оценен неоднозначно. Однако речь идет о том же судебном деле, которое упоминалось выше, — названное решение антимонопольного органа было отменено судебными актами по делу № А40-63566/12, то есть суды вышестоящих инстанций констатировали неправомерность данного подхода. В частности, в судебных актах содержится следующий вывод: «*возможности самостоятельно определять методологию исследования ценообразования нормы Закона о защите конкуренции не содержат*»¹¹.

В деле № А46-12902/15 вывод об установлении хозяйствующим субъектом монопольно высокой цены на автомобильные бензины и дизельное топливо Омское УФАС сделало на основании сравнения показателей прибыли и затрат хозяйствующего субъекта на единицу продукции в Омской области и в регионах-аналогах¹².

При этом антимонопольный орган указывал, что им применен затратный метод определения монопольно высокой цены и проведен сравнительный анализ соотношения прибыли и затрат общества, осуществляющего деятельность по мелкооптовой торговле автомобильным топливом на различных товарных рынках (в пределах иных географических границ), определяемых как регионы присутствия общества.

Сравнение показателей производилось Омским УФАС по всем регионам присутствия общества (территории, на которых заявитель осуществляет деятельность по реализации нефтепродуктов мелким оптом), в том числе по регионам, которые Омское УФАС расценило как *сопоставимые* с Омской областью по объемам реализации бензинов автомобильных и дизельного топлива, так называемым регионам-аналогам. Т.е. в качестве критерия для сопоставления показателей в различных регионах антимонопольный орган выбрал объем реализации нефтепродуктов.

Таким образом, во вводных условиях применения ст. 6 и п. 1 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции к конкретной ситуации имеются следующие: есть несколько (в данном случае достаточно большое количество) регионов — субъектов РФ, в которых хозяйствующий субъект осуществляет свою деятельность, — условно «регионы присутствия». Некоторые из них — так называемые «регионы-аналоги» — были выбраны как сопоставимые с регионом, который является предметом внимания со стороны антимонопольного органа с точки зрения выявления правонарушения. При этом ни один из них не является сопоставимым рынком в смысле ст. 6 Закона.

Следовательно, возникает вопрос: как соотносятся утверждение антимонопольного органа о том, что законодательно изложенному критерию монопольно высокой цены соответствует установление¹³ хозяйствующим субъектом на территории одного из регионов присутствия прибыли в большем размере, нежели

⁹ См.: Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный) / Отв. ред. И.Ю. Артемьев. МГИМО МИД России; ФАС России, ООО «Статут». 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2016. С. 105—106.

¹⁰ См.: Указ. ист. С. 106—107.

¹¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 27.01.2014 по указанному делу. СПС КонсультантПлюс.

¹² Решение УФАС по Омской области от 30.07.2015 по делу № 04/59-14 <http://solutions.fas.gov.ru/to/omskoe-ufas-rossii/04-59-14> (дата обращения: 17.08.2017).

¹³ В деле № А46-12902/15 антимонопольный орган обосновал свои выводы тем, что хозяйствующий субъект «устанавливает» размер прибыли в различных регионах ежемесячно. Комментарий к данной позиции в статье не приводится с учетом целей и объема настоящей статьи. — *Прим. авт.*

на территории большинства регионов присутствия, и критерии ст. 6 Закона?

Какими могли бы быть *аргументы* за использование сравнительного анализа, который не охватывается формулировками ст. 6 Закона о защите конкуренции?

Можно предположить, что доказывание монопольно высокой цены не сводится только к критериям, установленным в ч. 1 ст. 6 Закона, — определенные посылки к этому имеются в тексте самой ст. 6 («цена, ... *в том числе* установленная...»). Также возможно указание «в том числе» толковать крайне расширительно: например, таким образом, что из определения монопольно высокой цены, данного в ст. 6, следует, что у антимонопольного органа при квалификации действий хозяйствующего субъекта как правонарушения в виде установления монопольно высокой цены существует обязанность сравнивать именно *цену* только лишь с ценой, которая сформировалась в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке (то есть другие показатели можно сравнивать с другими показателями не только на сопоставимых рынках).

Так или иначе, подобная аргументация в целом будет основана на том, что ст. 6 Закона о защите конкуренции не ограничивает антимонопольный орган в выборе метода доказывания монопольно высокой цены.

Однако если отойти от излишне механистического понимания ст. 6 рассматриваемого Закона, которое, на наш взгляд, в принципе недопустимо, поскольку какое бы то ни было сравнение (сопоставление) не может быть самоцелью, и ориентироваться на суть любого метода анализа (к числу которых относится сравнение), то необходимо выяснить, какой вывод следует из сравнения, для чего оно производится?

Статья 6 Закона о защите конкуренции определяет, какая цена может признаваться монопольно высокой применительно к установлению факта нарушения антимонопольного законодательства, а потому вывод о том, совершено хозяйствующим субъектом правонарушение или нет, на наш взгляд, непосредственно вытекает из положений этой статьи.

Следовательно, *аргументы против* самостоятельного определения антимонопольным органом способа применения сравнительного метода анализа, включая выбор объектов для сравнения по тем или иным критериям, параметров сравнения и т. д., можно свести к следующим двум блокам.

Первичный уровень аргументации определяется, на наш взгляд, основами нормативного регулирования деятельности органов государственной власти в РФ, также принципами административного права.

В самом общем виде полномочия антимонопольного органа, в том числе с учетом его компетенции по выявлению нарушений антимонопольного законодательства и привлечению к административной

ответственности за их совершение, определяются принципом «разрешено только то, что установлено законом», а не «разрешено все, что не запрещено», т. е. императивными, а не диспозитивными нормами законодательства РФ («То, что прямо не разрешено законом государственному органу или должностному лицу, то ему запрещено; что не легально, то нелегально и антилегально»)¹⁴. Соответственно, «ошибочным, по нашему мнению, является такое истолкование закона, когда разрешено все, что не запрещено законом. В сфере публичного права разрешено только то, на что содержится указание в законе»¹⁵.

К данному вопросу также полностью применимы правовые позиции, сформулированные Конституционным судом РФ, а именно:

1) из конституционного требования равенства всех перед законом следует обязательная предсказуемость правоприменения.

В частности, применительно к закреплению и изменению составов административных правонарушений и мер ответственности за их совершение федеральный законодатель обязан соблюдать гарантированное ст. 19 (ч. 1) Конституции РФ равенство всех перед законом, означающее, что любое административное правонарушение, как и санкции за его совершение, должны быть четко определены в законе, причем таким образом, чтобы исходя непосредственно из текста соответствующей нормы — в случае необходимости с помощью толкования, данного ей судами, — *каждый мог предвидеть административно-правовые последствия своих действий* (бездействия) (постановления Конституционного суда РФ от 19 марта 2003 г. № 3-П, от 13 марта 2008 г. № 5-П, от 27 мая 2008 г. № 8-П, от 13 июля 2010 г. № 15-П, от 17 января 2013 г. № 1-П и от 14 февраля 2013 г. № 4-П)¹⁶.

Таким образом, по смыслу Конституции РФ, ее ст. 1 (ч. 1), 19 (ч. 1 и 2), 54 (ч. 2) и 55 (ч. 3), *цель* формулирования в законе правового содержания составов административных правонарушений — в том, *чтобы каждый точно знал, какое именно деяние находится под запретом* и влечет за собой применение мер государственного принуждения; закон, устанавливающий административную ответственность, не может толковаться при его применении *расширительно*, т. е. как распространяющийся на деяния, прямо им не *запрещенные*» (определение Конституционного суда РФ от 01.06.2010 № 841-О-П);

¹⁴ Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства. М.: ИНФРА-М, 1999. С. 502.

¹⁵ См.: Определение Верховного Суда РФ от 10.11.2010 № 74-Г10-16. СПС КонсультантПлюс.

¹⁶ СПС КонсультантПлюс.

2) конституционному принципу равенства противоречит неопределенность законодательного регулирования, поскольку ведет к произволу в деятельности государственных органов.

Как неоднократно формулировал Конституционный суд РФ в своих решениях, требование определенности, ясности и недвусмысленности законодательного регулирования вытекает непосредственно из конституционного принципа равенства (ч. 1 ст. 19 Конституции РФ), поскольку такое равенство может быть обеспечено лишь при условии единообразного понимания и толкования правовой нормы всеми правоприменителями. Неопределенность содержания законодательного регулирования, *напротив*, допускает возможность неограниченного усмотрения в процессе правоприменения и ведет к произволу, а значит — к нарушению принципов равенства и верховенства закона (постановления от 15 июля 1999 г. № 11-П и от 17 июня 2004 г. № 12-П, Определение от 18 января 2001 г. № 6-О).

«Если диспозиция оспариваемой нормы, имеющая отсылочный характер, *не устанавливает* конкретные требования, нарушение или невыполнение которых влекут административную ответственность, в качестве административного деликта по усмотрению уполномоченных должностных лиц может быть квалифицировано *любое* действие (бездействие) лица или организации».

«Использование же в запретительных целях грамматических формулировок, позволяющих толковать основания административной ответственности расширительно, не исключает произвольное применение соответствующих законоположений на практике и несовместимо с юридическим равенством, а также принципом соразмерности устанавливаемых ограничений конституционно одобряемым целям и ведет к нарушению прав и свобод человека и гражданина» (определение Конституционного суда РФ от 01.06.2010 № 841-О-П).

Конституционный суд РФ прямо указывал, что приведенные выше правовые позиции «имеют общее значение для всех сфер законодательного регулирования, в том числе в области административно-деликтных отношений, применительно к которым требование формальной определенности диктуется также общеправовыми принципами юридической ответственности».

В Законе о защите конкуренции указано деяние, которое находится под запретом (п. 1 ч. 1 ст. 10 соответствующего Закона — «установление, поддержание монопольно высокой цены товара», ст. 6 Закона — понятие монопольно высокой цены товара), однако произвольное истолкование и применение указанных положений антимонопольным органом мо-

жет привести к признанию установлением монопольно высокой цены товара результата сравнения любых выбранных им экономических показателей.

При этом объективная сторона состава административного правонарушения, предусмотренного ст. 14.31 КоАП РФ, определена посредством отсылки к нормам антимонопольного законодательства: «совершение занимающим доминирующее положение на товарном рынке хозяйствующим субъектом действий, признаваемых злоупотреблением доминирующим положением и недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации». Поэтому правовые позиции, сформулированные Конституционным судом РФ в публично-правовой сфере, полностью, на наш взгляд, применимы к квалификации действий хозяйствующих субъектов как нарушения антимонопольного законодательства.

Учитывая изложенное, полагаем, что расширительное толкование ст. 6 Закона о защите конкуренции не отвечает правовым принципам, в том числе в их истолковании Конституционным судом РФ. Следовательно, нужно сделать вывод, что применительно к выявлению установления монопольно высокой цены способами, не предусмотренными законом, недопустимо для антимонопольного органа ссылаться на отсутствие законодательных запретов и пробельность законодательства. Например, на то, что нормами, закрепленными в ст. 6 Закона о защите конкуренции, *не определены* какие-либо критерии при выборе «регионов-аналогов» при отсутствии сопоставимых рынков или на то, что нормы Закона о защите конкуренции *не запрещают* проведение анализа соотношения затрат и прибыли (на единицу продукции) ежемесячно, либо мотивировать свои выводы тем, что «нормами ст. 6 Закона о защите конкуренции *не регламентированы* периоды проведения анализа на предмет установления монопольно высокой цены, как и *не предусмотрена* необходимость соотношения уровня затрат и прибыли организации со средними значениями по Российской Федерации».

Второй уровень аргументации обусловлен, по нашему мнению, необходимостью соответствия избираемых антимонопольным органом подходов содержанию и смыслу имеющегося законодательного регулирования.

Так, п. 1 и п. 2 ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции предусматривают, что монопольно высокая цена может быть установлена путем повышения ранее установленной цены товара, если при этом выполняются в совокупности условия, указанные в подпунктах «а» — «в» п. 1, либо путем поддержания или неснижения ранее установленной цены товара, если при этом выполняются в совокупности условия, указан-

ные в подпунктах «а» — «в» п. 2. Этот подход назван в Разъяснении № 1 ретроспективным анализом изменения цены товара доминирующего хозяйствующего субъекта.

Указанные нормы закона исходят из допустимости сравнения изменений цен во времени, в то время как о сравнении цен в различных регионах (если они не являются сопоставимыми рынками) в ст. 6 Закона ничего не говорится.

Как указано в Комментарии, обозначенные в п. 1 и 2 ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции случаи представляют собой частные случаи и не являются исчерпывающими¹⁷. Однако, на наш взгляд, хотя ст. 6 Закона о защите конкуренции теоретически и допускает использование других методов, применение иных методов не должно приводить к противоречивым результатам по отношению к методу, прямо названному в этом Законе.

Например, если в декабре 2014 г. прибыль от реализации определенного товара (бензина марки АИ-95) составила *n* рублей на тонну, и из решения УФАС следует, что цена на этот товар в этот период не являлась монопольно высокой, можно сравнить этот показатель с аналогичными за другие месяцы. При условии, что прибыль в иные месяцы (к примеру, июнь — июль 2013 г., с октября 2013 г. по март 2014 г., с июня по ноябрь 2014 г.)¹⁸ не превышала прибыль за указанный период (декабрь 2014 г.), нельзя, полагаем, сделать вывод об установлении монопольно высокой цены на соответствующий товар в вышеперечисленные периоды.

Представляется, что затратный метод для целей установления монопольно высокой цены на товар все же должен по общему правилу использовать изложенную в письме ФАС России от 31.12.2013 № АЦ/54346/13 «О применении пункта 1 части 1 статьи 10 Федерального закона «О защите конкуренции» и основанную на релевантной судебной практике правовую позицию, которая исходит из необходимости проверки, в том числе: расчета размера расходов, необходимых для производства и реализации товара; расчета предполагаемой цены товара с учетом необходимости покрытия затрат на производство, реализацию и обеспечение получения необходимой прибыли; данных о превышении рентабельности продукции над среднеотраслевыми показателями рентабельности¹⁹.

Соответственно, если в оспариваемом решении антимонопольного органа не приведены расчеты и показатели, которые свидетельствовали бы о том, что цена реализации превышает сумму необходимых для производства и реализации товара расходов и прибыли, отсутствует экономический анализ хозяйственной деятельности организации, не представлено доказательств получения заявителем дохода сверх необходимого уровня, такое решение должно признаваться незаконным уже в силу распределения бремени доказывания (ст. 200 АПК РФ).

Недоказанность антимонопольным органом совершения нарушения антимонопольного законодательства, отсутствие надлежащего обоснования им своих выводов, несоответствие доводов антимонопольного органа фактическим обстоятельствам дела и имеющимся доказательствам, а также то обстоятельство, что антимонопольный орган не устанавливал и не исследовал отдельные обстоятельства, входящие в предмет доказывания при рассмотрении антимонопольного дела, являются основаниями для признания незаконным и отмены решения антимонопольного органа о признании лица нарушившим антимонопольное законодательство (определение Верховного суда РФ от 17.02.2016 № 305-АД15-10488)²⁰.

Следует также отметить, что, как указано в Разъяснении № 1, соответствующие разъяснения должны применяться с учетом обстоятельств, характерных для каждого конкретного случая, а каждый случай должен оцениваться на основании конкретных фактов.

Требование опираться на конкретные примеры предопределяет обязательность проведения экономического анализа того набора экономических показателей, на которых основывает свои выводы антимонопольный орган.

Так, если хозяйствующим субъектом представлен экономический анализ, объясняющий экономические причины соотношения тех показателей деятельности, на которые указывал антимонопольный орган (к примеру, заключение по вопросу о ценообразовании при реализации того или иного товара), то такой анализ, на наш взгляд, должен не только приниматься во внимание антимонопольным органом при вынесении решения, но и признаваться судом в качестве допустимого доказательства по делу (п. 13 постановления пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 04.04.2014 № 23 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе»)²¹.

К примеру, в деле № А46-12902/15 такое доказательство дополнительно подтверждало то обстоя-

¹⁷ См.: Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный) / Отв. ред. И.Ю. Артемьев. С. 107.

¹⁸ Решение УФАС по Омской области от 30.07.2015 по делу № 04/59-14 <http://solutions.fas.gov.ru/to/omskoe-ufas-rossii/04-59-14> (дата обращения: 17.08.2017).

¹⁹ СПС КонсультантПлюс.

²⁰ Там же.

²¹ СПС КонсультантПлюс.

тельство, что совокупностью экономических факторов, характеризующих установление в Омской области цен мелкооптовой реализации нефтепродуктов, не подтверждается, что такие действия общества могут быть квалифицированы как установление монопольно высокой цены. Об этом свидетельствовали, в частности, следующие обстоятельства:

- именно низкими затратами в одном из «регионов присутствия» — в том, который стал предметом внимания со стороны антимонопольного органа, — объясняются высокие показатели прибыли в расчете на единицу продукции;
- для широкого круга покупателей в разных регионах предпочтительным является выравнивание цен реализации на рынках с разными издержками, а применение подхода, использованного антимонопольным органом, могло привести к негативным последствиям для покупателей определенного товара в масштабах страны.

Указанные аспекты взаимосвязаны, поэтому неправильным также является строго буквальное прочтение антимонопольным органом разработанных ФАС России Принципов экономического анализа практик ценообразования на предмет их соответствия Закону о защите конкуренции (далее — Принципы) (раздел VII «Установление более высоких цен на один и тот же товар для потребителей, расположенных в непосредственной близости от производителя, по сравнению с потребителями, расположенными на удаленных от производителя территориях»), в соответствии с которым в этом акте речь идет лишь о ценах, устанавливаемых *производителями* товара, а также что такой подход применяется лишь при соблюдении всех шести условий (характеристик) товарного рынка (на стр. 28 Принципов — п. 7.2)²².

В Комментариях со ссылкой на практику отмечается, что антимонопольные органы положительно относятся к дополнительным экспертным исследованиям, перепроверяют полученные выводы и учитывают их при формировании своей итоговой позиции²³.

По нашему мнению, данный вопрос не может быть предметом усмотрения антимонопольного органа как субъекта правоприменения. Если антимонопольный орган не проводит аналогичный либо альтернативный экономический анализ действий хозяйствующего субъекта, не приводит доказательств, опровергающих содержа-

щиеся в экспертном заключении расчеты и выводы, недопустимо произвольно принимать либо не принимать во внимание выводы, содержащиеся в этом заключении.

В связи с этим необходимо отметить, что в новой редакции указанных выше Принципов от 26 января 2016 г., опубликованной на сайте ФАС России 2 марта 2016 г., подчеркивается следующее: «*в случае если установленная хозяйствующим субъектом цена превышает цену, рассчитанную сотрудниками антимонопольного органа с помощью методов, обозначенных в разделах II—IV настоящих Принципов, тогда такая цена имеет признаки монопольно высокой и должна быть детально исследована со стороны антимонопольного органа на предмет ее экономического и технологического обоснования*»²⁴.

Таким образом, недвусмысленно сказано о том, что антимонопольный орган, во-первых, должен исходить из подходов, обозначенных в Принципах, во-вторых, должен сам *рассчитать цену*, исходя из методов, изложенных в Принципах, в-третьих, только в случае, если установленная хозяйствующим субъектом цена превышает цену, рассчитанную антимонопольным органом самостоятельно, такая цена имеет *признаки* монопольно высокой, что требует детального исследования обоснования цены (которое может привести и к итоговому выводу о том, что цена монопольно высокой *не является*).

Кроме того, в более поздней редакции Принципов указание на критерии допустимости установления доминирующими хозяйствующими субъектами более высоких *цен* для потребителей внутреннего рынка (потребителей близлежащих территорий) по сравнению с иностранными потребителями (потребителями с удаленных территорий) теперь сформулировано и для п. 1 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции (а не только для п. 6 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции), появился новый раздел VI «Расчет экономически обоснованной цены на региональных (локальных) рынках»²⁵. Следует заметить, что в Принципах говорится о более высоких *ценах* для потребителей близлежащих территорий по сравнению с потребителями с уда-

²⁴ Пункт 3 раздела I «Общие положения» (стр. 6) Принципов, в редакции от 26 января 2016 г. опубликованы (в режиме для скачивания) на сайте ФАС России 2 марта 2016 г. <http://fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=14218> (дата обращения: 17.08.2017).

²⁵ Указание на экономическую обоснованность не означает применения Принципов только к случаям выявления нарушений п. 6 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции — в разделе I «Общие положения» прямо сказано, что в части анализа практик ценообразования на предмет их соответствия п. 1 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции Принципы определяют методологию расчета верхнего предела цены, ниже которого установленная хозяйствующим субъектом цена не может быть признана монопольно высокой (это положение существовало и в прежней редакции Принципов). — *Прим. авт.*

²² Принципы в редакции от 26 января 2016 г. опубликованы (в режиме для скачивания) на сайте ФАС России 2 марта 2016 г. <http://fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=14218> (дата обращения: 17.08.2017).

²³ См.: Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный) / Отв. ред. И. Ю. Артемов. С. 168—169.

ленных территорий, а не о более высоких показателях прибыли на единицу продукции, что вновь возвращает к вопросу о допустимости использования антимонопольным органом для квалификации тех или иных действий в качестве нарушения антимонопольного законодательства самостоятельно выбранных показателей и их сопоставления между собой.

Следует подчеркнуть, что в Принципах ничего не сказано о *каких-либо методах, основанных на сравнении, в том числе по географическому принципу*, как о допустимых для целей выявления монопольно высокой цены.

В деле № А46-12902/15 изложенное проявилось, на наш взгляд, в некоем *фундаментальном противоречии*, разрешение которого судом стало одним из ключевых аспектов рассмотрения дела: для целей установления правонарушения антимонопольный орган искусственно сузил ситуацию, рассматривая мелкооптовую продажу нефтепродуктов локально, как если бы она в принципе осуществлялась только на территории Омской области, однако сам факт нарушения организацией антимонопольного законодательства был выявлен исключительно посредством сравнения отдельных показателей деятельности хозяйствующего субъекта в Омской области с аналогичными показателями той же организации в ряде других субъектов РФ (практически с остальной территорией РФ).

Заключение

Каждый из нас, кем бы мы ни были по профессии и по должности, является потребителем товаров, работ и услуг, поэтому мы очевидно стремимся и ожидаем их максимального качества и минимально возможной цены. Эти наши пожелания могут быть реализованы в условиях здоровой рыночной экономики, которая, в свою очередь, предполагает высокий уровень конкуренции. Однако способы достижения этого различные специалисты видят по-разному: от жесточайшего и постоянного вмешательства со стороны государственных контролирующих органов, включая антимонопольный орган, до полного либертарианства с «невидимой рукой рынка».

Не относя себя к апологетам ни одной из этих крайних точек зрения, мы полагаем, что органы государственной власти должны исходить из необходимости продуманного и деликатного отношения к деятельности хозяйствующих субъектов, исповедуя принцип всех врачей «не навреди», избирая максимально «элегантные» способы регулирования, скрупулезно изучая специфику предпринимательской деятельности, чтобы, образно говоря, вместе с водой не выплеснуть

и ребенка. Необходимо учитывать, что дух предпринимательства очень трудно и мучительно зарождается и очень легко уничтожается.

Разумеется, если отношение к действующему бизнесу будет близко к описанному, то начнет искореняться и базовый подход регулятора, который, на наш взгляд, можно именовать объективным вменением антимонопольного правонарушения. Вот тогда убеждать никого, что выявление противоправности является обязательным условием для привлечения к ответственности, и не придется. ■

Литература

1. Решение УФАС по Омской области от 30.07.2015 по делу № 04/59-14.
2. Разъяснение № 1 Президиума ФАС России «Определение монопольно высокой и монопольно низкой цены товара». Утв. протоколом Президиума ФАС России от 10.02.2016 № 2.
3. Витрук Н. В. Общая теория юридической ответственности. 2-е изд., исправленное и доп. М.: НОРМА, 2009. 432 с.
4. Решение ФАС России от 13.02.2012 по делу № 110/107-11.
5. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный) / Отв. ред. И. Ю. Артемьев; МГИМО (У) МИД России, ФАС России. М.: Статут, 2016. 1024 с.
6. Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства. М.: Издательская группа НОРМА — ИНФРА-М, 1999. 552 с.
7. <http://fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=14218>

Сведения об авторах

Тай Юлий Валерьевич: кандидат юридических наук, управляющий партнер Адвокатского бюро «Бартолиус»

Контактная информация:

Адрес: 115054, г. Москва, Стремянный пер., д. 38

Тел.: +7 (495) 500-00-55

E-mail: tay@bartolius.com

Смола Анна Александровна: кандидат юридических наук, советник Адвокатского бюро «Бартолиус»

Контактная информация:

Адрес: 115054, г. Москва, Стремянный пер., д. 38

Тел.: +7 (495) 500-00-55

E-mail: smola@bartolius.com