



КонсультантПлюс
надежная правовая поддержка

"Научно-практический комментарий к
Федеральному закону "О защите конкуренции"
(постатейный)
(2-е издание, переработанное и дополненное)
(отв. ред. И.Ю. Артемьев)
("Статут", 2016)

Документ предоставлен **КонсультантПлюс**

www.consultant.ru

Дата сохранения: 21.11.2018

**МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ИНСТИТУТ
МЕЖДУНАРОДНЫХ ОТНОШЕНИЙ (УНИВЕРСИТЕТ) МИД РОССИИ**

ФЕДЕРАЛЬНАЯ АНТИМОНОПОЛЬНАЯ СЛУЖБА

**НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ КОММЕНТАРИЙ
К ФЕДЕРАЛЬНОМУ ЗАКОНУ "О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ"**

2-е издание, переработанное и дополненное

Ответственный редактор
руководитель ФАС России, заведующий кафедрой экономического
и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России,
заслуженный экономист Российской Федерации, сопредседатель
Научного совета РАН по проблемам защиты конкуренции
И.Ю. АРТЕМЬЕВ

Редакторы

Золотарев И.В. - руководитель Управления Федеральной антимонопольной службы по Московской области, доцент кафедры экономического и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России, член Научного совета РАН по проблемам защиты конкуренции;

Пузыревский С.А. - заместитель руководителя ФАС России, заведующий кафедрой конкурентного права МГЮА, кандидат юридических наук, член Научного совета РАН по проблемам защиты конкуренции;

Хохлов Е.С. - член Ассоциации антимонопольных экспертов, преподаватель кафедры конкурентного права МГЮА, партнер юридической фирмы Antitrust Advisory;

Чернышов Г.П. - член Ассоциации антимонопольных экспертов, адвокат в Адвокатском кабинете Г.П. Чернышова, старший преподаватель кафедры конкурентного права юридического факультета им. М.М. Сперанского РАНХиГС при Президенте Российской Федерации.

Ассистент ответственного редактора и редакторов

Сорочкин А.А. - инспектор кафедры экономического и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России.

Рецензенты

Дегтев Г.В., руководитель Департамента города Москвы по конкурентной политике, заведующий кафедрой управления государственными и муниципальными закупками Московского городского университета управления правительства Москвы;

Фомин М.А., председатель Комитета по конкурентной политике Московской области.

Авторский коллектив

Алешин К.Н., начальник Контрольно-инспекционного управления в сфере государственного оборонного заказа ФАС России, профессор кафедры экономического и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России, кандидат юридических наук.

Большаков Е.А., член Ассоциации антимонопольных экспертов, советник адвокатского бюро "Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры".

Владимиров В.В., руководитель Управления ФАС России по Санкт-Петербургу, заведующий кафедрой контроллинга и антимонопольного регулирования Северо-Западного института управления РАНХиГС при Президенте Российской Федерации.

Вовкивская Л.В., заместитель начальника Правового управления ФАС России.

Войченко С.В., член Ассоциации антимонопольных экспертов, руководитель проектов Департамента управления регуляторными рисками ОАО "МТС".

Гаврилов Д.А., член Ассоциации антимонопольных экспертов, заместитель заведующего кафедрой конкурентного права МГЮА, кандидат юридических наук, советник адвокатского бюро "Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры".

Галимханова Н.Ф., начальник Управления контроля промышленности ФАС России.

Гусаров Г.В., консультант Административного управления - секретариата руководителя ФАС России.

Гуцу К.Г., член Ассоциации антимонопольных экспертов, преподаватель кафедры гражданского права СПбГУ, управляющий партнер адвокатского бюро "Гуцу, Жуковский и партнеры".

Давыдова А.И., заместитель начальника Управления контроля строительства и природных ресурсов ФАС России.

Дианов В.Н., член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов, руководитель группы антимонопольной практики юридической фирмы Goltsblat BLP, кандидат юридических наук.

Егорушкин А.В., член Ассоциации антимонопольных экспертов, партнер юридической фирмы Antitrust Advisory.

Золотарев И.В., руководитель Управления ФАС России по Московской области, доцент кафедры экономического и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России, член Научного совета РАН по проблемам защиты конкуренции".

Каменская Т.А., член Ассоциации антимонопольных экспертов, управляющий партнер юридической компании "Каменская & партнеры", преподаватель кафедры экономического и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России.

Карташов Н.Н., начальник Управления контроля рекламы и недобросовестной конкуренции ФАС России.

Кинев А.Ю., член Центральной избирательной комиссии Российской Федерации, заведующий кафедрой конкурентного права юридического факультета им. М.М. Сперанского РАНХиГС при Президенте Российской Федерации, доцент кафедры конкурентного права МГЮА, доктор юридических наук.

Кобаненко М.А., член Ассоциации антимонопольных экспертов, советник адвокатского бюро "Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры".

Коростелева Н.М., член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов, партнер адвокатского бюро "Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры".

Крюков А.С., заместитель начальника Правового управления ФАС России, преподаватель кафедры экономического и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России.

Кузьмин В.В., заместитель начальника Правового управления ФАС России.

Кулик Я.В., член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов, преподаватель кафедры конкурентного права МГЮА, руководитель антимонопольной практики фирмы "ART DE LEX".

Леоненкова Е.А., член Ассоциации антимонопольных экспертов, руководитель антимонопольной практики юридической фирмы "Яковлев и партнеры".

Максименко А.В., член Ассоциации антимонопольных экспертов, юрист юридической фирмы Debevoise & Plimpton.

Максимов С.В., директор Департамента конкурентной политики и политики в области государственных

закупок Евразийской экономической комиссии, заведующий сектором уголовного права ИГП РАН, член Научного совета РАН по проблемам защиты конкуренции, доктор юридических наук, профессор.

Мироненко П.А., заместитель руководителя Управления ФАС России по Московской области.

Михалевич Л.С., начальник Правового отдела Управления ФАС России по Московской области, преподаватель кафедры экономического и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России.

Мишеловин В.Б., начальник Контрольно-финансового управления ФАС России, доцент кафедры экономического и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России.

Молчанов А.В. начальник Правового управления ФАС России, преподаватель кафедры конкурентного права МГЮА.

Морозова О.В., старший преподаватель кафедры административного и финансового права МГИМО МИД России, кандидат юридических наук.

Москвитин О.А., член Ассоциации антимонопольных экспертов, адвокат, руководитель антимонопольной практики Коллегии адвокатов "Муранов, Черняков и партнеры".

Мурадов М.В., член Ассоциации антимонопольных экспертов, партнер юридической фирмы Dentons.

Незнамов А.В., член Ассоциации антимонопольных экспертов, юрист юридической фирмы Dentons.

Нумерова А.А., председатель Ассоциации антимонопольных экспертов, доцент базовой кафедры ФАС России факультета права НИУ ВШЭ, советник адвокатского бюро "Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры".

Овчинников М.А., заместитель руководителя ФАС России, профессор кафедры экономического и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России, кандидат экономических наук.

Орешкина М.Л., начальник отдела правовой экспертизы Правового управления ФАС России.

Паращук С.А., руководитель магистерской программы "Конкурентное право" юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, доцент кафедры предпринимательского права юридического факультета МГУ, адвокат, кандидат юридических наук.

Петросян Р.А., заместитель руководителя ФАС России.

Плетешков А.Н., руководитель Управления ФАС России по Ленинградской области.

Почуев А.М., член Ассоциации антимонопольных экспертов, президент некоммерческого партнерства "Консалтум", член Экспертного совета Комитета Государственной Думы по безопасности и противодействию коррупции, адвокат.

Пузыревский С.А., заместитель руководителя ФАС России, заведующий кафедрой конкурентного права МГЮА, кандидат юридических наук, член Научного совета РАН по проблемам защиты конкуренции.

Рабко Т.А., член Ассоциации антимонопольных экспертов, доцент базовой кафедры ФАС России факультета права НИУ ВШЭ, заместитель декана факультета права НИУ ВШЭ, партнер адвокатского бюро "Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры", кандидат юридических наук.

Рего А.В., член Ассоциации антимонопольных экспертов, директор департамента управления регуляторными рисками ОАО "МТС", кандидат юридических наук.

Рохлин А.А., член Ассоциации антимонопольных экспертов, партнер юридической фирмы "ИНФРАЛЕКС".

Самолысов П.В., заместитель начальника Контрольно-инспекционного управления в сфере государственного оборонного заказа ФАС России, кандидат педагогических наук, доцент.

Сергеева О.С., начальник Управления контроля финансовых рынков ФАС России.

Серегин Д.И., член Ассоциации антимонопольных экспертов, преподаватель кафедры конкурентного права МГЮА, советник юридической фирмы "ЮСТ".

Сушкевич А.Г., директор Департамента антимонопольного регулирования Евразийской экономической комиссии, профессор базовой кафедры ФАС России факультета права НИУ ВШЭ, заслуженный экономист Российской Федерации, кандидат экономических наук.

Тараданкина А.А., член Ассоциации антимонопольных экспертов, адвокат МГКА "Делькредере".

Тенишев А.П., начальник Управления по борьбе с картелями ФАС России, старший преподаватель кафедры конкурентного права юридического факультета им. М.М. Сперанского РАНХиГС при Президенте Российской Федерации.

Томах М.С., заместитель начальника Управления контроля размещения государственного заказа ФАС России.

Тюник К.А., член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов, юрист юридической фирмы White & Case.

Хомяков А.Н., заместитель начальника Правового управления ФАС России.

Хохлов Е.С., член Ассоциации антимонопольных экспертов, преподаватель кафедры конкурентного права МГЮА, партнер юридической фирмы Antitrust Advisory.

Чернышов Г.П., член Ассоциации антимонопольных экспертов, адвокат в Адвокатском кабинете Г.П. Чернышова, старший преподаватель кафедры конкурентного права юридического факультета им. М.М. Сперанского РАНХиГС при Президенте Российской Федерации.

Статья 1	Предмет и цели настоящего Федерального закона	Серегин Д.И., Крюков А.С., Гуцу К.Г.
Статья 2	Антимонопольное законодательство Российской Федерации и иные нормативные правовые акты о защите конкуренции	Золотарев И.В., Тараданкина А.А.
Статья 3	Сфера применения настоящего Федерального закона	Золотарев И.В., Дианов В.Н., Рабко Т.А., Гуцу К.Г.
Статья 4	Основные понятия, используемые в настоящем Федеральном законе	Егорушкин А.В., Овчинников М.А.
Статья 5	Доминирующее положение	Дианов В.Н., Галимханова Н.Ф., Паращук С.А., Почуев А.М.
Статья 6	Монопольно высокая цена товара	Егорушкин А.В., Овчинников М.А.
Статья 7	Монопольно низкая цена товара	Егорушкин А.В., Овчинников М.А.

Статья 8	Согласованные действия хозяйствующих субъектов	Петросян Р.А., Рохлин А.А.
Статья 9	Группа лиц	Орешкина М.Л., Хохлов Е.С.
Статья 10	Запрет на злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением	Коростелева Н.М., Галимханова Н.Ф., Паращук С.А., Сергеева О.С.
Статья 11	Запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов	Кинев А.Ю., Тенишев А.П., Чернышов Г.П.
Статья 11.1	Запрет на согласованные действия хозяйствующих субъектов, ограничивающих конкуренцию	Кинев А.Ю., Рохлин А.А., Самолысов П.В., Тенишев А.П.
Статья 12	Допустимость "вертикальных" соглашений	Егорушкин А.В., Гаврилов Д.А., Молчанов А.В.
Статья 13	Допустимость действий (бездействия), соглашений, согласованных действий, сделок, иных действий	Большаков Е.А., Гаврилов Д.А., Молчанов А.В.
Статья 14	Утратила силу	Гаврилов Д.А., Серегин Д.И., Карташов Н.Н.
Статья 14.1	Запрет на недобросовестную конкуренцию путем дискредитации	Гаврилов Д.А., Серегин Д.И., Каменская Т.А., Карташов Н.Н.
Статья 14.2	Запрет на недобросовестную конкуренцию путем введения в заблуждение	Гаврилов Д.А., Серегин Д.И., Каменская Т.А., Карташов Н.Н.
Статья 14.3	Запрет на недобросовестную конкуренцию путем некорректного сравнения	Гаврилов Д.А., Серегин Д.И., Каменская Т.А., Карташов Н.Н.
Статья 14.4	Запрет на недобросовестную конкуренцию, связанную с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации товаров, работ или услуг	Гаврилов Д.А., Серегин Д.И., Каменская Т.А., Карташов Н.Н.

Статья 14.5	Запрет на недобросовестную конкуренцию, связанную с использованием результатов интеллектуальной деятельности	Гаврилов Д.А., СерEGIN Д.И., Мурадов М.В., Незнамов А.В., Карташов Н.Н.
Статья 14.6	Запрет на недобросовестную конкуренцию, связанную с созданием смешения	Гаврилов Д.А., СерEGIN Д.И., Мурадов М.В., Незнамов А.В., Карташов Н.Н.
Статья 14.7	Запрет на недобросовестную конкуренцию, связанную с незаконным получением, использованием, разглашением информации, составляющей коммерческую или иную охраняемую законом тайну	Гаврилов Д.А., СерEGIN Д.И., Мурадов М.В., Незнамов А.В., Карташов Н.Н.
Статья 14.8	Запрет на иные формы недобросовестной конкуренции.	Гаврилов Д.А., СерEGIN Д.И., Мурадов М.В., Незнамов А.В., Карташов Н.Н.
Статья 15	Запрет на ограничивающие конкуренцию акты и действия (бездействие) федеральных органов исполнительной власти	Кулик Я.В., Мишеловин В.Б.
Статья 16	Запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения или согласованные действия федеральных органов исполнительной власти	Алешин К.Н., Чернышов Г.П., Кинев А.Ю., Тенишев А.П.
Статья 17	Антимонопольные требования к торгам, запросу котировок цен на товары	Кулик Я.В., Томах М.С., Мироненко П.А.
Статья 17.1	Особенности порядка заключения договоров в отношении государственного и муниципального имущества	Кулик Я.В., Томах М.С., Давыдова А.И., Мироненко П.А.
Статья 18	Особенности заключения договоров с финансовыми организациями	Кулик Я.В., Сергеева О.С.
Статья 18.1	Порядок рассмотрения антимонопольным органом жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров	Кулик Я.В., Томах М.С., Давыдова А.И., Мироненко П.А.

Статья 19	Государственные или муниципальные преференции	Максименко А.В., Мишеловин В.Б.
Статья 20	Порядок предоставления государственной или муниципальной преференции	Максименко А.В., Мишеловин В.Б.
Статья 21	Последствия нарушения требований настоящего Федерального закона при предоставлении и (или) использовании государственной или муниципальной преференции	Мишеловин В.Б., Москвитин О.А.
Статья 22	Функции антимонопольного органа	Максименко А.В., Петросян Р.А.
Статья 23	Полномочия антимонопольного органа	Крюков А.С., Морозова О.В., Почуев А.М., Рабко Т.А.
Статья 24	Права работников антимонопольного органа при осуществлении контроля за соблюдением антимонопольного законодательства	Алешин К.Н., Москвитин О.А., Кинев А.Ю., Тенишев А.П.
Статья 25	Обязанность представления информации в антимонопольный орган	Алешин К.Н., Чернышов Г.П., Кинев А.Ю., Тенишев А.П.
Статья 25.1	Проведение проверок антимонопольным органом	Алешин К.Н., Чернышов Г.П., Кинев А.Ю., Тенишев А.П.
Статья 25.2	Доступ должностных лиц антимонопольного органа на территорию или в помещение для проведения проверки	Алешин К.Н., Чернышов Г.П., Кинев А.Ю., Тенишев А.П.
Статья 25.3	Осмотр	Алешин К.Н., Чернышов Г.П., Кинев А.Ю., Тенишев А.П.
Статья 25.4	Истребование документов и информации при проведении проверки	Алешин К.Н., Чернышов Г.П., Кинев А.Ю., Тенишев А.П.
Статья 25.5	Общие требования, предъявляемые к протоколу, составленному при	Алешин К.Н., Чернышов Г.П., Кинев А.Ю.,

	проведении действий по осуществлению антимонопольного контроля	Тенишев А.П.
Статья 25.6	Оформление результатов проверки	Алешин К.Н., Чернышов Г.П., Кинев А.Ю., Тенишев А.П.
Статья 25.7	Предостережение о недопустимости нарушения антимонопольного законодательства	Войченко С.В., Золотарев И.В.
Статья 26	Обязанность антимонопольного органа по соблюдению коммерческой, служебной, иной охраняемой законом тайны	Москвитин О.А. Молчанов А.В.
Статья 26.1	Сделки, иные действия, подлежащие государственному контролю	Хохлов Е.С., Орешкина М.Л.
Статья 27	Создание и реорганизация коммерческих организаций с предварительного согласия антимонопольного органа	Тюник К.А., Кузьмин В.В.
Статья 28	Сделки с акциями (долями), имуществом коммерческих организаций, правами в отношении коммерческих организаций с предварительного согласия антимонопольного органа	Тюник К.А., Кузьмин В.В.
Статья 29	Сделки с акциями (долями), активами финансовых организаций и правами в отношении финансовых организаций с предварительного согласия антимонопольного органа	Сергеева О.С., Тюник К.А., Кузьмин В.В.
Статья 30	Утратила силу	Тюник К.А., Кузьмин В.В.
Статья 31	Особенности государственного контроля за экономической концентрацией, осуществляемой группой лиц	Гусаров Г.В., Сушкевич А.Г., Тюник К.А.
Статья 32	Лица, представляющие в антимонопольный орган ходатайства и уведомления об осуществлении сделок, иных действий, подлежащих	Серегин Д.И., Хохлов Е.С., Орешкина М.Л.

	государственному контролю, а также документы и сведения	
Статья 33	Принятие антимонопольным органом решения по результатам рассмотрения ходатайства, выдача антимонопольным органом предписания лицу, представившему уведомление	Хохлов Е.С., Орешкина М.Л.
Статья 34	Последствия нарушения порядка получения предварительного согласия антимонопольного органа на осуществление сделок, иных действий, а также порядка представления в антимонопольный орган уведомлений об осуществлении сделок, иных действий, подлежащих государственному контролю	Хохлов Е.С., Орешкина М.Л.
Статья 35	Государственный контроль за ограничивающими конкуренцию соглашениями хозяйствующих субъектов	Гаврилов Д.А., Хохлов Е.С., Петросян Р.А.
Статья 36	Обязательность исполнения решений и предписаний антимонопольного органа	Крюков А.С., Москвитин О.А.
Статья 37	Ответственность за нарушение антимонопольного законодательства	Золотарев И.В., Максимов С.В., Нумерова А.А., Пузыревский С.А.
Статья 38	Принудительное разделение или выделение коммерческих организаций, а также некоммерческих организаций, осуществляющих деятельность, приносящую им доход	Золотарев И.В., Нумерова А.А.
Статья 39	Основания для возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства, место рассмотрения дела, а также последствия выявления признаков административного правонарушения при рассмотрении дела о	Гаврилов Д.А., Чернышов Г.П., Владимиров В.В.

	нарушении антимонопольного законодательства	
Статья 39.1	Предупреждение о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства	Золотарев И.В., Рого А.В.
Статья 40	Комиссия по рассмотрению дел о нарушении антимонопольного законодательства	Гаврилов Д.А., Сергеева О.С., Хохлов Е.С., Вовкивская Л.В.
Статья 41	Акты, принимаемые комиссией	Гаврилов Д.А., Вовкивская Л.В.
Статья 41.1	Сроки давности рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства	Гаврилов Д.А., Москвитин О.А., Михалевич Л.С.
Статья 42	Лица, участвующие в деле о нарушении антимонопольного законодательства	Гаврилов Д.А., Чернышов Г.П., Владимиров В.В.
Статья 42.1	Иные лица, участвующие в рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства	Рохлин А.А., Кулик Я.В., Молчанов В.В.
Статья 42.2	Отводы членов комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства	Рохлин А.А., Кулик Я.В., Молчанов В.В.
Статья 43	Права и обязанности лиц, участвующих в деле о нарушении антимонопольного законодательства	Гаврилов Д.А., Кобаненко М.А., Михалевич Л.С.
Статья 44	Рассмотрение заявления, материалов и возбуждение дела о нарушении антимонопольного законодательства	Гаврилов Д.А., Кулик Я.В., Михалевич Л.С.
Статья 45	Рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства	Гаврилов Д.А., Кулик Я.В., Михалевич Л.С.

Статья 45.1	Доказательства и доказывание по делу о нарушении антимонопольного законодательства	Рохлин А.А., Тараданкина А.А., Вовкивская Л.В.
Статья 45.2	Порядок доступа лиц, участвующих в деле о нарушении антимонопольного законодательства, к материалам дела, содержащим коммерческую тайну	Рохлин А.А., Леоненкова Е.А., Вовкивская Л.В.
Статья 46	Перерыв в заседании комиссии	Гаврилов Д.А., Кобаненко М.А., Хомяков А.Н.
Статья 47	Отложение и приостановление рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства	Гаврилов Д.А., Каменская Т.А., Хомяков А.Н.
Статья 47.1	Объединение или выделение дел о нарушении антимонопольного законодательства	Гаврилов Д.А., Каменская Т.А., Хомяков А.Н.
Статья 48	Прекращение рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства	Гаврилов Д.А., Москвитин О.А., Михалевич Л.С.
Статья 48.1	Заключение об обстоятельствах дела	Рохлин А., Кобаненко М.А., Вовкивская Л.В.
Статья 49	Принятие комиссией решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства	Гаврилов Д.А., Кулик Я.В., Плетешков А.Н.
Статья 50	Предписание по делу о нарушении антимонопольного законодательства	Егорушкин А.В., Гаврилов Д.А., Плетешков А.Н.
Статья 51	Исполнение предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства. Последствия неисполнения предписания о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного от	Гаврилов Д.А., Каменская Т.А., Плетешков А.Н.

монополистической
деятельности или
недобросовестной
конкуренции

Статья 51.1	Разъяснение решения и (или) предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства. Исправление описки, опечатки и арифметической ошибки	Егорушкин А.В., Гаврилов Д.А., Молчанов А.В.
Статья 51.2	Пересмотр решения и (или) предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства по новым и (или) вновь открывшимся обстоятельствам	Гаврилов Д.А., Леоненкова Е.А., Молчанов А.В.
Статья 52	Порядок обжалования решений и предписаний антимонопольного органа	Гаврилов Д.А., Каменская Т.А., Михалевич Л.С.
Статья 53	Заключительные положения	Крюков А.С., Каменская Т.А.
Статья 54	Вступление в силу настоящего Федерального закона	Крюков А.С., Гуцу К.Г.

К 10-летию
Федерального **закона** "О защите конкуренции"

Уважаемые читатели!

Рад представить вашему вниманию второе издание комментария к Федеральному **закону** "О защите конкуренции".

Настоящее издание - это еще один результат многолетнего плодотворного сотрудничества Московского государственного института международных отношений (Университета) МИД России и Федеральной антимонопольной службы, начавшегося в 2007 г.

Созданная в 2013 г. в нашем университете кафедра экономического и антимонопольного регулирования объединила юристов и экономистов высокого профессионального уровня из числа сотрудников ФАС России и практикующих специалистов.

У студентов университета появилась уникальная возможность получения знаний у высококвалифицированных специалистов в области антимонопольного регулирования.

С удовлетворением отмечаю, что ряд выпускников уже применяют полученные знания на практике, став сотрудниками ФАС России и ведущих российских компаний.

Уверен, что этот фундаментальный научно-практический труд будет способствовать совершенствованию знаний и опыта в сфере антимонопольного регулирования.

Приятно, что настоящее издание посвящено 10-летию Федерального **закона** "О защите конкуренции".

С уважением,
А.В.Торкунов,
ректор МГИМО МИД России, академик РАН

Уважаемые коллеги!

Вы открыли второе издание комментария к Федеральному [закону](#) "О защите конкуренции".

Настоящее издание подготовлено широким авторским коллективом, объединившим представителей ФАС России и Ассоциации антимонопольных экспертов, на базе кафедры экономического и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России.

При этом следует особо отметить роль Московского государственного института международных отношений (Университета) МИД России - ведущего российского учебного заведения с мировым именем - в появлении второго издания настоящего комментария.

Совместная работа авторов - ученых и практиков, государственных служащих и частнопрактикующих специалистов - на независимой академической площадке позволила представить сбалансированную точку зрения на многие спорные вопросы, возникающие при применении Федерального [закона](#) "О защите конкуренции", с учетом новейших тенденций российской и международной антимонопольной практики.

Посвящая это издание 10-летию Федерального [закона](#) "О защите конкуренции", мы надеемся, что наше сотрудничество будет продолжаться и способствовать совершенствованию антимонопольного регулирования как в России, так и на международном уровне.

С уважением,
И.Ю.Артемов,
руководитель ФАС России,
заведующий кафедрой экономического
и антимонопольного регулирования МГИМО МИД России,
заслуженный экономист Российской Федерации,
член Попечительского совета МГИМО МИД России,
сопредседатель Научного совета РАН
по проблемам защиты конкуренции

ПРИНЯТЫЕ СОКРАЩЕНИЯ

Наименования нормативных правовых и иных актов

Конституция РФ - [Конституция](#) Российской Федерации, принятая всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (с последующими изменениями).

АПК РФ - Арбитражный процессуальный [кодекс](#) Российской Федерации от 24 июля 2002 г. N 95-ФЗ (с последующими изменениями).

ГК РФ - Гражданский кодекс Российской Федерации: [часть первая](#) от 30 ноября 1994 г. N 51-ФЗ (с последующими изменениями); [часть вторая](#) от 26 января 1996 г. N 14-ФЗ (с последующими изменениями); [часть третья](#) от 26 ноября 2001 г. N 146-ФЗ (с последующими изменениями); [часть четвертая](#) от 18 декабря 2006 г. N 230-ФЗ (с последующими изменениями).

Договор о ЕАЭС - [Договор](#) о Евразийском экономическом союзе (подписан в г. Астане 29 мая 2014 г.) (с последующими изменениями).

Закон N 223-ФЗ - Федеральный [закон](#) от 18 июля 2011 г. N 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц" (с последующими изменениями).

Закон N 57-ФЗ - Федеральный [закон](#) от 29 апреля 2008 г. N 57-ФЗ "О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и

безопасности государства" (с последующими изменениями).

Закон N 94-ФЗ - Федеральный [закон](#) от 21 июля 2005 г. N 94-ФЗ "О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд" (с последующими изменениями).

Закон о бухгалтерском учете - Федеральный [закон](#) от 6 декабря 2011 г. N 402-ФЗ "О бухгалтерском учете" (с последующими изменениями).

Закон о естественных монополиях - Федеральный [закон](#) от 17 августа 1995 г. N 147-ФЗ "О естественных монополиях" (с последующими изменениями).

Закон о защите конкуренции, Закон (также - первый антимонопольный пакет) - Федеральный [закон](#) от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции" (с последующими изменениями).

Закон о коммерческой тайне - Федеральный [закон](#) от 29 июля 2004 г. N 98-ФЗ "О коммерческой тайне" (с последующими изменениями).

Закон о конкуренции 1991 г. - [Закон](#) РСФСР от 22 марта 1991 г. N 948-1 "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" (утратил силу, за исключением [ст. 4](#)).

Закон о проверках - Федеральный [закон](#) от 26 декабря 2008 г. N 294-ФЗ "О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля" (с последующими изменениями).

Закон о рекламе - Федеральный [закон](#) от 13 марта 2006 г. N 38-ФЗ "О рекламе" (с последующими изменениями).

Закон о торговле - Федеральный [закон](#) от 28 декабря 2009 г. N 381-ФЗ "Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации" (с последующими изменениями).

Закон о ФКС - Федеральный [закон](#) от 5 апреля 2013 г. N 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" (с последующими изменениями).

Закон о хозяйственных партнерствах - Федеральный [закон](#) от 3 декабря 2011 г. N 380-ФЗ "О хозяйственных партнерствах" (с последующими изменениями).

Закон об акционерных обществах - Федеральный [закон](#) от 26 декабря 1995 г. N 208-ФЗ "Об акционерных обществах" (с последующими изменениями).

Закон об использовании инсайдерской информации - Федеральный [закон](#) от 27 июля 2010 г. N 224-ФЗ "О противодействии неправомерному использованию инсайдерской информации и манипулированию рынком и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" (с последующими изменениями).

Закон об обществах с ограниченной ответственностью - Федеральный [закон](#) от 8 февраля 1998 г. N 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью" (с последующими изменениями).

Закон об Олимпиаде - Федеральный [закон](#) от 1 декабря 2007 г. N 310-ФЗ "Об организации и о проведении XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 года в городе Сочи, развитии города Сочи как горноклиматического курорта и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" (с последующими изменениями).

Закон об электроэнергетике - Федеральный [закон](#) от 26 марта 2003 г. N 35-ФЗ "Об электроэнергетике" (с последующими изменениями).

КоАП РФ - [Кодекс](#) Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. N 195-ФЗ (с последующими изменениями).

Соглашение о единых принципах и правилах конкуренции - [Соглашение](#) о единых принципах и правилах конкуренции (заключено 9 декабря 2010 г. в г. Москве).

УК РФ - Уголовный [кодекс](#) Российской Федерации от 13 июня 1996 г. N 63-ФЗ (с последующими изменениями).

УПК РФ - Уголовно-процессуальный [кодекс](#) Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. N 174-ФЗ (с последующими изменениями).

Второй антимонопольный пакет - Федеральный [закон](#) от 17 июля 2009 г. N 164-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "О защите конкуренции" и отдельные законодательные акты Российской Федерации (с последующими изменениями); Федеральный [закон](#) от 17 июля 2009 г. N 160-ФЗ "О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и отдельные законодательные акты Российской Федерации"; Федеральный [закон](#) от 17 июля 2009 г. N 173-ФЗ "О внесении изменений в ст. ст. 17.1 и 53 Федерального закона "О защите конкуренции" (с последующими изменениями) и Федеральный [закон](#) от 29 июля 2009 г. N 216-ФЗ "О внесении изменения в статью 178 Уголовного кодекса Российской Федерации".

Третий антимонопольный пакет - Федеральный [закон](#) от 6 декабря 2011 г. N 401-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "О защите конкуренции" и отдельные законодательные акты Российской Федерации" и Федеральный [закон](#) от 6 декабря 2011 г. N 404-ФЗ "О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях" (с последующими изменениями).

Четвертый антимонопольный пакет - Федеральный [закон](#) от 5 октября 2015 г. N 275-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "О защите конкуренции" и отдельные законодательные акты Российской Федерации".

Постановление Пленума ВАС РФ N 30 - [Постановление](#) Пленума ВАС РФ от 30 июня 2008 г. N 30 "О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства" (с последующими изменениями).

Обзор практики ВС РФ - [Обзор](#) по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, утвержденный Президиумом ВС РФ 16 марта 2016 г.

Обзор практики разрешения споров, связанных с применением антимонопольного законодательства - [Обзор](#) практики разрешения споров, связанных с применением антимонопольного законодательства, направленный информационным письмом Президиума ВАС РФ от 30 марта 1998 г. N 32.

Общие исключения для соглашений между кредитными и страховыми организациями - [Постановление](#) Правительства РФ от 30 апреля 2009 г. N 386 "О случаях допустимости соглашений между кредитными и страховыми организациями" (с последующими изменениями).

Общие исключения для "вертикальных" соглашений - [Общие исключения](#) в отношении соглашений между покупателями и продавцами, утвержденные Постановлением Правительства РФ от 16 июля 2009 г. N 583.

Положение о территориальном органе ФАС России - [Приказ](#) ФАС России от 26 января 2011 г. N 30 "Об утверждении Положения о территориальном органе Федеральной антимонопольной службы" (с последующими изменениями).

Порядок анализа товарных рынков - [Порядок](#) проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденный Приказом ФАС России от 28 апреля 2010 г. N 220 (с последующими изменениями).

Наименования судов

КС РФ - Конституционный Суд Российской Федерации

ВС РФ - Верховный Суд Российской Федерации

ВАС РФ - Высший Арбитражный Суд Российской Федерации

СИП - Суд по интеллектуальным правам

АС ВВО - Арбитражный суд Волго-Вятского округа

АС ВСО - Арбитражный суд Восточно-Сибирского округа

АС ДО - Арбитражный суд Дальневосточного округа

АС ЗСО - Арбитражный суд Западно-Сибирского округа

АС МО - Арбитражный суд Московского округа

АС ПО - Арбитражный суд Поволжского округа

АС СЗО - Арбитражный суд Северо-Западного округа

АС СКО - Арбитражный суд Северо-Кавказского округа

АС УО - Арбитражный суд Уральского округа

АС ЦО - Арбитражный суд Центрального округа

ФАС ВВО - Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа

ФАС ВСО - Федеральный арбитражный суд Восточно-Сибирского округа

ФАС ДО - Федеральный арбитражный суд Дальневосточного округа

ФАС ЗСО - Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа

ФАС МО - Федеральный арбитражный суд Московского округа

ФАС ПО - Федеральный арбитражный суд Поволжского округа

ФАС СЗО - Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа

ФАС СКО - Федеральный арбитражный суд Северо-Кавказского округа

ФАС УО - Федеральный арбитражный суд Уральского округа ФАС

ЦО - Федеральный арбитражный суд Центрального округа

1 ААС - Первый арбитражный апелляционный суд

2 ААС - Второй арбитражный апелляционный суд

3 ААС - Третий арбитражный апелляционный суд

4 ААС - Четвертый арбитражный апелляционный суд

5 ААС - Пятый арбитражный апелляционный суд

6 ААС - Шестой арбитражный апелляционный суд

7 ААС - Седьмой арбитражный апелляционный суд

8 ААС - Восьмой арбитражный апелляционный суд

9 ААС - Девятый арбитражный апелляционный суд

10 ААС - Десятый арбитражный апелляционный суд

11 ААС - Одиннадцатый арбитражный апелляционный суд

12 ААС - Двенадцатый арбитражный апелляционный суд

13 ААС - Тринадцатый арбитражный апелляционный суд

14 ААС - Четырнадцатый арбитражный апелляционный суд

15 ААС - Пятнадцатый арбитражный апелляционный суд

16 ААС - Шестнадцатый арбитражный апелляционный суд

17 ААС - Семнадцатый арбитражный апелляционный суд

18 ААС - Восемнадцатый арбитражный апелляционный суд

19 ААС - Деятнадцатый арбитражный апелляционный суд

20 ААС - Двадцатый арбитражный апелляционный суд

АС г. Москвы - Арбитражный суд города Москвы

АС г. Санкт-Петербурга и ЛО - Арбитражный суд города Санкт-Петербурга и Ленинградской области

АС Кабардино-Балкарской Республики - Арбитражный суд Кабардино-Балкарской Республики

Наименования органов государственной власти

УФАС - Управление Федеральной антимонопольной службы ФАС России - Федеральная антимонопольная служба России
ФСТ России - Федеральная служба по тарифам России (ликвидирована)

ЦБ РФ - Центральный банк Российской Федерации

Иные сокращения

абз. - абзац, абзацы

др. - другой, другие

ЕАЭС - Евразийский экономический союз

ЕГРЮЛ - Единый государственный реестр юридических лиц

ЕС - Европейский союз

ЕЭК - Евразийская экономическая комиссия

РФ - Российская Федерация

напр. - например

млн. - миллион

млрд. - миллиард

п. - пункт, пункты

подр. - подробнее

подп. - подпункт, подпункты

руб. - рубль, рубли

см. - смотреть

ст. - статья, статьи

тыс. - тысячи

утв. - утвержден, утвержденный

части - часть, части

26 июля 2006 года N 135-ФЗ

РОССИЙСКАЯ ФЕДЕРАЦИЯ

ФЕДЕРАЛЬНЫЙ ЗАКОН

О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ

(в ред. Федеральных законов от 01.12.2007 [N 318-ФЗ](#),
от 29.04.2008 [N 58-ФЗ](#), от 30.06.2008 [N 108-ФЗ](#),
от 08.11.2008 [N 195-ФЗ](#), от 17.07.2009 [N 164-ФЗ](#),
от 17.07.2009 [N 173-ФЗ](#), от 27.12.2009 [N 374-ФЗ](#),
от 27.12.2009 [N 379-ФЗ](#), от 05.04.2010 [N 40-ФЗ](#),
от 08.05.2010 [N 83-ФЗ](#), от 29.11.2010 [N 313-ФЗ](#),
от 01.03.2011 [N 22-ФЗ](#),
от 27.06.2011 [N 162-ФЗ](#) (ред. 06.12.2011),
от 01.07.2011 [N 169-ФЗ](#), от 11.07.2011 [N 200-ФЗ](#),
от 18.07.2011 [N 242-ФЗ](#), от 21.11.2011 [N 327-ФЗ](#),
от 06.12.2011 [N 401-ФЗ](#), от 28.07.2012 [N 145-ФЗ](#),
от 30.12.2012 [N 318-ФЗ](#), от 02.07.2013 [N 144-ФЗ](#),
от 02.07.2013 [N 185-ФЗ](#), от 23.07.2013 [N 251-ФЗ](#),
от 02.11.2013 [N 294-ФЗ](#), от 21.12.2013 [N 375-ФЗ](#),
от 28.12.2013 [N 396-ФЗ](#), от 28.12.2013 [N 423-ФЗ](#),
от 04.06.2014 [N 143-ФЗ](#), от 21.07.2014 [N 265-ФЗ](#),
от 29.06.2015 [N 156-ФЗ](#), от 13.07.2015 [N 213-ФЗ](#),
от 13.07.2015 [N 216-ФЗ](#), от 13.07.2015 [N 224-ФЗ](#),
от 13.07.2015 [N 250-ФЗ](#), от 05.10.2015 [N 275-ФЗ](#),
от 03.07.2016 [N 264-ФЗ](#),
с изм., внесенными Федеральным [законом](#)
от 18.07.2009 N 181-ФЗ)

Глава 1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 1. Предмет и цели настоящего Федерального закона

Комментарий к [статье 1](#)

1. В [ч. 1 комментируемой статьи](#) сформулирован предмет комментируемого [Закона](#): организационные и правовые основы защиты конкуренции.

Указание на основы защиты конкуренции показывает, что [Закон](#) является базовым нормативным правовым актом в сфере защиты конкуренции, а детальное правовое регулирование выстраивается на нескольких уровнях, включая подзаконное регулирование.

Ключевым понятием комментируемого **Закона** является "конкуренция", содержание которого раскрывается в **п. 7 ст. 4** Закона о защите конкуренции. Согласно легальному определению конкуренция - соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Аналогичное по содержанию определение конкуренции сформулировано в **п. 8 ч. 2 ст. 1** приложения N 19 к Договору о ЕАЭС.

На высокую степень значимости конкуренции обращается особое внимание в **Стратегии** развития конкуренции и антимонопольного регулирования в РФ на период 2013 - 2024 гг. <1>, утвержденной Президиумом ФАС России 3 июля 2013 г., в которой отмечается, что конкуренция - это основа поступательного развития страны, она обеспечивает постоянное и динамичное внедрение инновационных технологий, является главным движущим фактором эволюционного развития общества, порождает разнообразие и обеспечивает максимально эффективное распределение ресурсов. Именно поэтому защита и развитие конкуренции являются одним из главных приоритетов государственной политики.

<1> См.: http://fas.gov.ru/Netcat_files/File/Str_razv_konk_i_antimonop_reg_13-14.pdf.

В **плане** мероприятий ("дорожной карте") "Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики", утвержденном распоряжением Правительства РФ от 28 декабря 2012 г. N 2579-р, отмечается, что поддержка конкуренции является одной из основ конституционного строя РФ, а также постоянным приоритетом государственной политики. Развитие конкуренции в экономике - это многоаспектная задача, решение которой в значительной степени зависит от эффективности проведения государственной политики по широкому спектру направлений: от макроэкономической политики, создания благоприятного инвестиционного климата, включая развитие финансовой и налоговой системы, снижение административных и инфраструктурных барьеров, до защиты прав граждан и национальной политики.

Значимость конкуренции подтверждается и судами. Так, в **Определении** ВС РФ от 12 октября 2015 г. N 309-ЭС15-6673 по делу N А60-25477/2013 отмечается, что государство объективно заинтересовано в поддержании конкуренции на внутреннем товарном рынке, наличие которой существенным образом увеличивает потенциал рыночной экономики.

2. Защита конкуренции предполагает осуществление антимонопольными органами комплекса мероприятий, включающего в себя предупреждение и пресечение:

1) монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции;

2) недопущения, ограничения и устранения конкуренции федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами и ЦБ РФ.

Определения монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции также даны законодателем непосредственно в Законе о защите конкуренции (**п. п. 10 и 9 ст. 4** соответственно).

Так, к монополистической деятельности отнесены следующие составы нарушений:

- злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением (**ст. 10**);
- ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов (**ст. 11**);
- согласованные действия хозяйствующих субъектов, ограничивающие конкуренцию (**ст. 11.1**);
- незаконная координация экономической деятельности хозяйствующих субъектов (**ч. 5 ст. 11**).

Субъектами монополистической деятельности являются в основном хозяйствующие субъекты, однако в

определенных случаях (при квалификации действий в качестве незаконной координации экономической деятельности) ими также могут являться физические лица и некоммерческие организации, не относящиеся к хозяйствующим субъектам.

Недобросовестной конкуренцией признаются любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству РФ, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам - конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации (подробнее о недобросовестной конкуренции см. [комментарий к гл. 2.1 Закона о защите конкуренции](#)).

Защита конкуренции осуществляется также путем установления особых правил в публичных отношениях и при проведении торгов. К этим правилам относится, в частности, запрет таких нарушений, как:

- ограничивающие конкуренцию акты и действия (бездействие) органов власти ([ст. 15](#));
- ограничивающие конкуренцию соглашения или согласованные действия с участием органов власти ([ст. 16](#));
- нарушения правил конкуренции на торгах и в ходе конкурентного отбора контрагентов в иных формах ([ст. 17](#) и [18](#)).

Помимо изложенного к мерам защиты конкуренции следует отнести осуществление государственного контроля экономической концентрации и ограничивающих конкуренцию соглашений ([ст. ст. 26.1 - 35](#)).

Для реализации функции по защите конкуренции антимонопольные органы наделяются особыми полномочиями, направленными на предупреждение, выявление, пресечение нарушений антимонопольного законодательства ([ст. ст. 23 - 25.7](#)), а также привлечение виновных лиц к административной ответственности.

3. Основным элементом защиты конкуренции является противодействие ее ограничению, недопущению или устранению.

Признаки ограничения конкуренции закреплены в [п. 17 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции и выражаются в следующих обстоятельствах:

- сокращение числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, на товарном рынке;
- рост или снижение цены товара, не связанные с соответствующими изменениями иных общих условий обращения товара на товарном рынке;
- отказ хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке;
- определение общих условий обращения товара на товарном рынке соглашением между хозяйствующими субъектами или в соответствии с обязательными для исполнения ими указаниями иного лица либо в результате согласования хозяйствующими субъектами, не входящими в одну группу лиц, своих действий на товарном рынке;
- иные обстоятельства, создающие возможность для хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке;
- установление органами государственной власти, органами местного самоуправления, организациями, участвующими в предоставлении государственных или муниципальных услуг, при участии в предоставлении таких услуг требований к товарам или к хозяйствующим субъектам, не предусмотренных законодательством РФ.

Наиболее важное значение указанных признаков ограничения конкуренции для правоприменительной практики заключается в том, что они дают возможность оперативно выявлять признаки потенциальных нарушений антимонопольного законодательства, однако для установления нарушений необходим более

детальный анализ поведения хозяйствующих субъектов.

4. Оценка предмета [Закона](#) о защите конкуренции в совокупности с анализом сферы его применения ([ст. 3 Закона](#)) показывает, что в его предмет входят общественные отношения, в которых участвует весьма широкий субъектный состав:

- физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели;
- российские юридические лица;
- иностранные юридические лица;
- Президент РФ;
- Правительство РФ;
- федеральные органы исполнительной власти;
- ЦБ РФ;
- органы государственной власти субъектов РФ;
- не входящие в систему органов государственной власти органы местного самоуправления;
- иные осуществляющие функции указанных органов органы или организации;
- государственные внебюджетные фонды.

Отношения между данными лицами являются неоднородными и могут подразделяться на следующие группы:

- административно-правовые отношения, например, отношения, возникающие между хозяйствующим субъектом и органом власти, который ограничивает конкуренцию, отношения между органом власти и антимонопольным органом в связи с пресечением ограничения конкуренции, отношения между хозяйствующим субъектом и антимонопольным органом в связи с защитой интересов такого хозяйствующего субъекта;

- гражданско-правовые отношения, например, между хозяйствующими субъектами, которые возникают в связи с заключением соглашения, либо отношения между хозяйствующим субъектом и государственным заказчиком, возникающие в связи с поставкой товаров для государственных нужд.

Учитывая публичный характер основных способов защиты конкуренции как общего блага, призванного способствовать созданию наиболее справедливых и одновременно наиболее эффективных механизмов функционирования экономики, на антимонопольные органы возложена задача контроля за деятельностью участников рынка и органов власти, способных влиять на рынок и его участников. Однако это не исключает необходимости самим участникам рынка соблюдать правила конкуренции.

[Закон](#) о защите конкуренции через перечень запретов на монополистическую деятельность, недобросовестную конкуренцию и иных антимонопольных запретов устанавливает общие принципы добросовестного поведения участников рынка, одновременно предоставляя им защиту от возможного посягательства на их права и охраняемые законом интересы со стороны других хозяйствующих субъектов и органов власти. Иными словами, хозяйствующие субъекты, чья деятельность регулируется антимонопольным законодательством, одновременно выступают и как обязанные лица, и как носители прав, подлежащих защите в административном и судебном порядке.

Таким образом, в значительной степени добросовестная конкуренция и, как следствие, рост эффективности хозяйственной деятельности участников рынка зависят от их активной правовой позиции, открытости и стремления к реализации своих прав без ущерба для прав иных лиц. Данные выводы коррелируют с [ч. 2 комментируемой статьи](#), определяющей цели [Закона](#) о защите конкуренции.

5. В **ч. 2 комментируемой статьи** перечислены цели, которые преследует **Закон** о защите конкуренции, в пределах определенного выше предмета правового регулирования. К целям **Закона** отнесены:

- единство экономического пространства;
- свободное перемещение товаров;
- свобода экономической деятельности в РФ;
- защита конкуренции;
- создание условий для эффективного функционирования товарных рынков.

Упомянутые в **Законе** о защите конкуренции цели корреспондируют провозглашенным в **ч. 1 ст. 8** Конституции РФ гарантиям единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств, а также свободы экономической деятельности в целом.

Следует отметить, что в данном случае **Закон** исходит из системной взаимосвязи таких общих конституционных принципов, как свобода экономической деятельности, единство экономического пространства и свободное перемещение товаров, с целью защиты конкуренции, что в свою очередь находится в прямой взаимосвязи и является обязательной предпосылкой для обеспечения эффективного функционирования товарных рынков. Данная совокупность целей позволяет отграничить предмет регулирования **Закона** о защите конкуренции от предмета регулирования смежных отраслей законодательства.

При этом взаимосвязь указанных гарантий делает защиту конкуренции залогом соблюдения экономических основ конституционного строя РФ.

Как отмечается в **Постановлении** КС РФ от 24 июня 2009 г. N 11-П, в РФ должны создаваться максимально благоприятные условия для функционирования экономической системы в целом, что предполагает необходимость стимулирования свободной рыночной экономики, основанной на принципах самоорганизации хозяйственной деятельности предпринимателей как ее основных субъектов, и принятия государством специальных мер, направленных на защиту их прав и законных интересов и тем самым на достижение конституционной цели оптимизации государственного регулирования экономических отношений.

Кроме этого, в приведенном **Постановлении** отмечается, что запрет экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию, подразумевает возможность применения мер государственного воздействия в отношении лиц, нарушающих антимонопольное законодательство, что вытекает из **ч. 3 ст. 17** Конституции РФ. Соответственно, федеральный законодатель, осуществляя правовое регулирование в этой сфере общественных отношений, вправе и обязан предусматривать меры, обеспечивающие поддержку конкуренции и свободы экономической деятельности.

6. **Закон** о защите конкуренции открыл новую веху в российском антимонопольном регулировании. Защита конкуренции признана государством в качестве одного из приоритетных направлений деятельности по оздоровлению и усилению экономического сектора России. Для обеспечения защиты конкуренции антимонопольные органы наделены широким инструментарием. Усилилось регулирующее воздействие антимонопольного законодательства на развитие отраслевого нормативно-правового регулирования, например, в части включения норм, направленных на снижение административных и инфраструктурных барьеров, в том числе:

- созданы правила недискриминационного доступа к услугам отдельных субъектов естественной монополии;
- закреплены на уровне федеральных законов требования к закупкам товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц и к размещению заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд;
- внесены изменения в законодательство в сфере финансовых услуг, торговли, рекламы и других отраслей экономики.

Все указанные перемены в нормативном регулировании экономического сектора общественных отношений также являются косвенной реализацией целей [Закона](#) о защите конкуренции.

7. С практической точки зрения комментируемая норма играет важную роль при определении соответствия конкретных правоприменительных актов общим целям антимонопольного регулирования, а также разграничения предмета правового регулирования [Закона](#) о защите конкуренции и смежных законодательных актов.

Так, рассматривая дело N А40-15572/10-144-25, суд кассационной инстанции признал несостоятельным довод заявителя о том, что таможенным законодательством не предусмотрено применение к таможенным правоотношениям норм антимонопольного законодательства, поскольку в силу [п. 2 ч. 1 ст. 1](#) Закона о защите конкуренции он определяет организационные и правовые основы защиты конкуренции, в том числе предупреждения и пресечения недопущения, ограничения, устранения конкуренции федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями.

При рассмотрении дела N А40-27553/08-96-130 суд кассационной инстанции отметил, что суды правильно исходили из того, что в рассматриваемом судами случае применению подлежит [Закон](#) о рекламе, поскольку согласно [ст. 1](#) Закона о защите конкуренции данный [Закон](#) определяет организационные и правовые основы защиты конкуренции, в том числе предупреждения и пресечения недобросовестной конкуренции, в то время как в соответствии со [ст. ст. 1 и 2](#) Закона о рекламе данный [Закон](#) применяется к отношениям в сфере рекламы независимо от места ее производства, если распространение рекламы осуществляется на территории РФ в целях развития рынков товаров, работ и услуг на основе соблюдения принципов добросовестной конкуренции.

Статья 2. Антимонопольное законодательство Российской Федерации и иные нормативные правовые акты о защите конкуренции

Комментарий к [статье 2](#)

1. Комментируемая [статья](#) в целом закрепляет систему источников конкурентного права. В то же время она вводит понятие "антимонопольное законодательство". Отсюда возникает вопрос о том, каково соотношение между понятиями источников конкурентного права и антимонопольного законодательства.

Определяя понятие "антимонопольное законодательство", [ч. 1 комментируемой статьи](#) указывает, что оно включает в себя [Закон](#) о защите конкуренции и иные федеральные законы, регулирующие отношения, указанные в [ст. 3](#) комментируемого Закона. То есть в состав антимонопольного законодательства включены только **законы**, причем законы **федерального уровня**.

В теории права существует как узкое, так и широкое понимание термина "законодательство". Согласно первому из них понятие "законодательство" включает только законы, согласно второму - оно охватывает и законы, и иные нормативные правовые акты. В частности, [ст. 1.1](#) Закона о конкуренции 1991 г. включала в состав антимонопольного законодательства также указы Президента РФ и нормативные акты Правительства РФ.

Однако в [Законе](#) о защите конкуренции законодатель использует понятие "антимонопольное законодательство" в узком смысле, не включая в него подзаконные нормативные акты. Целью этого видится закрепление правила, что основы конкурентного права, его наиболее важные нормы и принципы должны быть установлены именно в законах. Так, например, в соответствии со [ст. 37](#) Закона о защите конкуренции лицо может быть привлечено к ответственности только за нарушение **антимонопольного законодательства**, т.е. состав антимонопольного правонарушения может быть установлен только законом, а не подзаконным актом.

Включение в понятие антимонопольного законодательства только законодательных актов федерального уровня соответствует принципу разграничения предметов ведения РФ и субъектов РФ, установленному [Конституцией](#) РФ. В соответствии с [п. "ж" ст. 71, ч. 1 ст. 76](#) Конституции РФ вопрос об установлении правовых основ единого рынка отнесен к исключительному ведению РФ.

Таким образом, понятие антимонопольного законодательства является более узким, чем понятие источников конкурентного права, состав которых гораздо шире.

В комментируемой [статье](#) перечислены основные источники конкурентного права, к которым относятся:

- [Конституция](#) РФ;
- общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ;
- федеральные конституционные законы;
- [ГК](#) РФ;
- собственно [Закон](#) о защите конкуренции;
- иные федеральные законы;
- постановления Правительства РФ;
- нормативные правовые акты федерального антимонопольного органа (ФАС России).

3. [Конституция](#) РФ имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории России ([ч. 1 ст. 15](#)). Основы конкурентного права России закреплены в следующих конституционных нормах:

- в России гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности; в России признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности ([ч. ч. 1, 2 ст. 8](#));

- каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности; не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию ([ч. ч. 1, 2 ст. 34](#));

- на территории России не допускается установление таможенных границ, пошлин, сборов и каких-либо иных препятствий для свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств; ограничения перемещения товаров и услуг могут вводиться в соответствии с федеральным законом, если это необходимо для обеспечения безопасности, защиты жизни и здоровья людей, охраны природы и культурных ценностей ([ч. ч. 1, 2 ст. 74](#)).

При рассмотрении дел суды могут применять [Конституцию](#) РФ непосредственно. В случае, если суды приходят к выводу о неконституционности закона, они обязаны обращаться в КС РФ для официального подтверждения его неконституционности ^{<1>}.

^{<1>} См.: [п. 2](#) Постановления Пленума ВС РФ от 31 октября 1995 г. N 8 "О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия".

В частности, отдельные положения самого [Закона](#) о защите конкуренции несколько раз были предметом оценки КС РФ с точки зрения их соответствия [Конституции](#) РФ. Так, в [Постановлении](#) от 24 июня 2009 г. N 11-П ^{<1>} КС РФ подтвердил конституционность особой санкции - взыскания дохода, полученного в результате нарушения антимонопольного законодательства хозяйствующим субъектом в федеральный бюджет в судебном порядке по иску антимонопольного органа ([ст. ст. 37, 51](#) Закона о защите конкуренции).

^{<1>} См.: [Постановление](#) КС РФ от 24 июня 2009 г. N 11-П "По делу о проверке конституционности положений пунктов 2 и 4 статьи 12, статей 22 и 23.1 Закона РСФСР "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" и статей 23, 37 и 51 Федерального закона "О защите конкуренции" в связи с жалобами ОАО "Газэнергосеть" и ОАО "Нижнекамскнефтехим".

4. [Часть 3 комментируемой статьи](#) дублирует норму [ст. 15](#) Конституции РФ о приоритете положений международных договоров РФ над положениями законов. В той же [статье](#) Конституции РФ также установлено, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы, т.е. данные источники могут быть отнесены и к источникам конкурентного права.

ВС РФ в Постановлениях Пленума от 31 октября 1995 г. [N 8](#) и от 10 октября 2003 г. [N 5](#) разъяснил спорные вопросы применения судами общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ. Применительно к отношениям по защите конкуренции в качестве примера применения международных норм российскими судами можно привести судебные споры, связанные с недобросовестной конкуренцией, для разрешения которых суды применяют Парижскую [конвенцию](#) по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г. <1>.

<1> См.: Постановления Президиума ВАС РФ от 23 апреля 2013 г. [N 14186/12](#) по делу N A51-11170/2011; от 2 апреля 2013 г. [N 11980/12](#) по делу N A40-98682/11-92-844.

Помимо Парижской [конвенции](#) Россия присоединилась к целому ряду международных актов, устанавливающих международные правила защиты от недобросовестной конкуренции и направленных на защиту интеллектуальной собственности, в их числе:

- [Соглашение](#) по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС/TRIPS) (Марракеш, 1994), вступившее в силу для России 22 августа 2012 г. (например, [ст. 40](#) Соглашения ТРИПС устанавливается, что некоторые виды лицензионной торговли ограничивают свободную конкуренцию и могут оказывать неблагоприятное воздействие на торговлю и распространение технологий);

- Мадридские соглашения [о пресечении ложных](#) или вводящих в заблуждение указаний о месте происхождения на товарах и [о международной регистрации](#) товарных знаков 1891 г. и [Протокол](#) к Мадридскому соглашению о международной регистрации знаков (Мадрид, 1989 г.);

- [Конвенция](#), учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности (Стокгольм, 14 июля 1967 г., в ред. от 2 октября 1979 г.);

- Ниццкое [соглашение](#) о международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков (1957 г., пересмотрено в Женеве, 1977 г., с доп. 1979 г.).

В настоящий момент также для РФ действует несколько десятков международных договоров в области конкурентной политики, в частности следующие многосторонние документы:

- [Договор](#) о проведении согласованной антимонопольной политики (Москва, 25 декабря 2000 г.);

- Соглашение об углублении интеграции в области антимонопольной политики и защиты прав потребителей между антимонопольными ведомствами России, Беларуси, Казахстана, Киргизии (Алма-Ата, 5 сентября 1996 г.);

- [Соглашение](#) о сотрудничестве государств - участников СНГ в сфере регулирования рекламной деятельности (Москва, 19 декабря 2003 г.);

- [Меморандум](#) о сотрудничестве в области конкурентной политики между Межгосударственным советом по антимонопольной политике, Советом по конкуренции Республики Латвия, Советом по конкуренции Румынии и Комиссией по справедливой торговле Республики Корея (Санкт-Петербург, 17 сентября 2003 г.);

- Пекинские договоренности Второй Международной конференции по конкуренции под эгидой БРИКС между конкурентными ведомствами Федеративной Республики Бразилия, РФ, Республики Индия, Китайской Народной Республики и Южно-Африканской Республики (Пекин, 21 сентября 2011 г.) <1>.

<1> Подробный список таких соглашений см.:

http://www.fas.gov.ru/international-partnership/partnership-with-foreign-countries/legal-base/legal-base_50960.html.

Большая часть иных международных документов (соглашения, договоры и меморандумы с отдельными государствами) имеет межправительственный и межведомственный характер.

Особое значение имеет наднациональное законодательство, в частности в связи с созданием ЕАЭС. К Договору о ЕАЭС (Астана, 29 мая 2014 г.) были приняты Протокол об общих принципах и правилах конкуренции ([приложение N 19](#)), Протокол об охране и защите прав на объекты интеллектуальной собственности ([приложение N 26](#)). Правом на издание нормативных правовых актов наделена Комиссия ЕАЭС, которая во исполнение указанного правомочия приняла несколько решений в области защиты конкуренции <1>.

<1> Решение N 112 "О реализации статьи 29 Соглашения о единых принципах и правилах конкуренции от 9 декабря 2010 года"; решение N 40 "О создании рабочей группы по выработке предложений по сближению законодательства государств - членов Таможенного союза и Единого экономического пространства по вопросам государственного ценового регулирования на товарных рынках, не находящихся в состоянии естественной монополии"; [решение N 302](#) "О гармонизации законодательств государств - членов Таможенного союза и Единого экономического пространства в области конкурентной политики".

5. [Часть 1 комментируемой статьи](#) устанавливает, что антимонопольное законодательство основывается на ГК РФ. Это связано с тем, что меры по защите конкуренции тесно связаны с осуществлением гражданских прав.

До принятия ВАС РФ [Постановления](#) Пленума N 30 в судебной практике вопрос о возможности применения антимонопольного законодательства при заключении и исполнении гражданско-правовых договоров решался по-разному. Некоторые суды по таким делам устанавливали, что антимонопольный орган выходил за пределы своих полномочий и разрешал гражданско-правовые споры. ВАС РФ в [Постановлении](#) Пленума N 30 урегулировал этот вопрос, установив, что суды не должны признавать решения или предписания антимонопольного органа недействительными только на том основании, что соответствующие правоотношения с участием хозяйствующего субъекта, которому выдано предписание, являются гражданско-правовыми.

Однако это разъяснение не в полной мере отвечает на вопрос о соотношении гражданского и антимонопольного законодательства. Рассмотрим основные точки их соприкосновения.

Во-первых, антимонопольное законодательство вводит соответствующие ограничения гражданских прав, которые допускаются [ст. 1](#) ГК РФ, т.е. устанавливает некие пределы осуществления гражданских прав. Учитывая это, требования антимонопольного законодательства в принципе подлежат применению к гражданско-правовым отношениям <1>. Например, ГК РФ вводит особый порядок заключения договора - торги, устанавливает общие правила их проведения ([ст. ст. 447 - 448](#)). Антимонопольное законодательство дополняет эти правила, вводя перечень запрещенных действий, которые могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции ([ст. 17](#) Закона о защите конкуренции).

<1> См.: [п. 1](#) Постановления Пленума ВАС РФ N 30.

Во-вторых, в [абз. 2 п. 1 ст. 10](#) ГК РФ указано, что гражданское правонарушение в виде злоупотребления правом может быть выражено в использовании гражданских прав в целях ограничения конкуренции и в злоупотреблении доминирующим положением на рынке. Таким образом, потерпевшая от указанного правонарушения сторона может обратиться за защитой своих прав как в порядке, установленном [Законом](#) о защите конкуренции, так и в рамках искового производства на основании [ст. 10](#) ГК РФ.

Так как указанная норма [ст. 10](#) ГК РФ является бланкетной (содержит отсылку к нормам антимонопольного законодательства), следует предположить, что в предмет доказывания по делу должны входить все обстоятельства, предусмотренные [Законом](#) о защите конкуренции (составы злоупотребления доминирующим положением, недобросовестной конкуренции и др.). Исходя из этого, не совсем понятно, для каких случаев должен использоваться [абз. 2 п. 1 ст. 10](#) ГК РФ. С одной стороны, случаи злоупотребления доминирующим положением, нашедшие отражение в антимонопольном законодательстве, "являются простыми

правонарушениями, поэтому при их совершении будет применяться не относительно определенная санкция, предусмотренная [п. 2 ст. 10](#) ГК РФ, а конкретные санкции, установленные этим законодательством" <1>. С другой стороны, представляется, что если [ст. 10](#) ГК РФ используется в тех случаях, когда нарушенные права невозможно защитить иными средствами (как, например, в деле "Акай Электрик Ко, Лтд" <2>), к этим нарушениям не должен применяться [абз. 2 п. 1 ст. 10](#) ГК РФ, ведь они выходят за рамки антимонопольных составов. Такие нарушения следует квалифицировать как заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав ([абз. 1 п. 1 ст. 10](#) ГК РФ). Судебная практика, разъясняющая случаи использования данной нормы, пока отсутствуют.

<1> Шерстобитов А.Е. Злоупотребление правом (доктрина и практика) // [Проблемы развития частного права](#): Сборник статей к юбилею Владимира Саурсеевича Ема / Отв. ред. Е.А. Суханов, Н.В. Козлова. М., 2011.

<2> См.: [п. 8](#) Обзора практики применения арбитражными судами ст. 10 ГК РФ, направленного информационным письмом Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. N 127.

6. [Закон](#) о защите конкуренции является центральным источником конкурентного права.

Он устанавливает полномочия антимонопольного органа, определяет составы нарушений антимонопольного законодательства, меры их пресечения, порядок привлечения к ответственности в случае установления нарушений.

Представляется, что [Закон](#) о защите конкуренции является специальным законом для целей регулирования отношений, связанных с защитой конкуренции. Поэтому в случае противоречия его норм положениям иных законов, регулирующих данные отношения, должны применяться нормы [Закона](#) о защите конкуренции. Об этом свидетельствует [ч. 2 ст. 53](#) комментируемого Закона, согласно которой со дня вступления [Закона](#) о защите конкуренции в силу и до приведения в соответствие с ним других федеральных законов и иных нормативных правовых актов РФ, регулирующих отношения, связанные с защитой конкуренции, предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, указанные законы и иные нормативные правовые акты применяются в части, не противоречащей комментируемому [Закону](#).

7. Помимо [Закона](#) о защите конкуренции к источникам конкурентного права можно также отнести целый ряд федеральных законов.

В частности, к ним относятся [Закон](#) о естественных монополиях и специальные отраслевые законы, регулирующие отдельные сферы деятельности субъектов естественной монополии:

- Федеральный [закон](#) от 26 марта 2003 г. N 35-ФЗ "Об электроэнергетике";
- Федеральный [закон](#) от 7 июля 2003 г. N 126-ФЗ "О связи";
- Федеральный [закон](#) от 10 января 2003 г. N 17-ФЗ "О железнодорожном транспорте в Российской Федерации" и др.

Также к числу законов, являющихся источниками конкурентного права, можно отнести:

- УК РФ - устанавливает уголовную ответственность за ограничение конкуренции ([ст. 178](#));
- КоАП РФ - устанавливает административную ответственность за ряд нарушений антимонопольного законодательства, в частности, за ограничение конкуренции органами власти, органами местного самоуправления ([ст. 14.9](#)), злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке ([ст. 14.31](#)), манипулирование ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности) ([ст. 14.31.2](#)), заключение ограничивающего конкуренцию соглашения, осуществление ограничивающих конкуренцию согласованных действий, координация экономической деятельности ([ст. 14.32](#)), недобросовестную конкуренцию ([ст. 14.33](#)), непредставление определенных сведений (информации) в федеральный антимонопольный орган ([ст. 19.8](#));

- Закон о ФКС (с 1 января 2014 г. заменивший [Закон N 94-ФЗ](#)) - регулирует закупки товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд исходя из принципа обеспечения конкуренции ([ст. 8](#)), состоящего в следующем: равные условия для обеспечения конкуренции между участниками закупок, соблюдение добросовестной ценовой и неценовой конкуренции между участниками закупок, запрет любых действий, которые приводят к ограничению конкуренции, в частности к необоснованному ограничению числа участников закупок (более подробно данный принцип раскрывается в специальных нормах [Закона](#) о ФКС);

- [Закон N 223-ФЗ](#) - устанавливает необходимость раскрытия информации и обеспечения конкуренции при осуществлении закупок товаров, работ и услуг государственными компаниями, государственными корпорациями, субъектами естественных монополий, унитарными предприятиями, а также некоторыми другими видами юридических лиц, перечисленных в данном [Законе](#);

- Закон о торговле - вводит антимонопольные правила (требования) в области регулирования торговой деятельности, в том числе для хозяйствующих субъектов, осуществляющих торговую деятельность и поставки продовольственных товаров (см., в частности [ст. ст. 13 - 15](#));

- [Закон N 57-ФЗ](#) - регулирует отношения, связанные с осуществлением иностранными инвесторами или группой лиц инвестиций в форме приобретения акций (долей), составляющих уставные капиталы хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, а также с совершением иных сделок, в результате которых устанавливается контроль иностранных инвесторов или группы лиц над такими хозяйственными обществами; в соответствии с [Постановлением](#) Правительства РФ от 15 сентября 2009 г. N 744 "О внесении изменений в акты Правительства Российской Федерации по вопросам Федеральной антимонопольной службы" уполномоченным органом, осуществляющим контроль за осуществлением иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, является ФАС России;

- Закон о рекламе - устанавливает понятие недобросовестной рекламы, которой признается, в частности, реклама, являющаяся актом недобросовестной конкуренции в соответствии с антимонопольным законодательством (см. [п. 4 ч. 2 ст. 5](#)).

8. В [ч. 2 комментируемой статьи](#) установлено, что отношения, связанные с защитой конкуренции, могут регулироваться постановлениями Правительства РФ и нормативными правовыми актами федерального антимонопольного органа, но только **в случаях, предусмотренных антимонопольным законодательством**.

Правительство РФ, как установлено в [ч. 1 ст. 115](#) Конституции РФ, на основании и во исполнение [Конституции](#) РФ, федеральных законов, указов Президента РФ издает постановления и распоряжения. Акты, имеющие нормативный характер, издаются в форме постановлений Правительства РФ ^{<1>}. Так, в соответствии с [ч. 2 ст. 13](#) Закона о защите конкуренции Правительство РФ вправе установить исключения из правил о запрете соглашений и согласованных действий в отношении некоторых из них (установить допустимость таких соглашений или действий). На основе данного положения [Закона](#) Правительство РФ на текущий момент приняло три постановления о допустимости соглашений ^{<2>}.

^{<1>} См.: [ст. 23](#) Федерального конституционного закона от 17 декабря 1997 г. N 2-ФКЗ "О Правительстве Российской Федерации".

^{<2>} См.: Постановления Правительства РФ от 5 июля 2010 г. [N 504](#) "О случаях допустимости соглашений между страховщиками, работающими на одном и том же товарном рынке, об осуществлении совместной страховой или перестраховочной деятельности"; от 30 апреля 2009 г. [N 386](#) "О случаях допустимости соглашений между кредитными и страховыми организациями"; от 16 июля 2009 г. [N 583](#) "О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами".

9. ФАС России является федеральным антимонопольным органом, который осуществляет функции по принятию нормативных правовых актов, однако только в том случае, когда это предусмотрено антимонопольным законодательством (см. также [п. 4 ч. 2 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции). В качестве примера такого нормотворчества можно привести нормативные акты, принятые ФАС России на основании указаний [ст. 6](#) Закона о защите конкуренции по следующим вопросам:

- об утверждении минимальной величины продаваемых на бирже нефтепродуктов, а также отдельных категорий товаров, выработанных из нефти и газа, и требований к биржевым торгам, в ходе которых заключаются сделки с нефтепродуктами, а также с отдельными категориями товаров, выработанных из нефти и газа, хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на соответствующих товарных рынках (см. совместный [Приказ](#) ФАС России N 3/15, Минэнерго России N 3 от 12 января 2015 г.);

- об утверждении порядка предоставления бирже списка аффилированных лиц хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на соответствующем товарном рынке, аккредитованным и (или) участвующим в торгах (в том числе путем подачи заявок на участие в торгах брокеру, брокерам) (см. [Приказ](#) ФАС России от 26 июня 2012 г. N 409).

К важным нормативным актам ФАС России следует отнести [Порядок](#) анализа товарных рынков, а также [Приказ](#) ФАС России от 28 июня 2012 г. N 433 "Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения кредитной организации".

Также существуют многочисленные нормативные акты ФАС России, изданные в форме административных регламентов об исполнении соответствующих государственных функций антимонопольными органами.

Начиная с 2005 г. и по настоящее время институт административных регламентов получает все более широкое распространение. Административным регламентом является нормативный правовой акт федерального органа исполнительной власти, устанавливающий сроки и последовательность административных процедур (действий) федерального органа исполнительной власти. Административный регламент также устанавливает порядок взаимодействия между структурными подразделениями федерального органа исполнительной власти, их должностными лицами, а также взаимодействия федерального органа исполнительной власти с заявителями, иными органами государственной власти и органами местного самоуправления, учреждениями и организациями при предоставлении государственной услуги <1>.

<1> [Пункт 1](#) Постановления Правительства РФ от 16 мая 2011 г. N 373 "О разработке и утверждении административных регламентов исполнения государственных функций и административных регламентов предоставления государственных услуг".

ФАС России приняла более 20 административных регламентов, регулирующих деятельность антимонопольных органов по реализации различных их полномочий, в частности:

- по предоставлению государственной услуги по даче разъяснений по вопросам применения федеральным антимонопольным органом антимонопольного законодательства РФ (утв. [Приказом](#) ФАС России от 20 января 2012 г. N 22);

- по исполнению государственной функции по осуществлению контроля за соответствием антимонопольному законодательству РФ ограничивающих конкуренцию соглашений хозяйствующих субъектов (утв. [Приказом](#) ФАС России от 25 мая 2012 г. N 343);

- по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства РФ (утв. [Приказом](#) ФАС России от 25 мая 2012 г. N 340);

- по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства РФ (утв. [Приказом](#) ФАС России от 25 мая 2012 г. N 339);

- по исполнению государственной функции по установлению доминирующего положения хозяйствующего субъекта при рассмотрении заявлений, материалов, дел о нарушении антимонопольного законодательства и при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией (утв. [Приказом](#) ФАС России от 25 мая 2012 г. N 345);

- по исполнению государственной функции по согласованию приобретения акций (долей) в уставном капитале коммерческих организаций, получения в собственность или пользование основных производственных средств или нематериальных активов, приобретения прав, позволяющих определять условия ведения хозяйствующим субъектом его предпринимательской деятельности, в случаях, предусмотренных

законодательством РФ (утв. [Приказом](#) ФАС России от 20 сентября 2007 г. N 294).

Кроме того, ФАС России на основании [п. 5 ч. 2 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции дает разъяснения по вопросам применения им антимонопольного законодательства, в том числе в форме писем и рекомендаций <1>. Формально такие разъяснения не являются источником конкурентного права. ФАС России не раз подчеркивала, что рекомендации, адресованные хозяйствующим субъектам, направлены на предупреждение нарушений антимонопольного законодательства и дают разъяснения хозяйствующим субъектам, какие действия на рынке не будут рассматриваться ФАС России как нарушающие антимонопольное законодательство. Вместе с тем отклонение поведения хозяйствующего субъекта от рекомендаций само по себе не является нарушением антимонопольного законодательства, если иное не будет установлено антимонопольным органом или судом <2>. Разъяснения играют важную роль для правоприменения при рассмотрении дел об антимонопольных нарушениях и административных дел в антимонопольных органах и судах, вносят правовую определенность и обеспечивают единство правоприменительной практики.

<1> В качестве примеров можно привести: [письмо](#) ФАС России от 31 декабря 2013 г. N АЦ/54346/13 "О применении части 1 статьи 10 ФЗ "О защите конкуренции"; Методические [рекомендации](#) по применению антимонопольными органами статьи 2.9 КоАП (в части прекращения дел об административных правонарушениях, связанных с нарушением антимонопольного законодательства, по малозначительности); [Рекомендации](#) ФАС России дистрибьюторам и автопроизводителям автомобильной продукции в РФ от 7 сентября 2012 г.; [письмо](#) ФАС России от 8 июля 2010 г. N ИА/21482 "О применении методических рекомендаций по расчету оборотного штрафа" (вместе с Методическими рекомендациями по расчету величины штрафа, налагаемого на юридических лиц за совершение административных правонарушений, предусмотренных статьями 14.31 и 14.32 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях).

<2> См., напр.: http://fas.gov.ru/fas-in-press/fas-in-press_35944.html.

При этом следует учитывать позицию, изложенную ВАС РФ в одном из своих последних решений. В частности, в данном деле оценивалась законность Методических [рекомендаций](#) ФАС России по проведению плановых и внеплановых выездных проверок по контролю за соблюдением требований антимонопольного законодательства <1>. Признав Методические [рекомендации](#) недействующими, ВАС РФ указал, что данные [рекомендации](#) являются нормативным актом, при этом издание нормативного правового акта федерального органа исполнительной власти в виде письма, отсутствие его регистрации и официального опубликования противоречит закону <2>. Представляется, что данное [решение](#) ВАС РФ не следует истолковывать в том смысле, что ФАС России в принципе не может выносить рекомендации и разъяснения по применению антимонопольного законодательства, поскольку данное полномочие закреплено за ФАС России Законом о защите конкуренции ([п. 9 ч. 2 ст. 23](#)).

<1> [Письмо](#) ФАС России от 26 декабря 2011 г. N ИА/48530.

<2> [Решение](#) ВАС РФ от 24 июня 2014 г. N ВАС-7907/2013.

10. Хотя в российской правовой системе прецедент не является общепризнанным источником права, важное значение для правоприменения в сфере антимонопольного законодательства имеют также акты высших судебных органов - ВС РФ и ВАС РФ (постановления Пленума ВАС РФ <1>, информационные письма Президиума ВАС РФ, ВС РФ <2>, постановления Президиума ВАС РФ по конкретным делам <3>), а также КС РФ.

<1> См., напр.: [Постановление](#) Пленума ВАС РФ N 30; [Постановление](#) Пленума ВАС РФ от 8 октября 2012 г. N 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе" и др.

<2> См., напр.: [Обзор](#) практики разрешения споров, связанных с применением антимонопольного законодательства; [Обзор](#) практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о

рекламе (направлен информационным письмом Президиума ВАС РФ от 25 декабря 1998 г. N 37); [Обзор практики ВС РФ](#).

<3> См., напр.: Постановления Президиума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. [N 1162/13](#); от 20 ноября 2012 г. [N 2513/12](#); от 10 июля 2012 г. [N 2123/12](#).

Особое значение постановлений Пленума ВС РФ и Президиума ВС РФ (ранее - судебных актов Пленума и Президиума ВАС РФ) заключается в том, что их принятие может быть новым обстоятельством для пересмотра ранее принятых судебных актов по аналогичным делам, если в соответствующем акте содержится указание на возможность пересмотра вступивших в законную силу судебных актов в силу данного обстоятельства ([п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ](#)).

Статья 3. Сфера применения настоящего Федерального закона

Комментарий к [статье 3](#)

1. Сфера применения [Закона](#) о защите конкуренции предопределяется его предметом (см. [комментарий к ст. 1 Закона](#)) и распространяется, в первую очередь, на отношения, связанные с защитой конкуренции, включая предупреждение и пресечение монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции.

2. Также в [ч. 1 комментируемой статьи](#) определяется действие [Закона](#) о защите конкуренции по кругу лиц (т.е. субъектный состав лиц, на которых распространяются положения комментируемого [Закона](#)). К их числу относятся:

1) российские юридические лица.

Согласно [п. 1 ст. 48 ГК РФ](#) юридическим лицом признается организация, которая имеет обособленное имущество и отвечает им по своим обязательствам, может от своего имени приобретать и осуществлять гражданские права и нести гражданские обязанности, быть истцом и ответчиком в суде.

Статистика в отношении того, как распределяются доли между указанными в [ч. 1 комментируемой статьи](#) Закона о защите конкуренции категориями лиц среди привлекаемых к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства, не ведется. Вместе с тем можно с большой степенью обоснованности предположить, что российские юридические лица, наряду с органами государственной власти и органами местного самоуправления, чаще других категорий лиц попадают в поле зрения антимонопольного органа;

2) иностранные юридические лица.

Иностранными юридическими лицами являются организации, созданные по законодательству иностранного государства. Иностранные юридические лица могут осуществлять свою деятельность на территории РФ как через созданные в РФ филиалы и представительства, так и без создания таковых (к примеру, если иностранное юридическое лицо лишь поставляет товары на территорию РФ либо контролирует российское юридическое лицо).

Примеры привлечения иностранных юридических лиц к ответственности за нарушение российского антимонопольного законодательства имеются. Наиболее активно формируется судебная практика по поводу непредставления иностранными компаниями в антимонопольный орган информации о составе своей группы лиц и о так называемых "конечных бенефициарах" <1>;

<1> См., напр.: Постановления ФАС МО от 22 января 2013 г. по делу [N A40-55784/12-121-528](#); от 20 марта 2014 г. по делу [N A40-66537/13](#); от 23 января 2012 г. по делу [N A40-152378/10-106-1052](#); от 4 марта 2014 г. по делу [N A40-93451/2013](#).

3) иные организации.

Под иными организациями, являющимися наряду с российскими и иностранными юридическими лицами субъектами, подпадающими под действие [Закона](#) о защите конкуренции, следует понимать организации, не

являющиеся юридическими лицами как по отечественному, так и по иностранному праву, однако в определенной степени обладающие самостоятельной правоспособностью. Правовой статус таких организаций определяется с учетом законодательства соответствующего государства, где создано и (или) осуществляет свою деятельность соответствующая организация. В России, например, к организациям такого рода относятся общественные объединения, не прошедшие государственную регистрацию в качестве юридического лица.

Авторам неизвестны случаи привлечения таких организаций к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства. Более того, в практике российских судов обращает на себя внимание судебный спор по так называемому "картельному сговору на рынке пангасиуса" (дело N А40-143256/2013), в котором один из предполагаемых (по мнению ФАС России) участников антиконкурентного соглашения - Управленческий комитет по экспорту пангасиуса на российский рынок (Vietnam Executive of Seafood Export to Russia Market (N 2 Ngoc Ha St., Ba Dinh District, Hanoi, Vietnam)) - был исключен судом из числа участников такого соглашения <1>;

<1> См.: [Постановление](#) 9 ААС от 27 февраля 2015 г. по делу N А40-143256/13.

4) федеральные органы исполнительной власти.

В соответствии с [п. 1](#) Указа Президента РФ от 9 марта 2004 г. N 314 "О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти" в систему федеральных органов исполнительной власти входят федеральные министерства, федеральные службы и федеральные агентства.

В качестве примера привлечения федерального органа государственной власти к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства может служить спор между ФАС России и Министерством сельского хозяйства РФ по поводу правомерности привлечения министерства к ответственности за нарушение [ч. 1 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции <1>;

<1> См.: [Постановление](#) ФАС МО от 1 августа 2013 г. по делу N А40-103196/12-122-526.

5) органы государственной власти субъектов РФ.

Согласно [ст. 2](#) Федерального закона от 6 октября 1999 г. N 184-ФЗ "Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации" систему органов государственной власти субъекта РФ составляют:

- законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта РФ;
- высший исполнительный орган государственной власти субъекта РФ;
- иные органы государственной власти субъекта РФ, образуемые в соответствии с конституцией (уставом) субъекта РФ.

Одним из примеров привлечения органа государственной власти субъекта РФ к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства может служить дело, в котором Министерство здравоохранения Саратовской области, издав соответствующий ненормативный правовой акт, возложило на хозяйствующие субъекты, занимающиеся оптовой торговлей лекарственными средствами на территории Саратовской области, не предусмотренную законом обязанность по обращению в ГАУ Саратовской области "Центр контроля качества и сертификации лекарственных средств" для прохождения мониторинга качества лекарственных средств, чем нарушила [ч. 1 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции. Суды в данном споре поддержали позицию Управления ФАС России по Саратовской области <1>;

<1> См.: [Постановление](#) ФАС ПО от 6 августа 2013 г. по делу N А57-24285/2012.

6) органы местного самоуправления.

Структуру органов местного самоуправления в соответствии с [ч. 1 ст. 34](#) Федерального закона "Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации" составляют:

- представительный орган муниципального образования;
- глава муниципального образования;
- местная администрация (исполнительно-распорядительный орган муниципального образования);
- контрольно-счетный орган муниципального образования;
- иные органы и выборные должностные лица местного самоуправления, предусмотренные уставом муниципального образования и обладающие собственными полномочиями по решению вопросов местного значения.

Антимонопольные споры с органами местного самоуправления в большинстве случаев по объяснимым причинам рассматриваются на уровне территориальных управлений ФАС России ^{<1>};

^{<1>} См., напр.: Постановления ФАС ВСО от 20 ноября 2014 г. по делу [N A33-291/2014](#); ФАС ВВО от 10 декабря 2014 г. по делу [N A79-574/2014](#).

7) иные органы или организации, осуществляющие функции государственных и муниципальных органов.

К указанной категории субъектов следует относить те органы или организации, которым переданы или которые наделены отдельными функциями федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления.

В качестве примера можно привести решения ФАС России о нарушении антимонопольного законодательства в отношении Государственной комиссии по радиочастотам (ГКРЧ);

8) государственные внебюджетные фонды.

В соответствии со [ст. 144](#) Бюджетного кодекса РФ государственные внебюджетные фонды, наряду с государственными органами, имеют два уровня: федеральный уровень, к которому относятся Пенсионный фонд РФ, Фонд социального страхования РФ и Федеральный фонд обязательного медицинского страхования, а также региональный уровень, к которому относятся территориальные фонды обязательного медицинского страхования.

Примером судебных споров между государственными внебюджетными фондами и антимонопольным органом может служить дело [N A45-9135/2014](#), в котором суды первой и апелляционной инстанции оставили в силе решение и предписание Управления ФАС России по Новосибирской области, вынесенные в отношении Территориального фонда обязательного медицинского страхования Новосибирской области в связи с допущенным последним нарушением [ч. 1 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции;

9) ЦБ РФ.

Согласно [ст. 1](#) Федерального закона "О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)" статус, цели деятельности, функции и полномочия ЦБ РФ определяются [Конституцией](#) РФ, названным [Законом](#) и другими федеральными законами;

10) физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели.

В соответствии с [п. 1 ст. 23](#) ГК РФ гражданин вправе заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица с момента государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя.

Ранее для физических лиц и индивидуальных предпринимателей [Закон](#) о защите конкуренции не содержал каких-либо иммунитетов, однако на разных площадках в 2014 г. активно велась дискуссия о целесообразности введения в антимонопольное законодательство отдельных послаблений для субъектов малого предпринимательства (к которым относятся и индивидуальные предприниматели). В результате этой дискуссии принят Федеральный [закон](#) от 3 июля 2016 г. N 264-ФЗ, предусматривающий иммунитеты для отдельных категорий индивидуальных предпринимателей.

На сегодняшний день практика антимонопольного органа по привлечению индивидуальных предпринимателей к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства вполне сложилась. Так, наравне с другими участниками соответствующих рынков индивидуальные предприниматели несут ответственность за заключение антиконкурентных соглашений, недобросовестную конкуренцию, иные нарушения антимонопольного законодательства. К примеру, в одном из дел антимонопольный орган, а впоследствии и суд, признали индивидуального предпринимателя и лиц, входящих с ним в одну группу, нарушившими [п. 2 ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции путем заключения и участия в соглашении, которое привело к поддержанию цен на торгах в открытых аукционах в электронной форме [<1>](#).

[<1>](#) См.: [Постановление](#) ФАС МО от 25 июня 2013 г. по делу N А40-64690/12-130-611.

3. [Часть 2 комментируемой статьи](#) определяет порядок применения положений [Закона](#) о защите конкуренции к достигнутым за пределами территории РФ соглашениям между российскими и (или) иностранными лицами либо организациями, а также к совершаемым ими действиям.

Данной нормой закрепляется возможность экстратерриториального применения [Закона](#) о защите конкуренции. Термин "экстратерриториальность" широко используется в международных соглашениях, актах международных судов и юридической литературе [<1>](#). Наравне с указанным термином в юридической литературе [<2>](#) и отдельных разъяснениях ФАС России [<3>](#) используется также термин "экстерриториальность". В настоящем комментарии мы придерживаемся первого варианта написания данного понятия.

[<1>](#) См., напр.: Римский [статут](#) Международного уголовного суда (вместе с Пособием для ратификации и имплементации...) (принят в г. Риме 17 июля 1998 г. Дипломатической конференцией полномочных представителей под эгидой ООН по учреждению Международного уголовного суда) // СПС "КонсультантПлюс". См. также: Постановление Европейского суда по правам человека от 12 июля 2007 г. по делу "Йоргич (Jorgic) против Германии" // СПС "КонсультантПлюс"; Максименко А. [Закон о конкуренции: экстратерриториальность](#) // Корпоративный юрист. 2010. N 5. С. 19 - 22; Хохлов Е. [Последние изменения законодательства](#) в сфере контроля за экономической концентрацией // Корпоративный юрист. 2009. N 12. С. 8 - 12.

[<2>](#) См.: Малаев С.С. [Экстерриториальное действие уголовно-процессуального закона](#) // Международное уголовное право и международная юстиция. 2011. N 2. С. 3 - 5; Морозов Д.В. [Экстерриториальные нормы и доктрина](#) международного частного права // Журнал российского права. 2011. N 7. С. 98 - 106.

[<3>](#) См.: [письмо](#) ФАС России от 27 декабря 2011 г. N ИА/48801 "О применении "третьего антимонопольного пакета".

Если следовать буквальному прочтению комментируемой нормы, то формально [Закон](#) о защите конкуренции может применяться к любым антиконкурентным соглашениям (действиям), достигнутым (совершенным) за пределами РФ, если такие соглашения (действия) оказывают влияние на состояние конкуренции на территории РФ, что подразумевает под собой достаточно широкий круг возможных ситуаций (к примеру, сделки экономической концентрации, картельные и иные антиконкурентные соглашения, случаи недобросовестной конкуренции).

Вместе с тем на практике до настоящего времени [Закон](#) о защите конкуренции экстратерриториально применялся в первую очередь в отношении сделок экономической концентрации, в том числе с учетом норм [ст. 26.1](#) Закона, раскрывающих, что "именно для этого института (и только для него) означает влияние на состояние конкуренции в России" [<1>](#).

<1> Дианов В., Егорушкин А., Хохлов Е. [Комментарий](#) к "третьему антимонопольному пакету". М.: Статут, 2012; СПС "КонсультантПлюс".

С принятием текущей редакции комментируемой нормы связываются определенные надежды на интенсификацию работы антимонопольных органов в направлении международных картелей <1>.

<1> См.: Кинев А.Ю. [Картели и другие антиконкурентные соглашения](#) // СПС "КонсультантПлюс".

Вместе с тем объективные сложности выявления картелей, заключенных за пределами территории РФ (равно как и любых других антиконкурентных соглашений и (или) действий), проведения соответствующего расследования, сбора и закрепления доказательств, а равно сложности принудительного исполнения [Закона](#) о защите конкуренции <1> продолжают выступать серьезным препятствием для того, чтобы [Закон](#) о защите конкуренции широко применялся экстратерриториально.

<1> См.: Борзило Е.Ю. [Антимонопольные риски предпринимательской деятельности](#): Научно-практическое руководство. М.: Статут, 2014; СПС "КонсультантПлюс".

Одним из возможных вариантов преодоления указанных сложностей могло бы стать заключение РФ международных соглашений, которыми бы прямо устанавливался экстратерриториальный характер применения антимонопольного права для участвующих в таком международном соглашении государств, как это широко применяется рядом стран (и межгосударственными образованиями), чья конкурентная политика пользуется заслуженным уважением в мире (к примеру, США, ЕС, Австралия). Повышение уровня доверия судебных систем разных стран на основе принципа взаимности, а также заключение на межгосударственном уровне соглашений о признании и принудительном приведении в исполнение судебных решений судов одного государства - участника такого соглашения в другом государстве - участнике такого соглашения могли бы выступить дополнительными мерами, повышающими экстратерриториальное влияние российской антимонопольной политики в мире. Вместе с тем названные меры выходят за пределы полномочий антимонопольного органа и остаются на усмотрение, в первую очередь, исполнительной и законодательной властей РФ в контексте проводимой Россией международной политики.

4. [Часть 3 комментируемой статьи](#) устанавливает исключение из сферы действия [Закона](#) о защите конкуренции отношений, возникающих на трансграничных рынках, контроль соблюдения которых отнесен к компетенции ЕЭК, и подпадающих под соответствующее международное регулирование <1>.

<1> Подробнее об этом см.: [п. 1](#) письма ФАС России от 24 декабря 2015 г. N ИА/74666/15 "О применении "четвертого антимонопольного пакета".

[Договор](#) о ЕАЭС устанавливает пределы контроля ЕЭК за соблюдением антимонопольных правил на территории трансграничных рынков ЕАЭС. [Критерии](#) отнесения рынка к трансграничному определены решением Высшего Евразийского экономического совета от 19 декабря 2012 г. N 29.

Статья 4. Основные понятия, используемые в настоящем Федеральном законе

Комментарий к [статье 4](#)

1. В комментарии к настоящей статье раскрывается лишь несколько понятий, приведенных в [ст. 4](#) Закона о защите конкуренции: товара, взаимозаменяемых товаров, товарного рынка и потребителя. Иные понятия, приведенные в [ст. 4](#) Закона, раскрываются в комментариях к статьям, к которым такие понятия имеют непосредственное отношение.

Для удобства использования комментария ниже приведена таблица с отсылками на статьи, в которых

раскрываются соответствующие понятия.

Таблица

Пункт ст. 4	Понятие	Статья, в комментарии к которой раскрыто понятие
2	финансовая услуга	18
5	хозяйствующий субъект	5
6	финансовая организация	18
7	конкуренция	1
8	дискриминационные условия	10
9	недобросовестная конкуренция	14
10	монополистическая деятельность	1
11	систематическое осуществление монополистической деятельности	38
12	необоснованно высокая цена финансовой услуги, необоснованно низкая цена финансовой услуги	10
13	конкурентная цена финансовой услуги	10
14	координация экономической деятельности	11
15	антимонопольный орган	22
16	приобретение акций (долей) хозяйственных обществ	28
17	признаки ограничения конкуренции	ч. 4 ст. 11
18	соглашение	11
19	"вертикальное" соглашение	11
20	государственные или муниципальные преференции	19

21	экономическая концентрация	26.1
22	лицо, являющееся объектом экономической концентрации	28

2. Понятия товара, взаимозаменяемых товаров, товарного рынка и потребителя являются центральными понятиями, предусмотренными в [ст. 4](#) Закона о защите конкуренции. Эти понятия проходят красной нитью по всему [Закону](#) и являются системообразующими для всего антимонопольного законодательства. Так или иначе, практически каждый институт [Закона](#) о защите конкуренции опирается на эти понятия.

Товар согласно Закону о защите конкуренции ([п. 1 ст. 4](#)) означает объект гражданских прав, который отнесен к таковым [ст. 128](#) ГК РФ и предназначен для продажи, покупки, мены и иного введения в оборот. К числу товаров, таким образом, не относятся такие объекты гражданских прав, которые не предназначены для введения в оборот (например, результаты интеллектуальной деятельности или нематериальные права).

Товаром является не только продукция и иные вещи, но и нематериальные объекты, подлежащие обмену или иному введению в оборот, включая результаты работ и оказание услуг, права на результаты интеллектуальной деятельности.

Сделки, направленные на оборот товара, формируют сферу его обращения, которая и является товарным рынком. Проведение анализа товарного рынка и состояния конкуренции на нем является обязательным для антимонопольного органа при: 1) рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства [<1>](#); 2) принятии решений в рамках государственного контроля за экономической концентрацией [<2>](#); 3) решении вопросов о принудительном разделении (выделении) участников рынка в случае систематического осуществления ими монополистической деятельности [<3>](#).

[<1>](#) См.: [ч. 5.1 ст. 45](#) Закона о защите конкуренции и [п. 1.1](#) Порядка анализа товарных рынков.

[<2>](#) См.: [п. 1.1](#) Порядка анализа товарных рынков.

[<3>](#) См.: [п. 1.1](#) Порядка анализа товарных рынков и [ст. 38](#) Закона о защите конкуренции.

Определение товарного рынка представляет собой комплексную процедуру, раскрытие которой представляется возможным через описание каждого из ее элементов отдельно. Подробно каждый из элементов описан в [Порядке](#) анализа товарных рынков. В настоящем [комментарии к ст. 4](#) Закона о защите конкуренции данный [Порядок](#) взят за основу при раскрытии понятия и процедуры определения товарного рынка.

3. Продуктовые границы товарного рынка. Понятие товарного рынка определено в Законе о защите конкуренции как "сфера обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров, в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами" ([п. 4 ст. 4](#)). Первым элементом определения товарного рынка является выявление взаимозаменяемых товаров, которые и составляют продуктовые границы товарного рынка.

Согласно Закону о защите конкуренции под взаимозаменяемыми товарами понимаются товары, которые могут быть сравнимы по их функциональному назначению, применению, качественным и техническим характеристикам, цене и другим параметрам таким образом, что приобретатель (как физическое, так и юридическое лицо) действительно заменяет или готов заменить один товар другим при потреблении ([п. 3 ст. 4](#)).

Таким образом, продуктовые границы товарного рынка - это товарная группа, сфера обращения определенных товаров, которые, по субъективному мнению приобретателей таких товаров, являются схожими для целей потребления. Целью потребления может быть не только использование продукции конечными потребителями по ее назначению, но и потребление в производственных целях, для целей перепродажи и т.п. В этой связи важно отметить, что под потребителем Закон о защите конкуренции понимает любое лицо, приобретающее товар вне зависимости от целей такого приобретения ([п. 23 ст. 4](#)), например, это может быть покупатель, приобретающий продукцию для целей перепродажи и не являющийся непосредственно конечным

потребителем такой продукции. Согласно буквальному толкованию понятия "потребитель" (п. 23 ст. 4) оно подразумевает наличие факта приобретения товара - намерения приобрести товар в будущем или фактов приобретения товара в прошлом может быть недостаточно для квалификации лица в качестве потребителя. Представляется, что по смыслу [Закона](#) о защите конкуренции такое буквальное толкование не должно применяться. Так, например, одним из последствий злоупотребления доминирующим положением согласно [ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции является ущемление интересов неопределенного круга потребителей, при этом под неопределенным кругом потребителей, очевидно, имеются в виду не только текущие покупатели товара, но и все те, кто его намеревается купить и чьи интересы также могут быть нарушены в результате злоупотребления.

В рамках определения продуктовых границ рынка из определенной товарной группы исключаются все товары, которые, по мнению потребителей, не подходят им для целей потребления. Если товарный рынок определяется в случае нарушения [Закона](#) о защите конкуренции со стороны потребителя товара <1>, то продуктовые границы определяются исходя из субъективного мнения поставщиков товара относительно возможности поставки и (или) производства такого товара <2>.

<1> Имеются в виду такие ситуации, когда потребитель оказывает существенное влияние на рынок (и, соответственно, поставщиков и (или) производителей), как правило в случае монополии, т.е. присутствия единственного потребителя на рынке определенного товара.

<2> См.: [п. 3.2](#) Порядка анализа товарных рынков.

Процедура определения продуктовых границ товарного рынка антимонопольным органом включает в себя следующие этапы <1>.

<1> См.: [разд. III](#) Порядка анализа товарных рынков.

А. Предварительное определение товара. На этапе предварительного определения товара учитывается в том числе следующее: 1) условия договоров, заключенных в отношении товара; 2) разрешения (лицензии) на осуществление видов деятельности, связанных с производством и (или) реализацией товара; 3) нормативные акты, регулирующие производство и (или) реализацию товара; 4) данные общероссийских классификаторов; 5) информация из словарей и справочников; 6) заключения специалистов <1>. На рассматриваемом этапе анализа рынка следует учитывать как можно больше из указанных выше источников данных, так как использование только одного источника (например, данных общероссийских классификаторов) может привести к искусственному сужению предмета исследования и впоследствии к неправильному определению продуктовых границ рынка <2>.

<1> См.: Там же. [Пункт 3.4](#).

<2> См., напр.: Постановления АС ВВО от 27 апреля 2015 г. [N Ф01-1283/2015](#) по делу N А38-5519/2013; ФАС МО от 9 ноября 2012 г. по делу [N А40-15520/12-120-145](#); АС УО от 27 августа 2015 г. [N Ф09-5836/15](#) по делу N А76-26908/2013.

Определение продуктовых границ товарного рынка не может осуществляться исключительно на основании предварительного определения товара. Иными словами, указанных выше источников информации, используемых в рамках предварительного определения товара (например, только данных общероссийских классификаторов), недостаточно для полноценного определения продуктовых границ товарного рынка <1>.

<1> См., напр.: [Определение](#) ВАС РФ от 23 апреля 2013 г. по делу N А03-1338/2012.

При предварительном определении товара, так же как и на последующих этапах определения

продуктовых границ рынка, учитываются как товары, произведенные в России (включая услуги, оказываемые российскими исполнителями), так и товары иностранного производства (включая услуги, оказываемые иностранными исполнителями). Пропуск данного этапа анализа рынка или отсутствие в аналитическом отчете четкого указания на данные, которые были использованы в рамках предварительного определения товара, является основанием для оспаривания соответствующего решения антимонопольного органа <1>.

<1> См., напр.: Постановления АС ВВО от 20 октября 2014 г. по делу [N A38-4080/2013](#); ФАС ВСО от 9 апреля 2014 г. по делу [N A33-14829/2013](#).

Б. Выявление свойств товара, определяющих выбор приобретателя. К таким свойствам в том числе относятся: 1) функциональное назначение, цель потребления товара и его потребительские свойства; 2) применение товара, например, перепродажа либо личное потребление или профессиональное использование; 3) качественные характеристики, например вид, сорт, ассортимент, дизайн, упаковка, реклама, особенности в системе распространения и сбыта; 4) технические характеристики, например, эксплуатационные показатели, ограничения по транспортировке, условия сборки, ремонта, технического обслуживания, особенности профессионального или производственного использования; 5) цена; 6) условия реализации, в том числе размер партий товара, способ реализации товара <1>.

<1> См.: [п. 3.5](#) Порядка анализа товарных рынков.

Одни и те же товары могут восприниматься разными приобретателями как невзаимозаменяемые, так как для одной категории потребителей могут быть важны отдельные свойства товаров, которые для другой категории не представляют интереса. Например, для оптовых покупателей, приобретающих товар для целей перепродажи, потребительские качества такого товара могут не иметь столь важного значения, как для конечных потребителей. Так, ВАС РФ поддержал позицию ФАС России, согласно которой для оптовых покупателей - перепродавцов бензинов и дизельного топлива эти два товара составляют одну товарную группу, так как качественные характеристики этих товаров, имеющие значение для конечных потребителей, не имеют такого значения для оптовых покупателей <1>.

<1> См.: [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 25 мая 2010 г. N 16678/09.

В. Выявление иных товаров, потенциально являющихся взаимозаменяемыми с данным товаром. Выявление таких товаров осуществляется посредством: 1) сбора экспертных оценок в отношении товаров, которые потенциально являются взаимозаменяемыми; 2) анализа близких по свойствам товаров, входящих в одну группу одного из общероссийских классификаторов и (или) товарной номенклатуры внешнеэкономической деятельности <1>.

<1> См.: [п. 3.6](#) Порядка анализа товарных рынков.

В рамках данного этапа могут учитываться в том числе а) заключения органов статистики, б) сведения от налоговых, таможенных и иных государственных органов, ЦБ РФ, органов местного самоуправления; в) результаты экономических и товароведческих экспертиз, заключения специализированных организаций; г) данные ведомственных и независимых информационных центров и служб, объединений потребителей и объединений производителей; д) выводы маркетинговых, социологических исследований, выборочных опросов и анкетирования; е) данные, предложенные к рассмотрению хозяйствующими субъектами <1>. Все приведенные данные должны учитываться, если только они верифицируемы, т.е. возможно определить их подлинность и достоверность источников, на которых такие данные основаны. В некоторых случаях пропуск этого этапа при определении продуктовых границ товарного рынка может привести к неверному результату <2>.

<1> См.: [п. 1.5](#) Порядка анализа товарных рынков.

<2> См., напр.: [Постановление](#) ФАС ВСО от 15 апреля 2013 г. по делу N А69-1004/2012.

Г. Определение взаимозаменяемых товаров. Данный этап является завершающим и ключевым при определении продуктовых границ товарного рынка. Антимонопольные органы применяют следующие методы для определения взаимозаменяемых товаров <1>.

<1> См.: [п. 3.9](#) Порядка анализа товарных рынков.

- "тест гипотетического монополиста". Данный тест впервые был принят в начале 80-х гг. XX в. Министерством юстиции США для целей анализа антиконкурентных последствий в результате сделок слияний и поглощений <1>. Позднее "тест гипотетического монополиста" стал одним из наиболее распространенных инструментов определения взаимозаменяемых товаров, применяемых антимонопольными органами по всему миру.

<1> См.: Merger Guidelines, опубликованные в 4-м выпуске Trade Reg. Rep. (ССН) 13,102, 14 июня 1982 г., доступны в сети Интернет по адресу: <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11248.htm>.

Суть теста сводится к определению мнения приобретателей, покупающих один товар (далее - товар А), относительно их готовности "переключиться" на другие товары (далее - товары Б и В) при долговременном (более одного года) повышении цены на товар А на 5 - 10%, при условии, что цены на товары Б и В останутся прежними. Если потребители выражают такую готовность и в результате их гипотетического "переключения" на товары Б и В выручка поставщика товара А падает по сравнению с его выручкой до повышения цены (т.е. повышение цены на товар А для него невыгодно), то товары А, Б и В считаются принадлежащими к одной товарной группе. Данный метод основан на проведении выборочных или сплошных опросов покупателей <1>. В этой связи проведение опросов при определении взаимозаменяемых товаров является необходимым <2>. Опрос должен быть репрезентативным, т.е. проводиться среди потребителей разного профиля, и количество респондентов должно быть достаточным для выявления общих потребительских предпочтений на рынке. Если опрос не является репрезентативным, то он может привести к неправильному определению взаимозаменяемых товаров <3>;

<1> См.: [п. п. 3.2 и 3.9](#) Порядка анализа товарных рынков.

<2> См.: [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. N 1162/13.

<3> См., напр.: [Постановление](#) 2 ААС от 9 ноября 2012 г. по делу N А17-1714/2012.

- анализ ценообразования и динамики цен, изменения объема спроса при изменении цен. Этот метод основан на фактической информации об изменении спроса на рынке при изменении цен на тот или иной товар. Например, в период экономического кризиса 2008 - 2009 гг. цены на многие товары выросли, и в результате потребители стали "переключаться" на другие товары. Наличие фактов таких "переключений" может свидетельствовать о взаимозаменяемости товаров;

- расчет показателя перекрестной эластичности спроса <1>. В рамках данного метода определяется соотношение между изменением спроса на определенный товар и соответствующим изменением цены на этот товар. Например, при росте цены на товар на 20% спрос на этот товар падает на 25% и "переключается" на другой товар. В таком случае соотношение изменения спроса и цены (т.е. показатель перекрестной эластичности) будет составлять 1,25 (25% : 20%). В [п. 3.10](#) Порядка анализа товарных рынков указано, что товары считаются взаимозаменяемыми на основании метода перекрестной эластичности спроса, если показатель перекрестной эластичности **превышает** 1. Применительно к примеру, приведенному выше, это означает, что при падении спроса лишь на 20% товар, на который "переключился" спрос, не будет считаться взаимозаменяемым согласно данному методу, так как показатель перекрестной эластичности будет составлять ровно 1.

<1> См.: [п. 3.10](#) Порядка анализа товарных рынков.

В 2015 г. в [Порядок](#) анализа товарных рынков были внесены изменения, согласно которым один из указанных выше трех методов определения взаимозаменяемых товаров должен быть выбран в рамках подготовки анализа и антимонопольный орган должен обосновать свой выбор. При этом если антимонопольный орган проводит тест гипотетического монополиста, то обоснование выбора этого метода приводить не требуется и иные методы для целей определения взаимозаменяемых товаров могут не использоваться <1>. Это означает, что тест гипотетического монополиста является приоритетным для определения взаимозаменяемых товаров.

<1> См.: [п. 3.8](#) и [п. 3.9](#) Порядка анализа товарных рынков.

Важно отметить, что в [п. 3.7](#) Порядка анализа товарных рынков предусмотрен следующий универсальный тест для определения невзаимозаменяемых товаров: "Товары не относятся к взаимозаменяемым, если для замены товара другим товаром в процессе потребления требуется более года или в связи с заменой приобретатель товара несет значительные издержки (превышающие, как правило, 10% от цены товара) и если при этом антимонопольный орган не располагает информацией о том, что такая замена имела или имеет место, а также если такая информация не представлена хозяйствующим субъектом" (далее - тест 10%).

Применение теста 10% достаточно формально и основано на допущении, что постоянная 10-процентная разница в цене между двумя товарами рассматривается потребителями как достаточное препятствие для "переключения" их спроса с одного товара на другой. Однако, как указано в описании теста 10%, это лишь допущение, которое может быть опровергнуто (в том числе на основании информации, предоставленной участниками рынка), если "переключения" спроса потребителей, несмотря на 10-процентную разницу в цене, в действительности происходили или происходят (возможности "переключения" спроса в данном случае недостаточно, должен быть подтвержден факт "переключения" спроса). Иными словами, тест 10% использует цену как единственный фактор, определяющий спрос, между тем на практике для потребителей определяющими могут быть и другие факторы, например, качество товара, определенные свойства товара и т.д. Указанные выше три метода для определения взаимозаменяемых товаров как раз и позволяют выявить ситуации, когда цена может не играть решающей роли при формировании потребительского спроса.

Применительно к тесту 10% необходимо отметить, что сравнение цен должно осуществляться в отношении сопоставимых товаров. Это особенно актуально в отношении товаров, дифференцированных по качественным и иным характеристикам, поскольку определенный подвид товара может не подходить для нужд отдельных потребителей. Поэтому сравнение цен в такой ситуации следует осуществлять в отношении сопоставимых подвидов или классов товаров <1>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) ФАС МО от 29 апреля 2014 N Ф05-16108/12 по делу N A40-79104/12.

В складывающейся до недавнего времени судебной практике применение теста 10%, как правило, признавалось достаточным для подтверждения невзаимозаменяемости товаров <1>. Однако, как говорилось выше, в 2015 г. в [Порядок](#) анализа товарных рынков были внесены изменения, по сути, указывающие на обязанность выбора одного из трех методов для определения взаимозаменяемых товаров, предусмотренных в [п. 3.8](#) этого акта. В этой связи представляется, что судебная практика должна постепенно меняться в сторону применения более глубокого экономического анализа в рамках определения взаимозаменяемых товаров.

<1> См., напр.: Постановления ФАС МО от 14 октября 2011 г. по делу [N A40-150459/10-154-1014](#); ФАС УО от 28 декабря 2012 г. по делу [N A76-112/2012](#).

4. Географические границы товарного рынка. Этот этап определения границ товарного рынка также содержится в понятии товарного рынка, предусмотренном в [Законе](#) о защите конкуренции: "товарный рынок - сфера обращения товара... в границах которой (**в том числе географических**) исходя из экономической,

технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами" (п. 4 ст. 4). По своей сути подход к определению географических границ товарного рынка схож с определением продуктовых границ. Разница состоит в том, что субъективное мнение потребителей о возможности заменить в процессе потребления один товар другим здесь относится не к характеристикам или качествам самого товара, а касается территории, на которой товары могут быть приобретены или проданы.

Таким образом, если один товар с одной территории может быть заменен в потреблении другим товаром с другой территории, то такие товары относятся к одному товарному рынку. Напротив, если товар может быть приобретен исключительно на определенной территории, то и рынок такого товара будет ограничен этой территорией.

Под территорией для целей определения географических границ рынка понимается абсолютно любая территория. Это может быть мировой рынок, включающий множество стран (например, в случае какого-либо IT-продукта, который продается посредством сети Интернет и может быть приобретен где угодно). А может быть рынок с крайне узкими географическими границами (например, территория села, расположенного в малонаселенной местности, или даже улица, если за ее пределами приобрести какой-либо товар не представляется возможным).

Естественно, что территория, на которой может быть приобретен товар, во многом зависит от характера потребления (промышленное потребление, потребление конечными приобретателями, приобретение товара посредниками и др.). Например, границы территорий, на которых товары приобретают оптовые покупатели - перепродавцы товара (дистрибьюторы, розничные сети), как правило, шире границ территорий, на которых товар приобретается конечными потребителями <1>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 25 мая 2010 г. N 16678/09.

Этапы определения географических границ рынка сходны с этапами определения продуктовых границ <1>.

<1> См.: п. 4.1 Порядка анализа товарных рынков.

Первый этап - **предварительное определение географических границ товарного рынка**, которое осуществляется также на основе проверки договорных условий (например, местонахождение поставщиков товара согласно договорам поставки), нормативных актов, регулирующих производство и (или) реализацию товара (например, анализа актов, территориально ограничивающих реализацию товара), и др. Важным элементом определения географических границ товарного рынка является определение структуры товаропотоков, т.е. определение границ территории, за пределы которой вывозится и на которую ввозится не более 10% от общего объема рассматриваемой товарной массы <1>. Тест по определению структуры товаропотоков в экономической теории имеет название теста **Elzinga - Hogarty** <2>. Проведение этого теста является крайне важным, поскольку позволяет эмпирически установить возможность беспрепятственного перемещения товаров между разными территориями. Наличие фактов перемещения существенного объема товаров с одной территории на другую может свидетельствовать о том, что обе такие территории входят в единый товарный рынок. Непроведение данного теста (анализа товаропотоков) чревато ошибками в последующем определении географических границ товарного рынка <3>.

<1> См.: [подп. "в" п. 4.2](#) Порядка анализа товарных рынков.

<2> См.: <http://definitions.uslegal.com/e/elzinga-hogarty-test/>.

<3> См., напр.: Постановления АС ПО от 2 июня 2015 г. N [Ф06-23931/2015](#) по делу N А65-3898/2014; 13 ААС от 5 апреля 2016 г. по делу N [А56-61238/2015](#).

На втором этапе выявляются **условия обращения товара, ограничивающие экономические**

возможности приобретения товара. К таким условиям могут относиться в том числе: 1) требования к транспортировке товара; 2) возможность перемещения товара к покупателю или покупателя к товару; 3) наличие, доступность и взаимозаменяемость транспортных средств для перемещения товара; 4) транспортные и иные расходы, связанные с поиском и приобретением товара; 5) различные особенности территории (климат, спрос на товар и др.), на которых осуществляется реализация товара <1>.

<1> См.: [п. 4.3](#) Порядка анализа товарных рынков.

На заключительном, третьем, этапе антимонопольный орган **определяет территории, входящие в географические границы рассматриваемого товарного рынка.** Здесь также может использоваться "тест гипотетического монополиста", только вместо разных товаров (как при определении продуктовых границ) анализируются товары с разных территорий. На третьем этапе также используется метод установления фактических районов продаж (нахождение приобретателей и продавцов согласно их реальному местоположению). По аналогии с определением продуктовых границ "тест гипотетического монополиста" является приоритетным тестом для проведения анализа. Если выбран данный тест, то допустимо не использовать другие методы для определения территорий, входящих в географические границы товарного рынка. Если же применяется иной метод, то антимонопольный орган обязан обосновать причины применения именно такого иного метода <1>.

<1> См.: [п. п. 4.5 и 4.6](#) Порядка анализа товарных рынков.

Тест 10% также применяется при определении территорий, которые **не входят** в географические границы одного товарного рынка: если в связи с приобретением товара, поставляемого с каких-либо территорий (от продавцов, расположенных на каких-либо территориях), приобретатель несет значительные издержки, превышающие, как правило, 10% от средневзвешенной цены товара, доступного приобретателю в пределах определенных географических границ, то такие территории (продавцы) должны относиться к другим товарным рынкам <1>. В отличие от применения теста 10% в отношении определения невзаимозаменяемых товаров здесь не допускается какое-либо обоснование взаимозаменяемости товаров с разных территорий при разнице в цене (или издержках) более 10%. Цена является единственным и достаточным фактором, учитываемым при определении территорий, не входящих в географические границы одного товарного рынка, в рамках применения теста 10%. Однако представляется, что если, невзирая на существенную разницу в ценах на разных территориях, тем не менее имеет место значительный товарообмен между такими территориями <2>, а также "тест гипотетического монополиста" показывает готовность потребителей с одной территории приобретать товары с другой территории, то такие территории должны включаться в единые географические границы рынка.

<1> См.: [п. 4.4](#) Порядка анализа товарных рынков

<2> Например, товарообмен превышает 10% от общего объема продаж на каждой из территорий (См.: [подп. \(в\) п. 4.2](#) Порядка анализа товарных рынков).

Определение географических границ рынка неразрывно связано с продуктовыми границами рынка, поскольку территория продаж определяется для товара, который составляет продуктовые границы рынка. Поэтому если продуктовые границы рынка определены неверно, то это ставит под вопрос и определение географических границ рынка <1>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) ФАС СЗО от 24 января 2012 г. по делу N A21-68/2011 или [Постановление](#) ФАС ВВО от 12 ноября 2012 г. по делу N A38-1798/2011.

5. Иные этапы анализа конкурентной среды на товарном рынке. Определение продуктовых и определение географических границ товарного рынка являются лишь двумя этапами при проведении анализа состояния конкуренции на товарном рынке. [Порядок](#) анализа товарных рынков предусматривает также

следующие этапы анализа состояния конкуренции на товарном рынке:

- 1) определение временного интервала исследования товарного рынка;
- 2) определение состава хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке в качестве продавцов и покупателей;
- 3) расчет объема товарного рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке;
- 4) определение уровня концентрации товарного рынка;
- 5) установление доминирующего положения на рассматриваемом товарном рынке;
- 6) определение барьеров входа на товарный рынок;
- 7) оценка состояния конкурентной среды на товарном рынке;
- 8) составление аналитического отчета <1>.

<1> См.: [п. 1.3](#) Порядка анализа товарных рынков.

Набор этапов, обязательных для проведения анализа рынка, зависит от оснований для проведения такого анализа и его целей. Требуемый объем проведения анализа рынка по всем возможным основаниям указан в [Порядке](#) анализа товарных рынков.

Представляется целесообразным также более детально остановиться на следующих двух этапах анализа состояния конкуренции на товарном рынке: 1) расчет объема товарного рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке; 2) оценка состояния конкурентной среды на товарном рынке.

Расчет объема товарного рынка, как правило, осуществляется на основании объема продаж (поставок) товара, составляющего продуктовые границы данного рынка. Для расчета общего объема рынка все объемы продаж всех участников складываются. Доли участников рынка в таком случае рассчитываются как процент, приходящийся на объемы реализации товара соответствующего хозяйствующего субъекта и иных лиц, входящих с ним в одну группу лиц, в общем объеме товарного рынка. При этом, как для целей расчета общего объема рынка, так и для целей определения долей участников рынка, если один и тот же товар перепродается несколько раз на одном и том же рынке, то такие объемы перепродажи не учитываются <1>.

<1> См.: [п. п. 6.2 и 6.3](#) Порядка анализа товарных рынков.

Если информация по объемам продаж (поставок) недоступна или в силу специфики рынка она корректно не отражает реальный объем рынка, то для расчета общего объема рынка и долей его участников могут использоваться и иные показатели (например, когда производственные мощности очень слабо загружены и фактические продажи товара не отражают реальный потенциал производителей, который может быть реализован при росте спроса). К таким дополнительным показателям относятся: 1) объем производства; 2) объем товара в соответствии с заключенными договорами; 3) объем выручки от реализации соответствующего товара; 4) объем перевозок товара; 5) объем мощностей, используемых в производстве соответствующего товара, и 6) объем запасов ресурсов, используемых для производства соответствующего товара <1>.

<1> См.: [п. 6.1](#) Порядка анализа товарных рынков.

На практике зачастую возникает вопрос, в каких единицах измерять объем продаж (поставок) товара на рынке и доли его участников: в натуральном выражении (т.е. тонны, литры, километры и т.д.) или в стоимостном (т.е. стоимость реализованного товара в денежных единицах измерения).

Для ответа на этот вопрос целесообразно ориентироваться на разъяснение, содержащееся в [Приказе](#) ГКАП России от 3 июня 1994 г. N 67 "О Методических рекомендациях по определению доминирующего положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке", который по-прежнему действует в части, не противоречащей [Закону](#) о защите конкуренции. Так, согласно данному [Приказу](#), если товар на рынке однороден (т.е. с точки зрения свойств товара и наличия единого натурального показателя для исчисления объема товара), то объем реализации (поставок) следует оценивать в натуральных показателях. Здесь важно отметить, что доли участников рынка, рассчитанные в натуральном выражении в отношении однородных товаров, существенно дифференцированных по цене, могут сильно отличаться от их же долей, рассчитанных в стоимостном выражении. Такая ситуация может свидетельствовать о том, что такие товары, дифференцированные по цене, составляют разные товарные рынки (т.е. входят в разные продуктовые границы на основании теста 10% <1>).

<1> См. [подп. "г" комментария к настоящей статье](#).

При **неоднородности** товаров объем его реализации можно также измерять в натуральных показателях при наличии условной единицы товара (например, тонна условного топлива). При отсутствии такой условной единицы объем реализации данных товаров следует оценивать в стоимостном выражении <1>.

<1> См.: [п. 2.2.3](#) Приказа ГКАП России от 3 июня 1994 г. N 67 "О Методических рекомендациях по определению доминирующего положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке".

Оценка состояния конкурентной среды на товарном рынке является заключительным этапом при анализе состояния конкуренции на товарном рынке, в рамках которого суммируются выводы, сделанные на предыдущих этапах. На данном этапе делаются выводы относительно: 1) вида рынка с точки зрения развитости на нем конкуренции; 2) перспектив изменения конкуренции на рынке <1>. Данные выводы основываются на рассчитанных показателях уровня концентрации рынка, барьерах входа на него и иных факторах <2>.

<1> См.: [п. 9.1](#) Порядка анализа товарных рынков.

<2> См.: Там же. [Пункты 9.2 - 9.5](#).

Статья 5. Доминирующее положение

Комментарий к [статье 5](#)

1. Категория "доминирующее положение" была сконструирована для целей антимонопольного регулирования. В зарубежных правовых системах при определении доминирующего положения подчеркивалась возможность экономического субъекта обладать особой "рыночной властью". Так, в решении по делу **Continental Can** 1972 г. Комиссия ЕС дала следующее определение понятия "доминирующее положение": "Предприятия занимают доминирующее положение в тех случаях, когда они обладают властью вести себя независимо, что позволяет им действовать, не принимая во внимание их конкурентов, покупателей и продавцов. Это такое положение, в котором они, по причине их рыночной доли или их рыночной доли вместе с обладанием техническими знаниями, сырьевыми ресурсами либо капиталом, располагают властью устанавливать цены или контролировать производство либо распределение значительной части соответствующей продукции" <1>.

<1> См.: Право Европейского союза: правовое регулирование торгового оборота. М., 1999. С. 121.

Подобный подход в целом был воспринят российским правовым порядком. В России определение понятия доминирующего положения впервые было сформулировано в [Законе](#) о конкуренции 1991 г. и указывало на то, что такое положение дает хозяйствующему субъекту возможность ограничивать свободу экономической деятельности. Так, под доминирующим положением понималось "исключительное положение хозяйствующего

субъекта на рынке определенного товара, дающее ему возможность оказывать решающее влияние на конкуренцию, затруднять доступ на рынок другим хозяйствующим субъектам или иным образом ограничивать свободу их экономической деятельности". Впоследствии критерии рыночной власти в определении доминирующего положения уточнялись и совершенствовались.

2. Доминирующее положение устанавливает особый статус хозяйствующего субъекта на рынке, включая его права, обязанности, ответственность.

Под хозяйствующим субъектом Закон о защите конкуренции в [п. 5 ст. 4](#) понимает:

- коммерческую организацию;
- некоммерческую организацию, осуществляющую деятельность, приносящую ей доход;
- индивидуального предпринимателя;

- иное физическое лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющее профессиональную деятельность, приносящую доход, в соответствии с федеральными законами на основании государственной регистрации и (или) лицензии, а также в силу членства в саморегулируемой организации.

Последняя категория субъектов, подпадающих под определение хозяйствующего субъекта ("иное физическое лицо..."), появилась в [Законо](#) о защите конкуренции после принятия третьего антимонопольного пакета. Включение данной категории субъектов в определение хозяйствующего субъекта было призвано распространить антимонопольное законодательство на нотариусов, оценщиков и иных физических лиц, отвечающих приведенным в [п. 5 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции признакам.

Так, к примеру, после внесения соответствующих поправок в [Закон](#) о защите конкуренции и расширения круга субъектов, подпадающих под регулирование антимонопольного законодательства, антимонопольный орган возбудил дело против нотариальной палаты Краснодарского края и нотариусов Краснодарского края, являющихся членами данной палаты по признакам нарушения палатой и нотариусами - членами этой палаты [п. 1 ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции, выразившегося в установлении и поддержании цен (тарифов), а также нарушения [ч. 3 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции, выразившегося в координации со стороны нотариальной палаты экономической деятельности нотариусов <1>. Дело в итоге было прекращено в отношении всех обвиняемых со ссылкой на то обстоятельство, что указанные изменения вступили в силу после того, как были совершены вменяемые им нарушения.

<1> См.: http://www.fas.gov.ru/solutions/solutions_34350.html.

Следует отметить, что нотариусы относительно быстро при поддержке Минюста России добились от законодателя внесения в регулирующий их деятельность профильный закон - [Основы законодательства](#) о нотариате - поправок, которыми было установлено, что отношения, связанные с оплатой нотариальных действий и других услуг, оказываемых при осуществлении нотариальной деятельности, не являются предметом регулирования антимонопольного законодательства <1>.

<1> См.: [абз. 6 ст. 22](#) Основ законодательства РФ о нотариате.

Само по себе наличие у хозяйствующего субъекта доминирующего положения на соответствующем товарном рынке не может рассматриваться как нарушение. Вместе с тем, констатируя наличие столь значительной степени рыночной власти в части возможности оказывать влияние на общие условия обращения товара, закон уравнивает его бременем, налагая на субъекта, занимающего доминирующее положение, определенные ограничения и запреты. Прежде всего это необходимое ограничение свободы договора ([ст. 421](#) ГК РФ), свободы установления цен, свободы поведения на рынке. Конкретные запреты предусмотрены в [ст. 10](#) Закона о защите конкуренции (см. [комментарий к ст. 10](#) Закона).

3. Хозяйствующим субъектам не запрещается занимать доминирующее положение на рынке. Такое

положение **не** является противоправным. Оно может возникнуть вследствие получения лицом контроля над уникальными объектами инфраструктуры, что характерно для отраслей связи, электроэнергетики, железнодорожного и трубопроводного транспорта и т.д. (с учетом отнесения таких видов деятельности на законодательном уровне к сферам естественных монополий, функционирование которых в отсутствие конкуренции представляется наиболее эффективным), либо в результате неразвитости определенного рынка или эффективного осуществления субъектом предпринимательства, добросовестной конкуренции и победы в конкурентной борьбе и т.п. В последнем случае доминирующее положение производно от конкуренции и является ее закономерным итогом. Если получение доминирующего положения хозяйствующим субъектом явилось следствием его неправомерных действий либо хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, нарушил запреты, предусмотренные законом, то такие действия будут являться правонарушением.

"Доминирующее положение" является одним из основополагающих понятий **Закона** о защите конкуренции. Ввиду значимости данного понятия законодатель выделил его в отдельную **статью**.

Комментируемая **статья** предусматривает количественные и качественные критерии для установления доминирующего положения.

К качественным признакам относится наличие у хозяйствующего субъекта совокупности либо хотя бы одной из возможностей:

- оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара;
- устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов;
- затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

При этом для признания положения хозяйствующего субъекта доминирующим достаточно лишь наличия объективной возможности реализовывать одну из трех вышеприведенных моделей поведения на рынке.

5. Понятия общих условий обращения товаров, устранения с рынка и затруднения доступа на рынок не раскрываются в **Законо** о защите конкуренции. Они являются оценочными, определяются доктриной и практикой судов и антимонопольных органов.

Как правило, хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение на рынке, получает возможность оказывать решающее влияние на следующие общие условия обращения товаров: установление цен, объем (количество) продаваемого (приобретаемого) товара, состав продавцов и покупателей на данном рынке, условия заключения договоров и их дифференциацию в зависимости от контрагентов, возможность отказа от заключения договора, сокращение/прекращение производства товара (в частности, посредством создания искусственного дефицита продукции).

Устранение с рынка хозяйствующих субъектов означает, что субъект, занимающий доминирующее положение, создает условия, при которых его конкурент будет вынужден прекратить осуществление своей деятельности на рынке или существенно ее ограничить, сведя к минимуму.

Под затруднением доступа на рынок следует понимать создание препятствий или невозможности войти на рынок. Под доступом (вхождением) на рынок понимается создание нового (перепрофилирование действующего) хозяйствующего субъекта для осуществления деятельности на соответствующем товарном рынке или распространение деятельности хозяйствующего субъекта, уже существующего вне границ соответствующего рынка, на продукцию, поставляемую на рассматриваемый рынок (ввоз, импорт) посредством преодоления существующих административных, экономических и иных барьеров.

При квалификации вышеуказанных обстоятельств необходимо соотносить их с признаками ограничения конкуренции, содержащимися в **п. 17 ст. 4** Закона о защите конкуренции.

6. Количественный критерий доминирующего положения содержит указание на долю рынка, которую хозяйствующий субъект должен занимать, чтобы иметь возможность оказывать решающее влияние на рынок (т.е. иметь рыночную власть). Для определения доминирующего положения нужно различать установление индивидуального и коллективного доминирования.

7. При установлении индивидуального доминирования презюмируется, что хозяйствующий субъект, за исключением финансовой организации, занимает доминирующее положение, если его доля на рынке определенного товара превышает 50%, если только при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства или при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией не будет установлено, что, несмотря на превышение указанной величины, положение хозяйствующего субъекта на товарном рынке не является доминирующим.

Если доля хозяйствующего субъекта на рынке составляет менее 50%, доминирующее положение такого хозяйствующего субъекта может быть установлено с учетом следующих обстоятельств: неизменности или малозначительности изменения доли такого субъекта относительно размера долей на этом товарном рынке, принадлежащих конкурентам, возможности доступа на этот товарный рынок новых конкурентов либо иных критериев, характеризующих товарный рынок.

Так, признавая законным решение и предписание антимонопольного органа и оставляя без изменения акты нижестоящих судов, ФАС УО в [Постановлении](#) от 23 марта 2012 г. по делу N А60-7345/2010, в частности, сформулированы следующие подходы к применению указанных выше качественных критериев с учетом специфики рынков розничной реализации автомобильных бензинов:

- выводы антимонопольного органа о том, что в 2008 г. товарный рынок был неизменен, поскольку количество субъектов изменялось при неизменности общего количества автоматических заправочных станций, являются правильными;

- возможность влияния общества на рынок розничной реализации автомобильного топлива исследована антимонопольным органом, что нашло отражение в оспариваемом решении и аналитическом отчете, в которых указано на принадлежность заявителя к одной из вертикально интегрированных нефтяных компаний, способных влиять на рыночную ситуацию в регионе, о чем свидетельствует количество автоматических заправочных станций и доля, занимаемая ими на розничном рынке реализации нефтепродуктов, а также наличие барьеров входа на товарный рынок;

- правильными являются выводы судов об исследованности антимонопольным органом признаков доминирования общества, поименованных в [п. 2 ч. 1](#) и [ч. 3 ст. 5](#) Закона о защите конкуренции, поскольку содержание решения и материалов аналитического отчета свидетельствует о том, что антимонопольный орган проанализировал значительный период времени (весь 2008 г.), в течение которого не были установлены такие изменения доли заявителя (в том числе по отношению к долям конкурентов), которые говорили бы об отсутствии его доминирования. Антимонопольным органом также оценивалось затруднение доступа на товарный рынок новых конкурентов.

8. В [ч. 2 комментируемой статьи](#) уточнено положение о том, что не может быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации), доля которого на рынке определенного товара не превышает 35%, за исключением случаев, указанных в [ч. ч. 3 и 6 настоящей статьи](#) (т.е. при установлении коллективного доминирования и в случаях, предусмотренных иными федеральными законами). Так, в соответствии с [п. 4 ст. 21](#) Федерального закона от 7 июля 2003 г. N 126-ФЗ "О связи" для целей применения Федерального [закона](#) "О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства" хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на рынке услуг подвижной радиотелефонной связи, является оператор связи, установленная антимонопольным органом доля которого на этом рынке в географических границах РФ превышает 25%. Согласно [п. 3 ст. 25](#) Федерального закона от 26 марта 2003 г. N 35-ФЗ "Об электроэнергетике" доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта, если выполняется хотя бы одно из следующих условий:

- доля установленной мощности его генерирующего оборудования или доля выработки электрической энергии с использованием указанного оборудования в границах зоны свободного перетока превышает 20%;

- доля приобретаемой или потребляемой электрической энергии и (или) мощности в границах соответствующей зоны свободного перетока превышает 20%.

Так, например, ФАС МО в [Постановлении](#) от 11 июля 2013 г. по делу N А40-92852/12 согласился с подходом, определенным антимонопольным органом применительно к доказыванию наличия доминирующего положения у генерирующей компании - производителя электрической энергии (мощности) исходя из

совокупности критериев: по фактическому объему производства электрической энергии и по величине установленной мощности генерирующего оборудования в рамках зоны свободного перетока "Москва", а также применительно к группе лиц, в которую входит участник рынка, - в первой ценовой зоне оптового рынка электрической энергии и мощности.

9. **Частью 3 комментируемой статьи** предусмотрены правовые основы коллективного доминирования, характерного для олигополистических рынков. Для установления коллективного доминирования, т.е. признания доминирующим положения каждого хозяйствующего субъекта из нескольких хозяйствующих субъектов (за исключением финансовой организации), необходима совокупность ряда условий, предусмотренных комментируемой **статьей**.

Что касается количественного критерия при установлении коллективного доминирования, то будет применяться следующее правило:

- совокупная доля не более чем трех хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает 50%; или

- совокупная доля не более чем пяти хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает 70%.

К качественным критериям коллективного доминирования, включающим в себя структурные и поведенческие характеристики рынка, Закон о защите конкуренции (**п. п. 2 и 3 ч. 3 ст. 5**) относит следующие критерии:

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

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

В число коллективно доминирующих субъектов не могут входить хозяйствующие субъекты, доли которых на соответствующем товарном рынке не превышают 8%.

Следует отметить, что институт коллективного доминирования знаком ряду зарубежных правовых порядков (к примеру, Австрии, Германии, Франции, ЕС) и во многом является заимствованным в отечественном законодательстве. Вместе с тем практика применения данного института в РФ и упомянутых правовых порядках различается, и не всегда отмечаемые различия в российском правовом порядке оцениваются положительно. Так, в экономической литературе высказываются опасения, что нормы **Закона** о защите конкуренции, регулирующие институт коллективного доминирования, снижают стандарты доказывания для ситуаций молчаливого сговора <1>; состав для пресечения антиконкурентных сговоров становится менее трудоемким в доказывании <2>; допускается возможность индивидуального злоупотребления доминирующим положением хозяйствующего субъекта в составе коллективно доминирующих субъектов, что "отходит от первоначальной идеи противодействия молчаливому сговору" <3>.

<1> См.: Развитие и применение антимонопольного законодательства в России: по пути достижений и заблуждений: Доклад / С. Авдашева, Н. Дзагурова, П. Крючкова, Г. Юсупова; науч. ред. С. Авдашева. М.: МАКС Пресс, 2011. С. 56 - 57.

<2> См.: Борзило Е.Ю. **Антимонопольные риски предпринимательской деятельности**: Научно-практическое руководство. М.: Статут, 2014 // СПС "КонсультантПлюс".

<3> Шаститко А.Е. Коллективное доминирование на рынке: экономика и право. М.: МАКС Пресс, 2011. С.

31.

10. В **ч. 5 комментируемой статьи** констатируется, что субъект естественной монополии занимает доминирующее положение на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии.

Естественная монополия - состояние товарного рынка, при котором удовлетворение спроса на этом рынке эффективнее в отсутствие конкуренции в силу технологических особенностей производства этих товаров (услуг) и иных установленных законом причин (**ст. 3 Закона о естественных монополиях**).

Закон устанавливает следующие признаки (так называемые естественные основания) таких монополий:

1) существенное понижение издержек производства определенных товаров (услуг) на единицу товара по мере увеличения объема их производства;

2) товары (услуги), производимые субъектами естественной монополии, не могут быть заменены в потреблении другими товарами;

3) спрос на данном товарном рынке на товары, производимые субъектами естественных монополий, в меньшей степени зависит от изменения цены на этот товар, чем спрос на другие виды товаров.

Существование данного вида монополий объясняется тем, что в определенных сферах предпринимательской деятельности конкуренция по объективным экономическим причинам является неэффективной вследствие того, что один субъект предпринимательства может снабжать весь рынок, имея более низкие издержки на единицу продукции, чем имели бы несколько конкурентов. Однако для того, чтобы какая-либо сфера деятельности приобрела правовой статус естественной монополии, необходимо признание ее в качестве таковой со стороны государства.

Существует **перечень** сфер деятельности, в которых введен режим естественной монополии: транспортировка нефти и нефтепродуктов по магистральным трубопроводам; транспортировка газа по трубопроводам; железнодорожные перевозки; услуги в транспортных терминалах, портах, аэропортах; услуги общедоступной электросвязи и общедоступной почтовой связи; услуги по передаче электрической энергии; услуги по оперативно-диспетчерскому управлению в электроэнергетике; услуги по передаче тепловой энергии; услуги по использованию инфраструктуры внутренних водных путей; захоронение радиоактивных отходов; водоснабжение и водоотведение с использованием централизованной системы, систем коммунальной инфраструктуры; ледокольная проводка судов; ледовая лоцманская проводка судов в акватории Северного морского пути (**п. 1 ст. 4 Закона о естественных монополиях**).

11. В **ч. 6 Закона** о защите конкуренции регулируется вопрос признания отдельными федеральными законами хозяйствующих субъектов занимающими доминирующее положение на соответствующем товарном рынке в ситуации, когда их доля на таком рынке ниже 35%. Подробный анализ таких случаев, предусмотренных федеральными законами, приводится в **ч. 2 комментария к настоящей статье**.

Части 6.1 и 6.2 ст. 5 Закона о защите конкуренции, предусматривавшие возможность признания субъекта занимающим доминирующее положение в порядке, установленном **Законом** о защите конкуренции, исключены четвертым антимонопольным **пакетом**. Полагаем, что исключение указанных статей из **Закона** о защите конкуренции было вызвано объективными сложностями при применении данных норм.

В настоящее время процедура установления доминирующего положения производится с учетом **Порядка** анализа товарных рынков (см. **комментарий к ст. 4 Закона** о защите конкуренции). Также применению в части, не противоречащей действующему законодательству, подлежат **Методические рекомендации** по определению доминирующего положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке, утв. Приказом ГКАП России от 3 июня 1994 г. N 67.

В целях установления доминирующего положения финансовой организации антимонопольный орган проводит анализ состояния конкуренции на товарном рынке в соответствии с **Порядком** анализа товарных рынков с учетом особенностей, указанных в **Порядке** проведения анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения кредитной организации, утвержденном Приказом ФАС России от 28 июня 2012 г. N 433.

Алгоритм реализации функций ФАС России по определению доминирующего положения содержится в [Административном регламенте](#) по исполнению государственной функции по установлению доминирующего положения хозяйствующего субъекта при рассмотрении заявлений, материалов, дел о нарушении антимонопольного законодательства и при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией <1>. Данный [Регламент](#) подробно описывает процедурные вопросы по определению доминирующего положения.

<1> Утв. [Приказом](#) ФАС России от 25 мая 2012 г. N 345.

13. Признание доминирующего положения финансовой организации имеет особенности, указанные в [ч. 7 комментируемой статьи](#).

Количественный критерий доминирующего положения финансовых организаций существенно отличается от остальных хозяйствующих субъектов. [Закон](#) о защите конкуренции устанавливает общий критерий, согласно которому не может быть признано доминирующим положение финансовой организации, доля которой не превышает 10% на единственном в РФ товарном рынке или 20% на товарном рынке, обращающийся на котором товар обращается также на иных товарных рынках в РФ. Условия признания доминирующим положения финансовой организации устанавливаются Правительством РФ, а финансовой организации, поднадзорной ЦБ РФ, - Правительством РФ по согласованию с последним.

Так, в настоящее время действуют следующие нормативные акты:

- [Постановление](#) Правительства РФ от 9 июня 2007 г. N 359 "Об утверждении условий признания доминирующим положения финансовой организации (за исключением кредитной организации) и правил установления доминирующего положения финансовой организации (за исключением кредитной организации)".

Ключевой особенностью данного акта является определение основных показателей (в стоимостном выражении) в целях расчета объема разных финансовых услуг (к примеру, услуг по доверительному управлению ценными бумагами, лизинговых услуг, услуг, оказываемых фондовой и валютной биржей);

- [Постановление](#) Правительства РФ от 26 июня 2007 г. N 409 "Об утверждении условий признания доминирующим положения кредитной организации и правил установления доминирующего положения кредитной организации".

Данный акт применяется только в отношении кредитных организаций при осуществлении ими банковских операций. Установление доминирующего положения при осуществлении кредитными организациями иных финансовых услуг производится в соответствии с общим порядком установления доминирующего положения для финансовых организаций;

- [Приказ](#) ФАС России от 28 июня 2012 г. N 433 "Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения кредитной организации".

Данный акт применяется только в случае установления доминирующего положения кредитной организации при осуществлении ею банковских операций и своими нормами дополняет [Порядок](#) анализа товарных рынков, выступая по отношению к последнему специальным нормативным правовым актом. В случаях оказания кредитной организацией иных финансовых услуг (не банковских операций) установление доминирующего положения такой организации проводится с учетом норм [Порядка](#) анализа товарных рынков без каких-либо изъятий.

14. Согласно [п. 13](#) Постановления Пленума ВАС РФ N 30 установление доминирующего положения хозяйствующего субъекта производится с учетом его доли на рынке определенного товара.

При возникновении разногласий относительно обстоятельств, связанных с определением доли хозяйствующего субъекта на рынке определенного товара, арбитражный суд в случае необходимости разъяснения вопросов, требующих специальных знаний, с учетом положений [п. 1 ст. 82](#) АПК РФ, вправе назначить экспертизу.

15. **Часть 8 комментируемой статьи** предусматривает как **правомочия**, так и **обязанность** антимонопольного органа при проведении анализа состояния конкуренции в соответствии с **Порядком** анализа товарных рынков давать оценку влияющим на состояние конкуренции обстоятельствам. Несоблюдение данной обязанности, как указывалось ранее, может послужить основанием для проверки актов антимонопольного органа на предмет их обоснованности. Вместе с тем для реализации данной обязанности антимонопольный орган обладает определенными правомочиями по сбору необходимых для анализа данных. Согласно сложившейся правоприменительной практике арбитражных судов любой хозяйствующий субъект, независимо от того, ограничивает он конкуренцию или нет, обязан предоставлять антимонопольному органу информацию, необходимую ему для осуществления своих функций.

16. Давая толкование положениям комментируемой **статьи** во взаимосвязи с другими нормами антимонопольного законодательства, ФАС УО в **Постановлении** от 13 июня 2013 г. по делу N А50-21444/2012 пришел к выводу, что "цели установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта могут быть различны, по результатам достижения данных целей могут быть приняты различные акты, влекущие для данного либо иных субъектов исследованного товарного рынка определенные правовые последствия". Далее суд кассационной инстанции определяет правовую природу самого аналитического отчета: "Используемый же при данном исследовании и установлении доминирующего положения аналитический отчет является лишь анализом и оценкой состояния конкуренции на товарном рынке, принимаемый (так в тексте. - **Авт.**) антимонопольным органом при принятии различных форм актов ненормативного правового характера".

До принятия четвертого антимонопольного **пакета** и отмены Реестра сложилась судебная практика, согласно которой в судебном порядке мог быть обжалован не сам вышеуказанный аналитический отчет, а приказ о включении хозяйствующего субъекта в соответствующий Реестр ^{<1>}. Тем самым лица, полагающие, что анализ определенного товарного рынка антимонопольным органом проведен неполно, неточно и (или) имеет другие недостатки, были вправе не соглашаться с результатами анализа, оформленного аналитическим отчетом, и могли заявить соответствующие доводы в рамках обжалования приказа о включении в Реестр решений, принимаемых при осуществлении контроля за экономической концентрацией, или в рамках обжалования решений и предписаний антимонопольного органа.

^{<1>} Презумпция возможности обжалования в судебном порядке решений антимонопольного органа о включении (об исключении) хозяйствующего субъекта в реестр была прямо сформулирована в **п. 12** Постановления Пленума ВАС РФ N 30.

Вместе с тем с учетом того, что из полномочий ФАС России четвертым антимонопольным **пакетом** было исключено ведение Реестра, становится актуальным вопрос о возможности обжалования аналитического отчета в судебном порядке.

С одной стороны, если принять во внимание практику судов по вопросу обжалования актов проверки антимонопольных органов, то появляются аргументы против возможности самостоятельного обжалования аналитического отчета. Так, применительно к актам проверки ВС РФ отмечал, что "акт проверки, составленный антимонопольным органом, закрепляя результат ее проведения, сам по себе не порождает прав и обязанностей лица, поскольку не устанавливает факта нарушения антимонопольного законодательства, не содержит обязательного для исполнения требования, а лишь фиксирует признаки выявленных нарушений, в связи с чем не подлежит оспариванию в судебном порядке" ^{<1>}.

^{<1>} **Пункт 1** Обзора практики ВС РФ.

С другой стороны, два обязательных условия, установленные **п. 1 ст. 198, ч. 4 ст. 200** АПК РФ и **п. 6** Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" для признания ненормативных правовых актов недействительными, в равной мере могут выполняться как в случае обжалования приказа о включении в Реестр, так и в случае обжалования аналитического отчета. Так, при рассмотрении вопроса об обжаловании приказа о включении в Реестр суды уделяли внимание как вопросу доказанности антимонопольным органом наличия у хозяйствующего субъекта доминирующего положения, т.е. того вопроса,

который должен рассматриваться и в случае оспаривания аналитического отчета, так и вопросу автоматического возникновения у включенных в Реестр хозяйствующих субъектов дополнительных обязанностей и ограничений, приведенных в [ст. 10](#) Закона о защите конкуренции (очевидно, что данные обязанности и ограничения остаются и для тех хозяйствующих субъектов, которые не включены в Реестр в связи с его отменой, но в отношении которых ФАС России публично заявил об их доминирующем положении путем публикации аналитического отчета).

Так, например, в [Определении](#) ВАС РФ от 27 марта 2012 г. N ВАС-2751/12 по делу N А51-1601/2011 указано следующее: "Частично удовлетворяя заявленные требования, суды руководствовались [ст. 445](#) ГК РФ, [ст. 5](#) Закона о защите конкуренции и пришли к выводу об обязательности заключения спорного договора для объединения, так как оно включено в Реестр хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35%, как хозяйствующий субъект, оказывающий услуги по обслуживанию пассажиров на автовокзалах и автостанциях на территории Приморского края с долей обслуживания для потребителей в размере более 50%".

Можно заметить, что данной логикой руководствовались суды, признавая возможным обжалование в судебном порядке предупреждений антимонопольного органа <1> и приказов о проведении проверки соблюдения антимонопольного законодательства <2>.

<1> [Пункт 2](#) Обзора практики ВС РФ.

<2> Там же, [п. 3](#); [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 15 апреля 2014 г. N 18403/13.

Опционально обжалованию аналитического отчета как ненормативного акта хозяйствующие субъекты теоретически не лишены права обжаловать в суд решения и действия ФАС России, как органа, осуществляющего публичные полномочия, по составлению аналитического отчета и его публикации на сайте службы с целью признания таких решений и действий незаконными.

Вместе с тем окончательный ответ на поставленные вопросы о возможности обжалования аналитического отчета и вариантов оформления соответствующего заявления даст только судебная практика.

17. Для целей установления доминирующего положения [ч. 9 комментируемой статьи](#) предусмотрено, что временной интервал анализа состояния конкуренции определяется в зависимости от цели исследования, особенностей товарного рынка и доступности информации.

По общему правилу исходя из [п. п. 2.1 и 2.2](#) Порядка анализа товарных рынков временной интервал исследования товарного рынка определяется в зависимости от цели исследования, особенностей товарного рынка и доступности информации. В случае если исследование ограничивается изучением характеристик рассматриваемого товарного рынка, которые сложились до момента проведения исследования, проводится ретроспективный анализ состояния конкуренции на товарном рынке. В случае если для целей исследования необходим учет условий, которые в будущем сложатся на рассматриваемом товарном рынке (например, после совершения действий, за которыми осуществляется антимонопольный контроль), проводится перспективный анализ состояния конкуренции на товарном рынке, в ходе которого выявляется состояние конкуренции, существующее на момент проведения исследования, и анализируется воздействие, которое окажут подконтрольные действия на состояние конкуренции <1>.

<1> См.: [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. N 1162/13.

[Часть 9 комментируемой статьи](#) также определяет, что наименьший временной интервал анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта должен составлять один год или срок существования товарного рынка, если он составляет менее чем один год. Приветствуя появление с третьим антимонопольным пакетом данного правила в [Законо](#) о защите конкуренции, ряд экспертов одновременно высказывали опасение, что "на практике минимальная граница временного интервала, составляющая один год, будет восприниматься как достаточная для анализа состояния конкуренции и внесенное "третьим антимонопольным пакетом" изменение фактически не будет работать" <1>. В отдельных судебных делах можно проследить довольно формальный подход как ФАС России, так и судов к определению

временного интервала анализа состояния конкуренции со ссылкой на допускаемую **Законом** о защите конкуренции возможность установления наименьшего временного анализа товарного рынка, признаваемого равным одному году <2>. Однако говорить о формировании устойчивой антимонопольной и судебной практики по данному вопросу нет оснований. В действительности после принятия третьего антимонопольного пакета антимонопольный орган, определяя временной интервал проведения анализа состояния конкуренции, во многих случаях не ограничивается одним годом и по отдельным товарным рынкам исследует более продолжительный период функционирования рынка <3>.

<1> Дианов В., Егорушкин А., Хохлов Е. **Комментарий** к "третьему антимонопольному пакету". М.: Статут, 2012. С. 31.

<2> См.: **Постановление** ФАС УО от 2 июня 2014 г. по делу N А50-24126/2012.

<3> См.: Аналитический отчет по результатам анализа состояния конкуренции на оптовом рынке сжиженных углеводородных газов за 2011 г. - 1-е полугодие 2013 г. // http://fas.gov.ru/netcat_files/File/Analiticheskiy%20otchet%20po%20rynku%20SUG%20za%202011%20-%201-e%20polugodie%202013%20gg_.pdf.

Аналитический отчет по результатам анализа состояния конкуренции на рынке белого сахара за 2013 г. - I квартал 2015 г. // <http://fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=14232>.

Аналитический отчет по результатам анализа состояния конкуренции на рынке первичной оптовой реализации добытого (выловленного) краба за 2012 - 2014 гг. // <http://fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=14144>.

18. Федеральным **законом** от 3 июля 2016 г. N 264-ФЗ была введена **ч. 2.1 комментируемой статьи**, которая предусматривает иммунитет от установления доминирующего положения для юридических лиц, учредителями или участниками которых выступает одно или несколько физических лиц, и чья выручка от реализации товаров, работ или услуг за предшествующий календарный год не превышает 400 млн. руб.

При этом **Закон** о защите конкуренции допускает наличие у учредителей или участников таких юридических лиц статуса индивидуальных предпринимателей.

Указанный иммунитет не предоставляется в пяти случаях, а именно если речь идет о:

- 1) финансовой организации;
- 2) субъекте естественной монополии на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии;
- 3) хозяйствующем субъекте, имеющем в качестве учредителей или участников хозяйствующих субъектов - юридических лиц;
- 4) хозяйственном обществе, в уставном капитале которого имеется доля участия РФ, субъекта РФ, муниципального образования;
- 5) хозяйствующем субъекте, входящем в группу лиц с другим хозяйствующим субъектом или другими хозяйствующими субъектами по основаниям, предусмотренным **ч. 1 ст. 9** Закона о защите конкуренции.

Последнее исключение из предоставленного иммунитета не абсолютное, и по ряду предусмотренных в **ч. 2 комментируемой статьи** оснований вхождение хозяйствующего субъекта - юридического лица в группу лиц по-прежнему позволяет ему пользоваться таким иммунитетом.

Так, данное правило применяется в отношении групп лиц, образованных исключительно близкими родственниками и (или) супругами. При этом **Закон** о защите конкуренции предусматривает несколько вариантов определения указанной группы лиц. Первый вариант охватывает исключительно группы лиц, образованные близкими родственниками и (или) супругами, каждый из которых обладает статусом индивидуального предпринимателя. Второй вариант охватывает группы лиц, образованные юридическими лицами, участниками

которых являются физические лица - близкие родственники и (или) супруги. Третий вариант подразумевает "хозяйствующего субъекта, участником которого является индивидуальный предприниматель".

Считаем важным дать отдельное пояснение по данному варианту. Приведенное положение комментируемой [статьи](#), по всей видимости, является оговоркой юридико-технического характера, внесенной во избежание правовой коллизии, суть которой заключается в следующем. Как отмечалось ранее, [Закон](#) о защите конкуренции включает в дефиницию хозяйствующего субъекта не только юридических лиц, но и индивидуальных предпринимателей. Следовательно, индивидуальный предприниматель, являющийся участником юридического лица, в контексте [Закона](#) о защите конкуренции может продолжаться рассматриваться как отдельный хозяйствующий субъект, образующий группу лиц с юридическим лицом, участником которого он является. Во избежание такой трактовки [Закон](#) законодателем была предложена формулировка, направленная на сохранение иммунитета для юридического лица, удовлетворяющего критерию низкой выручки и образующего при этом группу лиц с собственным участником - индивидуальным предпринимателем.

19. [Часть 2.2 комментируемой статьи](#), также введенная в действие Федеральным [законом](#) от 3 июля 2016 г. N 264-ФЗ, предусматривает иммунитет от установления доминирующего положения для индивидуальных предпринимателей, чья выручка от реализации товаров, работ или услуг за предшествующий календарный год не превышает 400 млн. руб.

Из данного правила есть изъятие, допускающее установление доминирующего положения индивидуальных предпринимателей, хотя и удовлетворяющих критерию низкой выручки, но входящих в группу лиц хотя бы с одним хозяйствующим субъектом.

В то же время указанное изъятие не распространяется на группы лиц, образованные супругом и (или) близкими родственниками (родители, дети, полнородные и неполнородные братья и сестры). Определяя такие группы лиц, [Закон](#) о защите конкуренции предусматривает несколько вариантов:

(а) два индивидуальных предпринимателя, являющихся супругами и (или) близкими родственниками;

(б) индивидуальный предприниматель и юридическое лицо, единственным участником которого является супруг и (или) близкий родственник;

(в) индивидуальный предприниматель и одно или несколько юридических лиц, единственным участником (участниками) которых являются супруг и (или) близкий родственник (в том числе индивидуальные предприниматели), а также входящие с такими участниками в одну группу индивидуальные предприниматели, являющиеся их супругами и (или) близкими родственниками.

Все указанные выше варианты применяются только при условии, что выручка от реализации товаров такого хозяйствующего субъекта (таких хозяйствующих субъектов) не превышает 400 млн. руб.

Статья 6. Монопольно высокая цена товара

Комментарий к [статье 6](#)

1. Положения [ст. 6](#) Закона о защите конкуренции предусматривают два метода анализа цены товара на предмет ее соответствия признакам монопольно высокой цены: затратный метод и метод сопоставимых рынков.

Затратный метод представляет собой метод определения расходов и прибыли, необходимых для производства и реализации товара, путем сопоставления уровня рентабельности ^{<1>} занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта:

<1> Рентабельность - это величина, рассчитанная следующим образом:

$$\frac{\text{Цена} - \text{Себестоимость}}{\text{Себестоимость}} \times 100\%,$$

где цена - это стоимость единицы товара,

себестоимость - это сумма расходов, необходимых для производства и реализации единицы товара.

- с уровнем рентабельности того же самого хозяйствующего субъекта, зафиксированного в иные периоды времени <1> (п. п. п. 1 и 2 ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции), в пределах иных географических границ <2>;
либо

<1> Решение по делу в отношении ЗАО "Алкоа Металлург Рус" N 1 10/60-10 от 14 марта 2011 г.:
http://www.fas.gov.ru/solutions/solutions_32178.html.

<2> Такой подход применен антимонопольным органом в решении от 13 февраля 2012 г. по делу N 1 10/107-11 в отношении ОАО "Новолипецкий металлургический комбинат" и ООО "ВИЗ-Сталь" и судами оценен неоднозначно.

- с нормативно установленным уровнем рентабельности (для тех рынков, где уровень рентабельности установлен нормативно) <1>; либо

<1> См., напр.: [Постановление](#) ФАС ДО от 23 мая 2013 г. N Ф03-1635/2013 по делу N А51-6988/2012.

- с уровнем рентабельности других хозяйствующих субъектов, реализующих идентичный товар на рынках со сравнительно развитой конкурентной средой. К другим хозяйствующим субъектам в том числе могут относиться лица, входящие в одну группу лиц с хозяйствующим субъектом, который подозревается в установлении монопольно высокой цены. Например, в деле о монопольно высокой цене ОАО "Газпромнефть-Омск" суд поддержал позицию антимонопольного органа о допустимости сравнения экономических показателей ОАО "Газпромнефть-Омск" с иными компаниями группы ОАО "Газпромнефть", действующими на других рынках <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ЗСО от 22 октября 2009 г. по делу N А46-7410/2009.

В рамках применения затратного метода при сравнении уровня рентабельности ответчика с уровнем рентабельности на иных географических территориях (рынках) часто возникает вопрос о соотношении затратного метода и метода сопоставимых рынков, который более подробно описан ниже. Разница в данном случае состоит в стандартах выбора антимонопольными органами рынков, на которых сравниваются показатели цен и рентабельности. В случае с методом сопоставимых рынков стандарты указаны в ч. 1 ст. 6 Закона о конкуренции. При применении "затратного метода" сравнение уровней рентабельности возможно и при отсутствии всех признаков сопоставимого рынка. Однако отсутствие четкого разграничения между указанными методами иногда приводит к невозможности определить, какой метод был применен в том или ином случае <1>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) ФАС МО от 6 марта 2013 г. по делу N А40-63566/12-72-439.

Если на иных географических территориях не обращается товар, идентичный рассматриваемому товару, а также невозможно сравнить уровень рентабельности рассматриваемого хозяйствующего субъекта в ретроспективе, тогда допустимо осуществлять сравнение уровня рентабельности доминирующего хозяйствующего субъекта с уровнем отраслевой рентабельности по соответствующему виду хозяйственной деятельности <1>.

<1> См., напр.: решение и предписание ФАС России в отношении группы лиц в составе ЗАО "ФосАгро АГ" и ООО "Балаковские минеральные удобрения" по делу N 1 10/12-09 от 21 августа 2009 г.:
http://fas.gov.ru/solutions/solutions_26559.html.

Если антимонопольным органом зафиксировано увеличение уровня рентабельности занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта за счет повышения цены на товар при сохранении уровня издержек его производства и реализации либо за счет снижения издержек при сохранении уровня цены на товар, тогда цена товара может быть признана монопольно высокой. Также цена товара может быть признана антимонопольным органом как монопольно высокая в том случае, если установлено, что уровень рентабельности занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта существенно превышает уровень рентабельности от реализации идентичного товара хозяйствующими субъектами на иных рынках (в пределах иных географических границ), характеризующихся более развитой конкурентной средой.

При этом обозначенные в п. п. 1 и 2 ч. 1 ст. 6 Закона о защите конкуренции случаи представляют собой частные случаи и не являются исчерпывающими, так как в условиях изменения рыночной конъюнктуры (например, в случае экономического кризиса) размер экономически обоснованного уровня рентабельности может меняться вне зависимости от уровня издержек производства.

Отдельно стоит остановиться на расходах, необходимых для производства и реализации товара и определяемых при установлении монопольно высокой цены. К ним могут относиться как прямые, так и косвенные расходы. Производственные расходы должны распределяться по каждому виду продукции хозяйствующего субъекта пропорционально его объему. При этом затраты, не связанные с производством того или иного товара, не должны включаться в производственные расходы такого товара <1>. Такой же подход применим и при распределении производственных расходов на товар, предназначенный как для внутреннего, так и для внешнего рынка при условии наличия разницы в цене на данный товар на этих рынках. Производственные расходы в таком случае должны делиться пропорционально объему товара, предназначенного для внутреннего или внешнего рынка соответственно <2>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) ФАС МО от 18 сентября 2007 г. по делу N A40-2206/07-79-21.

<2> См., напр.: [Постановление](#) ФАС МО от 29 февраля 2008 г. по делу N A40-33466/07-120-170.

При определении экономической обоснованности размера затрат могут использоваться механизмы сопоставимости динамики изменения аналогичных затрат хозяйствующего субъекта при производстве других товаров и динамики изменения аналогичных затрат в других отраслях (например, определяется стоимость сырья для производства монопольного товара и стоимость аналогичного сырья при производстве товара, реализуемого в условиях конкуренции). Важно также отметить, что в связи со спецификой отдельных рынков рост цен может быть не связан с соответствующим ростом расходов. Например, краткосрочное увеличение доминирующим участником рынка цены на товар, обусловленное резким увеличением спроса на такой товар, не может быть квалифицировано как установление монопольно высокой цены, только если такое увеличение спроса не является следствием действий данного участника рынка <1>.

<1> [Разъяснения](#) Президиума ФАС России от 10 февраля 2016 г. N 1 "Определение монопольно высокой и монопольно низкой цены товара".

Отдельного внимания заслуживает вопрос об оценке инвестиционных затрат в рамках анализа ценообразования доминирующих участников рынка. Такие затраты на практике признаются экономически обоснованными, если:

1) инвестиционные расходы непосредственно связаны с товаром, в стоимость которого они включаются (здесь применяется общая логика отнесения расходов в стоимость продукции) <1>;

<1> [Постановление](#) ФАС МО от 18 сентября 2007 г. по делу N A40-2206/07-79-21.

2) размер инвестиционных расходов документально подтверждается <1>;

<1> Решение Санкт-Петербургского УФАС России в отношении ОАО "Ростелеком" от 8 декабря 2014 г. по делу N K10-139/13.

3) учет инвестиционных расходов осуществляется хозяйствующим субъектом последовательно, например, на основании заранее утвержденной инвестиционной программы или торговой политики <1>;

<1> Решение ФАС России в отношении ПАО "Уралкалий" от 14 октября 2015 г. по делу N 1-10-207/00-05-14: <http://solutions.fas.gov.ru/attachment/49700/download?1447169257>; [Постановление](#) 3 ААС от 11 апреля 2011 г. по делу N А69-2119/2010.

4) включение инвестиционных расходов в цену производится для всех покупателей одинаково или равномерно <1>;

<1> Решение ФАС России в отношении ПАО "Уралкалий" от 14 октября 2015 г. по делу N 1-10-207/00-05-14: <http://solutions.fas.gov.ru/attachment/49700/download?1447169257>.

5) часть инвестиционных расходов хозяйствующий субъект принимает на себя, если инвестиционный проект будет поставлять продукцию в том числе для внутреннего потребления такого хозяйствующего субъекта или его группы лиц <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС МО от 18 сентября 2007 г. по делу N А40-2206/07-79-21.

Затратный метод применяется в том случае, если антимонопольным органом не выявлено наличие сопоставимого рынка <1>. Во всех остальных случаях необходимо применять метод сопоставимых рынков (см. [ч. 4 комментируемой статьи](#)) <2>. При этом даже если антимонопольный орган не выявил наличие сопоставимого рынка, хозяйствующий субъект вправе самостоятельно провести оценку наличия сопоставимых рынков и при их выявлении ссылаться на данные о таких рынках в обоснование своей позиции.

<1> Разъяснения Президиума ФАС России от 10 февраля 2016 г. N 1 "Определение монопольно высокой и монопольно низкой цены товара".

<2> ВАС РФ также указал на допустимость применения только одного метода, см.: [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 25 мая 2010 г. N 16678/09.

2. Метод сопоставимых рынков подразумевает сравнение уровня цен, устанавливаемых доминирующим хозяйствующим субъектом на рассматриваемом товарном рынке, с уровнем цен, устанавливаемых в тот же период времени этим или другими хозяйствующими субъектами на иных (с точки зрения географических границ) товарных рынках, характеризующихся более развитой конкурентной средой, либо с уровнем биржевых индикаторов <1>. В качестве ценового индикатора следует принимать индикатор, сложившийся на той территории, на которую фактически осуществляется наибольший объем экспортных поставок резидентами РФ, и при этом данный индикатор характеризует ситуацию на рынке со сравнительно развитой конкуренцией. В случае если объемы экспорта незначительны либо отсутствуют, в качестве ценового индикатора следует выбирать индикатор, сложившийся на территории активного потребления товара (т.е. на рынках, характеризующихся наибольшими объемами потребления товара). Условия и примеры применения таких ценовых индикаторов описаны в утвержденных ФАС России Принципах экономического анализа практик ценообразования на предмет их соответствия [Закону](#) о защите конкуренции (далее - Принципы анализа практик ценообразования) <2>.

<1> См., напр.: решение ФАС России от 3 мая 2011 г. N 110/185-10 в отношении ОАО "Качканарский

горно-обогатительный комбинат "Ванадий": http://fas.gov.ru/solutions/solutions_32359.html или Постановление ФАС МО от 16 сентября 2009 г. N КА-А40/8589-09 по делу N А40-59028/08-147-485.

<2> Принципы экономического анализа практик ценообразования на предмет их соответствия Закону о защите конкуренции, утвержденные Президиумом ФАС России 24 сентября 2014 г.: http://fas.gov.ru/clarifications/clarifications_30473.html.

Под сопоставимым рынком подразумевается не полностью идентичный рынок в сравнении с рассматриваемым товарным рынком, а рынок, схожий по характеристикам действующих на нем хозяйствующих субъектов (например, по технологии производства товара, размеру хозяйствующих субъектов (мощность производства) и уровню сбыта (оптовая, розничная реализация)) с характеристиками хозяйствующих субъектов, действующих на рассматриваемом товарном рынке, а также по принципам и характеру государственного регулирования таких рынков. Если под сопоставимым рынком понимать рынок, полностью идентичный рассматриваемому товарному рынку, тогда сравнение уровня цен на данных рынках не будет иметь никакого экономического смысла (так как будут сравниваться цены, установленные в условиях ограниченной конкуренции, с ценами, установленными в аналогичных условиях).

Для объективного сравнения цен, сложившихся на рассматриваемом товарном рынке, с ценами, сложившимися в пределах иных географических границ, достаточно установить, что в пределах таких географических границ отсутствуют какие-либо режимы регулирования хозяйственной деятельности, прямо воздействующие на уровень цены. К таким режимам можно отнести:

- прямое субсидирование цены товара;
- налоговые льготы на экспорт/импорт товара;
- законодательное установление уровня цены на товар;
- ограничение вывоза/ввоза товара;
- административные ограничения возможности переключения потребителей на иной товар или иного поставщика и т.п.

Сопоставление абсолютно всех условий регулирования (налогового, трудового, технического) с точки зрения их монетизации в форме издержек хозяйствующих субъектов не имеет экономического смысла вследствие того, что цена на конкурентных рынках, сформировавшаяся в отсутствие каких-либо административных ограничений, устанавливается продавцами на уровне, отражающем общую конъюнктуру такого рынка, вне зависимости от уровня издержек отдельных хозяйствующих субъектов. В условиях отсутствия барьеров переключения потребителей с одного поставщика товара на другого ни один из поставщиков, действующих на высококонкурентных рынках, не может без потерь существенного объема выручки установить цену на товар на уровне, превышающем цены конкурентов. Поэтому на высококонкурентных рынках производители принимают цену как заданную величину вне зависимости от динамики их затрат на производство товара. В условиях развитой конкуренции рост расходов, необходимых для производства товара, приводит к росту его цены только в том случае, если увеличение расходов в равной степени распространяется на всех производителей (продавцов). В противном случае рост издержек отдельных хозяйствующих субъектов, не обладающих высокой долей на рынке, не может оказать существенного воздействия на цену товара. Именно поэтому отдельные различия в регулировании деятельности хозяйствующих субъектов (например, в налоговом или трудовом законодательстве) могут не учитываться антимонопольным органом при сопоставлении уровня цен на конкурентных и неконкурентных рынках.

3. Как указано выше, ФАС России были утверждены Принципы анализа практик ценообразования. Данные принципы представляют собой рекомендации регулятора в отношении анализа ценообразования доминирующих участников рынка, в том числе с точки зрения запретов на установление монопольно высоких цен. В основе Принципов анализа практик ценообразования лежит сравнение цен на товар, установленных для российских покупателей, с определенными ценами на аналогичный товар, которые сложились на рынках с более развитой конкурентной средой. Таким образом, применение Принципов анализа практик ценообразования соответствует логике метода сопоставимых рынков, поскольку также предполагает сравнение цен на определенный товар для выявления монопольно высоких цен <1>. Однако Принципы анализа практик ценообразования не предусматривают жестких критериев сопоставимости рынков, на которых действуют

участники, чьи цены предполагается сравнивать. Иными словами, в Принципах анализа практик ценообразования отсутствует требование на проведение теста сопоставимости по всем необходимым критериям, предусмотренным в [ч. 1 ст. 6](#) Закона о защите конкуренции. В этой связи в судебной практике встречаются решения, отменяющие решения ФАС России, когда последние основаны на методах сравнения цен, предусмотренных в Принципах анализа практик ценообразования, и при этом не был проведен полноценный анализ соответствующих рынков на предмет их сопоставимости согласно правилам [ч. 1 ст. 6](#) Закона о защите конкуренции <2>.

<1> В самих Принципах экономического анализа практик ценообразования указано, что их целью является расширение практики применения "метода сопоставимых рынков".

<2> [Постановление](#) ФАС МО от 6 марта 2013 г. по делу N A40-63566/12-72-439.

Принципы анализа практик ценообразования применяются только в отношении промышленных однородных товаров, а именно:

- сырьевых товаров первого - третьего переделов (например, металлургический кокс, железорудное сырье, хлористый калий, апатитовый концентрат и т.п.);
- полуфабрикатов (например, металлургический сляб; квадратная, круглая заготовка; чушка/слитки из цветных металлов и сплавов на их основе и т.п.), используемых в следующих переделах промышленности;
- металлургической продукции (например, лист, профиль, рельсы, трубы и т.п.);
- строительных материалов (например, цемент, бетон, сваи, плиты, кирпич и т.п.).

Принципы анализа практик ценообразования не применяются в отношении инновационных товаров, услуг, а также товаров, у которых торговая марка в значительной степени определяет предпочтения потребителя. Такое исключение обусловлено тем, что данные товары не являются однородными и объективное сравнение цен на такие товары может быть затруднительным в связи с необходимостью анализа влияния на цены множества факторов (например, сила торговой марки на разных рынках может быть разной).

Принципы анализа практик ценообразования предусматривают следующие четыре метода для сравнения цен.

1. Метод "нетбэк минус" <1>. Данный метод применяется, если у доминирующего участника рынка существует значительный стабильный объем экспортных поставок на иностранные рынки (превышает или сопоставим с объемом продаж внутри России), а также транспортные расходы по доставке товара на такие рынки относительно невелики (10 - 15% от стоимости товара). Метод "нетбэк минус" предполагает сравнение цены доминирующего участника рынка для российских покупателей с ценовым (биржевым и внебиржевым) индикатором, сложившимся на иностранных рынках в условиях более развитой конкурентной среды по сравнению с внутренним российским рынком <2>. При проведении сравнения данный ценовой индикатор необходимо скорректировать с учетом (1) вычета суммы логистических затрат, связанных с доставкой товара из России на соответствующий иностранный рынок (цена, приведенная к базисам поставки EXW); (2) вычета размера экспортной таможенной пошлины и иных платежей, связанных с экспортом товара из России на иностранные рынки; и (3) ценовой разницы между сравниваемыми товарами, обусловленной разным качеством таких товаров <3>.

<1> Пункт 2.1 Принципов анализа практик ценообразования.

<2> В качестве ценового индикатора могут выступать котировки товарных бирж (например, Лондонской биржи металлов (LME)), а также публикуемые международными аналитическими агентствами (например, Argus, Platts, Metal bulletin, The Steel Index, Металлторг и т.п.) данные о ценах на товар, сложившихся в соответствующих регионах мира.

<3> Метод "нетбэк минус" был применен, например, в рамках решения ФАС России от 3 мая 2011 г. N 110/185-10 в отношении ОАО "Качканарский горно-обогатительный комбинат "Ванадий": http://fas.gov.ru/solutions/solutions_32359.html.

2. Метод средневзвешенных цен <1>. Этот метод, так же как и метод "нетбэк минус", применяется, если у доминирующего участника рынка существует значительный объем экспортных поставок на иностранные рынки (превышает или сопоставим с объемом продаж внутри России), а также транспортные расходы по доставке товара на такие рынки относительно невелики (10 - 15% от стоимости товара). Однако в отличие от метода "нетбэк минус" метод средневзвешенных цен не опирается на ценовые (биржевые и внебиржевые) индикаторы. Таким образом, метод средневзвешенных цен применяется, когда ценовые (биржевые и внебиржевые) индикаторы отсутствуют. Суть метода состоит в сравнении цены для российских покупателей с уровнем средневзвешенных экспортных цен (на базисе поставки EXW), устанавливаемых в предшествующий период (например, за предшествующую неделю, месяц, квартал) доминирующим участником рынка для зарубежных покупателей, действующих на более конкурентных рынках, чем внутренний рынок РФ. Этот метод применяется в том случае, если экспортные поставки доминирующего участника рынка не сконцентрированы в каком-либо отдельном регионе, т.е. он осуществляет экспортные поставки во множество разных регионов и в этом случае невозможно определить отдельный "репрезентативный" регион для расчета цены методом "нетбэк минус" <2>.

<1> Пункт 2.2 Принципов анализа практик ценообразования.

<2> Метод "средневзвешенных цен" был применен, например, в рамках Рекомендаций ФАС России по обеспечению недискриминационного доступа к приобретению хлористого калия: http://fas.gov.ru/netcat_files/File/2012%2010%2026%20Proekt%20Rekomendatsiy_bez%20skidki%20dlya%20slozhnikov+.doc.

3. Метод "нетбэк плюс" <1>. Этот метод применяется, если рынок, на котором российские покупатели приобретают товар, является импортоориентированным, т.е. объем внутреннего российского производства на таком рынке недостаточен для полного удовлетворения спроса, объем импорта сопоставим с объемом производимой на территории РФ продукции, а экспорт отсутствует либо незначителен. В рамках данного метода цена доминирующего участника рынка для российских покупателей сравнивается с ценовым (биржевым и внебиржевым) индикатором, сложившимся на иностранных конкурентных рынках. В этом случае указанный ценовой индикатор отражает цены на импортную продукцию, значительный объем которой поступает на территорию РФ. При сравнении ценовой индикатор необходимо скорректировать с учетом (1) прибавления суммы логистических затрат, связанных с доставкой товара в Россию (цена, приведенная к базисам поставки DDP); (2) добавления размера ввозной таможенной пошлины и иных платежей, связанных с импортом товара в Россию; и (3) ценовой разницы между сравниваемыми товарами, обусловленной разным качеством таких товаров.

<1> Пункт 3.1 Принципов анализа практик ценообразования.

4. Метод прямой цены <1>. Данный метод применяется на сбалансированных рынках, т.е. когда объем внутреннего производства сопоставим с объемом внутреннего спроса (отклонение не превышает 5 - 10%), а экспорт и импорт товара отсутствуют либо незначительны. Небольшие объемы экспорта и импорта обусловлены значительными логистическими расходами (превышают 15 - 20% стоимости товара), препятствующими ввозу/вывозу товара в РФ или из РФ. В рамках метода прямой цены происходит сравнение цены доминирующего участника рынка для российских покупателей с ценовым (биржевым и внебиржевым) индикатором, сложившимся на иностранных конкурентных рынках, на которых имеет место наиболее активное потребление соответствующего товара (т.е. потребляются наибольшие объемы товара). Такие иностранные рынки должны быть сопоставимы по условиям государственного регулирования с условиями регулирования в РФ. То есть здесь оцениваются те же самые режимы регулирования хозяйственной деятельности, которые были приведены выше в рамках описания метода сопоставимых рынков.

<1> Пункт 2.1 Принципов анализа практик ценообразования.

4. **Часть 5 комментируемой статьи** содержит условия, при одновременном соблюдении которых установленная на бирже цена товара не признается монопольно высокой.

К таким условиям относятся продажа на бирже товара, производимого и (или) реализуемого хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на соответствующем товарном рынке, объемом не менее величины, установленной федеральным антимонопольным органом и федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование сферы деятельности, к которой относится производство соответствующего товара, регулярно с равномерным распределением объема товара по торговым сессиям в течение календарного месяца (**п. п. 1, 5 ч. 5 комментируемой статьи**).

В настоящее время требования к минимальной величине продаваемого на бирже товара установлены только в отношении нефти и нефтепродуктов, а критерии регулярности и равномерности реализации товара на бирже предусмотрены только для нефтепродуктов. В соответствии с **п. 1** Критериев регулярности и равномерности реализации товара на бирже для отдельных товарных рынков, на которых обращаются нефть и (или) нефтепродукты, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 11 октября 2012 г. N 1035, продавец распределяет годовые объемы реализации нефти и (или) нефтепродуктов на биржевых торгах по каждому виду соответствующего биржевого товара, реализуемого им и (или) его агентом на биржевых торгах, по месяцам календарного года в размере не менее величины, установленной федеральным антимонопольным органом и федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим нормативно-правовое регулирование сферы деятельности, к которой относится производство соответствующего товара, и объем заключенных продавцом и (или) его агентом на бирже сделок не менее планируемого объема реализации каждого вида биржевого товара. Виды биржевого товара объединяются в зависимости от условий договора, которые содержатся или будут содержаться в заявках, правилах организованных торгов, и (или) спецификациях договоров, и (или) в правилах клиринга клиринговой организации, осуществляющей клиринг на соответствующих биржевых торгах, либо определяются в соответствии с указанными документами с учетом установленных биржей видов нефти и нефтепродуктов, базисов поставки, сроков и способов исполнения обязательств.

Согласно **приложению 1** к совместному Приказу ФАС России и Минэнерго России от 12 января 2015 г. N 3/15/3 "Об утверждении минимальной величины продаваемых на бирже нефтепродуктов, а также отдельных категорий товаров, выработанных из нефти и газа, и требований к биржевым торгам, в ходе которых заключаются сделки с нефтепродуктами, а также с отдельными категориями товаров, выработанных из нефти и газа, хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на соответствующих товарных рынках, и признании утратившим силу Приказа ФАС России и Минэнерго России от 30 апреля 2013 г. N 313/13/225" (далее - Приказ ФАС России и Минэнерго России) минимальная величина продаваемых на бирже нефтепродуктов, произведенных и (или) реализуемых хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на соответствующих оптовых товарных рынках, в том числе лицами, входящими в одну группу лиц с таким хозяйствующим субъектом, и (или) участниками биржевых торгов, которые действуют в интересах и за счет указанных лиц, составляет следующие объемы:

- а) бензин автомобильный - 10%;
- б) топливо дизельное - 5%;
- в) топливо для реактивных двигателей - 10%;
- г) мазут - 2%;
- д) сжиженные углеводородные газы для бытовых нужд и автомобильного транспорта - 5%.

Указанная величина рассчитывается от месячного объема соответствующих нефтепродуктов, производимых каждым хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на соответствующих оптовых товарных рынках, в том числе лицами, входящими в одну группу лиц с таким хозяйствующим субъектом. При ее расчете не учитываются сделки, (1) заключенные на основании адресованных конкретному участнику биржевых торгов заявок, а также заявок, поданных одним участником биржевых торгов (за исключением центрального контрагента) и содержащих встречные по отношению друг к другу волеизъявления на заключение договора с одним видом биржевого товара, (2) нестандартные сделки, определенные в соответствии с **Законом** об использовании инсайдерской информации, а также (3) сделки, заключенные в

течение дополнительных торговых сессий, в ходе которых заключаются сделки с нефтепродуктами, а также с отдельными категориями товаров, выработанных из нефти и газа, хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на соответствующих товарных рынках.

Согласно [ч. 1 ст. 12](#) Закона об использовании инсайдерской информации нестандартными сделками признаются сделки (заявки), имеющие признаки неправомерного использования инсайдерской информации и (или) манипулирования рынком. Так, [ч. 1 ст. 6](#) Закона об использовании инсайдерской информации запрещено использование инсайдерской информации для осуществления операций с товарами, которых касается инсайдерская информация, за свой счет или за счет третьего лица, за исключением совершения операций в рамках исполнения обязательства по покупке или продаже товаров, срок исполнения которого наступил, если такое обязательство возникло в результате операции, совершенной до того, как лицу стала известна инсайдерская информация, а также осуществление действий, относящихся к манипулированию рынком.

К манипулированию рынком в соответствии со [ст. 5](#) Закона об использовании инсайдерской информации относятся следующие действия:

- умышленное распространение через средства массовой информации, в том числе через электронные, информационно-телекоммуникационные сети, доступ к которым не ограничен определенным кругом лиц (включая сеть Интернет), любым иным способом заведомо ложных сведений, в результате которого цена, спрос, предложение или объем торгов товаром отклонились от уровня или поддерживались на уровне, существенно отличающемся от того уровня, который сформировался бы без распространения таких сведений;

- совершение операций по предварительному соглашению между участниками торгов и (или) их работниками и (или) лицами, за счет или в интересах которых совершаются указанные операции, в результате которых цена, спрос, предложение или объем торгов товаром отклонились от уровня или поддерживались на уровне, существенно отличающемся от того уровня, который сформировался бы без таких операций;

- совершение сделок, обязательства сторон по которым исполняются за счет или в интересах одного лица, в результате которых цена, спрос, предложение или объем торгов товаром отклонились от уровня или поддерживались на уровне, существенно отличающемся от того уровня, который сформировался бы без таких сделок;

- выставление за счет или в интересах одного лица заявок, в результате которого на организованных торгах одновременно появляются две и более заявки противоположной направленности, в которых цена покупки товара выше цены либо равна цене продажи такого же товара, в случае, если на основании указанных заявок совершены операции, в результате которых цена, спрос, предложение или объем торгов товаром отклонились от уровня или поддерживались на уровне, существенно отличающемся от того уровня, который сформировался бы без таких операций;

- неоднократное в течение торгового дня совершение на организованных торгах сделок за счет или в интересах одного лица на основании заявок, имеющих на момент их выставления наибольшую цену покупки либо наименьшую цену продажи финансового инструмента, иностранной валюты и (или) товара, в результате которых их цена существенно отклонилась от уровня, который сформировался бы без таких сделок, в целях последующего совершения за счет или в интересах того же или иного лица противоположных сделок по таким ценам и последующее совершение таких противоположных сделок;

- неоднократное в течение торгового дня совершение на организованных торгах за счет или в интересах одного лица сделок в целях введения в заблуждение относительно цены товара, в результате которых цена финансового инструмента, иностранной валюты и (или) товара поддерживалась на уровне, существенно отличающемся от уровня, который сформировался бы без таких сделок;

- неоднократное неисполнение обязательств по операциям, совершенным на организованных торгах без намерения их исполнения, с одним и тем же товаром, в результате чего цена, спрос, предложение или объем торгов товаром отклонились от уровня или поддерживались на уровне, существенно отличающемся от того уровня, который сформировался бы без таких операций.

Критерии существенного отклонения цены, спроса, предложения или объема торгов товаром по сравнению с уровнем цены, спроса, предложения или объема торгов товаром, который сформировался бы без учета действий, направленных на манипулирование рынком, устанавливаются в зависимости от вида,

ликвидности и (или) рыночной стоимости товара организатором торговли на основании Методических рекомендаций по установлению критериев существенного отклонения цены биржевых товаров, утвержденных Приказом ФСФР России от 8 ноября 2011 г. N 11-59/пз-н.

С целью исключения фактов установления монопольно высокой цены на товар в ходе биржевых торгов и для реализации [п. 2 ч. 5 комментируемой статьи](#) Приказом ФАС России и Минэнерго России утверждены [Требования](#) к биржевым торгам, в ходе которых заключаются сделки по продаже нефтепродуктов, произведенных и (или) реализуемых занимающим доминирующее положение на соответствующих оптовых товарных рынках хозяйствующим субъектом, а также лицами, входящими в одну группу лиц с таким хозяйствующим субъектом, и (или) участниками биржевых торгов, действующими в интересах и за счет указанных лиц. К таким требованиям относятся:

1) соблюдение антимонопольного законодательства при проведении биржевых торгов. Так, [п. 2 ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции запрещены соглашения между хозяйствующими субъектами - конкурентами, которые приводят или могут привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах. [Статьей 17](#) Закона о защите конкуренции запрещены:

- координация организаторами торгов деятельности его участников;
- создание участнику торгов преимущественных условий участия в торгах, в том числе путем доступа к информации, если иное не установлено федеральным законом;
- нарушение порядка определения победителя или победителей торгов;
- участие организаторов торгов в торгах.

ФАС России в 2011 г. рассмотрела дела о нарушении антимонопольного законодательства в отношении ЗАО "СПбМТСБ" и НП "МБНК", оказывающих услуги по организации биржевой торговли нефтепродуктами, и установила, что ЗАО "СПбМТСБ" создавались преимущественные условия участникам биржевых торгов путем подачи одним участником торгов встречных заявок с автоматизированных рабочих мест, установленных в торговом зале ЗАО "СПбМТСБ", а также использования для проведения биржевых торгов программного обеспечения и аппаратно-технических средств системы электронных торгов (далее - СЭТ), допускающих колебание времени прохождения заявок от сервера доступа СЭТ до ядра системы в период одной торговой сессии как в большую, так и в меньшую сторону, что привело к нарушению последовательности регистрации заявок в СЭТ. Также ЗАО "СПбМТСБ" и НП "МБНК" нарушали порядок определения победителей биржевых торгов, установленный утвержденными ими правилами биржевой торговли;

2) поддержание минимального уровня ликвидности биржевых торгов, исключающего формирование цен под воздействием ажиотажного спроса. Так, объем продаваемых на биржевых торгах нефтепродуктов, произведенных и (или) реализуемых занимающими доминирующее положение на соответствующих оптовых товарных рынках хозяйствующими субъектами, в том числе лицами, входящими в одну группу лиц с такими хозяйствующими субъектами, и (или) участниками биржевых торгов, которые действуют в интересах и за счет указанных лиц, должен превышать следующие величины:

- а) бензин автомобильный - 8%;
- б) топливо дизельное - 4%;
- в) топливо для реактивных двигателей - 8%;
- г) мазут - 1,6%;
- д) сжиженные углеводородные газы для бытовых нужд и автомобильного транспорта - 4%.

Объем продаваемых на биржевых торгах нефтепродуктов рассчитывается от месячного совокупного объема производства соответствующих нефтепродуктов, произведенных всеми занимающими доминирующее положение на соответствующих оптовых товарных рынках хозяйствующими субъектами, в том числе лицами, входящими в одну группу лиц с такими хозяйствующими субъектами. При расчете учитываются нефтепродукты, реализуемые на биржевых торгах и составляющие запасы государственного материального резерва и (или)

резерва, формируемого хозяйствующими субъектами;

3) участие в биржевых торгах не менее двух участников, подавших заявки на продажу биржевых товаров, и не менее трех участников, подавших заявки на покупку одного вида биржевого товара;

4) соблюдение установленного [п. п. 3 - 3.3](#) приложения 2 к Приказу ФАС России и Минэнерго России порядка определения цен для подачи заявок на продажу нефтепродуктов в течение торговой сессии занимающим доминирующее положение на соответствующих оптовых товарных рынках хозяйствующим субъектом, а также лицами, входящими в одну группу лиц с таким хозяйствующим субъектом, и (или) участниками биржевых торгов, действующими в интересах и за счет указанных лиц;

5) наличие на биржевых торгах процедур по обеспечению контроля за соответствием порядка подачи заявок на продажу нефтепродуктов занимающим доминирующее положение на соответствующих оптовых товарных рынках хозяйствующим субъектом, а также лицами, входящими в одну группу лиц с таким хозяйствующим субъектом, и (или) участниками биржевых торгов, действующими в интересах и за счет указанных лиц, условиям, установленным [п. 4](#) приложения 2 к Приказу ФАС России и Минэнерго России.

Кроме того, необходимым условием формирования не монопольно высоких цен на бирже является установление такого минимального размера биржевого лота, который не препятствует доступу на соответствующий товарный рынок ([п. 7 ч. 5 комментируемой статьи](#)).

Согласно [п. 3 ч. 5 комментируемой статьи](#) хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение на соответствующем товарном рынке, аккредитованный и (или) участвующий в торгах (в том числе путем подачи заявок на участие в торгах брокеру, брокерам), предоставляет бирже список аффилированных лиц в порядке, установленном федеральным антимонопольным органом. Обязательное предоставление бирже списка аффилированных лиц необходимо для определения цен для подачи заявок на продажу нефтепродуктов в течение торговой сессии занимающим доминирующее положение на соответствующих оптовых товарных рынках хозяйствующим субъектом, а также лицами, входящими в одну группу лиц с таким хозяйствующим субъектом, и (или) участниками биржевых торгов, действующими в интересах и за счет указанных лиц, в случае, если в течение торговой сессии количество участников биржевых торгов, являющихся аффилированными лицами по отношению к занимающему доминирующее положение хозяйствующему субъекту, и подавших заявки на покупку соответствующего биржевого товара, составляло более 50% ([подп. "а" п. 3.1](#) приложения 2 к Приказу ФАС России и Минэнерго России). [Порядок](#) предоставления бирже списка аффилированных лиц хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на соответствующем товарном рынке, аккредитованным и (или) участвующим в торгах (в том числе путем подачи заявок на участие в торгах брокеру, брокерам), утвержден Приказом ФАС России от 26 июня 2012 г. N 409.

[Пунктами 4, 5 ч. 5 комментируемой статьи](#) предусмотрено, что действия хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на соответствующем товарном рынке, и (или) его аффилированных лиц не относятся к манипулированию рынком и реализация товара осуществляется на бирже, соответствующей требованиям законодательства РФ об организованных торгах, включая требования к соблюдению конфиденциальности информации о лицах, подавших соответствующие заявки на участие в торгах, в том числе путем подачи таких заявок брокеру, брокерам. В соответствии с [п. 2 ст. 13](#) Закона об использовании инсайдерской информации и [п. 22 ст. 25](#) Федерального закона от 21 ноября 2011 г. N 325-ФЗ "Об организованных торгах" функции по выявлению действий по манипулированию рынком, а также контролю за соблюдением биржей требований законодательства РФ об организованных торгах, возложены на ЦБ РФ. Таким образом, при выявлении ЦБ РФ действий, относящихся к манипулированию рынком, перечень которых установлен [ст. 5](#) Закона об использовании инсайдерской информации, а также фактов нарушения биржей законодательства РФ об организованных торгах сформировавшаяся на биржевых торгах цена проверяется антимонопольным органом на предмет наличия признаков монопольно высокой цены.

Важным условием, препятствующим установлению на биржевых торгах монопольно высокой цены, является регистрация занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом внебиржевых сделок на поставки товаров ([п. 6 ч. 5 комментируемой статьи](#)). Случаи, порядок, объем и сроки, в соответствии с которыми стороны должны предоставлять информацию о заключенном ими не на организованных торгах договоре, порядок ведения биржей реестра внебиржевых договоров, а также порядок предоставления информации из реестра установлены [Положением](#) о предоставлении информации о заключенных сторонами не на организованных торгах договорах, обязательства по которым предусматривают переход права собственности

на товар, допущенный к организованным торгам, а также о ведении реестра таких договоров и предоставлении информации из указанного реестра, утвержденным Постановлением Правительства РФ от 23 июля 2013 г. N 623.

Согласно указанному [Постановлению](#) биржам предоставляется информация о внебиржевых договорах в отношении следующего товара:

- нефтепродукты, предусмотренные Техническим [регламентом](#) "О требованиях к автомобильному и авиационному бензину, дизельному и судовому топливу, топливу для реактивных двигателей и топочному мазуту", утвержденным Постановлением Правительства РФ от 27 февраля 2008 г. N 118, при условии, что суммарный объем производства группой лиц хозяйствующего субъекта, осуществляющего реализацию нефтепродуктов, свыше 100 тыс. тонн за предшествующий год и объем сделки составляет не менее 60 тонн;

- нефть сырая при объеме добычи и (или) производства группой лиц производителя за предшествующий год свыше 1 млн. тонн, при условии, что объем сделки составляет не менее 1 тыс. тонн;

- угли коксующиеся, каменные, бурые и антрацит при объеме добычи группой лиц производителя за предшествующий год свыше 1 млн. тонн, при условии, что объем сделки составляет не менее 60 тонн;

- пшеница 3-го и 4-го класса при объеме реализации за предшествующий год свыше 10 тыс. тонн и объеме сделки более 60 тонн.

5. В соответствии с [ч. 6 комментируемой статьи](#) не признается монопольно высокой цена товара, установленная с учетом особенностей формирования стартовой цены на продукцию при ее продаже на бирже, согласованных с антимонопольным органом.

В соответствии с [подп. "н" п. 2 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции антимонопольный орган вправе выдавать хозяйствующим субъектам обязательные для исполнения предписания, в том числе о предварительном согласовании с антимонопольным органом особенностей формирования стартовой цены на продукцию при ее продаже на бирже, в порядке, установленном [Положением](#) о предварительном согласовании особенностей формирования стартовой цены на продукцию при ее продаже на товарной бирже, утвержденным Постановлением Правительства РФ от 1 апреля 2010 г. N 208.

6. [Частью 7 комментируемой статьи](#) установлено, что не признается монопольно высокой цена товара в случае, если она не превышает цену, установленную на бирже с соблюдением всех предусмотренных [ч. ч. 5 и 6 комментируемой статьи](#) условий, и при этом экономические (коммерческие) условия сделки сопоставимы по количеству и (или) объему поставляемых товаров, срокам исполнения обязательств, условиям платежей, обычно применяемых в сделках данного вида, а также по иным разумным условиям, которые могут оказывать влияние на цену.

7. В [ч. 8 комментируемой статьи](#) указано, что при определении монопольно высокой цены товара учитываются биржевые и внебиржевые индикаторы цен, установленные на мировых рынках аналогичного товара. В Принципах анализа практик ценообразования, утвержденных ФАС России, указано, что в качестве таких ценовых индикаторов могут выступать котировки товарных бирж (например, Лондонской биржи металлов (LME)), а также публикуемые международными аналитическими агентствами (например, **Argus, Platts, Metal Bulletin, The Steel Index**, Металлторг) данные о ценах на товар, сложившиеся в соответствующих регионах мира.

Статья 7. Монопольно низкая цена товара

Комментарий к [статье 7](#)

Установление монопольно низкой цены товара - это один из видов злоупотребления доминирующим положением ([п. 1 ч. 1 ст. 7](#) Закона о защите конкуренции). Цена признается монопольно низкой, если одновременно выполняются следующие условия.

А. Цена товара, на рынке которого поставщик товара (ответчик) занимает доминирующее положение, ниже суммы расходов и прибыли, необходимых для производства и реализации такого товара. Под прибылью и расходами в данном случае имеются в виду прибыль и расходы непосредственно доминирующего поставщика

товара. Прибыль и расходы конкурентов поставщика не должны приниматься во внимание при определении монопольно низкой цены. Так, если конкуренты поставщика ввиду отсутствия у них таких же ресурсов и инфраструктуры, как у доминирующего поставщика, несут гораздо больше расходов на единицу товара, чем доминирующий поставщик (соответственно, требования к прибыльности у них также будут выше), то цена, установленная поставщиком, не должна рассматриваться через призму расходов его конкурентов <1>. Однако вышесказанное не исключает возможности оценки расходов и прибыли как элементов цены других хозяйствующих субъектов, осуществляющих свою деятельность на сопоставимых рынках, при сравнении цен таких хозяйствующих субъектов с ценами доминирующего поставщика (см. [условие "Б"](#)).

<1> См., напр.: [Постановление](#) ФАС СЗО от 18 октября 2011 г. по делу N A21-10374/2010.

Б. Цена на данный товар ниже его цены на сопоставимом товарном рынке в России при наличии такого рынка ([ч. 1 ст. 7](#) Закона о защите конкуренции). Под сопоставимым рынком понимается товарный рынок, сопоставимый по составу покупателей или продавцов товара, условиям обращения товара, условиям доступа на товарный рынок, государственному регулированию, включая налогообложение и таможенно-тарифное регулирование ([ч. 1 ст. 6](#) Закона о защите конкуренции).

Установление доминирующим субъектом такой цены повлекло или могло повлечь за собой ограничение конкуренции в связи с сокращением числа участников товарного рынка, т.е. независимых конкурентов доминирующего субъекта ([п. 3 ч. 2 ст. 7](#) Закона о защите конкуренции). Важно отметить, что, исходя из формулировки данного условия, уменьшение количества участников рынка должно состояться как факт. Ограничение конкуренции как результат уменьшения количества участников рынка доказывается отдельно. При этом достаточно доказать возможность ограничения конкуренции в результате состоявшегося уменьшения количества участников рынка.

2. Таким образом, суть установления монопольно низкой цены состоит в искусственном занижении цены на товар. Поскольку низкая цена устанавливается доминирующим поставщиком товара, охватывающим существенную часть рынка, большая доля покупателей на рынке имеет сильный стимул покупать товары именно у этого поставщика и игнорировать товары с более высокими ценами менее крупных продавцов на рынке - конкурентов поставщика.

В результате конкуренты доминирующего поставщика теряют своих клиентов и, как правило, вынуждены сокращать, а затем и вовсе прекращать производство и (или) реализацию продукции и уходить с рынка. Доминирующий поставщик же гарантирует себе высокую долю рынка, при этом, как отметил ВАС РФ, сохраняет "экономическую стабильность своего предприятия" <1>.

<1> [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 30 июля 2012 г. N 1063/12.

На первый взгляд, для конечных потребителей такая ситуация является положительной, поскольку они получают товар по низкой цене. Однако целью разумного поставщика вряд ли является постоянная реализация товара себе в убыток, которая неизбежно рано или поздно приведет к его банкротству. Его главная бизнес-стратегия - возместить выгоду, упущенную при реализации товара по искусственно заниженной цене, за счет монопольной прибыли, которую он не смог бы получить при установлении цены на товар в условиях конкуренции. Достижение этой бизнес-стратегии возможно разными способами.

Во-первых, после выдавливания конкурентов с рынка и увеличения собственной клиентской базы доминирующий поставщик может существенно повысить цены на товар (как правило, выше рыночных). В такой ситуации покупатели вынуждены платить повышенную цену, поскольку других источников товара на рынке больше нет или количество альтернативного товара незначительно (так как конкуренты поставщика ушли с рынка). Доминирующий поставщик получает сверхприбыль за счет продажи значительного объема продукции (обеспеченного большой и стабильной клиентской базой) по завышенным ценам. Такая ситуация, например, имела место в деле, рассмотренном УФАС по г. Москве в отношении ЗАО "АКАДО-Столица" <1>.

<1> См.: [решение](#) АС г. Москвы от 8 февраля 2010 г. по делу N А40-156748/09-139-1081, поддержанное всеми инстанциями, включая ВАС РФ, который отказал в пересмотре дела ([Определение](#) ВАС РФ от 31 января 2011 г. N ВАС-16284/10).

Во-вторых, рост объемов реализации товаров доминирующего поставщика за счет сокращения спроса на товары его конкурентов может привести к снижению средних издержек производства доминирующего поставщика. Тем самым изначально невыгодная для доминирующего поставщика пониженная цена с ростом его клиентской базы становится для него выгодной. В такой ситуации дальнейшее сокращение присутствия конкурентов на рынке влечет повышение эффективности доминирующего поставщика и гарантирует получение им желаемой прибыли. Такая логика в отношении концепции монопольно низкой цены отражена в позиции ВАС РФ в рамках пересмотра дела, рассмотренного УФАС по Республике Бурятия в отношении ОАО "Бурятнефтепродукт" <1>.

<1> [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 30 июля 2012 г. N 1063/12 по делу N А10-11/2011.

В-третьих, доминирующий поставщик при установлении монопольно низкой цены на товар и увеличении своей доли на рынке такого товара может увеличивать прибыль на рынке, смежном с рынком товара, реализуемого по монопольно низким ценам (например, за счет повышения цены товара, обращающегося на смежном рынке). Расходы по установлению монопольно низкой цены на основной товар могут покрываться за счет сверхприбыли от продаж товара, обращающегося на смежном рынке. Например, такими смежными товарными рынками могут быть рынки металлургической продукции и сырья для ее производства, рынки сложных технических изделий и рынки услуг по техническому или сервисному обслуживанию таких изделий либо рынки расходных материалов или комплектующих, используемых при эксплуатации основного товара <1>.

<1> В такой ситуации для целей дальнейшего пресечения нарушения антимонопольный орган может обязать ответчика вести раздельный учет затрат и доходов по основным видам товаров.

3. Монопольно низкая цена может устанавливаться путем снижения ранее установленной цены товара, а также путем поддержания или неповышения ранее установленной цены товара, когда рыночная цена идет вверх (п. п. 1 и 2 ч. 1 ст. 7 Закона о защите конкуренции). Одной из форм снижения ранее установленной цены является предоставление скидок. Предоставление скидок на краткосрочный период, как правило, не может привести к установлению монопольно низких цен, так как выдавливание конкурентов с рынка (т.е. одно из условий монопольно низких цен) требует длительного воздействия на условия обращения товара на рынке, чего не происходит в результате предоставления временных скидок. Более того, временные скидки предоставляются обычно для целей продвижения продукции на рынке, что, наоборот, может усилить конкуренцию между участниками рынка. Так, ФАС России пришла к выводу об отсутствии установления монопольно низких цен группой лиц "КНАУФ ГИПС" в результате предоставления временных скидок от 15% до 23% в период с 13 октября 2014 г. по 26 октября 2014 г., с 15 февраля 2015 г. по 27 февраля 2015 г. <1>. Позиция ФАС России по этому делу была подтверждена судами <2>. При оценке скидок, предоставляемых на уровне розницы, необходимо учитывать, что такие скидки могут быть обусловлены действиями нескольких хозяйствующих субъектов (производителей товаров, их дистрибьюторов и самих ретейлеров), т.е. скидками, предоставляемыми на разных уровнях цепочки реализации товара. Поэтому с точки зрения установления монопольно низких цен скидки на уровне розницы, как правило, не являются результатом действий отдельного участника рынка, даже если такой участник рынка занимает существенную долю на нем.

<1> Письмо ФАС России от 13 марта 2015 г. N АВ/11949/15.

<2> Решение АС г. Москвы от 15 сентября 2015 г. по делу N А40-132422/2015; [Постановление](#) 9 ААС от 7 декабря 2015 г. N 09АП-49825/2015 по делу N А40-132422/15.

Необходимо отметить, что условия установления монопольно низкой цены, предусмотренные в п. п. 1 и 2 ч. 1 ст. 7 Закона о защите конкуренции, такие же, как и для монопольно высокой цены. В этой связи отдельный

комментарий в отношении таких условий не приводится.

4. Цена не признается монопольно низкой, если она установлена субъектом естественной монополии в пределах тарифа на такой товар, определенного в соответствии с законодательством РФ. Это исключение мотивировано тем, что контроль антимонопольного органа над тарифами, как правило, осуществляется на этапе определения таких тарифов уполномоченными государственными органами. Следовательно, установление последующего контроля над тарифами, уже согласованными с антимонопольным органом, является чрезмерным. Например, размер платы за технологическое присоединение к электрическим сетям определяется по согласованию с ФАС России <1>.

<1> **Пункт 87** Постановления Правительства РФ от 29 декабря 2011 г. N 1178 "О ценообразовании в области регулируемых цен (тарифов) в электроэнергетике".

5. Отдельного внимания заслуживает соотношение установления монопольно низкой цены со схожими практиками.

А. Навязывание низкой цены доминирующим покупателем.

Логика **ст. 7** Закона о защите конкуренции исходит из того, что монопольно низкая цена товара устанавливается именно продавцом товара <1>. Однако если рынок имеет структуру монополии (т.е. на рынке доминирует покупатель), то цена товара на таком рынке в значительной степени диктуется именно покупателем. Покупатель, обладающий рыночной властью (доминирующим положением), может понудить поставщиков товара продавать товар с отрицательной рентабельностью, т.е. по ценам, которые будут ниже суммы расходов и прибыли, необходимых поставщикам для производства и (или) реализации товара.

<1> Говоря об установлении цены, законодатель всегда имеет в виду именно продавца товара. Кроме того, **п. 3 ч. 2 ст. 7** Закона прямо говорит об установлении цены продавцом товара.

Существует позиция, согласно которой данная ситуация не подпадает под определение монопольно низкой цены. Однако при этом очевидно, что она тем не менее может ограничить конкуренцию. Например, чрезмерно низкая цена товара на рынке создает барьеры входа для потенциальных поставщиков, а также может привести к выходу с рынка тех поставщиков товара, которые не смогут в течение длительного времени реализовывать товар по чрезмерно низким ценам.

В академической литературе встречается позиция, согласно которой такое поведение доминирующего потребителя в принципе выпадает из-под регулирования **Закона** о защите конкуренции, и поэтому действие **ст. 7** Закона необходимо распространить на эту ситуацию путем внесения соответствующих изменений <1>. Данная позиция представляется не вполне обоснованной, так как **Закон** о защите конкуренции уже содержит в себе необходимый инструментарий для пресечения и недопущения указанного антиконкурентного поведения доминирующего покупателя.

<1> Хутов К.М. **Преступный монополизм**: уголовно-политическое и криминологическое исследование / Под ред. Н.А. Лопашенко. М., 2007.

Навязывание доминирующим покупателем чрезмерно низкой цены товара поставщику может квалифицироваться как нарушение **п. 3 ч. 1 ст. 10** Закона о защите конкуренции - злоупотребление доминирующим положением в форме навязывания контрагенту невыгодных для него условий договора. Указанная практика доминирующего поставщика также может рассматриваться как создание препятствий доступу на товарный рынок (**п. 9 ч. 1 ст. 10** Закона о защите конкуренции) для тех поставщиков, которые не в состоянии реализовывать товар с отрицательной рентабельностью. Наконец, учитывая тот факт, что перечень видов злоупотреблений доминирующим положением в **ст. 10** Закона о защите конкуренции не является исчерпывающим, эта практика всегда может быть признана злоупотреблением доминирующим положением покупателя, если будут доказаны какие-либо иные признаки ограничения конкуренции или ущемления интересов.

Б. Формирование низкой цены на торгах, проводимых в рамках публичных закупок.

Среди судебных решений встречается достаточно спорная позиция, согласно которой при предложении участником торгов, проводимых в рамках публичных закупок, чрезмерно низкой цены положения [ст. 7](#) Закона о защите конкуренции не должны применяться ^{<1>}.

^{<1>} [Постановление](#) 7 ААС от 25 октября 2012 г. по делу N А67-3659/2012.

Суть позиции состоит в следующем: 1) на торгах цена не устанавливается поставщиком, как того требует [ст. 7](#) Закона о защите конкуренции, а формируется в процессе проведения тендерных процедур, предусмотренных законодательством о закупках товаров, работ или услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд ^{<1>}; 2) целью проведения торгов в отличие от целей применения положений [ст. 7](#) Закона о защите конкуренции является не только извлечение прибыли, но и достижение эффективности использования бюджетных средств; 3) в законодательстве о закупках товаров, работ или услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд не установлено требований относительно недопустимости снижения цены контракта ниже себестоимости соответствующей услуги.

^{<1>} На момент рассмотрения дела еще действовал [Закон](#) N 94-ФЗ.

Данная позиция не имеет преюдициального значения и, по мнению авторов, не учитывает всего многообразия ситуаций, при которых предложение доминирующим участником торгов (закупок) цены на товар ниже себестоимости действительно может ограничить конкуренцию и отвечать всем условиям монопольно низкой цены. Кроме того, новые законодательные нормы, регулирующие публичные закупки, прямо указывают на недопустимость осуществления участниками закупок любых действий, которые приводят к ограничению конкуренции, тем самым отсылая к [Закону](#) о защите конкуренции ^{<1>}.

^{<1>} См.: [ст. 8](#) Закона о ФКС.

В. Недобросовестная конкуренция в форме установления низкой (демпинговой) цены.

Встречаются случаи, когда антимонопольный орган, доказав, что цена установлена ниже требуемых расходов и прибыли, не может тем не менее доказать соблюдение остальных условий установления ответчиком монопольно низкой цены и дело переqualифицируется на осуществление ответчиком актов недобросовестной конкуренции ^{<1>}.

^{<1>} Постановления Президиума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. [N 1162/13](#); 12 ААС от 23 апреля 2013 г. по делу [N А06-6215/2011](#).

Установление искусственно низкой цены (ниже необходимых расходов и прибыли), действительно, может не соответствовать общим экономическим принципам формирования цены, принципам разумности, законам логики, обычаям делового оборота и сдерживать обоснованный рыночный рост цен на товарном рынке. Таким образом, выполняется одно из условий для недобросовестной конкуренции, а именно действия противоречат "обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости" ([п. 9 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции).

Однако, как справедливо указал ВАС РФ, это лишь одно из условий недобросовестной конкуренции, остальные условия также должны быть доказаны антимонопольным органом ^{<1>}. Такими условиями являются получение ответчиком преимуществ при осуществлении им предпринимательской деятельности, а также причинение или возможность причинения ответчиком убытков его конкурентам либо нанесение или возможность нанесения вреда их деловой репутации ([п. 9 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции). Например, сравнение финансовых показателей ответчика и его конкурентов с учетом использования ими различных систем

налогообложения может быть использовано для доказывания получения ответчиком преимуществ в предпринимательской деятельности.

<1> [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. N 1162/13.

Таким образом, наличия факта необоснованно низкой цены, согласно [ч. 1 ст. 7](#) Закона о защите конкуренции, недостаточно для признания такой практики актом недобросовестной конкуренции. В последней практике ФАС России встречаются дела, когда служба анализировала демпинговые цены в рамках рассмотрения дел о недобросовестной конкуренции. В таких случаях анализируются все признаки недобросовестной конкуренции <1>.

<1> См., напр.: решение Пензенского УФАС России в отношении ООО "Эврика" от 26 ноября 2014 г. N 2-03/14-2014:
<http://solutions.fas.gov.ru/to/penzenskoe-ufas-rossii/2-03-14-2014-277669db-157d-46ce-8f67-d88249bf7103>.

Статья 8. Согласованные действия хозяйствующих субъектов

Комментарий к [статье 8](#)

1. В соответствии с [п. 10 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции запрещенные антимонопольным законодательством согласованные действия являются одной из разновидностей монополистической деятельности. Как следует из [Закона](#) о защите конкуренции, существуют две основные группы запрещенных согласованных действий: согласованные действия хозяйствующих субъектов и согласованные действия федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления, иных организаций, осуществляющих функции указанных органов, а также государственных внебюджетных фондов, ЦБ РФ. [Статья 8](#) Закона о защите конкуренции посвящена раскрытию понятия "согласованные действия хозяйствующих субъектов".

В ходе эволюции антимонопольного регулирования было установлено, что отрицательное влияние на конкуренцию как на основную защищаемую антимонопольным законодательством ценность может оказываться не только в случаях достижения хозяйствующими субъектами - участниками товарооборота соглашения, содержащего антиконкурентные условия, но и в случаях "координации между предприятиями, не достигшей стадии соглашения в явном виде, которая осознанно замещает практическое взаимодействие между ними с риском для конкуренции" (решение Европейского суда справедливости по делу **ICI v. Commission** (1972) (ECR 619, (1972), CMLR 557, paras. 64 and 65)). При этом законодательства разных стран, в том числе [Закон](#) о защите конкуренции, устанавливая запреты на совершение согласованных действий, а также штрафы за их нарушение, описывают их квалифицирующие признаки.

В соответствии со [ст. 8](#) Закона о защите конкуренции такими признаками являются следующие:

- 1) несколько хозяйствующих субъектов, между которыми отсутствует соглашение, совершают действия на одном товарном рынке;
- 2) результат таких действий соответствует интересам каждого из указанных хозяйствующих субъектов;
- 3) действия заранее известны каждому из участвующих в них хозяйствующих субъектов в связи с публичным заявлением одного из них о совершении таких действий;
- 4) действия каждого из указанных хозяйствующих субъектов вызваны действиями иных хозяйствующих субъектов и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на все хозяйствующие субъекты на соответствующем товарном рынке.

Из легального определения следует, что согласованные действия - это групповое, а не индивидуальное поведение. При этом важно отметить, что [Закон](#) говорит именно о **действиях**. С этим может быть связан ряд практических проблем, касающихся вопроса о том, подпадает ли под понятие противоправного согласованного

действия согласованное бездействие хозяйствующих субъектов.

Характерно, что Закон о защите конкуренции разграничивает противоправные деяния на действия и бездействие (см., например, [ст. 10](#)). Однако [ст. 8](#), а за ней и [ст. 11.1](#) Закона, посвященные согласованным действиям, последовательно используют только категорию "действия". Представляется, что это является следствием комплексного подхода к анализу поведения участников рыночных отношений при квалификации их действий в качестве согласованных. Так, в определенный временной интервал реализация одного из эпизодов антиконкурентных согласованных действий может осуществляться посредством бездействия одного из таких хозяйствующих субъектов (в частности, при неподаче ценового предложения в рамках процедуры торгов). Вместе с тем такой "эпизод бездействия" будет входить в состав общей групповой модели поведения, обусловившей достижение цели (раздел товарного рынка, установление/поддержание цен и т.д.).

В таких ситуациях на практике антимонопольные органы обходят возникающие сложности, квалифицируя такую деятельность хозяйствующих субъектов, например, как согласованные действия по установлению и поддержанию цен, даже в случаях, когда активные действия хозяйствующими субъектами в определенные периоды времени не предпринимаются.

Для применения рассматриваемой нормы важным квалифицирующим признаком является правильное определение товарного рынка, на котором действуют хозяйствующие субъекты, его продуктовых и географических границ. Только действия в границах одного товарного рынка образуют противоправные согласованные действия хозяйствующих субъектов. Поэтому если два субъекта, пусть даже и ориентируясь друг на друга, синхронно поднимут цены: один в Смоленской области, а другой в Пермском крае (и при этом такие регионы представляют собой разные товарные рынки), то такие действия не должны признаваться для целей антимонопольного законодательства согласованными. Правила определения границ товарного рынка установлены [Порядком](#) анализа товарных рынков. При этом пределы проведения такого исследования рынка следует определять исходя из цели - определения товарного рынка, на котором совершаются согласованные действия, т.е. его продуктовых и географических границ <1>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) АС СКО от 18 ноября 2015 г. по делу N А63-9846/2014, которым решения нижестоящих судов об отмене решения антимонопольного органа оставлены в силе. При этом, отменяя решение антимонопольного органа, суды указали, что отсутствуют доказательства совершения согласованных действий хозяйствующими субъектами на определенном товарном рынке в сфере обращения одних и тех же товаров. В частности, суды пришли к выводу о том, что изложенные антимонопольным органом обстоятельства исключают возможность установления или поддержания цен на товарном рынке на услуги по заключенному хозяйствующими субъектами договору, так как они осуществляли разные виды деятельности и на разных товарных рынках.

Не менее существенным признаком согласованных действий, разграничивающих их с другими видами групповых антимонопольных правонарушений, является отсутствие между участниками согласованных действий соглашений, о чем прямо сказано в [абз. 1 ч. 1](#), а также в [ч. 2 ст. 8](#) Закона о защите конкуренции.

Такая оговорка, отсутствовавшая в предыдущей редакции [Закона](#), направлена на устранение неоднозначного подхода антимонопольных и судебных органов, в соответствии с которым действия хозяйствующих субъектов квалифицировались как согласованные даже при наличии между ними соглашения (см. по этому вопросу [Постановление](#) 17 ААС от 15 июня 2012 г. по делу N А50-20366/2011).

В связи с этим представляется не совсем удачным разъяснение, данное в [п. 2](#) Постановления Пленума ВАС РФ N 30, в котором указано, что "**при анализе вопроса о том, являются ли действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке согласованными (статья 8 Закона о защите конкуренции), арбитражным судам следует учитывать: согласованность действий может быть установлена и при отсутствии документального подтверждения наличия договоренности об их совершении**" (выделено нами. - Авт.). Исходя из такой формулировки можно сделать вывод, что согласованные действия являются результатом договоренности, которая может подтверждаться как документально, так и иным способом. Однако [п. 18 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции устанавливает, что наличие любой, как письменной, так и устной, договоренности свидетельствует о наличии соглашения, что исключает квалификацию нарушения как согласованных действий. Поэтому при применении [ст. 8](#) Закона о защите конкуренции надо убедиться в отсутствии между участниками

согласованных действий каких-либо договоренностей.

2. Комментируемая **статья** устанавливает, что результат согласованных действий соответствует интересам каждого из участвующих в них хозяйствующих субъектов.

Данное положение **Закона** о защите конкуренции для установления этого признака предполагает проведение экономического анализа. Основным интересом участников имущественного оборота - хозяйствующих субъектов является получение прибыли (прямо или косвенно) или иного положительного финансового результата (например, повышения капитализации). Такой интерес лежит на поверхности, когда речь идет о согласованном установлении высоких цен (тарифов). Вместе с тем указанная зависимость должна доказываться при рассмотрении последствий согласованных действий и в виде сокращения или прекращения производства товаров, и в других случаях и бремя такого доказывания лежит на антимонопольных органах или на лице, обратившемся в суд с частноправовым иском. Поэтому если результат согласованных действий не соответствует интересам всех участников согласованных действий, то либо согласованные действия отсутствуют, либо из числа их участников следует исключить лиц, которые не заинтересованы в таком результате.

Так, например, в рамках рассмотрения спора о совершении хозяйствующими субъектами согласованных действий АС Кабардино-Балкарской Республики в своем **Постановлении** от 18 ноября 2015 г. по делу N A20-260/2014 указал, что суды, установив, что антимонопольный орган не доказал наличие совокупности предусмотренных **ст. 8** Закона о защите конкуренции обстоятельств, свидетельствующих о согласованности действий со стороны заявителей, а именно: взаимной информированности обществ о действиях друг друга, **их заинтересованности в результате таких действий**, а также несвязанности этих действий с объективными обстоятельствами, в равной мере влияющими на все хозяйствующие субъекты, правомерно удовлетворили заявленные требования.

Аналогичная позиция сформулирована ФАС ЗСО в **Постановлении** от 5 мая 2012 г. по делу N A03-11779/2011. Отменяя решение антимонопольного органа, суд, в частности, признал несостоятельным довод антимонопольного органа о наличии интереса заявителей в ограничении объема реализации продукции и пришел к выводу о том, что рассматриваемые действия заявителей **не являются выгодными для них**, а также **не соответствуют их интересам**.

В другом случае ФАС ВСО, оставляя в силе решения нижестоящих судов, в своем **Постановлении** от 2 апреля 2010 г. по делу N A58-1995/2009 указал, что суды, установив, что антимонопольным органом в полном объеме доказаны обстоятельства, свидетельствующие о том, что действия заявителей по повышению цен являлись согласованными, пришли к обоснованному выводу о том, что установление и поддержание цен повлечет за собой **в результате взаимного влияния экономическую выгоду** и повышение цен другими участниками данного рынка.

3. Для того чтобы считаться согласованными, действия должны быть заранее известны каждому из участвующих в них хозяйствующих субъектов в связи с публичным заявлением одного из них о совершении таких действий.

Действующая редакция данного **пункта ст. 8** Закона о защите конкуренции существенно сузила возможность применения данной **статьи** по сравнению с тем правилом, которое устанавливала предыдущая редакция этой нормы. Вместо положения о том, что "результат таких действий соответствует интересам каждого из указанных хозяйствующих субъектов только при условии, **что их действия заранее известны каждому из них**" (выделено нами. - **Авт.**), законодатель ограничивает случаи согласованных действий только наличием **публичного заявления** одного из участников согласованных действий об их совершении.

Информированность хозяйствующих субъектов о действиях других участников согласованных действий является одним из существеннейших обстоятельств, порождающих согласованные действия. Это связано с другим признаком согласованных действий - обусловленностью действий каждого из хозяйствующих субъектов, в них участвующих, действиями иных хозяйствующих субъектов. Согласованные действия предполагают, что самостоятельные действия участника согласованных действий, взятые в отдельности, не могут привести к достижению положительного для него результата. Поэтому он никогда не станет их реализовывать, не имея информации о намерениях других лиц.

Так, например, ФАС ПО отказывая в признании решения антимонопольного органа незаконным, в своем

Постановлении от 27 декабря 2010 г. по делу N А49-4101/2009 признал несостоятельной ссылку заявителей на недоказанность заведомой информированности хозяйствующих субъектов, в отношении которых осуществлялась проверка антимонопольным органом, о действиях друг друга. При этом суд исходил из доказанности антимонопольным органом наличия у хозяйствующих субъектов возможности отслеживать и оценивать рыночное поведение (ценовую политику) конкурентов: информация о ценах на нефтепродукты общедоступна, раскрывается на стелах рядом с АЗС.

Как показывает зарубежная практика, именно контакты между хозяйствующими субъектами являются одним из основных доказательств согласованности действий. Вместе с тем просто сведения о наличии контактов являются только косвенным доказательством обмена информацией о планируемых действиях. Поэтому с точки зрения достаточности доказательств осведомленности участников рынка о планах конкурентов выводы о согласованных действиях, основанные только на факте контактов между отдельными субъектами, влекут за собой высокий риск необоснованного обвинения в совершении согласованных действий.

Во избежание этого законодатель в рамках третьего антимонопольного **пакета** внес изменения в **ст. 8** Закона о защите конкуренции и установил наиболее объективный критерий - наличие публичного заявления одного из участников согласованных действий о совершении таких действий. Только доказав наряду с другими необходимыми элементами состава наличие публичного заявления, антимонопольные органы вправе сделать вывод о наличии рассматриваемого нарушения.

4. Следует отметить, что в силу отсутствия легального определения термина "публичное заявление" на практике могут возникать проблемы с квалификацией состоявшегося информационного обмена в качестве такового. Под **заявлением** для целей применения **ст. 8** Закона о защите конкуренции следует понимать передачу информации о совершении действий, выраженную в любой форме: как устной (например, выступление с докладом на конференции), так и письменной (например, опубликование информации на сайте в сети Интернет), позволяющей участникам согласованных действий получить необходимые сведения для координации своего поведения.

При этом такое заявление можно считать **публичным**, если оно сделано способом, позволяющим получить доступ к информации неограниченному кругу лиц или как минимум лицам, которые являются потенциальными участниками согласованных действий (например, выступление на отраслевом совещании). В судебной практике встречаются случаи, когда вывод об информированности хозяйствующих субъектов о действиях друг друга подтверждается заключенным ими договором.

Так, например, ФАС УО, оставляя в силе решения судов нижестоящих инстанций о признании законным решения антимонопольного органа, в своем **Постановлении** от 17 апреля 2012 г. по делу N А50-11849/2011 указал, что суды пришли к обоснованному выводу о согласованности действий заявителя и банка исходя из информированности этих лиц о действиях друг друга (следует из текстов договора страхования и кредитного договора).

Отдельной правоприменительной проблемой может быть необходимость правовой оценки публичного заявления (опубликования информации), сделанного во исполнение требований законодательства. В такой ситуации надлежит оценить характер размещенной информации, сопутствующие тому условия функционирования рынка и, соответственно, действия иных участников такой сферы обращения товаров (объективные факторы и имевшие место последствия - при их наличии). В случае установления действий субъекта в пределах добросовестного осуществления гражданских прав, а равно во исполнение требований законодательства, следует признать, что действия лица, сделавшего заявление, не были направлены на достижение результата, связанного с согласованием действий хозяйствующих субъектов, более того, они являются правомерными и поэтому основания для вывода о наличии противоправных согласованных действий отсутствуют.

5. Последним признаком, конституирующим понятие согласованных действий, является условие о том, что действия каждого из участвующих в них хозяйствующих субъектов вызваны действиями других хозяйствующих субъектов и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на все хозяйствующие субъекты на соответствующем товарном рынке. Об этом кратко было сказано выше: только совершение действий иными участниками товарного рынка является предпосылкой соответствующих действий хозяйствующего субъекта, а его односторонние действия не могут дать ему ожидаемого положительного эффекта.

Данный критерий основан на разграничении согласованных действий и так называемого параллельного поведения хозяйствующих субъектов. В те или иные периоды времени на рынке может складываться такая конъюнктура, которая одинаково воздействует на всех участников рынка и подталкивает их к совершению однотипных действий. Например, падение спроса на товар может привести к одновременному сокращению производства, что является параллельными действиями. Но поскольку в [Постановлении](#) Пленума ВАС РФ N 30 разъяснено, что **"о согласованности действий в числе прочих обстоятельств может свидетельствовать тот факт, что они совершены различными участниками рынка относительно единообразно и синхронно при отсутствии на то объективных причин"** (выделено нами. - Авт.), описанные действия по сокращению производства без применения рассматриваемого критерия могут быть квалифицированы как согласованные.

Однако, установив факт единообразия, обязательно следует провести анализ на предмет отсутствия каких-либо объективных причин для параллельного поведения. И если таковые присутствуют, то в рассматриваемой ситуации следует сделать вывод о том, что сокращение производства было бы произведено хозяйствующими субъектами и без аналогичных действий других лиц, а следовательно, оно не может быть квалифицировано как результат согласованных действий. Если же самостоятельное поведение хозяйствующего субъекта приведет к отрицательным для него экономическим последствиям (спрос на товар имеется, и снижение объемов производства может быть компенсировано наращиванием производства конкурентами, которые занимают выпадающую нишу), то совершение таких действий единообразно и синхронно в совокупности с другими рассмотренными критериями будет свидетельствовать о согласованности действий.

При этом [ст. 8](#) Закона о защите конкуренции дает примерный перечень обстоятельств, которые могут одинаково влиять на всех участников рынка. Среди них изменение регулируемых тарифов, изменение цен на сырье, используемое для производства товара, изменение цен на товар на мировых товарных рынках, существенное изменение спроса на товар в течение срока не менее чем один год или в течение срока существования соответствующего товарного рынка, если этот срок составляет менее чем один год.

Так, например, АС ЦО, своим [Постановлением](#) от 21 декабря 2015 г. по делу N A68-301/2015 оставляя без изменения акты нижестоящих судов об отмене решения антимонопольного органа, указал, что, отменяя решение антимонопольного органа, суды установили, что основным критерием повышения заявителями розничной цены на продукцию в рассматриваемый период являлся рост оптовых цен, при этом закупочные цены у разных поставщиков находились примерно на одном уровне. Указанное позволило судам сделать вывод о том, что **имелся фактор, одинаково объективно влияющий на розничный рынок**, а на другие признаки антимонопольный орган, по сути, не ссылался. Аналогичные позиция сформирована ФАС ВВО в [Постановлении](#) от 6 февраля 2012 г. по делу N A79-11274/2010.

Неисчерпывающий характер этих обстоятельств дает возможность в конкретных ситуациях приводить в обоснование отсутствия противоправных согласованных действий ссылку на иные факторы, влияющие на товарный рынок. В этом смысле Пленум ВАС РФ в [Постановлении](#) N 30 разъяснил, что **"подтверждать отсутствие со стороны конкретного хозяйствующего субъекта нарушения в виде согласованных действий могут в том числе доказательства наличия объективных причин собственного поведения этого хозяйствующего субъекта на товарном рынке и (или) отсутствия обусловленности его действий действиями иных лиц"** (выделено нами. - Авт.).

Статья 9. Группа лиц

Комментарий к [статье 9](#)

1. Определение понятия группы лиц дано в [ч. 1 комментируемой статьи](#) через перечисление признаков отнесения одного или нескольких лиц к одной группе лиц. Кроме того, ответ на вопрос, что такое группа лиц, можно найти в судебной практике. Судебная практика исходит из того, что группа лиц - это совокупность хозяйствующих субъектов, действующих на определенном товарном рынке в едином экономическом интересе и в силу особых связей (имущественных, родственных, управленческих и иных) способных оказывать ощутимое влияние на соответствующую экономическую деятельность <1>.

<1> См.: Постановления ФАС ЗСО от 14 ноября 2011 г. по делу [N A46-1741/2011](#); от 17 сентября 2009 г. по делу [N A75-1832/2009](#); от 10 октября 2008 г. по делу [N A66-1947/2008](#); ФАС УО от 11 октября 2012 г. по делу [N](#)

[A60-56160/11](#); от 7 сентября 2012 г. по делу [N A60-48658/2011](#); и др.

В судебной практике в целом превалирует позиция, согласно которой группа лиц - это единый хозяйствующий субъект на рынке <1>. Также указание на то, что группа лиц должна рассматриваться в качестве единого хозяйствующего субъекта, содержится в [п. 5 ст. 2](#) Протокола об общих принципах и правилах конкуренции (приложение N 19 к Договору о ЕАЭС). Также в судебной практике подчеркивается, что в рамках одного хозяйствующего субъекта не может быть конкурентных отношений <2>.

<1> См.: [п. 6](#) Обзора практики разрешения споров, связанных с применением антимонопольного законодательства; Постановления ФАС МО от 25 ноября 2011 г. по делу [N A40-7463/11-139-90](#); ФАС ВВО от 11 июля 2011 г. по делу [N A43-22903/2010](#); ФАС ВСО от 2 сентября 2010 г. по делу [N A19-11048/08](#); ФАС СЗО от 6 октября 2010 г. по делу [N A75-13615/2009](#); ФАС ПО от 25 апреля 2012 г. по делу [N A49-4608/2011](#); от 1 марта 2012 г. по делу [N A12-5653/2011](#), от 27 сентября 2010 г. по делу [N A57-17176/2009](#); от 12 августа 2010 г. по делу [N A57-17172/2009](#); от 22 апреля 2010 г. по делу [N A57-17007/2009](#); от 4 декабря 2009 г. по делу [N A65-8055/2009](#); ФАС СЗО от 7 февраля 2012 г. по делу [N A44-230/2011](#); от 7 мая 2010 г. по делу [N A42-5795/2009](#); от 22 декабря 2008 г. по делу [N A21-7367/2007](#); от 16 апреля 2008 г. по делу [N A56-23922/2007](#); ФАС УО от 11 сентября 2012 г. [N A60-41789/2011](#) и др.

<2> См.: Постановления ФАС СЗО от 7 мая 2010 г. по делу [N A42-5795/2009](#); от 22 декабря 2008 г. по делу [N A21-7367/2007](#); от 16 апреля 2008 г. по делу [N A56-23922/2007](#).

Это приводит к тому, что доли хозяйствующих субъектов, входящих в одну группу лиц и действующих на одном товарном рынке, суммируются, в том числе для целей определения доминирующего положения (см. [ст. 5](#) Закона о защите конкуренции и [комментарий к ней](#)) <1>.

<1> См.: [п. 6.4](#) Анализа товарных рынков; Постановления ФАС ПО от 27 сентября 2010 г. по делу [N A57-17176/2009](#); от 12 августа 2010 г. по делу [N A57-17172/2009](#); от 22 апреля 2010 г. по делу [N A57-17007/2009](#); ФАС СКО от 14 ноября 2012 г. по делу [N A63-10169/2010](#).

2. Другим важным следствием того, что группа лиц считается единым хозяйствующим субъектом на рынке, является распространение антимонопольных запретов на всех участников группы вне зависимости от их роли и выполняемых функций. Об этом прямо говорит [ч. 2 комментируемой статьи](#), согласно которой установленные антимонопольным законодательством запреты на действия (бездействие) на товарном рынке хозяйствующего субъекта распространяются на действия (бездействие) группы лиц. Судебная практика толкует эту норму как возлагающую на каждого участника группы лиц обязанность воздерживаться от совершения антиконкурентных действий <1>.

<1> См.: [Постановление](#) 9 ААС от 26 октября 2015 г. по делу [N A40-148987/2014](#).

В качестве яркого примера применения этой нормы можно привести поддержанную судебной практикой позицию, согласно которой недобросовестной конкуренцией признаются действия лица, которое само не является конкурентом на товарном рынке, но в его группу лиц такой конкурент входит <1>.

<1> См.: Постановления ФАС ВВО от 1 декабря 2011 г. по делу [N A33-1568/2011](#); ФАС ДО от 18 июня 2013 г. по делу [N A24-3495/2012](#); ФАС ПО от 18 апреля 2013 г. по делу [N A72-8511/2012](#); ФАС СЗО от 4 февраля 2014 г. по делу [N A56-14286/2013](#); ФАС ЦО от 19 ноября 2015 г. по делу [N A23-6707/2014](#); 9 ААС от 30 июля 2015 г. по делу [N A40-56829/15](#); 20 ААС от 20 ноября 2015 г. по делу [N A68-3667/2015](#).

При этом во многих случаях, непосредственно не касающихся применения антимонопольных запретов, группа лиц не считается обладающей правосубъектностью. Например, к административной ответственности может быть привлечено только конкретное лицо, в отношении которого следует установить все элементы

состава административного правонарушения, включая вину <1>. Привлечение к административной ответственности группы лиц в целом за совершение антимонопольных нарушений неправомерно <2>.

<1> См.: [Постановление](#) ФАС ВВО от 12 сентября 2011 г. по делу N A79-13425/2009.

<2> См.: Постановления ФАС ДО от 11 августа 2008 г. по делу N A73-3133/2008; ФАС ПО от 18 июля 2008 г. по делу N A65-29935/2007-CA3-38.

С другой стороны, в судебной практике можно встретить дела, в которых поддержана позиция о том, что участник группы лиц обязан представить запрошенные антимонопольным органом сведения в отношении другого участника группы лиц <1>. Также встречаются решения, в которых признавалось наличие у группы лиц обязанности по подаче в антимонопольный орган ходатайства о получении предварительного согласия на сделку экономической концентрации <2>, хотя это противоречит сложившейся практике антимонопольных органов, которые считают обязанными лицами конкретных участников группы лиц, вследствие действий которых требуется получение предварительного согласия, что поддерживается и судами <3>. Очевидно, что в приведенных выше случаях суды не учитывают, что в вопросах административного правоприменения группа лиц не обладает правосубъектностью (не является субъектом права) и, следовательно, субъектом ответственности всегда является конкретное лицо, входящее в группу лиц.

<1> См.: [Постановление](#) ФАС ПО от 4 декабря 2009 г. по делу N A65-8055/2009.

<2> См.: [Постановление](#) ФАС ВВО от 30 марта 2012 г. по делу N A33-8344/2011.

<3> См.: [Постановление](#) ФАС ПО от 18 июля 2008 г. по делу N A65-29935/2007-CA3-38.

3. [Часть 1 комментируемой статьи](#) закрепляет основания, по которым те или иные лица могут быть отнесены к одной группе лиц. В основе построения группы лиц лежит концепция "базовых групп". Базовые группы объединяют двух лиц в одну группу лиц по одному из указанных в [ч. 1 комментируемой статьи](#) признаков.

Данные признаки, которые будут детально рассмотрены далее, можно условно разделить на признаки контроля и иные признаки. К признакам контроля относятся:

- владение более 50% голосующих акций (долей) - [п. 1 ч. 1 ст. 9](#);
- исполнение функций единоличного исполнительного органа - [п. 2 ч. 1 ст. 9](#);
- возможность давать обязательные для исполнения указания - [п. 3 ч. 1 ст. 9](#);
- номинарование единоличного исполнительного органа - [п. 5 ч. 1 ст. 9](#);
- номинарование более половины состава коллегиальных органов управления (совета директоров или коллегиального исполнительного органа) - [п. 6 ч. 1 ст. 9](#).

К иным признакам для построения базовой группы относятся:

- пересечение составов коллегиальных органов управления более чем наполовину - [п. 4 ч. 1 ст. 9](#);
- близкие родственные или свойственные связи - [п. 7 ч. 1 ст. 9](#).

4. Базовую группу составляют хозяйственное общество (товарищество, хозяйственное партнерство) и лицо, имеющее более чем 50% от общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли) в уставном (складочном) капитале этого хозяйственного общества (товарищества, хозяйственного партнерства). По сути данная формулировка означает, что лицо должно владеть более 50% голосующих акций (долей) общества (товарищества, партнерства). Общее количество голосующих акций (долей) должно определяться с учетом норм гражданского законодательства (в частности, [ст. 32, 72](#) Закона об акционерных обществах, [ст. 24](#) Закона об обществах с ограниченной ответственностью, [ст. 17](#) Закона о хозяйственных партнерствах).

В судебной практике можно встретить позицию, согласно которой пакет акций (долей), составляющий ровно 50% от общего количества голосующих акций (долей), является основанием для образования группы лиц <1>. Очевидно, что в данном случае имеет место некорректное применение [п. 1 ч. 1 комментируемой статьи](#), поскольку закон прямо говорит, что пакет голосующих акций (долей) должен **превышать** 50%.

<1> См.: Постановления ФАС ВВО от 6 сентября 2007 г. по делу [N A43-34960/2006-9-1164](#); ФАС СКО от 11 февраля 2011 г. по делу [N A53-13630/2010](#); от 18 января 2011 г. по делу [N A53-13631/2010](#).

При этом основание, по которому лицо владеет или распоряжается контрольным пакетом акций (долей), не имеет значения с точки зрения антимонопольного законодательства. Это может быть владение в силу участия в обществе (товариществе, партнерстве). Также это может быть владение на основании полномочий, полученных от других лиц, когда лицо имеет возможность фактически распоряжаться голосами, приходящимися на акции (доли), которыми оно владеет <1>. Важное значение в этой связи имеет то, кто фактически принимает решения о распоряжении голосами по акциям (долям). Например, в случае выдачи доверенности на голосование пакетом, превышающим 50% от общего количества голосующих акций (долей), правом голоса будет обладать принципал, если поверенный обязан голосовать согласно его инструкциям. Если же выдается "открытая" доверенность (т.е. поверенный вправе самостоятельно определять, как именно голосовать), то поверенный будет обладать правом голоса по переданному ему пакету акций (долей). В первом случае поверенный не будет входить в группу лиц с обществом (товариществом, партнерством), а во втором - он будет образовывать с ним базовую группу.

<1> На принципиальную возможность включения в группу лиц вследствие получения полномочий по осуществлению права голоса на основании доверенности указывает и судебная практика (См.: [Постановление](#) 13 ААС от 17 августа 2009 г. по делу N A56-44238/2008, хотя в этом деле суд и признал отсутствие группы лиц, поскольку соответствующая доверенность прекратила свое действие в исследуемый период).

Полагаем, что аналогичный подход может быть применим в отношении передачи в доверительное управление пакета акций (долей), превышающего 50% от общего числа голосующих акций (долей): если доверительный управляющий вправе голосовать переданным в управление пакетом только по инструкциям учредителя управления, то базовую группу с обществом (товариществом, партнерством) будет составлять учредитель управления; если же доверительный управляющий имеет дискрецию в том, как голосовать переданным ему пакетом, то в базовую группу будет входить именно он.

На практике часто возникает вопрос, входят ли в группу лиц органы государственной и муниципальной власти, которые являются собственниками имущества или акционерами коммерческих организаций. Можно даже встретить позицию судов, в соответствии с которой органы власти должны включаться в одну группу лиц и через них можно объединить в одну группу несколько подконтрольных им хозяйствующих субъектов <1>. Представляется, что этот подход является некорректным, не говоря уже о том, что он противоречит позиции ВАС РФ, хотя и сформулированной применительно к включению органов власти в состав аффилированных лиц <2>.

<1> См.: [Постановление](#) ФАС СЗО от 16 апреля 2008 г. по делу N A56-23922/2007.

<2> См.: [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 6 декабря 2011 г. N 11523/11.

5. Базовую группу составляют юридическое лицо и лицо, осуществляющее функции единоличного исполнительного органа этого юридического лица.

Функции единоличного исполнительного органа может осуществлять как физическое лицо, так и юридическое лицо (управляющая компания). Так, согласно [п. 1 ст. 69](#) Закона об акционерных обществах по решению общего собрания акционеров полномочия единоличного исполнительного органа общества могут быть переданы по договору коммерческой организации (управляющей организации) или индивидуальному предпринимателю (управляющему). Аналогичное указание содержится в [подп. 2 п. 2.1 ст. 32](#) и [ст. 42](#) Закона об

обществах с ограниченной ответственностью. В то же время функции единоличного исполнительного органа хозяйственного партнерства может осуществлять только физическое лицо (ч. 3 ст. 18 Закона о хозяйственных партнерствах).

В практике встречается позиция, согласно которой руководитель филиала был признан входящим в группу лиц с обществом как лицо, исполняющее функции единоличного исполнительного органа <1>. Эта позиция представляется необоснованной, поскольку филиал не является юридическим лицом, а лишь его обособленным подразделением (см. ст. 55 ГК РФ), а руководитель филиала, безусловно, не исполняет функции единоличного исполнительного органа юридического лица. В этой связи руководитель филиала общества не будет входить в группу лиц с этим обществом по основанию, предусмотренному п. 2 ч. 1 комментируемой статьи.

<1> См.: [Постановление](#) ФАС ДО от 18 июня 2013 г. по делу N A24-3495/2012.

6. Базовую группу составляют хозяйственное общество (товарищество, партнерство) и лицо, которое вправе давать этому хозяйственному обществу (товариществу, партнерству) обязательные для исполнения указания. При этом в законе сделана оговорка, что возможность дачи таких указаний должна быть предусмотрена учредительными документами подконтрольного общества (товарищества, партнерства) или заключенным с этим обществом (товариществом, партнерством) договором.

Данное основание для составления группы лиц отсылает к отношениям между основным и дочерним обществом в рамках гражданского законодательства. Согласно п. 1 ст. 67.3 ГК РФ общество признается дочерним, "если другое (основное)... общество... в соответствии с заключенным между ними договором... либо иным образом имеет возможность определять решения, принимаемые таким обществом". Данное правило детализируется в законах об отдельных видах обществ, например, согласно п. 3 ст. 6 Закона об акционерных обществах основное общество считается имеющим право давать дочернему обществу обязательные для последнего указания только в случае, когда это право предусмотрено в договоре с дочерним обществом или уставе дочернего общества.

На практике часто возникает вопрос, на основании каких договоров с подконтрольным обществом (товариществом, партнерством) контролирующее лицо считается дающим обязательные для исполнения указания. Действительно, [Закон](#) о защите конкуренции не конкретизирует (не определяет) виды договоров, на основании которых контролирующее лицо будет иметь возможность давать такие обязательные для исполнения указания.

Вместе с тем к таким договорам, прежде всего, следует относить так называемые договоры основного - дочернего общества, в соответствии с которыми контролирующее лицо будет иметь возможность определять решения и транслировать их органам управления подконтрольного дочернего общества. Кроме этого, на основании приводимых ниже примеров из судебной практики можно сделать вывод о том, что обязательные для исполнения указания только тогда будут приводить к образованию группы лиц, когда контролирующее лицо будет иметь возможность давать их в отношении широкого спектра вопросов деятельности подконтрольного общества, не ограничиваясь непосредственным предметом конкретного коммерческого договора между указанными организациями. Иными словами, распространенные на практике ограничительные условия в коммерческих договорах не приводят к образованию группы лиц, если эти условия не выходят за рамки предмета конкретного договора.

Так, сам факт заключения агентского договора, содержащего условие о минимальной цене реализации товара, не был признан судом достаточным основанием для образования группы лиц между принципалом и агентом <1>. Однако в судебной практике существует и противоположная позиция, согласно которой если в агентском договоре предусматривается право давать обязательные для исполнения указания, касающиеся выполнения агентом задания принципала, то это является достаточным основанием для вывода о наличии группы лиц <2>. Данную позицию сложно признать обоснованной, поскольку возможность давать указания в рамках взаимодействия по агентскому договору является неотъемлемым правом принципала в силу особой природы отношений между сторонами договора (см. п. 1 ст. 973 или ст. 992 ГК РФ, которые применимы в зависимости от избранной сторонами модели агентского договора в силу ст. 1011 ГК РФ). При такой логике стороны любых агентских договоров всегда будут являться группой лиц, хотя очевидно, что с экономической точки зрения они остаются самостоятельными участниками оборота и не действуют в качестве единого

хозяйствующего субъекта на рынке.

<1> См.: [Постановление](#) ФАС ЗСО от 7 марта 2012 г. по делу N A27-4602/2011. Аналогичный вывод в отношении агентских договоров сделан в Постановлениях ФАС СЗО от 30 марта 2012 г. по делу N A56-36258/2011; от 27 января 2012 г. по делу N A27-3105/2011; ФАС УО от 11 октября 2012 г. по делу N A60-56160/11; ФАС СКО от 25 апреля 2014 г. по делу N A25-1237/2013.

<2> См.: Постановления ФАС ВВО от 3 сентября 2013 г. по делу N A38-5657/2012; ФАС ВСО от 7 октября 2010 г. по делу N A58-3833/09; ФАС СЗО от 21 октября 2013 г. по делу N A56-43883/2012; от 31 декабря 2008 г. по делу N A26-2221/2008; ФАС УО от 11 сентября 2012 г. по делу N A60-41789/2011; от 2 апреля 2012 г. по делу N A60-17514/2011; от 12 октября 2011 г. по делу N A07-17413/2010; от 15 октября 2009 г. по делу N A60-6284/2009; от 1 октября 2009 г. по делу N A60-1840/2009; 17 ААС от 8 декабря 2015 г. по делу N A60-31843/2015.

Аналогичным образом не нашли поддержки в судебной практике попытки признания лицензионного договора основанием для включения его сторон в группу лиц. Так, согласно позиции суда "сам факт заключения лицензионных соглашений не может рассматриваться как подтверждение наличия группы лиц, поскольку в противном случае группой лиц необходимо также признавать любых хозяйствующих субъектов, заключивших договоры, что не соответствует целям антимонопольного законодательства" <1>.

<1> См.: [Постановление](#) ФАС МО от 3 марта 2009 г. по делу N A40-25769/07-152-183.

Если же установленная договором возможность давать обязательные для исполнения указания распространяется на более широкий спектр отношений (т.е. касается деятельности лица в целом, а не только исполнения конкретного договора), то имеются основания для вывода о наличии группы лиц. Так, были признаны входящими в одну группу лиц общества, заключившие соглашение о сотрудничестве, согласно которому одна из сторон оказывает содействие в приобретении зданий и сооружений и вправе давать другой стороне обязательные для исполнения указания, касающиеся приобретения этого недвижимого имущества <1>.

<1> См.: [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 26 июля 2011 г. N 2763/11.

7. Базовую группу также составляют юридические лица, в которых более 50% количественного состава коллегиальных органов управления (т.е. коллегиального исполнительного органа и (или) совета директоров (наблюдательного совета, совета фонда)) составляют одни и те же физические лица. При этом важно учитывать, что в группу лиц по этому основанию входят не сами члены коллегиальных органов управления, из-за которых происходит пересечение составов последних более чем на 50%, а только юридические лица.

Представляется не вполне обоснованной имеющаяся в судебной практике позиция, согласно которой в группу лиц по данному основанию входят общества, в которых одно и то же лицо занимает должность единоличного исполнительного органа <1>. Такие общества действительно входят в группу лиц, но на другом основании: в силу [п. 8 ч. 1 комментируемой статьи](#) (см. о ней ниже).

<1> См., напр.: [Постановление](#) ФАС УО от 12 мая 2012 г. по делу N A76-8283/2010.

8. Базовую группу составляют хозяйственное общество (хозяйственное партнерство) и физическое лицо или юридическое лицо, если по предложению такого физического лица или такого юридического лица назначен или избран единоличный исполнительный орган этого хозяйственного общества (хозяйственного партнерства), либо более 50% количественного состава коллегиального исполнительного органа или совета директоров (наблюдательного совета) этого хозяйственного общества (хозяйственного партнерства).

Под данное основание, например, подпадает ситуация, когда контролирующее лицо не имеет

юридической возможности назначить или избрать органы управления обществом (партнерством), однако получает возможность предлагать кандидатов в члены органов управления. Так, согласно [п. 1 ст. 53 Закона об акционерных обществах](#) акционеры (акционер), являющиеся в совокупности владельцами не менее чем 2% голосующих акций общества, вправе внести вопросы в повестку дня годового общего собрания акционеров и выдвинуть кандидатов в совет директоров (наблюдательный совет) общества, коллегиальный исполнительный орган, ревизионную комиссию (ревизоры) и счетную комиссию общества, число которых не может превышать количественный состав соответствующего органа, а также кандидата на должность единоличного исполнительного органа.

Законодатель исходил из того, что в силу уже самого факта номинирования (предложения) кандидатов, которые впоследствии будут назначены или избраны, между кандидатами и номинировавшим их лицом сложились определенные отношения зависимости, вследствие чего последнее получает возможность влиять на решения, принимаемые соответствующим обществом (партнерством).

Факт номинирования может подтверждаться любыми документами, основными из которых являются протоколы общих собраний акционеров (участников) ^{<1>}.

^{<1>} См.: [решение](#) Суда по интеллектуальным правам от 7 декабря 2015 г. по делу N СИП-285/2015; Постановления ФАС УО от 25 ноября 2010 г. по делу N А50-11525/2010; ФАС ЦО от 19 ноября 2015 г. по делу N А23-6707/2014.

9. Базовую группу составляют физическое лицо и его близкие родственники и свойственники (супруг, родители (в том числе усыновители), дети (в том числе усыновленные), полнородные и неполнородные братья и сестры).

С учетом неограниченной протяженности группы лиц (см. [п. 10 комментария к настоящей статье](#)) на практике возникает вопрос о том, что необходимо отслеживать в составе группы лиц всех без исключения родственников каждого из физических лиц, входящих в группу лиц. На этот счет имеется вполне рациональная позиция ФАС России: родственники, входящие с определенным физическим лицом в одну группу лиц по основанию, предусмотренному [п. 7 ч. 1 комментируемой статьи](#), не будут входить в одну группу лиц с иными лицами при условии, если эти родственники не составляют группу лиц с другими хозяйствующими субъектами по какому-либо основанию, указанному в [ч. 1 комментируемой статьи](#) ^{<1>}. Иными словами, родственники только тогда включаются в состав группы лиц, когда они по самостоятельным основаниям входят в группу лиц с иными хозяйствующими субъектами (например, владеют более 50% голосующих акций (долей) какого-либо общества, исполняют функции единоличного исполнительного органа в каком-либо юридическом лице и т.п.).

^{<1>} См.: [письмо](#) ФАС России от 20 марта 2008 г. N АЦ/5969.

Определенными особенностями обладает раскрытие родственников физических лиц в составе группы лиц для целей подачи ходатайства (уведомления) по сделке экономической концентрации (по этому вопросу см. [комментарий к ст. 32 Закона о защите конкуренции](#)).

10. Все базовые группы, подробно рассмотренные выше, подлежат объединению в единую группу лиц на основании [п. 8 ч. 1 комментируемой статьи](#). Данное правило сформулировано следующим образом: в одну группу лиц входят лица, каждое из которых по какому-либо из указанных в [п. п. 1 - 7 ч. 1 комментируемой статьи](#) признаку входит в группу с одним и тем же лицом, а также другие лица, входящие с любым из таких лиц в группу по какому-либо из указанных в [п. п. 1 - 7 ч. 1 комментируемой статьи](#) признаку.

Толкование данного положения, применяемое на практике антимонопольными органами, состоит в том, что оно объединяет в одну группу лиц все базовые группы вне зависимости от того, насколько далеко такие базовые группы удалены друг от друга. Иными словами, согласно данному подходу "протяженность" группы лиц является неограниченной. Исходя из применяемого антимонопольными органами на практике толкования, группа лиц "будет заканчиваться на лице, которое само по основаниям, предусмотренным [п. п. 1 - 9 ч. 1 комментируемой статьи](#), не составляет группу лиц с иными лицами" ^{<1>}. Данный подход нашел поддержку в судебной практике ^{<2>}.

<1> См. [письмо](#) ФАС России от 25 марта 2008 г. N АЦ/6366.

<2> См.: Постановления ФАС ПО от 24 сентября 2009 г. по делу N [A65-25309/2008](#); ФАС ЦО от 2 марта 2009 г. по делу N [A08-3665/2008-26](#).

Существует также узкое толкование рассматриваемого положения. Оно исходит из буквального толкования рассматриваемого положения, при котором к одной группе лиц относят звенья только двух уровней, отсчитываемых от группообразующего лица. При таком варианте толкования словосочетание "каждое из которых" означает лиц, относящихся к первому по счету звену от группообразующего лица, тогда как словосочетание "другие лица, входящие с любым из таких лиц" подразумевает лиц из второго звена. Это толкование ранее находило поддержку в судебной практике <1>.

<1> См.: [Постановление](#) ФАС СЗО от 10 октября 2008 г. по делу N А66-1947/2008.

Представляется, что данное толкование необоснованно ограничивает протяженность группы лиц, что не отвечает назначению этой концепции - объединять формально-юридически независимых лиц в состав единого хозяйствующего субъекта. Кроме этого, [Закон](#) о защите конкуренции не содержит определения лица, относительно которого определяется состав участников одной группы лиц (так называемого группообразующего лица), что также свидетельствует о необоснованности указанного подхода.

11. В состав группы лиц также следует включать хозяйственное общество (товарищество, хозяйственное партнерство), в котором лица, входящие в одну группу по любому основанию, имеют в совокупности более 50% общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли) в уставном (складочном) капитале этого хозяйственного общества (товарищества, хозяйственного партнерства). Основания, по которым входящие в одну группу лица осуществляют совместный контроль над обществом (товариществом, партнерством), не имеют значения: это может быть совместное участие в этом обществе (товариществе, партнерстве) или осуществление полномочий по распоряжению голосами, полученных от других лиц.

Данное положение появилось в [Законе](#) о защите конкуренции под влиянием правовой позиции, сформулированной ВАС РФ <1>. По сути, оно означает, что к уже построенной группе лиц присоединяется совместно контролируемое общество (товарищество, партнерство), а также лица, входящие в группу лиц с таким совместно контролируемым обществом (товариществом, партнерством) по самостоятельным основаниям.

<1> См.: [п. 3](#) Постановления Пленума ВАС РФ N 30.

Глава 2. МОНОПОЛИСТИЧЕСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

Статья 10. Запрет на злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением

Комментарий к [статье 10](#)

1. [Часть 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции посвящена одному из видов запрещенной [Законом](#) деятельности - злоупотреблению хозяйствующим лицом своим доминирующим положением на товарном рынке.

Как видно из названия комментируемой [статьи](#), данное нарушение антимонопольного законодательства, в отличие от других разновидностей монополистической деятельности, характеризуется наличием особого субъекта - лица, занимающего доминирующее положение (доминанта). Подобное "сужение" субъектного состава обусловлено тем фактом, что наличие доминирующего положения, хотя и правомерно по существу, позволяет оказывать существенное влияние на условия обращения товаров и на состояние конкурентной среды на рынке. Необходимо отметить, что в ряде случаев наряду с общим статусом лица, занимающего доминирующее положение на рынке, имеет значение также специальный статус такого лица. Так, к доминирующим субъектам, одновременно являющимся субъектами естественной монополии, не применяются более льготные меры ответственности за нарушения, которые не привели к ограничению конкуренции, - с таких лиц взыскивается

"оборотный" штраф вне зависимости от наступивших последствий.

Однако такой вид монополистической деятельности, как злоупотребление доминирующим положением, предусмотренный комментируемой [статьей](#) Закона, не следует отождествлять со злоупотреблением правом, предусмотренным [ст. 10](#) ГК РФ. Следует отметить, что подобное отождествление может возникнуть из толкования нормы [п. 1 ст. 10](#) ГК: "не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом). Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке".

Норма [ст. 10](#) Закона о защите конкуренции содержит свой правовой инструментарий, позволяющий квалифицировать действия (бездействие) хозяйствующих субъектов. Например, такие специальные запреты для доминирующего хозяйствующего субъекта, как установление монопольно высоких или монопольно низких цен, отказ от заключения договора, навязывание невыгодных условий договора, создание препятствий доступу на рынок или выходу с рынка и др., применяются непосредственно, без необходимости доказывать, что управомоченное лицо (доминант), обладая конкретным субъективным правом, злоупотребило им, т.е. вышло за допустимые пределы осуществления права. При этом следует учитывать, что квалификацию злоупотребления правом осуществляет исключительно суд, а не антимонопольный орган.

Таким образом, при квалификации конкретных запретов, предусмотренных [ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, не требуется доказывать, что доминирующий хозяйствующий субъект злоупотребил своим конкретным субъективным правом. К тому же доминирующее положение субъекта на рынке не является субъективным правом, а свидетельствует об определенной экономической ситуации на рынке (доминирования).

Злоупотребление правом по [ст. 10](#) ГК РФ является общим запретом, особым типом гражданского правонарушения ^{<1>}. Санкциями за данное правонарушение являются отказ в защите права и возмещение убытков ([п. п. 2 и 3 ст. 10](#) ГК). Если же конкретные запреты предусмотрены специальной нормой, нет необходимости в применении общей нормы ^{<2>}.

^{<1>} См.: Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М.: Изд-во МГУ, 1972.

^{<2>} По данному вопросу см.: Садиков О. Злоупотребление правом в Гражданском кодексе России // Хозяйство и право. 2002. N 2. С. 40 - 42.

Следует отметить, что субъекты гражданского права, как занимающие доминирующее положение, так и не занимающие, могут злоупотребить своими гражданскими правами и к ним может быть применена общая норма [ст. 10](#) ГК РФ, но при отсутствии специальной нормы (специального запрета), позволяющей квалифицировать их противоправное поведение.

Разумеется, следует признать, что в основе специальных запретов на злоупотребление доминирующим положением, предусмотренных [ч. 1 комментируемой статьи](#), лежит общеправовой принцип добросовестности участников гражданского оборота, предусмотренный [ст. 10](#) ГК РФ. В [Постановлении](#) Пленума ВАС РФ N 30 указывается на то, что при оценке определенного действия (бездействия) как злоупотребления доминирующим положением следует учитывать положения [ст. 10](#) ГК РФ, [ч. 2 ст. 10](#), [ч. 1 ст. 13](#) Закона о защите конкуренции и, в частности, определять, были совершены данные действия в допустимых пределах осуществления гражданских прав либо ими налагаются на контрагентов неразумные ограничения или ставятся необоснованные условия реализации контрагентами своих прав. Однако "учет положений [статьи 10](#) ГК РФ" не означает, что антимонопольные органы вправе устанавливать факт злоупотребления правом по [ст. 10](#) ГК РФ, поскольку это прерогатива судебных органов. А суды также руководствуются принципом: специальная норма имеет приоритет перед общей нормой, если специальная норма не противоречит закону.

2. В [ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, кроме конкретных запретов, имеется также общий запрет на злоупотребление доминирующим положением: "запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей". Это

означает, что перечень конкретных запретов не является исчерпывающим и при отсутствии специальных запретов может применяться указанный общий запрет.

Кроме того, следует констатировать, что данный общий запрет направлен прежде всего на защиту правопорядка в сфере конкуренции, защиту товарных рынков (т.е. публичного порядка). Запрет распространяется на действия (бездействие), результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции. Новеллой четвертого антимонопольного **пакета** является уточнение последствий в виде ущемления интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей. При этом возможно наступление указанных последствий как в совокупности, так и независимо друг от друга.

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

Помимо этого, существует исключительный случай, при котором в результате злоупотребления доминирующим положением защита нарушенных прав физических лиц, не осуществляющих предпринимательскую деятельность, может быть обеспечена только посредством антимонопольного регулирования. Речь идет об ущемлении интересов в результате установления монопольно высокой цены, что не регулируется никакими иными отраслями законодательства. Сохранение у антимонопольных органов полномочий по защите коллективного интереса потребителей позволит не оставить физических лиц, приобретающих товар для использования в личных (бытовых) нуждах, без защиты в случае установления на него монопольно высокой цены, если антимонопольный орган установит, что такое нарушение ущемило либо могло ущемить их интересы.

В свою очередь, из сферы антимонопольного регулирования исключены частные интересы лиц, не являющихся индивидуальными предпринимателями <1>. Не признаются злоупотреблением доминирующим положением действия доминирующего хозяйствующего субъекта, которые приводят или могут привести к ущемлению интересов физических лиц, не осуществляющих предпринимательскую деятельность. Защита интересов индивидуальных потребителей (непрофессиональных участников рынка) в их договорных взаимоотношениях с предпринимателями, в том числе обладающими рыночной властью, не относится к предусмотренной **Законом** о защите конкуренции компетенции антимонопольного органа, а находится в ведении других органов, в первую очередь Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека (Роспотребнадзора), и регулируется законодательством о защите прав потребителей.

<1> Следует отметить, что введение данной нормы продолжает логику законодателя по снижению количества антимонопольных дел, возбуждаемых по индивидуальным жалобам граждан, ранее реализованную посредством исключения из сферы антимонопольного регулирования дел о злоупотреблении доминирующим положением в форме отказа от заключения с физическим лицом договоров технологического присоединения к электрическим сетям и договоров энергоснабжения (речь идет о так называемой проблеме дачников), и их рассмотрения в рамках административного производства по делам о нарушениях **ст. 9.21** КоАП РФ.

Примером, не относящимся к запрещенному **Законом** о защите конкуренции злоупотреблению доминирующим положением, приводящему не к ограничению конкуренции, а исключительно к ущемлению интересов индивидуального физического лица, могут являться действия субъектов естественной монополии <1> или иных лиц, занимающих доминирующее положение, по отказу в предоставлении товара либо в доступе к собственным мощностям индивидуальному физическому лицу (т.е. лицу, которое не является субъектом предпринимательской деятельности).

<1> У которых, как описано выше, согласно **ст. 5** Закона о защите конкуренции, презюмируется наличие доминирующего положения.

Вместе с тем формулировка нормы [ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции оставляет открытым вопрос о том, должны ли рассматриваться в качестве участников "неопределенного круга потребителей" только потребители товара, на рынке которого совершено нарушение, либо регулятор может рассматривать влияние действий доминантов на потребителей, функционирующих на нижестоящих (**downstream**) рынках. Ответ на этот вопрос, по всей видимости, будет дан правоприменительной практикой.

Названное разграничение типов последствий, возникающих в результате злоупотребления доминирующим положением, играет важную роль при определении и назначении административных санкций за соответствующее нарушение.

В том случае, если совершенное нарушение не привело к ограничению конкуренции (т.е. привело только к ущемлению прав и законных интересов третьих лиц), согласно [ст. 14.31](#) КоАП РФ, с компании-нарушителя взыскивается штраф в размере от 300 тыс. до 1 млн. руб.

Если же результатом злоупотребления доминирующим положением явилось реальное или потенциальное ограничение конкуренции, то меры административной ответственности существенным образом ужесточаются и за совершение такого нарушения с доминанта в подавляющем большинстве случаев ^{<1>} взыскивается "оборотный" штраф, размер которого привязан к объему выручки (либо расходов) нарушителя (см. [ст. 14.31](#) КоАП РФ).

^{<1>} Полный перечень административных санкций, применяемых к компаниям-нарушителям и их должностным лицам, содержится в [ч. 2 ст. 14.31](#) КоАП РФ.

Подобное разделение размера ответственности выглядит разумным, поскольку оно отражает степень вреда, причиняемого общественным отношениям, регулируемым антимонопольным законодательством. Таковыми, прежде всего, являются защита конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных рынков (более подробно об этом см. [комментарий к ст. 3](#) Закона о защите конкуренции), нежели защита интересов отдельных лиц.

Вместе с тем формулировка общей нормы [ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции классифицирует последствия нарушения также и по такому критерию, как реальность наступления неблагоприятных последствий.

Злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением сформулировано законодателем таким образом, при котором последствия совершения нарушения могут наступать вследствие действий, составляющих злоупотребление доминирующим положением, или в результате совершения нарушения может создаваться реальная угроза наступления неблагоприятных последствий ^{<1>}.

^{<1>} См., напр.: Постановления ФАС ЗСО от 14 октября 2013 г. по делу [N A27-18801/2012](#), ФАС ПО от 6 августа 2013 г. по делу [N A06-6372/2012](#).

Следовательно, для правильного применения рассматриваемой [статьи](#) необходимо различать наступление и возможность наступления вышеуказанных последствий.

Наступлением последствий признается непосредственное причинение вреда нормальным конкурентным экономическим отношениям либо интересам отдельных лиц в сфере предпринимательской деятельности или интересам неопределенного круга лиц.

В свою очередь, под возможностью наступления негативных последствий следует понимать реальную и объективную вероятность наступления данных последствий, т.е. ситуацию, при которой осуществление противоправных деяний на момент их выявления не привело к подобным последствиям, но при отсутствии вмешательства антимонопольного органа привело бы к ним ^{<1>}. Так как данный вопрос, очевидно, носит оценочный характер, то в рамках антимонопольного расследования такая причинно-следственная связь должна быть всесторонне исследована.

<1> См., напр.: Постановления 4 ААС от 16 мая 2016 г. по делу [N A19-15884/2015](#), 4 ААС от 27 апреля 2016 г. по делу [N A19-15617/2015](#).

Кроме того, что надлежащее исследование антимонопольным органом вопроса о реальности наступления последствий имеет важное значение при установлении и доказывании наличия нарушения как такового, подобная классификация играет важную роль и при определении административных санкций. Так, в практике арбитражных судов имеются случаи, когда установленная антимонопольным органом возможность наступления неблагоприятных последствий (при отсутствии их фактического наступления) квалифицировалась судами в качестве основания малозначительности совершенного деяния <1>.

<1> См., напр.: Постановления ФАС ВВО от 21 июля 2009 г. по делу [N A79-8314/2008](#), 7 ААС от 17 декабря 2013 г. по делу [N A27-12320/2013](#).

Например, при рассмотрении дела N 1-10-123/00-05-14 о нарушении антимонопольного законодательства в отношении АО "Бахчисарайский комбинат "Стройиндустрия" комиссией антимонопольного органа было установлено, что действия АО "Бахчисарайский комбинат "Стройиндустрия" по повышению ранее установленных цен на цемент в период с апреля по май 2014 г. могли привести к ограничению конкуренции на смежных товарных рынках. В обоснование своих доводов комиссия привела следующее: повышение цен на цемент могло привести к ограничению конкуренции на смежном товарном рынке - рынке бетона. Потребителями цемента являются предприятия, изготавливающие сборные железобетонные конструкции и изделия, предприятия, изготавливающие товарный бетон, строительный раствор, асбестоцементные изделия, а также население. Соответственно, рост цен на цемент мог привести к росту стоимости бетона с последующим ростом цен на товары, для производства которых используется бетон (железобетонные изделия и конструкции, строительство зданий и сооружений) <1>.

<1> Официальный сайт ФАС России:
<http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-promyshlennosti/ats-3743-15>.

Толкование формулировок общей нормы [ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции позволяет сделать вывод о том, что для квалификации деяния в качестве злоупотребления доминирующим положением на рынке антимонопольному органу необходимо установить и доказать следующее:

- наличие у лица доминирующего положения на рассматриваемом рынке на момент совершения предполагаемого нарушения <1>;

<1> Правила определения у лица доминирующего положения установлены [Порядком](#) анализа товарных рынков. Нормы [п. п. 1.1 - 1.3](#) Порядка в их совокупности с нормами [ст. ст. 5, 10](#) Закона о защите конкуренции устанавливают по данной категории дел обязательность проведения анализа состояния конкурентной среды на соответствующем рынке для определения наличия у лица доминирующего положения.

- факт злоупотребления таким лицом своим положением на рынке, т.е. использования принадлежащих ему гражданских прав либо имеющейся у него рыночной власти в целях недопущения, ограничения либо устранения конкуренции на соответствующем товарном рынке и (или) ущемления законных интересов других лиц;

- наличие запрещенных [Законом](#) о защите конкуренции последствий как результата противоправной деятельности такого лица, а именно недопущения, ограничения, устранения конкуренции на соответствующем товарном рынке и (или) ущемления законных интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей.

По общему правилу бремя доказывания всех элементов состава нарушения, предусмотренного общей

нормой **ч. 1 ст. 10** Закона о защите конкуренции, лежит на антимонопольном органе. Однако (как более подробно будет описано ниже) из общего числа возможных деяний, квалифицируемых в качестве злоупотребления доминирующим положением, законодателем в описываемой **статье** специально выделены 11 составов, в отношении которых применяется отличный от описанного выше общего запрета метод регулирования - так называемый запрет **per se** (лат. "сам по себе"), распространяющий свое действие на такие деяния, совершение которых с гораздо более высокой степенью вероятности приводит к возникновению неблагоприятных последствий для конкуренции либо иных участников рынка, нежели другие возможные формы злоупотребления доминирующим положением, регулируемые общим запретом.

С практической точки зрения сущность запрета **per se** состоит в том, что при совершении доминантом охватываемых им деяний наличие либо угроза наступления обозначенных в **ч. 1 ст. 10** Закона о защите конкуренции последствий предполагаются и не требуют доказывания антимонопольным органом <1>.

<1> Презумпция наличия либо угрозы наступления вредных последствий была прямо сформулирована в **Постановлении** Пленума ВАС РФ N 30. Также см., напр.: Постановления Президиума ВАС РФ от 18 февраля 2014 г. по делу N **A40-121924/11-130-794**, ФАС ДО от 25 июня 2014 г. по делу N **A73-11451/2013**.

В то же время презумпция наличия либо угрозы наступления вредных последствий не означает презумпции противоправных действий доминанта. В данном случае речь идет только о перераспределении бремени доказывания данных обстоятельств с антимонопольного органа на ответчика, что не лишает хозяйствующего субъекта права "преодолеть" данную презумпцию и доказывать отсутствие наличия либо угрозы наступления негативных последствий собственного деяния <1>.

<1> Основанием данной обязанности антимонопольного органа служат нормы **ч. 2 ст. 10** Закона о защите конкуренции, **ч. 5 ст. 200** АПК РФ. К такому толкованию законодательных норм обязывает и **п. 4** Постановления Пленума ВАС РФ N 30, и на практике оно поддерживается судами (см., напр.: Постановления 13 ААС от 5 октября 2009 г. по делу N **A26-1874/2009**, 13 ААС от 8 октября 2009 г. по делу N **A21-2953/2009**).

Каждый из указанных составов обладает особенностями, описание и исследование которых изложены ниже в комментарии к соответствующим пунктам **ч. 1 ст. 10** Закона о защите конкуренции.

3. Виды специальных запретов. Специальные запреты налагают на лицо, занимающее доминирующее положение на рынке, обязанности не совершать конкретных действий (бездействия) на рынке. Данные запреты могут быть классифицированы по различным основаниям: по установлению цен на рынке, по созданию дискриминационных условий, в том числе при заключении договоров. При этом, как уже упоминалось, перечень специальных запретов не является исчерпывающим.

Большая группа специальных запретов связана с **установлением доминирующим субъектом цен на рынке и влиянием на ценообразование (ценовые злоупотребления)**: установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара; установление финансовой организацией необоснованно высокой или необоснованно низкой цены финансовой услуги; экономически, технологически и иным образом не обоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар, если иное не установлено федеральным законом; нарушение установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования; манипулирование ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности); изъятие товара из обращения, если результатом такого изъятия явилось повышение цены товара.

Законом предусмотрены **запреты по установлению доминирующим субъектом дискриминационных условий на рынке (дискриминационные злоупотребления)**. Под дискриминационными понимаются условия доступа на товарный рынок, условия производства, обмена, потребления, приобретения, продажи, иной передачи товара, при которых хозяйствующий субъект или несколько хозяйствующих субъектов поставлены в неравное положение по сравнению с другим хозяйствующим субъектом или другими хозяйствующими субъектами (**п. 8 ст. 4** Закона о защите конкуренции). **Закон** содержит следующие запреты: создание дискриминационных условий; создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам; экономически или технологически не обоснованное сокращение или

прекращение производства товара, если на этот товар имеется спрос или размещены заказы на его поставки при наличии возможности его рентабельного производства, а также если такое сокращение или такое прекращение производства товара прямо не предусмотрено федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента РФ, нормативными правовыми актами Правительства РФ, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами.

Создание дискриминационных условий может быть связано с заключением и исполнением договоров (**договорная дискриминация**). Закон предусматривает следующие запреты: экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) в случае наличия возможности производства или поставок соответствующего товара, а также в случае, если такой отказ или такое уклонение прямо не предусмотрены федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента РФ, нормативными правовыми актами Правительства РФ, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами; навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (экономически или технологически не обоснованные и (или) прямо не предусмотренные федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента РФ, нормативными правовыми актами Правительства РФ, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами требования о передаче финансовых средств, иного имущества, в том числе имущественных прав, а также согласие заключить договор при условии внесения в него положений относительно товара, в котором контрагент не заинтересован, и другие требования).

4. Норма [п. 1 ч. 1 комментируемой статьи](#) является отсылочной, так как сами понятия монопольно высокой и монопольно низкой цены определены в [ст. ст. 6 и 7](#) Закона о защите конкуренции соответственно. Более подробно о монопольно высокой/монопольно низкой цене товара см. в [комментарии к указанным статьям](#).

Объективную сторону нарушения, предусмотренного [п. 1 ч. 1 комментируемой статьи](#), образуют следующие действия:

- установление монопольно высокой/монопольно низкой цены;
- установление и поддержание монопольно высокой/монопольно низкой цены.

Данная законодательная формулировка отдельно выделяет нарушение в форме "поддержания" монопольно высокой/монопольно низкой цены, отличное от нарушения, совершаемого в форме "установления" монопольно высокой/монопольно низкой цены. Это вступает в противоречие с нормами [ст. 6](#) Закона о защите конкуренции, в силу которых "поддержание" является одной из форм установления монопольно высокой/монопольно низкой цены. Выделение ее в качестве отдельного действия излишне, поскольку данный вопрос достаточно определенно урегулирован специальной нормой [ст. 6](#) Закона о защите конкуренции.

В практике наиболее часто действия доминирующих субъектов признаются нарушением комментируемой нормы в связи с **установлением и поддержанием** монопольно высокой/монопольно низкой цены. Однако в некоторых случаях нарушение заключается либо в установлении, либо в поддержании монопольно высокой/монопольно низкой цены ^{<1>} (последнее возможно, например, если повышение цены имело место за пределами трехлетнего срока привлечения к ответственности).

^{<1>} См., напр.: Постановления ВС РФ от 7 апреля 2016 г. по делу [N A58-5687/2012](#), ФАС ДО от 28 мая 2014 г. по делу [N A73-10123/2013](#).

Указание в решении антимонопольного органа на совершение одного из действий (установление или поддержание) либо двух действий (установление и поддержание) не влияет на применение административных санкций к нарушителю - установление, поддержание монопольно высокой/монопольно низкой цены рассматриваются в качестве одного административного правонарушения.

Большое значение при рассмотрении антимонопольными органами данной категории дел (а также при оспаривании в судах решений, которыми установлено рассматриваемое нарушение) имеет активная позиция самих доминирующих субъектов. Так, вынесению законного и обоснованного решения антимонопольного органа будет способствовать представление документов, подтверждающих экономическую обоснованность

реализации товаров по конкретным ценам: расчетов прибыли, калькуляции затрат и иных показателей деятельности компании; детальной расшифровки отдельных статей представленных расчетов и развернутых пояснений относительно порядка их подготовки, а также политики ценообразования и т.д. <1>.

<1> См., напр.: [Определение](#) ВАС РФ от 6 июня 2013 г. по делу N A79-643/2011 и [Постановление](#) ФАС ВВО от 25 января 2013 г. по тому же делу; [Постановление](#) АС ПО от 10 июня 2015 г. по делу N A06-5672/2014.

Кроме того, важным элементом доказательственной базы в рамках дела о нарушении антимонопольного законодательства может быть экспертное заключение, подготовленное авторитетными экономистами и представленное антимонопольному органу лицом, участвующим в деле. Как показывает практика, антимонопольные органы положительно относятся к таким дополнительным экспертным исследованиям, перепроверяют полученные выводы и учитывают их при формировании своей итоговой позиции.

5. Норма [п. 2 ч. 1 комментируемой статьи](#) не содержит определения понятия "изъятие", равно как и не указывает на способы, с использованием которых такое изъятие может осуществляться. Из анализа указанного запрета можно сделать вывод, что под изъятием понимается искусственное создание дефицита на товарном рынке, влекущее повышение цены на товар.

В практике также нет единого понимания содержания "изъятия"; оно может заключаться как в сокращении объема продаж товара на российском рынке с параллельным увеличением количества экспортных поставок, так и в сокращении объемов производства товара <1>.

<1> См., напр.: Постановления Президиума ВАС РФ от 15 февраля 2011 г. по делу [N A56-62505/2009](#), ФАС МО от 24 декабря 2012 г. по делу [N A40-29542/12-84-288](#) и 9 ААС от [29 августа 2012 г.](#) по тому же делу.

Доказывание нарушения, предусмотренного [п. 2 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, предполагает подтверждение совокупности трех основных фактов:

- изъятия товара из обращения;
- повышения цены товара;
- причинно-следственной связи между изъятием товара из обращения и повышением цены на него.

При этом как в [Законо](#) о защите конкуренции, так и в правоприменительной практике отсутствует определение того, какое повышение цены товара можно считать необходимым и достаточным для квалификации действий хозяйствующего субъекта по [п. 2 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции. Исходя из этого, **любое повышение** цены, произошедшее в результате изъятия товара с рынка, может считаться достаточным для выявления нарушения [п. 2 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции при условии надлежащего доказывания наличия причинно-следственной связи.

6. Норма [п. 3 ч. 1 комментируемой статьи](#) определяет случаи навязывания контрагенту условий договора. Вне зависимости от формы проявления такого поведения и ее правовой квалификации с экономической точки зрения возможность навязать условия, т.е. понудить к согласию/принятию порядка взаимодействия, является характеристикой субъекта, обладающего значительной рыночной властью.

В силу специфики и сложности общественных отношений в правоприменительной и судебной практике отсутствует единообразный подход к оценке образа поведения доминирующего на рынке субъекта, который может быть расценен в качестве навязывания во взаимоотношениях с контрагентами.

Указанное обусловлено прежде всего объединением в рамках одного состава нарушения антимонопольного законодательства двух по сути разнородных форм поведения:

- навязывания условий, невыгодных для контрагента;

- навязывания условий, не относящихся к предмету договора (которые не отвечают критериям обоснованности).

Соответственно, при установлении такого рода нарушений антимонопольный орган должен использовать различные подходы к доказыванию допущенного нарушения <1>.

<1> См., напр.: [Определение](#) ВС РФ от 19 мая 2016 г. по делу N A53-11783/2015 и [Постановление](#) АС МО от 19 мая 2016 г. по делу N A41-68334/15.

Так, категория "невыгодность" носит крайне субъективный характер и может быть оценена исключительно исходя из экономического эффекта для потребителя, который повлечет согласие на предложенные доминантом условия. При этом необходимо оценить, каким образом предложенные условия были восприняты потребителем: надлежащим ли образом он реализовал свое субъективное право на представление возражений относительно предложенных условий договора, указывая на их невыгодность. Учету подлежит также характер поведения доминанта: имело ли место указание на необходимость применения данных условий, каково их экономическое, технологическое и иное обоснование <1>.

<1> См., напр.: Постановления 4 ААС от 10 мая 2016 г. по делу [N A19-16275/2015](#), ФАС МО от 25 августа 2011 г. по делу [N A40-116563/10-119-689](#).

Условия, не относящиеся к предмету договора (при условии доказанности их необоснованности с экономической, технологической и (или) нормативной точки зрения), являются объективной категорией. В такой ситуации сам факт предложения контрагенту подобных условий договора может свидетельствовать о противоправном характере действий участника рынка. В свою очередь, подтверждением экономической обоснованности может являться невозможность реализации доминирующим субъектом товаров, работ, услуг в отсутствие каких-либо дополнительных мероприятий (финансовых затрат, выполнения поведенческих условий) со стороны потребителя. Технологическая обоснованность предъявления отдельных требований к контрагенту подлежит доказыванию с учетом особенностей производственного цикла, специфики оказания конкретной услуги и т.д. Обязательным этапом доказывания такого состава, как навязывание, должна выступать проверка соответствия действий доминанта положениям отраслевого законодательства.

Так, например, в рамках дела, разрешенного [Постановлением](#) Президиума ВАС РФ от 6 октября 2009 г. N 7210/09, рассматривался вопрос о наличии/отсутствии нарушения [п. 3 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции в части навязывания невыгодных условий договора в ситуации, когда имело место включение со стороны энергосбытовой компании (занимающей доминирующее положение на розничном рынке электрической энергии и мощности) в договор энергоснабжения с ИП условия о возможности безакцептного списания авансовых платежей за планируемую к поставке электрическую энергию.

Несмотря на направление со стороны ИП в адрес энергосбытовой компании возражений, а равно протокола разногласий к договору (т.е. проявления защиты субъективного права со стороны ИП), Президиумом ВАС РФ было особо подчеркнуто, что такие условия не предусмотрены положениями действующего гражданского законодательства, а равно законодательства об электроэнергетике, вследствие чего энергосбытовая организация допустила злоупотребление доминирующим положением в виде навязывания невыгодных условий договора.

Аналогичным образом построена логика проверки законности и обоснованности условий выполнения мероприятий по технологическому присоединению со стороны субъекта естественной монополии в [Постановлении](#) Президиума ВАС РФ от 18 мая 2011 г. N 16008/10.

Таким образом, в рассматриваемых делах был применен стандарт доказывания, связанный с заведомой неправомерностью условий, не предусмотренных положениями нормативных правовых актов.

При этом [Постановлением](#) Президиума ВАС РФ от 6 сентября 2011 г. N 2396/11 были признаны недействительными ненормативные акты ФАС России, которыми оператору связи вменено в том числе навязывание невыгодных условий договора при осуществлении трафика через присоединенную сеть, приведена

правовая позиция, согласно которой должны признаваться обоснованными действия оператора связи, когда их несовершенство может повлечь создание дискриминационных условий и нарушение положений отраслевого законодательства.

Помимо этого, в качестве навязывания может быть рассмотрена ситуация, когда лицо (потребитель) лишается права выбора: приобрести ему дополнительную услугу либо отказаться от нее <1>.

<1> См., напр.: Постановления Президиума ВАС РФ от 30 июля 2012 г. по делу [N A53-19443/2010](#), АС МО от 18 февраля 2016 г. по делу [N A40-2452/15](#).

В деле N A07-23099/2011 ВАС РФ было особо указано, что навязывание со стороны страховой организации проявилось в обязанности клиентов приобретать дополнительную услугу (ДСАГО) по отношению к той, в которой лицо заинтересовано (ОСАГО). Доказывание данного нарушения было осуществлено антимонопольным органом исходя из наличия в страховой организации локального акта, устанавливающего обязанность сотрудников реализовывать исключительно "пакетную" услугу ОСАГО + ДСАГО. Право на отказ от дополнительной услуги клиенты приобретали лишь по результатам рассмотрения их обращения руководством филиала страховщика. В случае с физическими лицами - заявителями разъяснения о возможности обращения к руководителю филиала не было дано.

Аналогичный подход нашел свое отражение в [Постановлении](#) Президиума ВАС РФ от 30 июля 2012 г. N 991/12.

В настоящее время не выработаны унифицированные критерии, позволяющие однозначно квалифицировать действия хозяйствующего субъекта в качестве навязывания невыгодных условий договора, - данный состав подразумевает анализ экономической природы взаимоотношений сторон договора.

7. [Пункт 4 ч. 1 комментируемой статьи](#) запрещает сокращение и прекращение производства товара при наличии ряда условий.

Для признания хозяйствующего субъекта нарушившим рассматриваемый запрет антимонопольный орган должен установить совокупность следующих фактических обстоятельств:

- **наличие факта сокращения или прекращения производства товара.** Для применения [п. 4 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции имеет значение изменение фактического объема производства товара. Такое изменение может выражаться как в сокращении/прекращении поставок в адрес одного из контрагентов, так и в уменьшении совокупного объема производства, отражающемся на потребителях в целом;

- **отсутствие экономического или технологического обоснования.** Закон о защите конкуренции не содержит критериев для подтверждения наличия/отсутствия экономического и технологического обоснования совершаемых действий. Вопрос о том, является ли сокращение или прекращение производства экономически или технологически обоснованным, рассматривается индивидуально в каждом конкретном случае <1>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) 1 ААС от 13 марта 2014 г. по делу N A43-1993/2013.

Так, например, при рассмотрении дела N A56-62505/2009 было установлено, что в ходе изучения товарных рынков ФАС России также выявлено, что существенное повышение оптовых цен на автомобильные бензины и дизельное топливо, реализуемые обществом "Газпром нефть" с нефтеперерабатывающих заводов, обусловлено увеличением им количества поставок этого товара на экспорт за счет сокращения предложений по его продаже на внутреннем рынке. Данная деятельность общества по оптовой реализации автомобильных бензинов и дизельного топлива на экспорт не являлась для него более рентабельной по сравнению с такой же деятельностью на территории Российской Федерации, поэтому антимонопольный орган счел, что именно неправомерное изъятие обществом товара из обращения на внутреннем рынке привело к необоснованному повышению цен на автомобильные бензины и дизельное топливо. Ввиду изложенного ФАС России сделан вывод о нарушении обществом "Газпром нефть" [п. п. 1 и 2 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции.

Сложившаяся практика позволяет определить некоторые ориентиры при установлении экономического и технологического обоснования при применении нормы [п. 4 части 1 статьи 10](#) Закона о защите конкуренции.

В качестве подтверждения наличия экономического обоснования для сокращения или прекращения производства хозяйствующий субъект может ссылаться на такие обстоятельства, как отсутствие оплаты со стороны контрагента, необходимость значительных капиталовложений, которые не могут быть произведены в условиях убыточности производства, и им подобные факторы <1>.

<1> См., напр.: [Определение](#) ВС РФ от 18 декабря 2015 г. по делу N A50-23235/2014; [Постановление](#) АС УО от 2 сентября 2015 г. по делу N A76-23728/2014.

Оценка технологической обоснованности может производиться в двух основных направлениях: технологическая возможность хозяйствующего субъекта произвести товар и технологическая возможность его контрагента принять такой товар.

Оценивая технологическую невозможность произвести необходимый объем товара, суды также могут принимать во внимание причины, повлекшие такую невозможность, т.е. анализировать законность действий хозяйствующего субъекта, в результате которых сокращение или прекращение производства товара стало технологически обоснованным <1>.

<1> Так, судами сделан вывод об отсутствии нарушения [п. 4 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, поскольку отсутствовала техническая возможность: [Определение](#) ВАС РФ от 11 февраля 2013 г. по делу N A25-1858/2011; [Постановления](#) АС ПО от 22 октября 2015 г. по делу N [A57-13703/2014](#), 13 ААС от 2 ноября 2009 г. по делу N [A56-30735/2009](#).

Значительный массив дел по необоснованному сокращению или прекращению производства товара относится к нарушениям в сферах электроэнергетики, тепло- и водоснабжения. В частности, при проверках законности прекращения поставок электроэнергии для подтверждения отсутствия технологического обоснования обязательно проверяется факт наличия присоединения к сетям. В таких случаях причины сокращения производства (происходящего при прекращении поставок в адрес конкретного контрагента) могут стать действия (бездействие) контрагента, который не принял все необходимые меры для того, чтобы создать или сохранить надлежащие условия для приема товара <1>;

<1> См.: [Постановление](#) ФАС СЗО от 16 марта 2010 г. по делу N A21-4606/2009.

- отсутствие прямого указания о таком сокращении или прекращении в федеральных законах, нормативных правовых актах Президента РФ, нормативных правовых актах Правительства РФ, нормативных правовых актах уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебных актах. Указания о сокращении или прекращении производства в актах различного уровня могут быть выражены в разнообразных формах.

В качестве примера можно указать на [ч. 7 ст. 9](#) Закона г. Москвы от 24 мая 2000 г. N 13 "О качестве и безопасности пищевых продуктов": "Изготовитель пищевых продуктов обязан немедленно приостановить производство некачественных и опасных пищевых продуктов на срок, необходимый для устранения причин, повлекших за собой изготовление таких пищевых продуктов. В случае если устранить такие причины невозможно, изготовитель обязан прекратить производство некачественных и опасных пищевых продуктов, изъять их из оборота, обеспечить возврат, организовать в установленном порядке проведение их экспертизы, утилизацию или уничтожение".

Другими случаями прямого указания на прекращение производства являются отзыв лицензии, приостановление деятельности хозяйствующего субъекта, различные акты органов власти, адресованные конкретному лицу и обязательные для исполнения;

- **факт наличия спроса на товар или размещения заказов на него.** Закон о защите конкуренции не содержит критериев определения наличия спроса. Вместе с тем практика позволяет сделать вывод о том, что указанное обстоятельство может быть подтверждено в том числе действующими договорами хозяйствующего субъекта или наличием предложений от потенциальных контрагентов.

Термин "размещение заказов" не раскрывается в Законе о защите конкуренции. Действовавший до 31 декабря 2013 г. Закон N 94-ФЗ понимал под размещением заказов действия, направленные на заключение договоров, однако в Законе о ФКС аналогичного определения уже не содержится. Вместе с тем сложившаяся правоприменительная практика подтверждает актуальность ранее сформированного законодательного подхода к определению понятия "размещение заказов" как к действиям, направленным на заключение договоров <1>;

<1> См., напр.: Постановления 4 ААС от 8 февраля 2016 г. N 04АП-6779/2015, ВС РФ от 17 декабря 2014 г. N 84-АД15-2, АС ДО от 21 апреля 2016 г. N Ф03-1621/2016, АС СЗО от 17 марта 2016 г. по делу N А56-52082/2015, от 6 марта 2015 г. по делу N А66-8499/2014, 15 ААС от 17 июля 2015 г. по делу N 15АП-10276/2015 и пр.

- **возможность рентабельного производства товара.** Возможность рентабельного производства - оценочное понятие. Закон о защите конкуренции не содержит указания о том, должен ли достигаться какой-то конкретный порог рентабельности, или достаточно только факта отсутствия убытков.

Следует отметить, что в случаях оказания услуги по регулируемому тарифу наличие возможности рентабельного производства презюмируется. При этом хозяйствующий субъект, оказывающий услугу по регулируемому тарифу, не вправе прекратить ее предоставление в связи с убыточностью. Суды указывают на то, что для соблюдения законного порядка сокращения производства такой хозяйствующий субъект будет вначале обязан обратиться за пересмотром тарифа в соответствующий орган регулирования.

Указанный подход нашел свое отражение в Постановлении ФАС МО от 19 марта 2014 г. по делу N А40-27664/2012, оставленном без изменения Определением ВС РФ от 24 февраля 2015 г. N 8264-ПЭК14.

8. Норма п. 5 части 1 комментируемой статьи предполагает, что хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, вправе отказать в заключении договора, только если такой отказ обусловлен экономическими или технологическими причинами, а также если в нормативном или судебном акте прямо указано на возможность такого отказа.

Для признания хозяйствующего субъекта нарушившим рассматриваемый запрет антимонопольный орган должен установить совокупность следующих фактических обстоятельств <1>:

<1> См., напр.: Постановление 4 ААС от 10 мая 2016 г. по делу N А19-16275/2015.

- **факт обращения контрагента за заключением договора к хозяйствующему субъекту, занимающему доминирующее положение.** В соответствии с п. 2 ст. 432 ГК РФ договор заключается посредством направления оферты (предложения заключить договор) одной из сторон и ее акцепта (принятия предложения) другой стороной. Офертой признается адресованное одному или нескольким конкретным лицам предложение, которое достаточно определенно и выражает намерение лица, сделавшего предложение, считать себя заключившим договор с адресатом, которым будет принято предложение. Оферта должна содержать существенные условия договора (п. 1 ст. 435 ГК РФ).

Кроме того, важно установить не только факт направления надлежащего предложения контрагентом, но и факт получения такого предложения хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение.

Отсутствие доказательств получения предложения о заключении договора хозяйствующим субъектом исключает признание в его действиях нарушения рассматриваемого запрета.

Стоит отметить, что в соответствии со ст. 434 ГК РФ договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена документами

посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору.

В этой связи направление предложения о заключении договора, например, по факсу или электронной почте также может быть признано надлежащим, а отказ, направленный этими же способами, - нарушающим **п. 5 ч. 1 ст. 10** Закона о защите конкуренции. В то же время необходимо иметь в виду, что при рассмотрении соответствующего дела для установления нарушения должны иметься объективные доказательства направления, получения и содержания предложения о заключении договора либо отказа в его заключении, в связи с чем на практике могут возникать сложности. Так, например, при направлении по факсу у лица может иметься документ, подтверждающий факт отправки сообщения контрагенту, и отсутствовать доказательства того, что направлялось именно предложение о заключении договора, а не какой-либо иной документ;

- **факт отказа (уклонения) хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, от заключения договора.** Незаключение договора может явиться следствием как прямого отказа (например, направления официального письма с отказом), так и уклонения. Под уклонением понимаются отсутствие в разумный (либо установленный в нормативном акте) срок ответа на предложение контрагента о заключении договора, затягивание переговорного процесса и иные действия (бездействие), результатом которых в конечном счете стало отсутствие заключенного договора между хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение, и его контрагентом;

- **факт наличия у хозяйствующего субъекта возможности для производства и поставок товара.** Данное обстоятельство является одним из ключевых при установлении рассматриваемого нарушения. Обязанность заключить договор с контрагентом может возникнуть у хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на товарном рынке, только при наличии возможности исполнить такой договор. Отсутствие производственных мощностей, авария на производстве, приостановление деятельности и иные причины, препятствующие производству и поставке товара, являются обстоятельствами, исключающими обязанность хозяйствующего субъекта заключить договор;

- **факт отсутствия у хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, экономических или технологических причин для отказа, а также отсутствие прямого указания закона или судебного акта на возможность такого отказа.** Даже если у хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на товарном рынке, есть возможность произвести товар и поставить его контрагенту, отказ в поставке товара может объясняться иными экономическими или технологическими причинами. Ключевым при анализе подобных обоснований является вопрос их влияния на возможность заключения договора и поставок товара.

К примеру, в ходе рассмотрения дела N А59-482/2015 обжаловалось решение антимонопольного органа, согласно которому действия ОАО "Корсаковский морской торговый порт", выразившиеся в отказе в заключении договора на стивидорное обслуживание и связанные с ним услуги по причине реконструкции и ремонта причалов и ограничения технической возможности оказания услуг по обработке грузов, были квалифицированы как нарушение **п. 5 ч. 1 ст. 10** Закона о защите конкуренции. Антимонопольный орган указал, что с целью заключения договора порт потребовал у общества представить пакет документов, необходимость которых, по мнению порта, обусловлена в рамках исполнения Федерального **закона** от 7 августа 2001 г. N 115-ФЗ "О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма" и **Закона** об акционерных обществах. Вместе с тем, как указал ВС РФ, суды, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные в материалах дела доказательства, установили, что порт, являясь субъектом естественной монополии и имея возможность оказывать спорные услуги, уклонился от заключения названного договора, заявив о необходимости представления документов, обязательность представления которых не установлена действующим законодательством, и впоследствии уклонялся от их получения.

Так, надлежащим обоснованием отказа в поставке может быть признана невыгодность заключения договора и поставок товара контрагенту (например, предложенная контрагентом цена ниже себестоимости производства товара либо предложенные условия поставки иным образом ущемляют интересы хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение). Вопрос о квалификации предлагаемых условий как ущемляющих интересы доминанта, равно как и о степени такого ущемления интересов, носит оценочный характер и разрешается регулятором индивидуально с учетом фактических обстоятельств и специфики взаимоотношений сторон. Кроме того, подобный отказ может являться следствием бездействия самого контрагента (например, непредставления полного комплекта документов, объективно необходимого для

заключения договора, отсутствия у контрагента технической возможности принять товар и др.) <1>.

<1> См., напр.: Постановления АС ВВО от 28 июля 2015 г. по делу [N A11-7762/2014](#), АС ЦО от 18 марта 2015 г. по делу [N A08-3848/2013](#).

В части законодательного регулирования оснований отказа стоит выделить [ч. 4 ст. 13](#) Федерального закона от 7 декабря 2011 г. N 416-ФЗ "О водоснабжении и водоотведении" и [ч. 1 ст. 8](#) Закона о естественных монополиях. Также основания отказа в заключении отдельных видов договоров закреплены в целом ряде актов Правительства РФ, среди которых:

1) [Правила](#) недискриминационного доступа к услугам по передаче электрической энергии и оказания этих услуг (утв. Постановлением Правительства РФ от 27 декабря 2004 г. N 861);

2) Основные [положения](#) функционирования розничных рынков электрической энергии (утв. Постановлением Правительства РФ от 4 мая 2012 г. N 442);

3) [Правила](#) поставки газа для обеспечения коммунально-бытовых нужд граждан (утв. Постановлением Правительства РФ от 21 июля 2008 г. N 549);

4) [Правила](#) оказания услуг по использованию инфраструктуры железнодорожного транспорта общего пользования (утв. Постановлением Правительства РФ от 20 ноября 2003 г. N 703).

Дополнительно стоит отметить, что нарушение рассматриваемого запрета может быть тесно связано с нарушением иных запретов [ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции. Так, необоснованный отказ в заключении договора с одним контрагентом при наличии заключенного в этот же период договора с другим контрагентом может быть квалифицирован также по [п. 8 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, а необоснованный отказ в заключении договора при наличии обоснованных возражений контрагента относительно включения в договор невыгодных для него условий договора - по [п. 3 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции.

9. Норма [п. 6 ч. 1 комментируемой статьи](#) определяет, что одним из способов злоупотребления является установление различных цен на один и тот же товар.

Для установления нарушения необходимо подтверждение совокупности обстоятельств.

На товар установлены различные цены. При рассмотрении соответствующей категории дел продукция, цена на которую исследуется на предмет законности, должна быть одинаковой либо максимально приближенной по своим качествам <1>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) ФАС ВСО от 23 августа 2013 г. по делу N A58-5755/2012, в котором при принятии решения о необоснованности установления обществом различной стоимости оказываемых услуг судами было учтено, что при оказании услуг по хранению нефтепродуктов и услуг по приемо-складским операциям набор оказываемых операций был идентичен по всем видам нефтепродуктов для всех потребителей услуги независимо от цели назначения хранимого топлива, места его происхождения. Суды пришли к общему выводу о том, что у общества не имелось ни экономического, ни технологического или иного подлежащего учету обоснования для установления различных цен. См. также: [Постановление](#) ФАС УО от 25 декабря 2012 г. N Ф09-12818/12 по делу N A50-9215/2012.

При этом в целях обеспечения корректности исследования сравниваться должны цены, приведенные к единому базису поставки и не учитывающие разницу в транспортировке товара различным потребителям. Также во внимание необходимо принимать единство других условий поставки: срок поставки, условия доставки, отсрочка платежа, оптовые скидки, условия, соответствующие обычаям делового оборота, и пр.

Отмечаем, что любое, даже незначительное, расхождение в ценах на один и тот же товар (прежде всего в рамках одной группы покупателей) независимо от обстоятельств установления цен (согласия или несогласия отдельных покупателей с предложенным условием) должно иметь надлежащее (экономическое,

технологическое или иное) обоснование.

При этом несогласие покупателя на заключение договора с предложенным условием по цене может стать предметом оценки антимонопольного органа с точки зрения нарушения поставщиком запрета на навязывание невыгодных условий договора (п. 3 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции).

Что касается **момента установления отличной цены**, общий подход, сформировавшийся в практике, свидетельствует о том, что для целей сопоставления цен отгрузка товара разным покупателям должна иметь место в один и тот же временной период. Тем не менее вопрос о наличии в действиях, относящихся к разным периодам времени, признаков нарушения является оценочным;

- **цены установлены на одном товарном рынке**. В соответствии с общим подходом, сформулированным в правоприменительной практике, объектом сравнения должны выступать цены, установленные для покупателей, **действующих на одном товарном рынке**.

До недавнего времени в практике антимонопольного органа была воспринята обратная позиция, в соответствии с которой установление различных цен для покупателей, принадлежащих к разным товарным рынкам, квалифицировалось как ценовая дискриминация, т.е. как нарушение п. 6 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции <1>.

<1> См., напр.: решение Управления ФАС по Карачаево-Черкесской Республике от 3 октября 2012 г. по делу N 50 (впоследствии признанное недействительным [Постановлением](#) АС СКО от 25 декабря 2014 г. по делу N A25-2331/2012).

Однако в последнее время у судебных инстанций сформировался иной подход, не признающий правомерным сравнение цен, формируемых на рассматриваемом антимонопольным органом товарном рынке, с ценами, устанавливаемыми для потребителей, осуществляющих деятельность на территории, выходящей за пределы географических границ такого рынка. К такому выводу пришел ФАС МО по делу об оспаривании решения ФАС России в отношении ООО "Распадский Уголь" (см. [Постановление](#) ФАС МО от 26 июня 2012 г. по делу N A40-67276/11-149-391). Впоследствии ВАС РФ отказал в передаче дела в Президиум, поскольку суды сделали правильный вывод об отсутствии оснований для признания заявителя нарушившим п. 6 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции в части экономически, технологически и иным образом необоснованного установления различных цен на товар (см. [Определение](#) ВАС РФ от 17 октября 2012 г. N 13212/12 по делу N A40-67276/11-149-391) <1>.

<1> Также см., напр.: [Постановление](#) АС СКО от 25 декабря 2014 г. по делу N A25-2331/2012.

Кроме того, одинаковая ценовая политика должна применяться ко всем потребителям независимо от того, входят они в группу лиц продавца или нет. Такая позиция отражена, в частности, в деле "ТНК-ВР-Холдинг" <1>. ВАС РФ поддержал данный подход, исходя из того, что хозяйствующие субъекты, входящие в одну группу лиц, не утрачивают самостоятельности в гражданско-правовых отношениях;

<1> См.: [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 25 мая 2010 г. N 16678/09 по делу N A70-9090/15-2008.

- **отсутствует технологическое, экономическое, иное обоснование для установления различных цен**. Как следует из анализируемой нормы [Закона](#) о защите конкуренции, различия в ценах на один и тот же товар могут быть обоснованы экономически, технологически или иным образом. В то же время [Законом](#) не установлены четкие критерии оценки того или иного обоснования разницы в ценах в качестве надлежащего. В связи с этим в данном вопросе большая роль отводится судебной практике и административной практике антимонопольных органов.

Так, безусловным обоснованием установления различных цен является разный уровень затрат продавца в связи с производством/реализацией товара различным потребителям, который может являться следствием, в

частности, таких различных условий, как:

- различный объем и ритмичность поставок закупаемого товара;
- разница в затратах, связанных с доставкой товара (железнодорожные и иные тарифы, таможенное оформление и уплата таможенных пошлин);
- различие в качественных характеристиках товара (различия в себестоимости, а также особенности способа (технологии) производства), не позволяющих выделять товар с отличными характеристиками в отдельный товарный рынок;
- условия оплаты - предоплата или отсрочка платежа;
- прочие условия.

В качестве примера технологического обоснования установления различных цен можно привести дело в отношении **Windows Vista**, в котором обоснованным было признание установление различных цен на операционную систему в зависимости от того, на компьютер какой категории мощности она была установлена производителем (см. решение ФАС России от 7 октября 2009 г. по делу N 1-10/96-09 <1> о прекращении рассмотрения дела в отношении **Microsoft Corporation** <2>).

<1> http://www.fas.gov.ru/solutions/solutions_26853.html

<2> См. также: [Постановление](#) ФАС ПО от 13 декабря 2012 г. по делу N A65-7409/2012, в котором требование о признании недействительными решения и предписания антимонопольного органа было удовлетворено в связи с тем, что разница в тарифах на кабельное телевидение была обусловлена разным количеством транслируемых каналов, а также их качеством (более дорогие и высокорейтинговые каналы либо недорогие каналы).

В качестве иного обоснования используется также целый ряд различных критериев, которые без увязки с экономической обоснованностью по затратам и технологическими особенностями товара представляют собой самостоятельное обоснование различных цен (специальные критерии) <1>:

<1> См., напр.: Постановления ФАС ВВО от 1 октября 2012 г. по делу N [A79-13425/2009](#), от 24 декабря 2012 г. по делу N [A38-209/2012](#).

- срок коммерческого сотрудничества с конкретным контрагентом;
- наличие или отсутствие дебиторской задолженности перед поставщиком;
- необходимость привлечения новых клиентов;
- прочие критерии.

Данные критерии не носят универсальный характер и оцениваются индивидуально в каждом деле.

10. Правонарушение, предусмотренное [п. 7 ч. 1 комментируемой статьи](#), в целом схоже с составом правонарушения, предусмотренного [п. 1 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции. Между тем рассматриваемые составы правонарушений имеют ряд отличий и по субъектному составу, и по содержанию, и по порядку доказывания.

Понятия "**финансовая услуга**", "**финансовая организация**", "**необоснованно высокая/необоснованно низкая цена финансовой услуги**" и "**конкурентная цена финансовой услуги**" даны в [п. п. 2, 6, 12, 13 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции.

Единственным нормативным документом ФАС России, который может быть использован в случаях, требующих анализа и оценки цен на финансовые услуги, является [Методика](#) определения необоснованно высокой и необоснованно низкой цены услуги кредитной организации, утвержденная Приказом ФАС России от 24 августа 2012 г. N 548 по согласованию с ЦБ РФ.

[Методика](#) определяет базовые критерии и методы выявления необоснованно высокой, необоснованно низкой цены банковской услуги занимающей доминирующее положение кредитной организации через установление существенного отличия исследуемой цены банковской услуги от конкурентной цены такой услуги.

Представляется, что эта [Методика](#) может быть использована при определении необоснованно высокой и необоснованно низкой цены и на иные финансовые услуги, поскольку алгоритм действий будет аналогичен для всех финансовых организаций. При этом изложенные в данном нормативном документе подходы ранее нашли поддержку арбитражных судов (см. [Постановление](#) ФАС СКО от 12 мая 2010 г. по делу N A53-18933/2009).

Применительно к рассматриваемой норме стоит также отметить, что в отличие от состава [п. 1 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции рассматриваемая норма содержит указание только на один вид действия, составляющего объективную сторону рассматриваемого правонарушения, а именно **установление** необоснованно высокой или необоснованно низкой цены финансовой услуги.

Данное обстоятельство обуславливает невозможность применения [п. 7 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, если установление исследуемой цены на финансовую услугу произошло за пределами срока давности, предусмотренного [ст. 41.1](#) Закона о защите конкуренции. В этом случае при длящемся правонарушении антимонопольный орган может квалифицировать поддержание цены только по [п. 1 ч. 1 комментируемой статьи](#).

11. В норме [п. 8 ч. 1 комментируемой статьи](#) рассматривается такая форма злоупотребления доминирующим положением, как создание дискриминационных условий.

Дискриминационными условиями в соответствии с [п. 8 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции являются такие условия доступа на товарный рынок, условия производства, обмена, потребления, приобретения, продажи, иной передачи товара, при которых хозяйствующий субъект или несколько хозяйствующих субъектов поставлены в неравное положение по сравнению с другим хозяйствующим субъектом или другими хозяйствующими субъектами.

Таким образом, под созданием дискриминационных условий подразумевается формирование неравного подхода к приобретателям идентичного по своей природе, содержанию и объему блага.

Отметим, что установление различных цен на один и тот же товар, запрет на которое установлен в [п. 6 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, нередко рассматривается в качестве специального состава нарушения в виде создания дискриминационных условий. В связи с этим [комментарий к п. 6 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, который касается момента установления спорного условия договора, а также принадлежности различных контрагентов к одному товарному рынку, является актуальным и при анализе нормы [п. 8 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции.

Подробное исследование правоприменительной практики позволяет прийти к выводу, что при рассмотрении соответствующей категории дел антимонопольному органу надлежит установить следующие обстоятельства:

- **установлены различные условия сотрудничества.** В качестве дискриминационных условий могут быть квалифицированы любые различающиеся условия, которые установлены субъектом, занимающим доминирующее положение, для разных контрагентов, в частности:

- условия, отсутствующие в аналогичных договорах, заключенных с другими контрагентами (например, дополнительные штрафные санкции);

- дополнительные надбавки к цене;

- различные способы определения цены;

- различные условия оплаты - периодичность и сроки внесения платежей;
- взимание платы за оказание услуг, которые другим лицам оказываются безвозмездно;
- условия доставки товара - самовывоз или доставка силами поставщика, увеличивающая цену товара;
- неравномерное распределение объемов товара;
- установление приоритетов при распределении товара;
- ограничение контрагента в выборе способа исполнения соответствующих работ и др.

Под различными условиями понимаются как условия, предусмотренные договором, так и фактические условия сотрудничества.

При этом предложенное законодателем определение не ограничивает возможность применения термина "дискриминационные условия" только к конкурирующим между собой хозяйствующим субъектам - запрет дискриминации распространяется на отношения доминирующего хозяйствующего субъекта с любыми контрагентами, приобретающими у него один и тот же товар <1>;

<1> См.: [Постановление](#) ФАС ЦО от 5 октября 2009 г. по делу N A54-5481/2008-С8.

Дискриминацией также может считаться установление иных (более выгодных) условий для участников группы лиц субъекта-монополиста <1>;

<1> См.: Постановления Президиума ВАС РФ от 15 февраля 2011 г. по делу [N A56-62505/2009](#); ФАС ВВО от 26 декабря 2012 г. по делу [N A31-8740/2011](#), 1 ААС от 16 ноября 2010 г. по делу [N A43-42521/2009](#).

- такие (различные) условия приводят к тому, что различные контрагенты субъекта, занимающего доминирующее положение, поставлены между собой в неравное положение. 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 хозяйствующими субъектами.

Сам факт наличия условий сотрудничества, отличных от тех, которые предусмотрены для других контрагентов субъекта, занимающего доминирующее положение, очевидным образом не свидетельствует о злоупотреблении.

Иными словами, недостаточно установить факт наличия дифференцированных условий сотрудничества - необходимо доказать, что вследствие применения таких условий отдельным контрагентам созданы неравные условия деятельности <1>.

<1> См., напр.: Постановления ФАС ЦО от 18 мая 2012 г. по делу [N A09-5591/2011](#), 15 ААС от 8 октября 2013 г. по делу [N A32-8947/2012](#).

Признаки дискриминации следует искать на основе сравнения положения хозяйствующих субъектов на рынке, а также экономических характеристик конкретных сделок.

Безусловно, каждый хозяйствующий субъект, осуществляющий предпринимательскую деятельность в рассматриваемой сфере, уникален в силу особенностей своего производственного цикла, структуры затрат, управленческих решений и т.д.

Однако антимонопольный орган исходит из того, что в силу идентичности оказываемых услуг цена на

такое благо, при условии доказанности его идентичности в отношении всех контрагентов доминанта, должна быть экономически обоснованной (т.е. рассчитанной исходя из затрат на оказание услуги с учетом обоснованной доли рентабельности, а равно особенностей реализации).

Так, исходя из понятия дискриминационных условий, сформулированного в [ст. 4](#) Закона о защите конкуренции, базовой категорией для вывода о наличии/отсутствии соответствующего нарушения является "неравное положение хозяйствующих субъектов".

При этом [Закон](#) о защите конкуренции отнюдь не исходит из того, что для квалификации деяния в качестве создания дискриминационных условий (неравного положения) необходимо доказать изначальное "равенство" участников рынка. Такой подход в принципе исключает применение данной нормы на практике: с точки зрения экономической теории невозможно установление абсолютно тождественных участников рынка (по объему товарооборота, выручке, структуре затрат, штатной численности и пр.). Статус потребителя может учитываться регулятором при квалификации наличия неравенства условий приобретения товара, но в любом случае он должен рассматриваться в совокупности с другими факторами.

В этой связи критерием для определения неравенства условий приобретения товара следует считать характер такого товара: идентично ли благо, которое приобретается участниками рынка, существуют ли критерии дифференциации, насколько они экономически обоснованны;

- **для установления различных условий сотрудничества отсутствует надлежащее обоснование** ^{<1>}. Несмотря на то что в [п. 8 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, по аналогии с [п. 6 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, не говорится о том, что дискриминацией является именно необоснованное создание неравных условий, критерии экономического, технологического и иного обоснования могут быть применимы и в данном случае. В связи с этим актуальны все доводы, перечисленные в [комментарии к п. 6 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции в отношении надлежащего обоснования установления различных цен как особой формы дискриминации - ценовой.

^{<1>} См.: [Постановление](#) АС ПО от 19 сентября 2014 г. по делу N А65-23529/2013.

Так, решением ФАС России от 9 марта 2010 г. по делу N 1-10/188-09 группа лиц в составе "Рексам Беверидж Кэн Наро-Фоминск", "Рексам Беверидж Кэн Дмитров", "Рексам Беверидж Кэн Всеволожск" (далее - группа лиц "Рексам") признана нарушившей [п. п. 3, 8 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции в части навязывания ОАО "САН ИнБев" экономически невыгодного условия о доставке банок и запрете их самовывоза, что привело к ущемлению интересов контрагентов группы лиц "Рексам", а также в части создания неравных условий для отдельных потребителей продукции путем установления различных формул корректировки цен банок, разных минимальных объемов заказа одного вида продукции и различной валюты, в которой фиксируются указанные цены.

Президиум ВАС РФ по делу А40-148117/10-154-995 отказал ООО "Рексам Беверидж Кэн Наро-Фоминск", ООО "Рексам Беверидж Кэн Всеволожск" и ООО "Рексам Беверидж Дмитров" в удовлетворении их требований, признав законность выводов ФАС России о злоупотреблении группой лиц "Рексам" доминирующим положением.

Особо обратим внимание на вопрос об учете мнения хозяйствующего субъекта, в отношении которого установлены менее выгодные условия, если такой субъект не находит предложенные ему условия дискриминационными.

Анализ доступной судебной практики и практики антимонопольных органов не позволяет прийти к однозначному ответу на поставленный вопрос. Наряду с примерами, где суд признавал сам факт применения дискриминационного условия в качестве нарушения, есть также иные, когда мнение пострадавшего лица о согласии с установленными для него условиями в совокупности с иными доказательствами послужило основанием для установления отсутствия вменяемого правонарушения ^{<1>}.

^{<1>} См.: Постановления ФАС СЗО от 9 апреля 2013 г. по делу [N А26-5250/2012](#), ФАС МО от 24 января 2013 г. по делу [N А40-111621/11-147-998](#), ФАС УО от 3 августа 2012 г. по делу [N А76-18051/2011](#), 17 ААС от 1

июня 2009 г. по делу [N A50-3813/2008](#).

Между тем, как это следует из положений [п. п. 1 и 3 ч. 1 ст. 49](#) Закона о защите конкуренции, антимонопольный орган при принятии решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства оценивает доказательства и доводы, представленные лицами, участвующими в деле, и определяет нормы антимонопольного и иного законодательства РФ, нарушенные в результате рассматриваемых действий (бездействия).

Таким образом, оценка хозяйствующим субъектом, в отношении которого установлены менее выгодные условия по сравнению с другими субъектами, наличия или отсутствия дискриминационных признаков может учитываться антимонопольным органом, однако не является обязательной при принятии решения.

12. Специфика нарушения, предусмотренного [п. 9 ч. 1 комментируемой статьи](#) (создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам), обусловлена необходимостью доказывания и установления проявлений рыночной власти субъекта на рынке, на котором он занимает доминирующее положение, и (или) на смежном рынке.

Так, начало осуществления любой деятельности (доступ на рынок в качестве продавца/покупателя) подразумевает наличие определенных препятствий экономического (минимальный размер уставного капитала либо собственных финансовых средств; лимитированный либо узкоспециальный спрос на производимую продукцию), технологического (наличие производственной базы, квалифицированного персонала) или нормативного (разрешения, лицензии, согласования и т.д.) характера.

Правовая природа данного запрета обусловлена недопустимостью создания дополнительных искусственных барьеров доступу/выходу на товарный рынок.

Идентична ситуация с оценкой издержек, связанных с выходом из товарного рынка. Например, для металлургической отрасли такого рода издержки при приостановлении производства крайне высоки и могут быть по своим масштабам приравнены к прекращению производства в целом.

В этой связи особым характером общественной опасности будут обладать деяния, связанные с созданием дополнительных внеэкономических барьеров, свидетельствующих о проявлении рыночной власти хозяйствующего субъекта. Целью такого поведения, в свою очередь, может являться как установление необоснованной цены на товар (при неэластичном спросе), так и устранение с рынка конкурентов <1>.

<1> См., напр.: [Постановление 4 ААС от 18 декабря 2015 г. по делу N A19-5856/2015](#).

При квалификации поведения доминанта в качестве нарушения рассматриваемого запрета необходимо учитывать, что создание препятствий доступу на товарный рынок преимущественно обусловлено "недопуском" на рынок новых участников: как продавцов (со стороны иных продавцов либо потребителей), так и покупателей (в обратной ситуации).

Так, согласно [п. 7 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции конкуренция - соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Наличие, отсутствие конкуренции либо степень "конкурентности" конкретного товарного рынка обусловлены объемом рыночной власти хозяйствующих субъектов - участников такого рынка. При этом способность оказать влияние на условия обращения товара на рынке со стороны субъекта предпринимательской деятельности обусловлена прежде всего наличием в границах такого рынка иных субъектов, способных реализовать сходный товар, выполнить работу, оказать услугу.

Указанное является следствием воздействия рыночных механизмов - уменьшения уровня рыночной цены при возрастании общего объема продажи товара (с учетом аналогов). Создание необоснованных препятствий, незаконных барьеров для доступа лица на соответствующий товарный рынок оказывает влияние на состояние конкурентной среды и, соответственно, способно повлечь негативные последствия в виде ограничения,

недопущения либо устранения конкуренции.

Вместе с тем доступ на товарный рынок отнюдь не исчерпывается выходом на него нового участника, ранее не осуществлявшего деятельности в рассматриваемой сфере. В качестве такового, в частности, признается устранение хозяйствующего субъекта (потребителя) с рынка, а равно создание препятствий реализации товаров (работ, услуг) конкретному потребителю <1>.

<1> См.: [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 19 февраля 2013 г. по делу N A12-21317/2011.

Создание препятствий выходу из товарного рынка, в свою очередь, представляет собой обратную сторону рассмотренных выше правоотношений.

При этом возможны ситуации, при которых нарушение будет носить комплексный характер, сочетая создание препятствий и доступу на товарный рынок, и выходу из товарного рынка.

Так, например, предметом рассмотрения со стороны Президиума ВАС РФ в рамках дел [N A13-223/10](#) и [N A40-144041/10](#) явилась ситуация двойственности последствий - как для рынка, на котором действует доминант, так и для смежного рынка.

ВАС РФ указано, что, препятствуя доступу энергосбытовой компании на оптовый рынок электроэнергии, гарантирующий поставщик лишает эту компанию возможности приобретать электроэнергию на оптовом рынке для реализации ее потенциальному потребителю на розничном рынке электроэнергии. С учетом изложенного появление на розничном рынке электроэнергии (в соответствующих географических границах) энергосбытовой организации со статусом участника оптового рынка не отвечает интересам гарантирующего поставщика, являющегося субъектом оптового рынка.

При этом правомерно установлены отрицательные последствия, предусмотренные [ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, как на оптовом рынке, так и на розничном: неправомерные действия гарантирующего поставщика препятствовали выходу на указанные рынки нового покупателя, чем ущемлялись интересы энергосбытовой организации, и нового продавца, что влекло недопущение конкуренции.

13. Норма [п. 10 ч. 1 комментируемой статьи](#) содержит запрет, который применяется в основном к лицам, осуществляющим регулируемые виды деятельности в таких сферах, как электроэнергетика, жилищно-коммунальное хозяйство (включая энерго-, газо-, водоснабжение, водоотведение, размещение твердых бытовых отходов и др.), железнодорожный транспорт, транспортировка газа по трубопроводам, нефти и нефтепродуктов - по магистральным нефтепроводам, связь (общедоступная электросвязь и почтовая связь) и др. Некоторые виды деятельности, не относящиеся к регулируемым, но в отношении которых устанавливаются предельные цены, также подпадают под действие запрета (например, розничная торговля жизненно необходимыми лекарственными средствами).

[Перечень](#) товаров, цены на которые подлежат государственному регулированию, а также [перечень](#) товаров, в отношении цен на которые может применяться государственное регулирование по решению органов исполнительной власти субъектов РФ, утверждены Постановлением Правительства РФ от 7 марта 1995 г. N 239 "О мерах по упорядочению государственного регулирования цен (тарифов)". Данное [Постановление](#) принято на основании и во исполнение [Указа](#) Президента РФ от 28 февраля 1995 г. N 221 "О мерах по упорядочению государственного регулирования цен (тарифов)", в котором излагаются базовые принципы государственного регулирования цен.

Объективная сторона нарушения, предусмотренного [п. 10 ч. 1 комментируемой статьи](#), заключается в несоблюдении предусмотренного федеральными нормативными правовыми актами, нормативными правовыми актами субъектов РФ либо муниципальными нормативными правовыми актами порядка ценообразования при оказании соответствующих услуг. Нарушением могут являться, в частности, следующие действия:

- возмездное оказание услуг в отсутствие утвержденного в установленном порядке тарифа;
- применение тарифа, не утвержденного в установленном порядке соответствующим органом регулирования (оказание услуг на основе самостоятельно утвержденного тарифа);

- завышение/занижение утвержденного тарифа;
- иные действия.

При рассмотрении вопроса о том, являются ли действия доминирующего субъекта нарушением [п. 10 ч. 1 комментируемой статьи](#), необходимо учитывать позицию ВАС РФ, выраженную в [Постановлении](#) Президиума ВАС РФ от 28 февраля 2012 г. N 8433/11. Данная позиция заключается в том, что антимонопольные органы не обладают полномочиями по оценке правомерности выбора конкретного тарифа, утвержденного компетентным органом, при расчетах за электрическую энергию <1>.

<1> В упомянутом деле речь шла о правомерности применения энергоснабжающей организацией тарифа "прочие потребители" вместо тарифа "население" (оба тарифа были утверждены в установленном порядке компетентным органом).

Так, предметом рассмотрения ВАС РФ являлась следующая ситуация.

Решением Брянского УФАС России от 6 апреля 2010 г. по делу N 1580 ОАО "Брянская сбытовая компания" (ОАО "БСК") было признано нарушившим [п. 10 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции в части установленного порядка ценообразования при применении тарифа по группе "прочие потребители" при определении размера оплаты ТСЖ "Авиационное" электрической энергии для работы повысительной насосной станции.

При этом Комитет государственного регулирования тарифов Брянской области (Комитет) направил в адрес ОАО "БСК" разъяснение о том, что применительно к конкретной ситуации электроэнергия должна оплачиваться по тарифам для прочих потребителей. Указанное разъяснение имело место до момента заключения договора между энергосбытовой организацией и потребителем, т.е. ОАО "БСК" при осуществлении своей деятельности руководствовалось разъяснением органа государственной власти субъекта РФ по тарифному регулированию.

В свою очередь, постановлениями Комитета в установленном порядке были утверждены тарифы на электрическую энергию для групп "население и потребители, приравненные к населению" и "прочие потребители" на 2009 и 2010 гг. соответственно, которые и были применены ОАО "БСК" исходя из разъяснений компетентного органа.

Как следствие, ВАС РФ в [Постановлении](#) Президиума указал на превышение антимонопольным органом предоставленных законом полномочий, фактически - подмену компетентного органа при разрешении вопроса о правильности применения тарифа, утвержденного в установленном порядке.

Вместе с тем необходимо применять дифференцированный подход при рассмотрении вопроса о наличии либо отсутствии полномочий у антимонопольного органа на рассмотрение конкретного факта нарушения установленного порядка ценообразования.

Так, ФАС МО в [Постановлении](#) от 25 января 2013 г. по делу N А40-12501/2012 рассматривалась следующая ситуация. Антимонопольный орган в оспариваемом решении указал на то, что общество неправильно применило установленные законом тарифные ставки при определении стоимости технологического подключения, в связи с чем в том числе оно было признано нарушившим требования антимонопольного законодательства. Предлагаемый обществом расчет стоимости услуги предусматривал повышение цены на технологическое присоединение за счет не предусмотренного законодательством РФ элемента ценообразования в виде сложения мощностей двух различных субъектов в целях увеличения стоимости присоединения.

Суд кассационной инстанции не согласился с выводами нижестоящих судов о применении правовой позиции Президиума ВАС РФ, изложенной в [Постановлении](#) от 28 февраля 2012 г. N 8433/11, поскольку в нем оспаривалось решение антимонопольного органа, связанное с несогласием последнего с утверждением тарифов органом исполнительной власти субъекта РФ в области регулирования тарифов в электроэнергетике. [Определением](#) ВАС РФ от 29 апреля 2013 г. отказано в передаче этого дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ для целей пересмотра в порядке надзора.

Важно отметить, что в отсутствие тарифа доминирующий субъект не вправе взимать плату за оказание соответствующих услуг <1>. Следовательно, безвозмездное оказание услуг не будет являться нарушением рассматриваемого запрета <2>.

<1> См., напр.: Постановления ВС РФ от 20 апреля 2015 г. [N 301-АД15-665](#) по делу N A82-11591/2013, Президиума ВАС РФ от 27 марта 2012 г. [N 13881/11](#) по делу N A19-966/2011, ФАС УО от 1 августа 2011 г. [N Ф09-4510/11](#) по делу N A34-5240/10, 3 ААС от 16 января 2013 г. по делу [N A33-6834/2011](#).

<2> Данный вывод нашел свое подтверждение в судебной практике. См., напр.: Постановления ФАС ВВО от 9 апреля 2014 г. по делу [N A28-3305/2013](#), от 3 июня 2013 г. по делу [N A38-3698/2012](#), АС ВВО от 17 декабря 2014 г. [N Ф01-4729/2014](#) по делу N A82-11591/2013, [Определение](#) ВАС РФ от 11 ноября 2013 г. N ВАС-10693/12 по делу N A13-3603/2011.

Факт соблюдения либо несоблюдения доминирующим субъектом порядка ценообразования устанавливается на основании конкретных актов, действующих в той или иной сфере. К основным нормативным правовым актам, регулирующим вопросы ценообразования, можно отнести следующие:

1) [Постановление](#) Правительства РФ от 14 июля 2008 г. N 520 "Об основах ценообразования и порядке регулирования тарифов, надбавок и предельных индексов в сфере деятельности организаций коммунального комплекса";

2) [Постановление](#) Правительства РФ от 5 августа 2009 г. N 643 "О государственном регулировании тарифов, сборов и платы в отношении работ (услуг) субъектов естественных монополий в сфере железнодорожных перевозок";

3) [Постановление](#) Правительства РФ от 24 октября 2005 г. N 637 "О государственном регулировании тарифов на услуги общедоступной электросвязи и общедоступной почтовой связи";

4) [Постановление](#) Правительства РФ от 22 октября 2012 г. N 1075 "О ценообразовании в сфере теплоснабжения";

5) [Постановление](#) Правительства РФ от 29 декабря 2011 г. N 1178 "О ценообразовании в области регулируемых цен (тарифов) в электроэнергетике";

6) [Постановление](#) Правительства РФ от 13 мая 2013 г. N 406 "О государственном регулировании тарифов в сфере водоснабжения и водоотведения";

7) [Постановление](#) Правительства РФ от 29 декабря 2007 г. N 980 "О государственном регулировании тарифов на услуги субъектов естественных монополий по транспортировке нефти и нефтепродуктов"

и другие акты.

14. Норма [п. 11 ч. 1 комментируемой статьи](#) регулирует один из наиболее специфических запретов, предусмотренных антимонопольным законодательством, а именно запрет манипулирования ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности).

Как следует из формулировки запрета, он охватывает деяния хозяйствующего субъекта, совершаемые на особых рынках - оптовом и розничном рынках электроэнергии (мощности). Данные рынки обладают значительной спецификой, ввиду чего рассматриваемое нарушение наряду с нормами [Закона](#) о защите конкуренции и [КоАП](#) РФ регулируется значительным количеством специальных нормативных и правоприменительных актов, к числу которых можно отнести следующие:

- [Закон](#) об электроэнергетике;

- [Правила](#) оптового рынка электрической энергии и мощности, утвержденные Постановлением Правительства РФ от 27 декабря 2010 г. N 1172 (далее также - Правила ОРЭЭМ);

- Основные **положения** функционирования розничных рынков электрической энергии, утвержденные Постановлением Правительства РФ от 4 мая 2012 г. N 442 (далее - Основные положения РРЭ);
- **Постановление** Правительства РФ от 31 августа 2006 г. N 529 "О совершенствовании порядка функционирования оптового рынка электрической энергии (мощности)" (далее - ПП РФ N 529);
- **Постановление** Правительства РФ от 14 ноября 2009 г. N 929 "О порядке осуществления государственного регулирования в электроэнергетике, условиях его введения и прекращения";
- **Постановление** Правительства РФ от 17 декабря 2013 г. N 1164 "Об утверждении Правил осуществления антимонопольного регулирования и контроля в электроэнергетике" (далее - Правила N 1164);
- Административный **регламент** ФАС России по исполнению государственной функции по осуществлению контроля за действиями субъектов оптового и розничных рынков в части установления случаев манипулирования ценами на электрическую энергию на оптовом и розничных рынках электрической энергии (мощности), утвержденный Приказом ФАС России от 26 июня 2012 г. N 413 (далее - Регламент N 413);
- **Порядок** установления случаев манипулирования ценами на электрическую энергию (мощность) на оптовом рынке электрической энергии (мощности), утвержденный Приказом ФАС России от 14 ноября 2007 г. N 378 (далее - Порядок установления случаев манипулирования ценами);
- **Методика** проверки соответствия ценовых заявок на продажу мощности требованию экономической обоснованности, утвержденная Приказом ФАС России от 10 сентября 2010 г. N 515 (далее - Методика N 515);
- Договор о присоединении к торговой системе оптового рынка, стандартная форма утверждена решением Наблюдательного совета НП "АТС" (протокол заседания Наблюдательного совета НП "АТС" от 14 июля 2006 г. N 96; с последующими изменениями) (далее - Договор о присоединении);
- Регламент подачи ценовых заявок участниками оптового рынка (приложение 5 к Договору о присоединении), утвержденный решением Наблюдательного совета НП "АТС" (протокол от 14 июля 2006 г. N 96), с последующими изменениями (далее - Регламент подачи ЦЗ);
- Регламент финансовых расчетов на оптовом рынке электроэнергии (приложение 16 к Договору о присоединении, далее - Регламент финансовых расчетов);
- Регламент информационного взаимодействия между субъектами оптового рынка и федеральным антимонопольным органом в целях выявления случаев манипулирования ценами на оптовом рынке электроэнергии и мощности (приложение 22 к Договору о присоединении, далее - Регламент взаимодействия);
- информационное письмо об установлении численных значений величины отклонения, подлежащей выявлению в ходе мониторинга цен на электрическую энергию на оптовом рынке электроэнергии (мощности), ФАС России и ОАО "АТС" от 4 декабря 2008 г.

Формулировки **п. 11 ч. 1 ст. 10** Закона о защите конкуренции выделяют несколько составов нарушения, подразделяемых в зависимости от того, совершается ли оно на оптовом или на розничном рынке электроэнергии. Указанные типы рынков обладают существенными особенностями, ввиду чего случаи манипулирования ценами на оптовом и на розничном рынке рассматриваются отдельно.

Говоря о манипулировании ценами на оптовом рынке электрической энергии (мощности), следует иметь в виду, что действующее нормативное регулирование предполагает особенности установления доминирующего положения хозяйствующих субъектов - участников оптового рынка электрической энергии (мощности), а также выделяет особый состав субъектов нарушения. В соответствии со **ст. 25** Закона об электроэнергетике доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта (группы лиц), если доля установленной мощности/выработки электрической энергии генерирующим оборудованием в границах **зоны свободного перетока** <1> превышает 20% либо если доля приобретаемой или потребляемой электрической энергии и (или) мощности в границах соответствующей зоны свободного перетока превышает 20%.

<1> Зона свободного перетока электрической энергии (мощности) (далее - зона свободного перетока) - часть Единой энергетической системы России, в пределах которой электрическая энергия и мощность, производимые или планируемые для поставок на генерирующем оборудовании с определенными техническими характеристиками, при определении сбалансированности спроса и предложения на электрическую энергию и мощность, в том числе для целей перспективного планирования, могут быть замещены электрической энергией и мощностью, производимыми или планируемыми для поставок с использованием другого генерирующего оборудования с аналогичными техническими характеристиками в той же зоне свободного перетока, а замена электрической энергией и мощностью, производимыми на генерирующем оборудовании, расположенном в иной зоне свободного перетока, может быть осуществлена только в пределах ограничений перетока электрической энергии и мощности между такими зонами. При этом совокупные технические характеристики генерирующего оборудования в пределах зоны свободного перетока должны соответствовать требованиям, установленным системным оператором и необходимым для обеспечения нормального режима работы соответствующей части энергетической системы ([абз. 27 ст. 3 Закона об электроэнергетике](#)).

ФАС России вправе признать доминирующим положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) с долей менее 20%, если такой хозяйствующий субъект (группа лиц) оказывает или способен оказывать определяющее влияние на формирование равновесной цены на электрическую энергию в определенный период состояния оптового рынка электрической энергии (мощности) (далее - оптовый рынок или ОРЭМ).

Необходимо отметить, что более детально порядок определения доминирующего положения хозяйствующего субъекта (группы лиц) на оптовом рынке вместе с учитываемыми факторами регламентирован в [разд. V](#) Правил N 1164, устанавливающих порядок осуществления антимонопольного регулирования и контроля в электроэнергетике.

Статья 3 Закона об электроэнергетике определяет манипулирование ценами на оптовом рынке электрической энергии (мощности) как совершение экономически или технологически не обоснованных действий, в том числе с использованием своего доминирующего положения на оптовом рынке, которые приводят к существенному изменению цен (цены) на электрическую энергию и (или) мощность на оптовом рынке, путем:

1) подачи необоснованно завышенных или заниженных ценовых заявок на покупку или продажу электрической энергии и (или) мощности <1>;

<1> Завышенной может быть признана заявка, цена в которой превышает цену, которая сформировалась на сопоставимом товарном рынке, или цену, установленную на этом товарном рынке ранее (для аналогичных часов предшествующих суток, для аналогичных часов суток предыдущей недели, для аналогичных часов суток предыдущего месяца, предыдущего квартала) ([ст. 3 Закона об электроэнергетике](#)).

2) подачи ценовых заявок на продажу электрической энергии с указанием объема, который не соответствует объему электрической энергии, вырабатываемому с использованием максимального значения генерирующей мощности генерирующего оборудования участника, определенного **системным оператором** <1> в соответствии с [Правилами](#) ОРЭМ <2>;

<1> [Пункт 1 ст. 12](#) Закона об электроэнергетике.

<2> [Подпункт 5 п. 50](#) Правил ОРЭМ.

3) подачи ценовой заявки, не соответствующей требованиям экономической обоснованности, определенным уполномоченными Правительством РФ федеральными органами исполнительной власти.

В соответствии с [Правилами](#) ОРЭМ на оптовом рынке должно обеспечиваться действие системы установления случаев манипулирования ценами как на электрическую энергию, так и на мощность ([п. 18](#)).

Во исполнение [п. 1 ст. 25](#) Закона об электроэнергетике, [п. 18](#) Правил ОРЭМ, на основании [п. 10](#) Постановления Правительства РФ N 529 ФАС России утвержден [Порядок](#) установления случаев

манипулирования ценами.

Пункт 1 Порядка определяет круг лиц, которые могут осуществлять манипулирование ценами на электрическую энергию, а именно: участники ОРЭЭМ, системный оператор и сетевая организация. Необходимо отметить, что термин **"манипулирование ценами на ОРЭЭМ"**, определенный в **ст. 3** Закона об электроэнергетике, не предусматривает манипулирование ценами на электрическую энергию системным оператором и сетевой организацией. Поскольку совершение экономически или технологически не обоснованных действий, в том числе с использованием своего доминирующего положения на оптовом рынке, которые приводят к существенному изменению цен (цены) на электрическую энергию и (или) мощность на оптовом рынке, осуществляется путем подачи ценовой заявки, предполагается обоснованным, что положения **ст. 3** Закона об электроэнергетике не могут быть применены в отношении системного оператора и сетевой организации.

Порядок установления случаев манипулирования ценами регламентирует правила выявления и пресечения случаев манипулирования ценами на электрическую энергию, осуществляемого путем подачи завышенных (заниженных) заявок на продажу (покупку) электрической энергии <1> либо путем подачи ценовой заявки, объем в которой не соответствует объему электрической энергии, вырабатываемому с использованием максимального значения мощности генерирующего оборудования такого участника, определенного системным оператором в соответствии с **Правилами** ОРЭЭМ, т.е. двумя из трех возможных способов манипулирования, предусмотренных **Законом** об электроэнергетике.

<1> В **разд. VI** Правил N 1164 утвержден порядок выявления случаев манипулирования ценами на электрическую энергию и приведены критерии, при соответствии хотя бы одному из которых изменение цен (цены) на электрическую энергию и (или) мощность будет признано существенным.

Определить критерии выявления случаев манипулирования ценами путем подачи ценовых заявок, не соответствующих требованиям экономической обоснованности, призвана **Методика** определения соответствия ценовых заявок на продажу электрической энергии требованиям экономической обоснованности, срок для принятия которой был установлен **Постановлением** Правительства РФ <1>. Однако до настоящего времени соответствующая методика не утверждена и существует лишь в виде **проекта** <2>.

<1> **Пунктом 8** Постановления Правительства РФ от 27 декабря 2010 г. N 1172 срок для подготовки и принятия методики определения соответствия ценовых заявок на продажу электрической энергии требованиям экономической обоснованности установлен до 1 мая 2011 г.

<2> Речь идет о **проекте** Приказа ФАС России "Об утверждении требований экономической обоснованности ценовых заявок на продажу электрической энергии, а также ценовых заявок на продажу мощности и методики определения соответствия ценовых заявок на продажу электрической энергии требованиям экономической обоснованности и о внесении изменений в методику проверки соответствия ценовых заявок на продажу мощности требованию экономической обоснованности".

В настоящее время ФАС России принимает решения о нарушении субъектами ОРЭЭМ рассматриваемой нормы при подаче ценовых заявок при конкурентном отборе ценовых заявок на сутки вперед в целях формирования равновесных цен на электрическую энергию (так называемый рынок на сутки вперед), исходя из принципа недопустимости ограничения, устранения конкуренции и нарушения интересов других участников ОРЭЭМ в случае превышения численных значений величины отклонений.

Методика проверки соответствия ценовых заявок требованиям экономической обоснованности в отношении мощности (Методика N 515) применяется антимонопольным органом при наличии в действиях одного или нескольких участников оптового рынка признаков манипулирования ценами, выявленных по результатам конкурентного отбора мощности <1>.

<1> Порядок осуществления антимонопольного контроля при проведении конкурентного отбора мощности

регламентирован в п. 112 Правил ОРЭЭМ и разд. IV Правил N 1164. Подробнее о мерах регуляторного характера в отношении манипулирования ценами на мощность см. ниже.

Исходя из общих положений, установленных ст. 3 Закона об электроэнергетике, манипулирование ценами на розничном рынке электрической энергии (мощности) - это совершение экономически или технологически не обоснованных действий хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на розничном рынке, которые приводят к существенному изменению нерегулируемых цен (цены) на электрическую энергию и (или) мощность.

В данном случае имеет место особый состав субъектов рассматриваемой разновидности нарушения п. 11 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции.

Так, прежде всего необходимо учитывать, что субъектами розничных рынков электрической энергии (мощности) в соответствии с Законом об электроэнергетике являются:

- потребители электрической энергии;
- поставщики электрической энергии (энергосбытовые организации, гарантирующие поставщики, производители электрической энергии, не имеющие права на участие в оптовом рынке);
- территориальные сетевые организации, осуществляющие услуги по передаче электрической энергии;
- субъекты оперативно-диспетчерского управления в электроэнергетике, осуществляющие указанное управление на уровне розничных рынков.

Основные положения РРЭ несколько иначе определяют субъектов розничных рынков и относят к ним всех участников отношений по производству, передаче, купле-продаже (поставке) и потреблению электрической энергии (мощности) на розничных рынках электрической энергии, а также по оказанию услуг, которые являются неотъемлемой частью процесса поставки электрической энергии потребителям. В дополнение к перечню лиц, указанных в Законе об электроэнергетике, Основные положения РРЭ относят к субъектам розничных рынков также исполнителей коммунальной услуги и энергоснабжающие организации.

Необходимо отметить, что Регламент N 413 предусматривает, что факт манипулирования ценами на розничном рынке электрической энергии (мощности) выявляется в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, в том числе в соответствии с Основными положениями РРЭ. Однако ни Основные положения РРЭ, ни другие нормативные правовые акты не содержат необходимых норм, позволяющих правильно квалифицировать действия хозяйствующего субъекта и с определенностью установить в его действиях наличие признаков манипулирования ценами на розничном рынке электрической энергии (мощности), что затрудняет практическое выявление рассматриваемого состава.

При этом, равно как и по любым иным составам нарушений, предусмотренных ст. 10 Закона о защите конкуренции, квалифицирующим признаком субъекта в целях выявления факта манипулирования ценами на розничном рынке электрической энергии (мощности) является доминирующее положение соответствующего хозяйствующего субъекта <1>, поэтому в любом случае анализ состояния конкуренции на товарном рынке и установление антимонопольным органом факта наличия доминирующего положения с учетом особенностей, предусмотренных законодательством об электроэнергетике, являются необходимыми элементами рассмотрения дела о таком нарушении антимонопольного законодательства.

<1> Поскольку подп. "д" п. 3 Правил N 1164 относит к объектам антимонопольного регулирования и контроля в том числе действия субъектов оптового или розничных рынков, занимающих доминирующее положение на указанных рынках, полагаем, что потребители электрической энергии не относятся к указанным субъектам.

Объективной стороной манипулирования ценами на розничном рынке электрической энергии (мощности) является совершение экономически или технологически не обоснованных действий. Критерии определения обоснованности действий субъектов розничных рынков являются квалифицирующим признаком манипулирования ценами на розничном рынке электрической энергии (мощности), однако они нормативно не

закреплены, поэтому любая оценка антимонопольным органом действий хозяйствующего субъекта будет в значительной мере субъективна.

Не менее важным является указание законодателя на наличие последствий манипулирования ценами на розничном рынке электрической энергии (мощности) в виде существенного изменения нерегулируемых цен (цены). Изменение нерегулируемой цены признается существенным в случае, если указанная цена превышает значение предельного уровня нерегулируемой цены, определяемого в соответствии с Основными [положениями](#) РРЭ <1>. Нерегулируемая цена применяется только в отношениях по купле-продаже электрической энергии (мощности) на розничных рынках в границах ценовых зон оптового рынка <2>. В силу установленного ограничения на тех розничных рынках, где цена на электрическую энергию (мощность) является регулируемой, ответственность за нарушение комментируемого положения применена быть не может.

<1> [Пункт 24](#) Правил N 1164.

<2> [Пункт 5](#) Основных положений РРЭ.

На практике ФАС России принимает решения о нарушении комментируемой нормы о запрете манипулирования ценами на розничном рынке электрической энергии (мощности) исходя из общих принципов недопущения ущемления интересов третьих лиц <1>.

<1> Дела в отношении энергосбытовых компаний, которые манипулируют ценами на розничных рынках электрической энергии, являются знаковыми для ФАС России. Подробнее об этом см.: http://fas.gov.ru/fas-news/fas-news_35044.html. Также см., напр.: [Определение](#) ВС РФ от 20 ноября 2015 г. N 305-КГ15-1236 по делу N A40-81895/2013.

Важной особенностью запрета, установленного комментируемым положением [Закона](#) о защите конкуренции, является то, что к его нарушителям и лицам, которые имеют возможность нарушить такой запрет, помимо мер ответственности, в целом характерных для всех составов нарушений [ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, могут также применяться специальные меры, предусмотренные [Законом](#) об электроэнергетике.

Так, согласно [п. 5 ст. 25](#) Закона об электроэнергетике в отношении субъектов оптового рынка, занимающих доминирующее положение либо манипулирующих ценами на ОРЭЭМ и (или) имеющих возможность манипулирования, в целях предупреждения злоупотреблений и недопущения манипулирования ценами могут применяться:

1) государственное регулирование цен (тарифов);

2) ограничение цен в ценовых заявках;

3) введение ограничения в виде условия о подаче только ценопринимающих заявок;

4) обязательство участника оптового рынка предоставить на ОРЭЭМ в максимально возможном объеме всю электрическую энергию и мощность, вырабатываемые с использованием принадлежащего ему генерирующего оборудования.

Порядок применения указанных мер определяется Правительством РФ. На данный момент он регламентирован в разд. IV ([п. п. 8, 9, 12](#)), VII Правил N 1164. По-видимому, subsidiarily также могут применяться [Правила](#) ОРЭЭМ.

Предписания о применении одной из указанных мер в отношении субъектов ОРЭЭМ (группы лиц) - причем **в целях как пресечения нарушений, так и их предупреждения** <1> - в рамках предоставленных полномочий выдает ФАС России <2>. При определении конкретной меры учитываются характер нарушения, возможные способы предотвращения и (или) устранения его последствий, а также иные обстоятельства, установленные при выявлении фактов манипулирования ценами.

<1> Ранее, до принятия [Правил](#) N 1164, на основании [п. 14](#) Порядка установления случаев манипулирования ценами был допустим вывод о том, что возможность применения приведенных мер ограничивается непосредственно случаями манипулирования на ОРЭМ. Иными словами, по логике [Порядка](#), в случае установления случаев манипулирования ценами такие меры не могли быть приняты в отношении субъектов, занимающих доминирующее положение, если у последних лишь "имелась возможность манипулирования", до тех пор пока сам факт осуществления указанных действий не установлен. При таком подходе был равно возможен вывод о том, что такие меры являются дополнительными по отношению к мерам ответственности, установленным [Законом](#) о защите конкуренции и [КоАП](#) РФ, лишенными самостоятельного - превентивного - регулятивного воздействия. Лишь немногочисленная практика их применения позволяла допустить обратное (см., напр.: о предписании ФАС России, адресованном ОАО "ИНТЕР РАО ЕЭС" и лицам, входящим с ним в одну группу лиц, подавать ценопринимающие заявки на объем производства электрической энергии не менее 70% от соответствующего объема максимальной (рабочей) мощности генерирующего объекта для участия на РСВ и балансирующем рынке: http://www.interrao.ru/upload/docs/Po_ogk-3.pdf).

По-видимому, после принятия [Правил](#) N 1164 ФАС России намерена расширить практику применения указанных мер, с чем связана и более детальная их регламентация.

<2> [Пункт 26](#) [Правил](#) N 1164.

[Правила](#) N 1164 также устанавливают механизм применения некоторых из указанных мер.

Так, можно предположить, что предписания об **ограничении цен в ценовых заявках**, поскольку не установлено иное, могут выдаваться по аналогии с порядком, установленным [абз. 3 п. 8](#) [Правил](#) N 1164 для реагирования ФАС России по результатам ежегодного анализа состояния конкуренции на товарном рынке.

Мера в виде **государственного регулирования цен (тарифов)** в отношении субъекта ОРЭМ (группы лиц) применяется в случае установления неоднократно ФАС России фактов нарушения субъектом антимонопольного законодательства, если ранее к нему применялись меры, предусмотренные [п. 5 ст. 25](#) Закона об электроэнергетике. В таком случае субъект будет обязан подавать только ценовые заявки, равные утверждаемому для него тарифу (по ценам (тарифам) на поставляемую в условиях ограничения или отсутствия конкуренции электрическую энергию, установленным ФАС России), в отношении объемов электрической энергии, производимых с использованием принадлежащих ему (группе лиц) на законном основании генерирующих мощностей ([п. 28](#) [Правил](#) N 1164).

По истечении года со дня введения указанной меры в случае обеспечения условий конкуренции ФАС России своим решением может прекратить ее применение. Такое решение может быть принято по инициативе регулятора или на основании мотивированного ходатайства субъекта, в отношении которого была введена мера, с учетом результатов проведенного анализа состояния конкуренции на товарном рынке.

Контроль за выполнением соответствующих предписаний ФАС России достигается путем направления Службой копии предписания вместе с копией решения, на основании которого выдано предписание, в Совет рынка, ОАО "АТС", коммерческому оператору, а также системному оператору, ОАО "ФСК ЕЭС" в целях учета информации при осуществлении мониторинга ценовой ситуации на оптовом рынке и информирования ФАС России в случае неисполнения предписаний обязанными субъектами.

Анализ [Правил](#) ОРЭМ позволяет выявить и **другие регулятивные механизмы**, препятствующие злоупотреблениям, которые в том числе могут быть связаны с возможным манипулированием ценами на ОРЭМ.

Так, например, Совет рынка принимает решение о том, что **продажа (покупка) электрической энергии с использованием "рынка на сутки вперед", а также продажа (покупка) электрической энергии по свободным договорам в целом или на какой-либо ограниченной территории не состоялись** в следующих случаях:

- если при проведении закупки на рынке на сутки вперед зафиксированы нарушения требований, установленных Договором о присоединении;

- если выявлена невозможность определения объемов и (или) равновесных цен, отвечающих требованиям [п. п. 83 и 94](#) [Правил](#) ОРЭМ, и

- в иных случаях, предусмотренных Договором о присоединении.

При этом плановое почасовое производство (потребление) и цены на электрическую энергию для расчета обязательств участников оптового рынка определяются в соответствии с Договором о присоединении (п. 91 Правил ОРЭЭМ).

Еще одной мерой можно считать реализацию предоставленного антимонопольному органу права - в случае выявления в действиях участников ОРЭЭМ в зоне свободного перетока признаков манипулирования ценами - не позднее истечения 15 рабочих дней после опубликования системным оператором реестра итогов конкурентного отбора мощности направить в Наблюдательный совет Совета рынка предложение об отмене результатов проведенного конкурентного отбора в соответствующей ценовой зоне ОРЭЭМ <1>.

<1> Пункт 112 Правил ОРЭЭМ.

Если такое предложение будет принято, системный оператор в 10-дневный срок проводит повторный конкурентный отбор мощности в соответствующей ценовой зоне. При этом от участников ОРЭЭМ, генерирующие объекты которых расположены в зоне свободного перетока, в которой выявлены признаки манипулирования, **принимаются на конкурентном отборе мощности только ценовые заявки на продажу мощности указанных объектов, цены в которых не превышают установленного в соответствии с п. 104 Правил ОРЭЭМ значения предельного размера цены на мощность**. В отношении генерирующих объектов, расположенных в других зонах свободного перетока, при проведении повторного конкурентного отбора мощности используются ценовые заявки, поданные на первоначальный конкурентный отбор мощности.

Таким образом, целями дополнительных мер, препятствующих злоупотреблениям, являются исключение возможности использования экономической выгоды, полученной в результате манипулирования, и в целом обеспечение возможности определения равновесной цены на электроэнергию на рынке на сутки вперед.

Помимо названных механизмов в случае неоднократного (используя терминологию Закона о защите конкуренции - "систематического") злоупотребления доминирующим положением, в том числе осуществления манипулирования ценами (либо иной монополистической деятельности), может быть осуществлено **принудительное разделение** такого хозяйствующего субъекта (п. 6 ст. 25 Закона об электроэнергетике) <1>.

<1> С требованием о разделении в суд вправе обратиться антимонопольный орган. Суд удовлетворяет такое требование лишь при выполнении в совокупности условий, указанных в ч. 2 ст. 38 Закона о защите конкуренции.

15. **Часть 2 комментируемой статьи** предоставляет хозяйствующему субъекту право представить при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства доказательства допустимости совершенных им действий (бездействия). Критерии признания действий (бездействия) допустимыми перечислены в ч. 1 ст. 13 Закона о защите конкуренции (см. **комментарий к ст. 13** Закона о защите конкуренции).

Правило допустимости может быть применено при рассмотрении дел строго ограниченной категории. Допустимыми могут быть признаны следующие действия, указанные в ч. 1 **комментируемой статьи**:

- экономически или технологически не обоснованное сокращение или прекращение производства товара (п. 4 ч. 1);
- создание дискриминационных условий (п. 8 ч. 1);
- создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка (п. 9 ч. 1);
- манипулирование ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности) (п. 11 ч. 1).

Также при соблюдении условий, предусмотренных ч. 1 ст. 13 Закона о защите конкуренции, может быть

признано допустимым установление или поддержание монопольно высокой цены, являющейся результатом инновационной деятельности (см. [ч. 2 ст. 6](#) Закона о защите конкуренции). Такая деятельность определена в [Зако](#)не как деятельность, приводящая к созданию нового невзаимозаменяемого товара или нового взаимозаменяемого товара при снижении расходов на его производство и (или) улучшение его качества.

Иные действия, запрет на совершение которых установлен комментируемой [статьей](#), не могут быть признаны допустимыми ни при каких условиях.

Однако допустимыми могут быть признаны те формы злоупотребления, которые прямо не поименованы в комментируемой [статье](#), если в отношении их выполняются условия, предусмотренные [ч. 1 ст. 13](#) Закона о защите конкуренции.

16. [Часть 3 комментируемой статьи](#) предусматривает полномочия законодателя и Правительства РФ на принятие нормативных правовых актов, устанавливающих правила недискриминационного доступа к приобретению товаров, производимых или реализуемых субъектами естественных монополий, регулирование деятельности которых осуществляется в соответствии с [Законом](#) о естественных монополиях, а также к объектам инфраструктуры в сфере естественных монополий, а равно регламентирует содержание таких правил.

Так, согласно [ст. 3](#) Закона о естественных монополиях естественная монополия - состояние товарного рынка, при котором удовлетворение спроса на этом рынке эффективнее в отсутствие конкуренции в силу технологических особенностей производства (в связи с существенным понижением издержек производства на единицу товара по мере увеличения объема производства), а товары, производимые субъектами естественной монополии, не могут быть заменены в потреблении другими товарами, в связи с чем спрос на данном товарном рынке на товары, производимые субъектами естественных монополий, в меньшей степени зависит от изменения цены на этот товар, чем спрос на другие виды товаров.

В свою очередь, [ч. 5 ст. 5](#) Закона о защите конкуренции установлено, что доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта - субъекта естественной монополии на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии.

Соответственно, при формулировании условий доступа к таким сферам законодатель исходит из двойственности их природы: наличие на рынке одного игрока, рыночная власть которого абсолютна, с одной стороны, и невозможность перехода на конкурентную модель для таких рынков в силу обеспечения их эффективности за счет эффекта масштаба, с другой стороны.

В этой связи, принимая во внимание системообразующий характер данных отраслей и невозможность переключения потребителей на альтернативные товары, сфера деятельности субъектов естественных монополий нуждается в детальной регламентации и формировании прозрачных правил поведения участников рынка.

В свою очередь, [Законом](#) о естественных монополиях к таким сферам отнесены:

- транспортировка нефти и нефтепродуктов по магистральным трубопроводам;
- транспортировка газа по трубопроводам;
- железнодорожные перевозки;
- услуги в транспортных терминалах, портах и аэропортах;
- услуги общедоступной электросвязи и общедоступной почтовой связи;
- услуги по передаче электрической энергии;
- услуги по оперативно-диспетчерскому управлению в электроэнергетике;
- услуги по передаче тепловой энергии;
- услуги по использованию инфраструктуры внутренних водных путей;

- захоронение радиоактивных отходов;
- водоснабжение и водоотведение с использованием централизованных системы, систем коммунальной инфраструктуры;
- ледокольная проводка судов, ледовая лоцманская проводка судов в акватории Северного морского пути.

В настоящее время действуют и применяются следующие акты Правительства РФ, устанавливающие правила недискриминационного доступа к услугам субъектов естественной монополии:

- **Постановление** Правительства РФ от 21 декабря 2009 г. N 1039 "О порядке подключения нефтеперерабатывающих заводов к магистральным нефтепроводам и (или) нефтепродуктопроводам и учета нефтеперерабатывающих заводов в Российской Федерации" (вместе с Правилами подключения нефтеперерабатывающих заводов к магистральным нефтепроводам и (или) нефтепродуктопроводам и учета нефтеперерабатывающих заводов в Российской Федерации);

- **Постановление** Правительства РФ от 17 февраля 2011 г. N 90 "О порядке подключения объектов нефтедобычи к магистральным нефтепроводам в Российской Федерации и учета субъектов предпринимательской деятельности, осуществляющих добычу нефти" (вместе с Правилами подключения объектов нефтедобычи к магистральным нефтепроводам в Российской Федерации и учета субъектов предпринимательской деятельности, осуществляющих добычу нефти);

- **Постановление** Правительства РФ от 29 марта 2011 г. N 218 "Об обеспечении недискриминационного доступа к услугам субъектов естественных монополий по транспортировке нефти (нефтепродуктов) по магистральным трубопроводам в Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых актов Правительства Российской Федерации" (вместе с Правилами обеспечения недискриминационного доступа к услугам субъектов естественных монополий по транспортировке нефти (нефтепродуктов) по магистральным трубопроводам в Российской Федерации);

- **Постановление** Правительства РФ от 5 февраля 1998 г. N 162 "Об утверждении Правил поставки газа в Российской Федерации";

- **Постановление** Правительства РФ от 21 июля 2008 г. N 549 "О порядке поставки газа для обеспечения коммунально-бытовых нужд граждан" (вместе с Правилами поставки газа для обеспечения коммунально-бытовых нужд граждан);

- **Постановление** Правительства РФ от 25 ноября 2003 г. N 710 "Об утверждении Правил недискриминационного доступа перевозчиков к инфраструктуре железнодорожного транспорта общего пользования";

- **Постановление** Правительства РФ от 22 июля 2009 г. N 599 "О порядке обеспечения доступа к услугам субъектов естественных монополий в аэропортах" (вместе с Правилами обеспечения доступа к услугам субъектов естественных монополий в аэропортах);

- **Постановление** Правительства РФ от 28 марта 2005 г. N 161 "Об утверждении Правил присоединения сетей электросвязи и их взаимодействия";

- **Постановление** Правительства РФ от 27 декабря 2004 г. N 861 "Об утверждении Правил недискриминационного доступа к услугам по передаче электрической энергии и оказания этих услуг, Правил недискриминационного доступа к услугам по оперативно-диспетчерскому управлению в электроэнергетике и оказания этих услуг, Правил недискриминационного доступа к услугам администратора торговой системы оптового рынка и оказания этих услуг и Правил технологического присоединения энергопринимающих устройств потребителей электрической энергии, объектов по производству электрической энергии, а также объектов электросетевого хозяйства, принадлежащих сетевым организациям и иным лицам, к электрическим сетям";

- **Постановление** Правительства РФ от 15 мая 2010 г. N 341 "Об утверждении Положения об особенностях предоставления технических условий, определения платы за технологическое присоединение и особенностях технологического присоединения к объектам электросетевого хозяйства энергопринимающих устройств потребителей электрической энергии на территории муниципального образования город-курорт Сочи в период

организации и проведения XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 года и о внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации".

Исключением является [Приказ](#) Минтранса России от 17 января 2013 г. N 7 "Об утверждении Правил плавания в акватории Северного морского пути", который был принят во исполнение [ч. 2 ст. 5.1](#) Кодекса торгового мореплавания РФ.

Таким образом, в настоящее время установление особенностей деятельности субъектов естественных монополий, имеющих своей целью недопущение нарушений антимонопольного законодательства, ограничения конкуренции и (или) ущемления прав и законных интересов контрагентов таких лиц, наравне с федеральными законами отнесено к компетенции Правительства РФ.

Как следует из их названия, данные нормативные правовые акты устанавливают общие критерии и правила доступа потребителей к названным услугам и товарам с учетом специфики соответствующих рынков, а также регулируют вопросы информационного обеспечения участников рынка, требования к утверждаемым типовым договорам, порядок определения потребителей, подлежащих обязательному обслуживанию, определяют иные условия, определенные [ч. 3 комментируемой статьи](#). При этом следует учитывать, что положения правил недискриминационного доступа не могут носить индивидуальный характер и затрагивать вопросы коммерческой деятельности хозяйствующего субъекта, не связанные с обеспечением одинаковых условий доступа потребителей, например вопросы установления конкретного уровня цены, определенного базиса и срока поставки и т.п.

В целом следует отметить, что в настоящее время правила недискриминационного доступа являются одним из эффективных механизмов предупреждения антимонопольных правонарушений в сфере доступа к услугам естественных монополий, и их реализация зачастую существенно упрощает доступ потребителей к естественно-монопольным товарам и услугам, сокращая количество антимонопольных нарушений в этих сферах и формируя понятные правила поведения как для потребителей, так и для самих субъектов естественной монополии.

17. [Часть 4 комментируемой статьи](#) говорит о том, что требования [ст. 10](#) Закона о защите конкуренции не распространяются на **действия по осуществлению исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг**.

Данная норма предполагает полное изъятие из сферы применения антимонопольных запретов, установленных для случаев злоупотребления доминирующим положением, действий обладателей исключительных прав на так называемые результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Указанные объекты относятся к объектам интеллектуальной собственности ([ст. 1225](#) ГК РФ), их правовой статус полностью определяется гражданским законодательством (а именно частью четвертой [ГК](#) РФ).

[Пункт 1 ст. 1225](#) ГК РФ устанавливает закрытый перечень объектов, которые признаются результатами интеллектуальной деятельности. К ним относятся: 1) произведения науки, литературы и искусства; 2) программы для электронных вычислительных машин (программы для ЭВМ); 3) базы данных; 4) исполнения; 5) фонограммы; 6) сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач (вещание организаций эфирного или кабельного вещания); 7) изобретения; 8) полезные модели; 9) промышленные образцы; 10) селекционные достижения; 11) топологии интегральных микросхем; 12) секреты производства (ноу-хау).

В указанной [статье](#) ГК РФ также приводится перечень средств индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, которым предоставляется правовая охрана: фирменные наименования, товарные знаки и знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров и коммерческие обозначения.

Как следует из [ст. 1226](#) ГК РФ, на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации признаются интеллектуальные права, которые включают исключительное право, являющееся имущественным правом, а в случаях, предусмотренных [ГК](#) РФ, также личные неимущественные права и иные права (право следования, право доступа и др.).

[Часть 4 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции распространяется на действия по **осуществлению**

исключительных прав. В то же время [ГК РФ](#) не использует такой термин при описании возможностей правообладателя, за исключением указания в [п. 2 ст. 1484 ГК РФ](#), в котором говорится о том, что исключительное право на товарный знак может быть осуществлено для индивидуализации товаров, работ или услуг, в отношении которых товарный знак зарегистрирован, в частности, путем размещения товарного знака на товарах, при выполнении работ, оказании услуг, на документации, связанной с введением товаров в гражданский оборот, и пр. Однако, как видится, "осуществление исключительных прав" для целей [Закона](#) о защите конкуренции следует трактовать более широко. В частности, к осуществлению исключительных прав в соответствии с положениями гражданского законодательства следует отнести следующие действия правообладателя:

1) действия по распоряжению исключительными правами. В соответствии с положениями [ст. 1233 ГК РФ](#) к таким действиям относятся:

- отчуждение по договору другому лицу (договор об отчуждении исключительных прав);
- предоставление другому лицу права использования соответствующего результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации в установленных договором пределах (лицензионный договор);
- иные способы (например, залог исключительных прав);

2) действия по использованию исключительных прав. Для каждого конкретного объекта интеллектуальной собственности сфера полномочий правообладателя определяется особо (см.: [ст. ст. 1270, 1317, 1358, 1484 ГК РФ](#) и др.).

[Статьей 1229 ГК РФ](#) также предусмотрена возможность для правообладателя исключительных прав по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации <1>.

<1> Данная возможность также признается судами при проверке законности решений антимонопольного органа. См., напр.: [Постановление](#) 9 ААС от 15 апреля 2015 г. N 09АП-8976/2015.

Существует позиция, согласно которой изъятие из запрета на злоупотребление доминирующим положением для действий по осуществлению исключительных прав в отношении объектов интеллектуальной собственности обусловлено особым правовым режимом, закрепленным в отношении указанных объектов <1>.

<1> В данном контексте также следует упомянуть общую правовую позицию ВАС РФ, изложенную в [Постановлении](#) Президиума ВАС РФ от 5 апреля 2011 г. N 14185/10: действия хозяйствующих субъектов, результатом которых является или может являться ущемление интересов других лиц, не могут быть признаны злоупотреблением доминирующим положением, если на возможность совершения таких действий прямо указано в нормативном акте, регулиующем соответствующую сферу деятельности.

Так, по своему характеру каждый объект интеллектуальной собственности - это уникальный объект, не обладающий аналогами, т.е. по смыслу антимонопольного законодательства не имеющий заменителя <1>. В таком контексте, в частности, можно признать каждого автора произведения (художника, писателя или изобретателя) субъектом, занимающим доминирующее положение на рынке того произведения, которое он создал, что автоматически позволяет распространить на него все запреты, предусмотренные [ст. 10 Закона](#) о защите конкуренции.

<1> [Пункт 4 ст. 4 Закона](#) о защите конкуренции, [п. 3.1 Порядка](#) анализа товарных рынков.

Однако исключительное право, возникающее в отношении указанных объектов в силу положений гражданского законодательства, является законной монополией лица на осуществление по своему усмотрению любых действий, связанных с использованием или распоряжением принадлежащим ему объектом

интеллектуальной собственности <1>. К такой монополии не могут быть применимы антимонопольные запреты, о чем прямо говорит [Закон](#) о защите конкуренции.

<1> Указанный довод также нашел свое подтверждение в [Определении](#) КС РФ от 22 апреля 2004 г. N 171-О, в котором говорится о том, что "запрещение законным правообладателем использования товарного знака другими лицами, направленное на реализацию [ч. 1 ст. 44](#) Конституции РФ, ограничивает права хозяйствующих субъектов, закрепленные в [ст. 34](#) Конституции РФ, в той мере, в какой согласно ее [статье 55](#) это необходимо в целях защиты здоровья, прав и законных интересов других лиц". Мнение Конституционного Суда РФ в дальнейшем нашло отражение в судебной практике (см. [Постановление](#) ФАС МО от 21 марта 2011 г. по делу А40-60322/10-12-360, в котором суд указал на то, что "исключительные права сами по себе являются допустимым законом ограничением конкуренции").

Вместе с тем рассматриваемое исключение не распространяется на действия в отношении товара, произведенного с использованием исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности. Поэтому на обращение такого товара положения антимонопольного законодательства распространяются в полной мере <1>.

<1> Данный аргумент, в частности, был поддержан арбитражными судами различных инстанций при рассмотрении резонансного дела о злоупотреблении компанией "Тева Фармасьютикал Индастриз Лимитед" доминирующим положением при реализации лекарственного препарата "Копаксон" (см. [Постановление](#) ВС РФ от 9 ноября 2015 г. N 305-КГ15-7123 и акты судов апелляционной и кассационной инстанций по данному делу).

18. Норма [ч. 5 комментируемой статьи](#) введена в [ст. 10](#) Закона о защите конкуренции четвертым антимонопольным [пакетом](#) и предусматривает право Правительства РФ устанавливать правила недискриминационного доступа (далее - ПНД) к товарам, производимым и (или) реализуемым доминирующим субъектом, доля которого на товарном рынке составляет более 70%, в случае злоупотребления данным лицом своим доминирующим положением на данном товарном рынке.

Возможность введения правил недискриминационного доступа в отношении доминирующего субъекта в комментируемой норме обусловлена наличием у такого субъекта стабильно высокой рыночной доли (свыше 70%) и, соответственно, высокой степенью концентрации соответствующего товарного рынка, наличием злоупотребления данным лицом своим доминирующим положением, а также (по мнению правоприменителя) обусловленной этими причинами возможностью создания дискриминационных условий на этом рынке в будущем. Однако само по себе наличие у субъекта доминирующего положения ввиду обладания долей более 70% не влечет автоматически принятия ПНД.

Основанием для введения ПНД является установление вступившим в законную силу решением антимонопольного органа факта злоупотребления таким хозяйствующим субъектом своим доминирующим положением, при этом к моменту принятия ПНД дискриминационные условия, наличие которых было установлено антимонопольным органом, уже могут быть устранены.

Исходя из буквального толкования [ч. 5 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, ПНД имеют адресный характер, т.е. вводятся в отношении конкретного хозяйствующего субъекта, и распространяются только на тот рынок, где он занимает доминирующее положение с долей более 70% и где он совершил злоупотребление доминирующим положением, установленное вступившим в законную силу решением антимонопольного органа. При этом ПНД могут быть распространены исключительно на товарный рынок, находящийся в границах территории РФ, и не подлежат применению на трансграничном рынке, поскольку в соответствии со [ст. 1](#) приложения N 19 к Договору о ЕАЭС такое регулирование находится в компетенции ЕЭК.

Четвертый антимонопольный [пакет](#) вступил в силу 5 января 2016 г. и применяется к отношениям, возникшим после этой даты.

Возможность применения названного [Закона](#) и, в частности, введенной им [ч. 5 комментируемой статьи](#) к ранее возникшим отношениям не регламентирована.

В связи с этим возникает вопрос о том, может ли Правительство РФ в силу комментируемой нормы

принимать решения о введении ПНД в случае, если нарушение антимонопольного законодательства хозяйствующим субъектом, обладающим рыночной долей более 70%, было совершено (и окончено) до 5 января 2016 г.

Буквальное толкование комментируемой нормы позволяет сделать вывод, что она наделяет Правительство РФ правом вводить дополнительное регулирование, распространяющее свое действие на будущее время, целью которого является восстановление конкурентной среды на рынке, нарушенной в результате нарушения антимонопольного законодательства. В этом смысле конституционно-правовым основанием анализируемой нормы являются положения [ст. 55](#) Конституции РФ, согласно которым права и свободы могут быть ограничены федеральным законом в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства, а также нормы [ст. 114](#) Конституции РФ, согласно которым к полномочиям Правительства РФ относятся осуществление мер по обеспечению законности, прав и свобод граждан, охране собственности и общественного порядка, борьбе с преступностью, осуществление иных полномочий, возложенных на него [Конституцией](#) РФ, федеральными законами, указами Президента РФ. Правомерность наделения Правительства РФ на уровне федерального закона полномочиями по установлению правового регулирования, ограничивающего правоспособность лица, и реализации Правительством РФ такого полномочия была подтверждена КС РФ в [Определении](#) от 23 декабря 2014 г. N 2948-О.

Таким образом, возможно вести речь о том, что Правительство РФ вправе вводить ПНД за нарушения, совершенные до вступления в силу четвертого антимонопольного [пакета](#) (т.е. до 5 января 2016 г.).

С другой стороны, анализируемый вопрос может служить предметом споров, поскольку комментируемая норма устанавливает дополнительную меру государственного реагирования в связи с нарушением антимонопольного законодательства, которая ограничивает правоспособность хозяйствующего субъекта и, соответственно, ухудшает его положение. По данной причине в силу [ст. 54](#) Конституции РФ введение ПНД в случаях, предусмотренных [ч. 5 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, возможно, только если соответствующее нарушение было совершено после 5 января 2016 г.

Представляется, что окончательное разрешение данной коллизии находится в компетенции КС РФ.

Как указано в [ч. 5 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, целью принятия ПНД в соответствии с данной нормой является предупреждение создания дискриминационных условий.

Эта цель совпадает с теми целями, которые ставятся при введении правил недискриминационного доступа в отношении субъектов естественных монополий.

Вместе с тем субъекты естественной монополии функционируют на специфичных рынках в условиях естественной монополии, и их деятельность по своему содержанию **de facto** может быть приравнена к осуществлению публичной функции, направленной на обеспечение публичных интересов. Поэтому использование механизма ПНД в отношении субъектов естественной монополии в первую очередь преследует защиту таких публично-правовых интересов.

В свою очередь, анализируемая норма вводит аналогичный механизм регулирования для лиц, которые никогда не планировали осуществлять публичные или квазипубличные функции (аналогичные функциям естественных монополистов) на рынках, подпадающих под действие комментируемой нормы, а действуют исключительно в частном интересе.

В отличие от естественно-монопольных рынков на высокконцентрированных рынках, подпадающих под действие анализируемой нормы, не вводится прямое ценовое регулирование.

Кроме того, природа рынков, находящихся в состоянии естественной монополии, предполагает отсутствие на них соперничающих друг с другом конкурентов, причем это обусловлено не каким-либо сознательным ограничением конкуренции, а происходит потому, что в силу эффекта экономии от масштаба функционирование на таком рынке одного игрока (с наибольшими объемами производства и наименьшими издержками на единицу товара) эффективней, чем деятельность нескольких игроков. Однако тот факт, что рынки, охватываемые комментируемой нормой, являются высокконцентрированными, не означает, что конкуренция на них автоматически отсутствует (кроме того, хозяйствующий субъект с долей свыше 70% может и не занимать доминирующее положение на рынке, если отсутствуют значимые барьеры входа на рынок). На таких рынках

могут присутствовать хозяйствующие субъекты, которые в случае введения ПНД в отношении доминирующего субъекта получат преимущества в осуществлении предпринимательской деятельности и смогут необоснованно увеличивать свою долю и выручку на рынке, пользуясь нахождением доминирующего рыночного игрока в условиях более жесткого регулирования. Представляется, что данные вопросы антимонопольному органу необходимо тщательно исследовать при проведении анализа рынка по делам о нарушениях антимонопольного законодательства, предполагающим возможность принятия ПНД, и учитывать результаты такого исследования при принятии решения о направлении Правительству РФ предложений о введении ПНД в соответствии с анализируемой нормой.

Примером товарных рынков, в отношении участников которых в соответствии с комментируемой нормой [Закона](#) о защите конкуренции могут быть приняты правила недискриминационного доступа, являются рынки сырьевой продукции. Для этого сектора характерны высокая концентрация производства и высокие барьеры входа. Этот сектор является экспортоориентированным, вследствие чего может возникнуть дефицит товара на внутреннем рынке, в том числе из-за дисбаланса внутренних и внешних цен на сырье.

Кроме того, именно на этих рынках ранее выдавались предписания о разработке торгово-сбытовых политик, содержащих положения, схожие с условиями ПНД, и рекомендаций по обеспечению недискриминационного доступа.

Также анализируемая норма может затронуть деятельность компаний - владельцев объектов уникальной инфраструктуры на соответствующих товарных рынках.

Вместе с тем существующее у ФАС России полномочие выдавать предписание о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции, решает те же задачи в отношении рынков, не являющихся естественно-монопольными, что и введение ПНД в соответствии с анализируемой нормой. Как показывает практика выдачи предписаний <1> о разработке торгово-сбытовых политик, обеспечивающих недискриминационный доступ, и рекомендаций <2> по обеспечению недискриминационного доступа, у антимонопольного органа имеется достаточный инструментарий для надлежащего регулирования вопросов обеспечения недискриминационного доступа на высоконцентрированные рынки, не находящиеся в условиях естественной монополии, без необходимости их дополнительного регулирования через механизмы ПНД.

<1> См., напр.: решение и предписание ФАС России от 10 февраля 2012 г. по делу N 1 10/96-11; решение ФАС России о согласовании сделки по приобретению ООО "КНАУФ ГИПС НОВОМОСКОВСК" 100% долей в уставном капитале ООО "БРИК".

<2> См., напр.: [Рекомендации](#) по обеспечению недискриминационного доступа к приобретению апатитового концентрата, утв. ФАС России 11 декабря 2012 г.; [Рекомендации](#) по обеспечению недискриминационного доступа к приобретению хлористого калия, утв. ФАС России 27 декабря 2012 г.

При этом в отличие от принятия ПНД в соответствии с комментируемой нормой хозяйствующий субъект активно участвует в выработке торгово-сбытовых политик и в формулировании их условий.

Следует иметь в виду, что согласно последним [разъяснениям](#) ФАС России <1> осуществление экономической деятельности доминирующим субъектом в рамках ПНД, принимаемых в соответствии с анализируемой нормой, не может быть признано нарушением антимонопольного законодательства.

<1> [Разъяснения](#) N 5 Президиума ФАС России, утвержденные протоколом Президиума ФАС России от 24 февраля 2016 г. N 4.

Существующая редакция [ч. 5 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции позволяет выделить ряд открытых вопросов, которые могут возникнуть при ее применении.

Во-первых, комментируемая [статья](#) не регламентирует, каким образом ФАС России будет принимать решение об инициировании процесса разработки и принятия ПНД <1>.

<1> Разработка и принятие ПНД на уровне Правительства РФ осуществляются в соответствии с процедурой согласования и принятия актов Правительства, установленной **Регламентом** Правительства РФ (утв. Постановлением Правительства РФ от 1 июня 2004 г. N 260).

По данному вопросу возможно выделить несколько вариантов.

Так, в первую очередь ФАС России может инициировать процесс разработки ПНД в резолютивной части решения антимонопольного органа по антимонопольному делу (в виде требования о направлении соответствующих предложений и материалов в Правительство РФ для решения вопроса о разработке и принятии ПНД). Такой вывод можно сделать, опираясь на **п. 5 ч. 1 ст. 49** Закона о защите конкуренции, согласно которому при принятии решения комиссия ФАС России по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства разрешает вопрос "о необходимости совершения других действий, направленных на устранение и (или) предотвращение нарушения антимонопольного законодательства, в том числе вопрос о направлении предложений и рекомендаций в государственные органы...".

Подобный подход представляется оправданным еще и по той причине, что решение об инициировании разработки и принятия ПНД должно иметь необходимую мотивировку и быть связанным с выводами антимонопольного органа по итогам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства. К тому же при принятии ПНД в соответствии с комментируемой нормой, очевидно, может возникнуть коллизия между принимаемыми ПНД и предписанием, которое может быть выдано по итогам рассмотрения антимонопольного дела, в связи с чем целесообразно обеспечить одновременную оценку всех указанных обстоятельств.

Тем не менее в отсутствие прямого нормативного указания нельзя исключать существование иных вариантов решения данного вопроса, в том числе посредством отдельной процедуры вне рамок антимонопольного дела.

Соответственно, в настоящий момент открытым остается вопрос о том, кем будет приниматься такое решение (комиссией ФАС России, рассматривающей соответствующее дело о нарушении антимонопольного законодательства, коллегиальным органом ФАС России, руководителем антимонопольного органа).

Полагаем, что данные вопросы в будущем будут урегулированы правоприменительной практикой и (или) регламентированы на законодательном уровне при дальнейшем совершенствовании антимонопольного законодательства.

Во-вторых, комментируемая норма не определяет срок действия ПНД и порядок его определения. Исходя из смысла анализируемой новеллы, срок действия ПНД должен зависеть от длительности сохранения высокой концентрации рынка и неизменности рыночной доли на соответствующем товарном рынке хозяйствующего субъекта, в отношении которого приняты ПНД.

В отсутствие законодательной регламентации данного вопроса возможно предположить, что срок действия ПНД будет устанавливаться в самом акте Правительства РФ. Вместе с тем предельный срок действия ПНД и критерии его определения целесообразно установить в законе, предоставив Правительству РФ полномочия его конкретизировать в каждом индивидуальном случае в рамках установленных законодательных критериев. Например, целесообразно рассмотреть возможность действия ПНД в течение определенного максимального количества лет либо периода сохранения критериев, определенных **ч. 5 ст. 10** Закона о защите конкуренции (в зависимости от того, какое из событий наступит раньше), возложив на ФАС России обязанность актуализировать выводы о состоянии конкуренции на товарном рынке при наличии оснований для этого.

В-третьих, как указано в комментируемой **статье**, принятие ПНД возможно в случае "выявления факта злоупотребления доминирующим положением в целях предупреждения создания дискриминационных условий". Однако такая формулировка оставляет открытым вопрос о том, в случае совершения каких нарушений **ч. 1 ст. 10** Закона о защите конкуренции Правительство РФ вправе принимать ПНД.

В такой ситуации возможны разные подходы к толкованию нормы - расширительный и ограничительный. Согласно первому подходу введение ПНД возможно в случае выявления ФАС России любого состава злоупотребления доминирующим положением, поскольку формулировка комментируемой нормы не

конкретизирует, на какие нарушения [ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции она распространяет свое действие. Такое толкование представляется маловероятным, поскольку не отвечает целям введения комментируемой нормы.

Если же следовать концепции ограничительного толкования нормы [ч. 5 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, то исходя из обозначенной в ней цели принятия ПНД, а именно предупреждения создания дискриминационных условий, введение ПНД допустимо только в случае нарушения [п. 8 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, а именно злоупотребления доминирующим положением путем создания дискриминационных условий.

Вместе с тем сфера применения комментируемой нормы не может сводиться только к упомянутому выше составу нарушения, но также должна включать в себя другие пункты [ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, нарушение которых при определенных условиях приводит к созданию дискриминационных условий. Во-первых, такое толкование соответствует логике регулирования, отраженной в существующих ПНД в сфере естественных монополий. Во-вторых, сложившаяся практика ФАС России и арбитражных судов ^{<1>} показывает, что такие составы нарушений, как установление различных цен ([п. 6 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции), создание препятствий доступу на товарный рынок ([п. 9 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции) или отказ либо уклонение от заключения договора ([п. 5 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции), действительно рассматриваются в качестве действий (бездействия), создающих дискриминационные условия, если анализируемое поведение монополиста различается применительно к разным потребителям. Например, в одном из дел хозяйствующий субъект был признан нарушившим [п. п. 6, 8 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции в части установления экономически необоснованной различной цены на кирпич глиняный, чем, по мнению антимонопольного органа, были созданы дискриминационные условия для хозяйствующих субъектов, приобретающих данный товар ^{<2>}.

^{<1>} См., напр.: Постановления Президиума ВАС РФ от 23 апреля 2013 г. [N 14746/12](#) по делу N A51-14703/2011, ВС РФ от 24 апреля 2015 г. [N 308-АД15-3312](#) по делу N A25-2331/2012, ФАС ЦО от 6 февраля 2012 г. по делу [N A48-1351/2011](#); ФАС СЗО от 19 сентября 2011 г. по делу [N A52-4421/2010](#), 9 ААС от 8 августа 2011 г. [N 09АП-17201/2011-АК](#) по делу N A40-80583/10-106-417; Определение ФАС УО от 8 октября 2013 г. [N Ф09-9004/13](#) по делу N A34-8822/2011.

^{<2>} [Постановлением](#) ВС РФ от 16 ноября 2015 г. N 302-АД15-11685 по делу N A69-2199/2014 Постановление УФАС по Республике Тыва о привлечении к административной ответственности признано законным.

Кроме того, отдельные поведенческие условия (порядок определения потребителей, подлежащих обязательному обслуживанию, порядок установления минимального уровня их обеспечения), которые должны содержаться в ПНД, одинаковы с поведенческими условиями, содержащимися в предписаниях, выдаваемых ФАС России в целях устранения последствий таких выявленных нарушений, как отказ или уклонение от заключения договора либо сокращение производства товара. Это также указывает на возможность применения [ч. 5 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции к упомянутым нарушениям.

Также комментируемая [статья](#) оставляет открытым вопрос, каким правовым актом Правительства РФ - нормативным либо ненормативным - будут утверждаться ПНД.

Из буквального толкования формулировки комментируемой [статьи](#) ("в целях предупреждения создания дискриминационных условий правила недискриминационного доступа к товарам, производимым и (или) реализуемым хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение") следует, что такой акт Правительства РФ должен иметь персонифицированный характер, т.е. субъект регулирования должен быть конкретно определен. Поэтому, в силу существующих доктринальных и нормативных критериев ненормативного правового акта и правовой позиции ВАС РФ ^{<1>}, следует полагать, что ПНД подлежат утверждению распоряжением Правительства РФ, будут носить индивидуальный характер и применяться исключительно к лицу, отвечающему критериям [ч. 5 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции.

^{<1>} В [Постановлении](#) Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. N 58 "О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при рассмотрении арбитражными судами дел об оспаривании нормативных правовых актов"

высшая судебная инстанция прямо указала на то, что "решения уполномоченного органа государственной власти в области государственного регулирования тарифов, иного органа, осуществляющего публичные полномочия, об утверждении индивидуальных тарифов для конкретных субъектов или касающиеся конкретных объектов, а также содержащие иные конкретные параметры, не являются нормативными правовыми актами. Однако арбитражный суд может признать такие решения нормативными правовыми актами, если установит, что они распространяются на неопределенный круг лиц..."

Вместе с тем в отсутствие в **Законе** четкого указания на форму акта Правительства РФ возможно принятие ПНД в форме постановления Правительства РФ <1>.

<1> Примером утверждения правил недискриминационного доступа для определенных лиц на уровне нормативного акта Правительства РФ выступает **Положение** об обеспечении доступа независимых организаций к газотранспортной системе открытого акционерного общества "Газпром", которое было утверждено Постановлением Правительства РФ от 14 июля 1997 г. N 858.

19. Комментируя положения **ч. 5 ст. 10** Закона о защите конкуренции, следует обратить внимание на опыт зарубежных стран в регулировании деятельности хозяйствующих субъектов со значительной долей доминирования на товарном рынке.

В США наиболее широкое распространение получил подход **Public service company (PSC, Public utility company)**. К **Public utility company** относятся хозяйствующие субъекты, оказывающие услуги широкому кругу потребителей и обладающие особой социальной значимостью (например, электроэнергетические, телекоммуникационные компании). Особенностью данного подхода является наделение хозяйствующего субъекта особым правовым статусом с учетом его социальной значимости, при этом степень регулирования и правила деятельности таких субъектов варьируются в зависимости от конкретного вида деятельности **PSC**. Правила деятельности **PSC** предполагают в том числе введение тарификации и запрета на отказ от предоставления услуги. Как правило, такое регулирование применяется к особо значимым **PSC** (субъектам естественной монополии), а иные **PSC** действуют на конкурентных рынках и не подпадают под такое регулирование. Вместе с тем стоит отметить, что правовое регулирование в рамках данной концепции осуществляет не антимонопольный орган, а специально созданные (на уровне штатов) комиссии, при этом с конца прошлого века наблюдается тенденция к дерегулированию **PSC**.

В Европейском союзе нашли применение теория **Essential facilities doctrine (EF doctrine)** и вытекающая из нее теория **Third party access**. Первая подразумевает обязанность доминанта, владеющего жизненно важными инфраструктурными объектами (мощностями), доступ к которым необходим конечным потребителям и (или) конкурентам, предоставлять на "разумных условиях" доступ к таким мощностям. **EF doctrine** наиболее схожа с российским институтом предоставления недискриминационного доступа к услугам субъектов естественных монополий, однако, в отличие от антимонопольного регулирования, применимость анализируемой концепции оценивается в каждом конкретном случае и находит свое отражение в судебном прецеденте. Кроме того, **EF doctrine**, как правило, применяется, когда речь идет о предоставлении доступа конкуренту к инфраструктуре вертикально интегрированной компании (ВИК), а не к сырьевому товару. При этом доступ третьим лицам к инфраструктуре ВИК предоставляется на тех же условиях, что и внутренним подразделениям ВИК, тем самым адвокатируя конкуренцию на рынках нижнего передела между ВИК и независимыми конкурентами.

Концепция **Third party access** подразумевает жесткое регулирование доступа к инфраструктуре естественных монополий путем принятия директивы Евросоюза в отношении конкретных индустрий (электрические сети и газопроводы). В отношении таких индустрий публично раскрывается информация об условиях доступа, введено ценовое регулирование и установлена обязанность заключать договор со всеми обратившимися лицами (при наличии технической и экономической возможности). Концепция **Third party access** схожа с российским регулированием естественных монополий, однако в отличие от него нарушение отдельных правил **Third party access** (например, отказ в заключении договора) не является нарушением запрета **per se**, т.е. каждый конкретный случай рассматривается с точки зрения воздействия на состояние конкуренции.

Статья 11. Запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов

Комментарий к [статье 11](#)

1. Комментируемая [статья](#) устанавливает, какие виды соглашений хозяйствующих субъектов и при каких условиях запрещены антимонопольным законодательством.

Понятие соглашения дано в [п. 18 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции. Под соглашением понимаются договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

Как видно, [Закон](#) в качестве соглашения понимает договоренность. Само же понятие "договоренность" в [Законе](#) не раскрывается. Президиум ВАС РФ разъяснил, что [Закон](#) о защите конкуренции содержит специальное определение понятия соглашения для целей применения антимонопольного законодательства. Нормы же [ст. 154, 160, 432, 434](#) ГК РФ применению в данном случае не подлежат [<1>](#). Схожие разъяснения были даны и ВС РФ, который указал, что факт наличия антиконкурентного соглашения не ставится в зависимость от его заключения в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством, включая требования к форме и содержанию сделок, и может быть доказан в том числе с использованием совокупности иных доказательств, в частности фактического поведения хозяйствующих субъектов [<2>](#). Этот подход применяется судами при рассмотрении антимонопольных дел, что видно, например, в следующих делах, когда суды пришли к выводу, что при рассмотрении дела антимонопольный орган может исследовать причины, способствующие росту цен, провести анализ сложившейся ситуации на рынке за проверяемый период, привести конкретные факты и доказательства влияния действий заявителей и третьих лиц на деятельность какого-либо иного участника рынка либо нарушения его прав и законных интересов в хозяйственной деятельности [<3>](#). В другом деле суды пришли к выводу, что [Законом](#) о защите конкуренции не установлено специального требования к форме соглашения хозяйствующих субъектов, направленного на ограничение конкуренции. Под соглашением понимаются договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, а также договоренность в устной форме.

[<1> Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2010 г. N 9966/10.

[<2> Пункт 9](#) Обзора практики ВС РФ.

[<3> Постановление](#) АС ЗСО от 6 апреля 2016 г. N Ф04-682/2016 по делу N А03-9473/2015.

Наличие антиконкурентного соглашения не ставится в зависимость от его заключения в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством. К тому же антиконкурентное соглашение подобно сделке, которая может быть совершена устно и считается в соответствии с [ч. 2 ст. 158](#) ГК РФ совершенной также в том случае, когда из поведения лица явствует его воля совершить сделку. Поэтому с учетом фактических действий сторон подобное устное соглашение может быть признано заключенным, исполняющимся или исполненным [<1>](#).

[<1> Постановление](#) АС МО от 26 августа 2014 г. N Ф05-7126/2014 по делу N А40-14219/13-94-135.

Таким образом, соглашение по смыслу антимонопольного законодательства не равнозначно понятию гражданско-правового договора.

2. В этой связи следует признать, что регулирование соглашения в действующем законодательстве крайне скудное. Фактически законодатель вообще ничего не говорит о соглашении, кроме того, что это договоренность. Отталкиваясь от соглашения как договоренности, полагаем, что соглашение в конкурентном праве не может быть ничем иным, как согласованным выражением воли двух или более участников. Согласованность выражения воли означает, во-первых, осведомленность каждого из участников о намерении каждого другого участника действовать определенным образом. Во-вторых, согласованность воли невозможна без намерения каждого из участников действовать соответственно с известными ему предполагаемыми действиями других участников. Таковы два неотъемлемых признака соглашения по конкурентному праву.

3. [Пункт 18 ст. 4](#) говорит о том, что соглашение может быть заключено как в письменной, так и в устной форме. Письменная форма имеет место тогда, когда договоренность выражена в одном или нескольких

документах.

При этом **Закон** ничего не говорит о том, что означает письменная форма применительно к соглашению. В частности, нужно ли, чтобы письменный документ был подписан сторонами? Нужно ли, чтобы этот письменный документ был подписан уполномоченными представителями сторон? Эти и многие другие спорные вопросы получают освещение в судебной практике. Авторы полагают, что при применении выводов, сделанных судами при рассмотрении конкретных дел, необходимо принимать во внимание те фактические обстоятельства, которые были установлены судами при рассмотрении этих дел.

Понятие устной формы соглашения **Законом** тоже не раскрывается.

Полагаем, что отсутствие какого-либо регулирования этого и других вопросов, которые традиционно регулируются гражданским законодательством применительно к договорам, выражает намерение законодателя считать соглашением любую договоренность, из которой следует воля сторон следовать этим договоренностям.

Также не вызывает сомнения тот факт, что, формулируя понятие соглашения, законодатель в той или иной степени ориентировался на нормы **ГК РФ**. Отсюда, например, указание на письменную или устную форму соглашения, что традиционно применяется к форме гражданско-правовых сделок. Поэтому полагаем, что законодатель не имел в виду исключить конклюдентные действия из числа возможных форм выражения воли участников заключить соглашение. Ведь конклюдентные действия по **ГК РФ** - это одно из возможных проявлений устной формы сделок.

В этой связи нельзя согласиться с точкой зрения В.Ф. Попондопуло о том, что соглашение не может быть заключено путем конклюдентных действий и что выражение воли путем конклюдентных действий представляет собой согласованные действия <1>.

<1> **Комментарий** к Федеральному закону "О защите конкуренции" / Под ред. В.Ф. Попондопуло, Д.А. Петрова. М., 2013. С. 60.

Прежде всего такая позиция не находит поддержки в судебной практике, которая довольно единообразно свидетельствует о том, что соглашение может быть заключено конклюдентными действиями <1>.

<1> Постановления АС МО от 30 декабря 2015 г. **N Ф05-18782/2015** по делу N А40-137755/2013, от 14 октября 2015 г. **N Ф05-14142/2015** по делу N А40-126973/2014.

Отличие соглашения от согласованных действий в том, что в последних отсутствует признак согласованности воли. Если будет доказано, что лицо, совершая действие, рассчитывает на то, что другое лицо совершит аналогичное действие, а другое лицо совершает встречное действие в силу действия первого лица, то налицо соглашение, а не согласованные действия. Если же первое лицо совершает действие, не рассчитывая на то, что встречное действие будет совершено другим лицом, либо не знает, какое конкретно действие будет совершено другим лицом, то такие действия должны считаться согласованными действиями, а не соглашением.

В этом смысле спорными являются выводы судов, сделанные по одному из дел, о том, что квалифицирующее значение для установления нарушения **п. 2 ч. 1 ст. 11 Закона** о защите конкуренции имеет совершение хозяйствующими субъектами отвечающих интересам каждого и заранее известных каждому противоправных и негативно влияющих на конкурентную среду согласованных действий на одном товарном рынке, относительно синхронно и единообразно при отсутствии к тому объективных причин.

Известность каждому из субъектов о согласованных действиях лиц, заранее входящих в сговор, может быть установлена не только при представлении доказательств получения ими конкретной информации, но и исходя из общего положения дел на товарном рынке, которое предопределяет предсказуемость такого поведения как групповой модели, позволяющей извлекать неконкурентные преимущества <1>. Как представляется, в указанных судами обстоятельствах речь скорее должна идти о согласованных действиях, но не о соглашении.

<1> [Постановление](#) АС ДО от 8 сентября 2014 г. N Ф03-3746/2014 по делу N А51-28478/2013.

Вне всякого сомнения, доказывание наличия соглашения, заключаемого путем конклюдентных действий, - это очень трудный процесс. Однако трудность процесса доказывания не должна влиять на правовую квалификацию.

4. Договоренность должна быть реальной, под чем следует понимать готовность участников и фактическую возможность реализации. Поэтому, например, договоренность двух риелторских фирм не совершать действия по приобретению Кремля и Капитолия нельзя признать соглашением в антимонопольном смысле, поскольку реализация такой договоренности является невозможной.

Реальность соглашения должна иметь значение также при решении вопроса о том, кто может быть лицом, выражающим волю от имени организации на заключение данного соглашения. Не вызывает сомнений тот факт, что конкурентное право не требует, чтобы таким лицом был волеобразующий и волевыражающий орган юридического лица в соответствии с нормами гражданского права (как правило, директор). Но также не должна признаваться соглашением договоренность, достигнутая уборщицей одной организации с водителем другой организации. Требование реальности выражается в фактической готовности и возможности участника исполнить это соглашение. В этом смысле соглашением следует считать договоренность, если антимонопольным органом будет доказано, что стороны имели в виду соблюдать эту договоренность и имели возможность такого соблюдения, исходя из всех обстоятельств дела.

Так, по одному из дел суд кассационной инстанции заключил, что ошибочным является вывод о том, что для установления факта заключения соглашения, запрещенного [ч. 4 ст. 11](#) Закона о конкуренции, антимонопольный орган должен доказать наличие волеизъявления исключительно руководителей (уполномоченных органов) соответствующих хозяйствующих субъектов и что в случае отсутствия волеизъявления руководителей хозяйствующих субъектов отсутствует объективная сторона такого нарушения. Данное толкование не соответствует правовому смыслу и содержанию приведенных понятий, определенных [Законом](#) о защите конкуренции. Хозяйствующий субъект несет ответственность за нарушение антимонопольного законодательства, допущенное в результате действий (бездействия) должностных лиц данного субъекта <1>.

<1> [Постановление](#) АС ВСО от 12 декабря 2012 г. N А19-7880/2012.

При этом наличие гражданско-правовых полномочий на заключение сделок от имени юридического лица не имеет значения для решения вопроса о том, заключено соглашение или нет, если антимонопольный орган обладает доказательствами того, что данная договоренность предполагалась к исполнению. Понятно, что если соглашение фактически исполнялось, то это само по себе доказывает наличие соглашения.

Сложнее обстоит дело в случаях, когда соглашение по каким-либо причинам не исполнялось, но договоренность была достигнута. Если такое соглашение было подписано или в согласовании его условий участвовал единоличный исполнительный орган юридического лица, то соглашение следует считать заключенным во всех случаях. Если же директор в заключении соглашения участия не принимал, то решение вопроса о том, было ли заключено соглашение, зависит от целого ряда факторов. Полагаем, что в такого рода случаях необходимо доказывать, что лица, участвовавшие в согласовании условий соглашения и (или) в его подписании, имеют реальную возможность в силу их должностных и (или) фактических обязанностей обеспечить исполнение данного соглашения от имени организации. В этой связи очень важно наличие в организации так называемых **compliance policy** - свода правил, которые препятствуют или максимально затрудняют достижение антиконкурентных соглашений. Безусловно, если хозяйствующий субъект впоследствии вел себя так, как договорились неуполномоченные лица, то это является свидетельством заключения антиконкурентного соглашения.

5. Таким образом, соглашением следует считать любую договоренность двух или более лиц, которая может быть реально исполнена. При этом важно отметить, что сторонами соглашения должны быть как минимум два субъекта, отвечающие признакам хозяйствующих субъектов. Если в соглашении участвует только один субъект, отвечающий указанным признакам, то такое соглашение не является запрещенным по смыслу [ст.](#)

11. Такой взгляд разделяется в судебной практике <1>.

<1> [Определение](#) ВС РФ от 25 марта 2016 г. N 305-КГ16-1090 по делу N A40-146786/2014; [Постановление](#) АС МО от 24 ноября 2015 г. N Ф05-16049/2015 по делу N A40-146786/14.

В судебной практике встал вопрос о том, можно ли считать хозяйствующим субъектом физическое лицо, которое не имеет статуса индивидуального предпринимателя, но фактически занимается деятельностью, отвечающей признакам предпринимательской. Разрешая указанный вопрос, суды указали следующее.

Доводы заявителя о том, что он не является хозяйствующим субъектом по смыслу [ст. 4](#) Закона о защите конкуренции (поскольку не зарегистрирован в качестве индивидуального предпринимателя, осуществляющего деятельность без образования юридического лица), правомерно отклонены судами с учетом системного толкования буквальной конструкции [п. 5 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции.

Этот [Закон](#) распространяется на отношения, которые связаны с защитой конкуренции, в том числе с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, и в которых участвуют российские юридические лица и иностранные юридические лица, организации, федеральные органы исполнительной власти, органы государственной власти субъектов РФ, органы местного самоуправления, иные осуществляющие функции указанных органов органы или организации, а также государственные внебюджетные фонды, ЦБ РФ, физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели ([ч. 1 ст. 3](#) Закона о защите конкуренции).

Конкретизация в [п. 5 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции хозяйствующих субъектов, предусмотренная редакцией Федерального [закона](#) от 6 декабря 2011 г. N 401-ФЗ, направлена на регулирование правоотношений, возникающих между субъектами предпринимательской деятельности и иными лицами, чья деятельность в той или иной степени имеет определенные признаки предпринимательства. При этом приоритетным для законодателя становится не формальный, а содержательный критерий предпринимательской деятельности (экономическая природа, суть таковой, а не ее форма - наличие либо отсутствие регистрации в качестве индивидуального предпринимателя).

В связи с этим, как верно отметили суды, приняв участие в аукционе вместе с другими хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, с учетом цели и предмета аукциона, Д.А. Борисов стал участником торгов, на которого стали распространяться требования антимонопольного законодательства, в том числе и запрет, установленный [п. 2 ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции.

Предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке ([ст. 2](#) ГК РФ).

Гражданин вправе заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица с момента государственной регистрации в качестве индивидуального предпринимателя ([п. 1 ст. 23](#) ГК РФ).

Ссылка заявителя на то, что он не вел какой-либо предпринимательской деятельности, отклонена судами с учетом как приведенных положений антимонопольного и гражданского законодательства, так и целей его участия в рассматриваемом аукционе.

Суды правомерно исходили из того, что ведение предпринимательской деятельности связано с хозяйственными рисками; ввиду этого для отнесения деятельности к предпринимательской существенное значение имеет не факт получения прибыли, а направленность действий лица на ее получение. При наличии достаточных оснований считать, что вышеуказанные признаки имеются в наличии, осуществляемую гражданином деятельность следует признать предпринимательской. Отсутствие же регистрации гражданина в качестве предпринимателя при осуществлении деятельности, направленной на систематическое получение прибыли от того или иного вида деятельности, свидетельствует о признаках незаконного предпринимательства. Несмотря на то что Д.А. Борисов не зарегистрирован в качестве предпринимателя, его намерение участвовать в электронном аукционе было обусловлено приобретением нежилого объекта недвижимости, который предполагалось сдавать в аренду, то есть систематически получать доход от указанной деятельности;

следовательно, в данном конкретном случае он является субъектом правоотношений, регулируемых антимонопольным законодательством.

В данном случае участие заявителя в аукционе продиктовано экономическими (предпринимательскими) интересами; контроль за порядком организации и проведения торгов возложен на антимонопольные органы ввиду ряда конкретных антимонопольных запретов, а равно с учетом предмета, целей и сферы применения [Закона](#) о защите конкуренции (ст. ст. 1 и 3 Закона о защите конкуренции) <1>. С таким подходом суда следует полностью согласиться.

<1> [Постановление](#) АС СЗО от 4 марта 2016 г. по делу N A52-706/2015.

6. В большинстве случаев антимонопольный орган не располагает текстом письменно оформленного соглашения. В этом случае наличие соглашения должно быть доказано антимонопольным органом с применением главным образом косвенных доказательств. Доказывание соглашения, будучи крайне сложным процессом, традиционно вызывает споры в судебной практике.

Так, по одному из дел суды пришли к выводу, что большое количество договоров, заключенных с одним лицом, само по себе не свидетельствует, что это лицо заключало антиконкурентное соглашение, направленное на незаключение аналогичных договоров с конкурентами. Необходимо доказать, что контрагенты этого лица не имели возможности обратиться за заключением договора к конкурентам этого лица <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС МО от 13 ноября 2012 г. по делу N A40-79874/11-84-461.

Вопросы целесообразности действий, которые предположительно являются элементом соглашения, крайне важны для доказывания наличия соглашения. В следующем деле суды обоснованно указали, что если для достижения хозяйственной цели обществу не требовалось привлекать других лиц к участию в соглашении (к примеру, не требовалось привлекать дополнительных участников к участию в аукционе), то отсутствует целесообразность в заключении антиконкурентного соглашения. Отсутствие целесообразности, на которую ссылается лицо, участвующее в деле, должно быть оценено судом вместе с другими собранными по делу доказательствами. Само по себе отсутствие целесообразности скорее свидетельствует о том, что соглашение не заключалось <1>.

<1> [Постановление](#) АС СЗО от 14 января 2016 г. по делу N A13-3193/2015.

При доказывании наличия антиконкурентного соглашения важное значение имеет установление того обстоятельства, что совершенные однообразно действия участников соглашения не вызваны объективными рыночными причинами. Несоответствие действий сторон законам рынка, таким образом, является важнейшим косвенным признаком наличия антиконкурентного соглашения <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ВВО от 9 апреля 2013 г. по делу N A79-5999/2012.

Это правило было применено судами и в следующих делах, в которых наряду с объективностью действий конкурента во внимание был принят также финансовый результат для данного лица в сравнении с результатом, полученным иными участниками предполагаемого соглашения. Так, суды пришли к выводу, что если у лица имелись объективные причины для повышения цены (к примеру, повышение закупочных цен) и в результате повышения цены не был получен финансовый результат, сопоставимый с результатами других хозяйствующих субъектов, то невозможно признать лицо участвующим в картельном соглашении <1>.

<1> Постановления ФАС ВСО от 29 апреля 2013 г. по делу [N A69-1786/2012](#), от 30 января 2013 г. по делу

[N A69-1270/2012](#), от 17 января 2013 г. по делу [N A69-2779/2011](#), от 19 февраля 2013 г. по делу [N A69-1325/2012](#).

На необходимость анализа финансово-хозяйственной деятельности участников соглашения было указано судами в следующем деле, когда суды пришли к выводу, что различие в расходах на реализацию товаров, объемах реализации товаров и закупочной стоимости товаров может быть принято судами как доказательство отсутствия картельного соглашения <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ДО от 21 января 2014 г. N Ф03-6608/2013 по делу N А73-3112/2013.

В другом деле суды пришли к выводу, что если условия реализации товара и расходы хозяйствующих субъектов существенно различаются, то одновременное повышение цены на одинаковую величину свидетельствует о картельном сговоре <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ДО от 7 ноября 2012 г. N Ф03-4369/2012 по делу N А37-2373/2011.

При рассмотрении следующего дела был сделан обоснованный вывод о том, что синхронное повышение цены не свидетельствует о наличии "горизонтального" соглашения, если оно вызвано синхронным повышением закупочной цены товара <1>. Аналогичный вывод был сделан и в ряде других дел <2>.

<1> [Постановление](#) ФАС СКО от 19 апреля 2013 г. по делу N А63-2439/2011.

<2> [Постановление](#) ФАС СКО от 13 декабря 2012 г. по делу N А63-2440/2011.

А вот постановление органа муниципальной власти, содержащее рекомендованный уровень цен на услуги, не было признано объективной причиной изменения цен на них <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС СКО от 27 июля 2012 г. по делу N А32-2887/2011.

При доказывании наличия соглашения при помощи косвенных доказательств важное значение имеет синхронность действий участников предполагаемого соглашения. Так, в одном деле суды пришли к выводу, что поднятие цены, совершенное хозяйствующими субъектами в разное время (с разницей в два с половиной месяца), не свидетельствует о наличии картельного соглашения <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ВСО от 17 августа 2012 г. по делу N А69-2633/2011.

В другом деле было признано, что одновременная отмена действия дисконтных карт в некоторых магазинах конкурентов является картельным соглашением, которое приводит к установлению или поддержанию скидок.

Использование единого справочного центра по вопросам отмены дисконтных карт является подтверждением заключения картельного соглашения <1>.

<1> [Постановление](#) АС ВСО от 11 сентября 2014 г. по делу N А19-14957/2013.

Суды приходят к правильному выводу, что антимонопольный орган должен доказать, что причиной действий сторон являлись именно их соглашения. Простая последовательность действий хозяйствующих субъектов во времени не должна восприниматься как причинная связь.

Вследствие того недопустимо доказывать наличие соглашения только путем анализа действий сторон (с учетом того, что стороны могли беспрепятственно и без какого-либо соглашения получать информацию о хозяйственной деятельности друг друга) <1>.

<1> [Постановление](#) АС ВСО от 3 сентября 2014 г. по делу N A19-12889/2013.

В одном из дел судами во внимание была принята степень хозяйственной самостоятельности субъектов - участников предполагаемого соглашения и признано, что отсутствие у хозяйствующих субъектов достаточной рыночной самостоятельности делает невозможным заключение и исполнение антиконкурентных соглашений <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ПО от 4 октября 2012 г. по делу N A65-914/2011.

При рассмотрении следующего дела суды пришли к выводу, что одновременное повышение цен несколькими хозяйствующими субъектами вследствие сокращения поставок от их общего оптового поставщика не свидетельствует о заключении "горизонтального" соглашения <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ЗСО от 13 ноября 2012 г. по делу N A45-8037/2012.

7. Необходимым признаком соглашения является то, что оно ограничивает или может ограничить конкуренцию. При этом это верно применительно к любому соглашению. Другое дело, что в отношении ряда соглашений факт ограничения конкуренции следует доказать, тогда как в отношении соглашений, запрещенных **per se** (картели) законодателем, установлена неопровержимая презумпция ограничения таким соглашением конкуренции. Следовательно, в последнем случае доказывать факт ограничения или возможности ограничения конкуренции не нужно.

8. Соглашение будет являться ограничивающим конкуренцию, если его заключение привело или могло привести к последствиям, указанным в [п. 17 ст. 4](#) Закона.

9. [Пункт 17 ст. 4](#) Закона определяет признаки ограничения конкуренции. Признаками ограничения конкуренции являются:

а) любые обстоятельства, создающие возможность для хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке. Примеры таких обстоятельств содержатся в [п. 17 ст. 4](#). Анализ этой группы признаков приводит к выводу о том, что применение комментируемой [статьи](#) не может быть механическим. Имеется в виду, что не всегда, когда имеет место сокращение числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц на товарном рынке, конкуренция будет ограничена. Для такого вывода нужно будет доказать, что в результате такого сокращения для иных субъектов была создана возможность влиять на условия обращения товара в одностороннем порядке. Такое понимание приводит к тому, что антимонопольный орган, решая вопрос об ограничении конкуренции, должен анализировать рынок, чтобы установить последствия для рынка того или иного действия или соглашения, которое формально приводит к последствиям, перечисленным в [п. 17 ст. 4](#) Закона;

б) установление органами государственной власти, органами местного самоуправления, организациями, участвующими в предоставлении государственных или муниципальных услуг, при участии в предоставлении таких услуг требований к товарам или к хозяйствующим субъектам, не предусмотренных законодательством РФ. Нетрудно заметить существенную разницу в подходе к признакам ограничения конкуренции, описанным в п. п. а) и б). Если в первом случае законодатель требует при решении вопроса о наличии признаков ограничения конкуренции выяснять вопрос о возможности отдельных лиц влиять на рынок (материальный подход), то во втором случае он считает возможным ограничиться лишь действиями, которые совершают указанные выше субъекты (формальный подход). Иными словами, применительно к признакам ограничения конкуренции, указанным в п. б), законодатель не требует выяснять влияние этих действий на рынок. Достаточно лишь

установить факт совершения данных действий, и конкуренция будет считаться ограниченной. Такой подход законодателя следует признать оправданным, поскольку едва ли при современном состоянии оказания государственных или муниципальных услуг стоит выявлять влияние этого процесса на конкуренцию. О том, стоит ли антимонопольному органу заниматься контролем процесса оказания государственных или муниципальных услуг, если вопрос о влиянии этого процесса на рынок неважен, мы здесь говорить не будем.

10. Стоит высказаться также по вопросу о соотношении признаков ограничения конкуренции и последствий действий, указанных в [ч. 1 ст. 10](#) Закона, или соглашений, указанных в [ч. 4 ст. 11](#) Закона. Представляется, что эти последствия не являются признаками ограничения конкуренции сами по себе. Это лишь следствия действия или соглашения. Но антимонопольный орган должен доказать, что эти следствия действия или соглашения привели к ограничению конкуренции, т.е. что в результате этих действий или соглашений у одного или нескольких субъектов на рынке появилась возможность влиять на условия обращения товара в одностороннем порядке.

11. Все соглашения, которые запрещены [Законом](#) о защите конкуренции, можно подразделить на "горизонтальные", "вертикальные" и иные.

12. Понятие "вертикального" соглашения дано в [п. 19 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции. Под "вертикальным" соглашением понимается соглашение между хозяйствующими субъектами, один из которых приобретает товар, а другой предоставляет (продает) товар.

13. Как видно из приведенного определения, "вертикальное" соглашение - это соглашение между продавцом и приобретателем. Учитывая определение товара, данное в [п. 1 ст. 4](#) Закона, под приобретением товара следует понимать приобретение любого объекта гражданских прав. Учитывая ныне действующую редакцию [ст. 128](#) ГК РФ, следует признать, что работа более не является объектом гражданских прав и, стало быть, товаром в смысле антимонопольного закона, поскольку [ГК](#) РФ обоснованно называет объектом гражданских прав результат работы, а не саму работу.

Приобретателями будут, например, заказчик по договору подряда, услугополучатель по договору об оказании услуг, финансовый агент по договору факторинга, лицензиат по лицензионному договору.

Продавцами будут продавец по договору купли-продажи, подрядчик, исполнитель, лицензиар.

14. Таким образом, стороны "вертикального" соглашения не конкурируют между собой, занимая различное положение на товарном рынке. Вместе с тем стороны "вертикального" соглашения всегда участники одного и того же товарного рынка. Но при этом стороны "вертикального" соглашения играют разные роли на этом рынке: один покупает товар, другой продает этот товар.

В этих двух признаках - отличие "вертикального" соглашения от других соглашений. Имеется в виду следующее.

Стороны как "горизонтального", так и "вертикального" соглашения - это участники одного и того же товарного рынка. Различие между этими двумя видами соглашений в том, что если стороны "вертикального" соглашения, как сказано выше, никогда друг с другом не конкурируют, то стороны "горизонтального" соглашения - конкуренты.

Здесь нужно оговориться, что стороны "вертикального" соглашения не конкурируют друг с другом только в отношении предмета этого соглашения. Вместе с тем стороны такого соглашения вполне могут конкурировать друг с другом либо на другом рынке, либо на том же самом рынке, но не в связи с предметом данного соглашения. Например, одна сервисная станция может заключить договор подряда с другой сервисной станцией. Это будет "вертикальное" соглашение, поскольку в данном конкретном отношении, которое регулируется данным соглашением, стороны соглашения друг с другом не конкурируют. Однако если они включают в это соглашение условия, ограничивающие конкуренцию и не связанные с предметом данного соглашения, то такие условия могут быть квалифицированы как заключение "горизонтального" соглашения.

15. Отличие "вертикального" от иного соглашения заключается в том, что участниками "вертикального" соглашения являются лица, продающие и покупающие товары, т.е. участники одного и того же товарного рынка. Участники иного соглашения не конкурируют между собой, что сближает эти соглашения с "вертикальными". Вместе с тем участники иного соглашения находятся между собой в отношениях иных, чем отношения продавца

и покупателя товара.

Примером иного соглашения может быть соглашение между банком и страховой компанией, которые договариваются между собой об условиях работы клиентов банка, получающих кредит, со страховой компанией. Так, например, в судебной практике сложился единообразный подход, согласно которому соглашение о сотрудничестве, заключенное между банком и страховой организацией, которое не предусматривает право заемщика отказаться от заключения договора страхования или заключить его с иным страховщиком, признается ограничивающим конкуренцию на рынке финансовых услуг иным соглашением <1>.

<1> См.: Постановления ФАС УО от 5 мая 2010 г. по делу [N A76-16182/2009-57-298](#), ФАС ПО от 1 июля 2014 г. по делу [N A06-6068/2013](#), ФАС МО от 7 сентября 2010 г. [N KA-A40/8322-10](#), ФАС СЗО от 19 сентября 2012 г. по делу [N A66-12186/2011](#) и др.

16. Правовое значение деления соглашений на "вертикальные" и "горизонтальные" в контексте положений комментируемой [статьи](#) заключается в следующем.

[Часть 1 комментируемой статьи](#) устанавливает запрет исключительно в отношении "горизонтальных" соглашений. "Вертикальные" соглашения не подпадают под эту норму даже в том случае, если в результате заключения "вертикального" соглашения наступают предусмотренные в [ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции последствия.

[Часть 2 комментируемой статьи](#), напротив, имеет отношение исключительно к "вертикальным" соглашениям.

[Части 3 и 4 комментируемой статьи](#) вводят запреты в отношении всех соглашений ("горизонтальных", "вертикальных" или иных).

В отношении "вертикальных" соглашений [ст. 12](#) Закона о защите конкуренции установлены специальные правила об их допустимости, которые не применяются к "горизонтальным" и иным соглашениям.

17. "Горизонтальные" соглашения делятся на картели и иные "горизонтальные" соглашения. Картелем признается "горизонтальное" соглашение, если оно приводит к последствиям, указанным в [ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции. Иным "горизонтальным" соглашением считается соглашение между конкурентами, которое не приводит к последствиям, указанным в [ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции, но которое привело или может привести к ограничению конкуренции.

Правовое значение деления "горизонтальных" соглашений на картели и иные соглашения заключается в следующем.

Картели запрещены вне зависимости от того, установлено ли антимонопольным органом, что такое соглашение привело или могло привести к ограничению конкуренции. Антимонопольному органу достаточно установить, что в результате заключения картеля наступили или могли наступить последствия, указанные в [подп. 1 - 5 ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции. Однако антимонопольный орган не должен доказывать, что в результате заключения картельного соглашения конкуренция оказалась или могла оказаться ограниченной. При этом важно подчеркнуть, что антимонопольный орган должен установить причинно-следственную связь между заключением соглашения и последствиями, указанными в [ч. 1 ст. 11](#) Закона.

Вместе с тем по одному из дел ВС РФ указал, что антимонопольный орган должен доказать, что ограничение конкуренции вызвано именно картельным соглашением, а не иными причинами (к примеру, изменением состава экспортеров в связи с действиями государственных органов).

Антимонопольный орган должен доказать, каким образом цены, применяемые участниками предполагаемого соглашения, влияют на товарный рынок. Антимонопольный орган должен доказать, что применяемые цены не являются рыночными, и должен установить уровень рыночных цен, предел которого был бы нарушен в сторону увеличения или уменьшения <1>.

<1> [Определение](#) ВС РФ от 17 февраля 2016 г. N 305-АД15-10488 по делу N А40-143256/2013.

Авторы полагают, что выводы, к которым пришел ВС РФ при рассмотрении указанного дела, не в полной мере учитывают особенности картельных соглашений. Как указано выше и как однозначно следует из толкования [ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции, картельные соглашения запрещены сами по себе (**per se**), т.е. антимонопольный орган должен доказать лишь наличие последствий, указанных в [подп. 1 - 5 ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции, но не ограничение или возможность ограничения конкуренции.

В этом смысле в отношении картеля принято говорить, что картельные соглашения запрещены **per se**, т.е. сами по себе, вне зависимости от их влияния на состояние конкуренции на товарном рынке. Так, применительно к запрету сговоров на торгах, которые являются разновидностью картельных соглашений, суды при рассмотрении одного из дел правомерно пришли к выводу о том, что при нарушении хозяйствующим субъектом [п. 2 ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции возможность наступления последствий в виде влияния на конкуренцию презюмируется, следовательно, не доказывается <1>. К аналогичному выводу суды пришли и в другом деле <2>.

<1> [Постановление](#) ФАС ПО от 26 марта 2014 г. по делу N А12-6733/2013.

<2> [Постановление](#) АС ЦО от 21 сентября 2015 г. N Ф10-2605/2015 по делу N А35-8838/2014.

В отличие от картеля иные "горизонтальные" соглашения не запрещены сами по себе. Такие соглашения оказываются запрещенными только в том случае, если антимонопольный орган установит, что в результате заключения иного "горизонтального" соглашения конкуренция была или могла оказаться ограниченной.

Напротив, если антимонопольный орган установил, что лица достигли картельного соглашения, то для признания такого соглашения запрещенным антимонопольный орган не обязан доказывать ограничение конкуренции в результате заключения данного соглашения.

Признание же иного соглашения запрещенным возможно только в том случае, если антимонопольным органом будет доказано, что в результате заключения такого соглашения конкуренция была или могла быть ограничена.

Картельное соглашение не может быть признано допустимым на основании [ч. 1 ст. 13](#) Закона о защите конкуренции. Поэтому Правительство РФ не вправе установить общие исключения в отношении картельных соглашений. Напротив, если иное "горизонтальное" соглашение отвечает признакам, указанным в [ч. 1 ст. 13](#) Закона о защите конкуренции, то оно может быть признано не противоречащим антимонопольному законодательству.

За заключение и (или) участие в картельном соглашении предусмотрена не только административная, но и уголовная ответственность. В силу [ст. 178](#) УК РФ заключение картельного соглашения влечет уголовную ответственность. Заключение и (или) участие в ином соглашении не могут быть основанием для привлечения лиц, заключивших такое соглашение, к уголовной ответственности.

Установление уголовной ответственности за заключение картельного соглашения выражает собой отношение государства к данному виду запрещенного антиконкурентного соглашения как к наиболее опасному для конкуренции, а потому заслуживающему такой меры воздействия со стороны государства, как привлечение к уголовной ответственности.

18. Рассмотрев общие вопросы запрета антиконкурентных соглашений, обратимся к положениям отдельных частей [ст. 11](#) Закона о защите конкуренции.

Как указывалось выше, [ч. 1 комментируемой статьи](#) устанавливает запреты в отношении картельных соглашений.

Картелем признается соглашение между хозяйствующими субъектами - конкурентами, т.е. либо между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, либо между покупателями товаров, приобретающими эти товары на одном товарном рынке, если такие соглашения

приводят или могут привести к:

- 1) установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок;
- 2) повышению, снижению или поддержанию цен на торгах;
- 3) разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков);
- 4) сокращению или прекращению производства товаров;
- 5) отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками).

Законодатель, таким образом, называет соглашение картелем не только тогда, когда оно привело к одному из указанных выше последствий. Если антимонопольный орган сможет доказать, что соглашение потенциально в будущем может привести к таким последствиям, то по мысли законодателя такое соглашение является картельным.

Как представляется, возможность квалификации соглашения как картельного по признаку возможности наступления последствий, указанных в [ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции, существует не только применительно к тем соглашениям, которым стороны продолжают следовать на момент вынесения антимонопольным органом решения, но и ко всем картельным соглашениям, заключение которых было обнаружено антимонопольным органом.

Законодатель избрал крайне строгую и формальную модель регулирования запретов в отношении картельных соглашений - антимонопольное правонарушение считается совершенным в момент достижения договоренности. Последующее неисполнение заключенного соглашения, а равно его расторжение не делают поведение сторон соглашения законным с антимонопольной точки зрения, но могут быть учтены в качестве отягчающего или смягчающего административную ответственность обстоятельства соответственно. Как указал Президиум ВАС РФ, нарушение состоит "в достижении участниками... договоренности", а потому вывод суда кассационной инстанции о том, что антимонопольному органу необходимо доказать фактическое исполнение участниками условий соглашения, является неправильным ^{<1>}.

<1> [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2010 г. N 9966/10.

19. Картель - это соглашение между конкурентами. Иными словами, это соглашение между продавцами или между покупателями товаров, действующими на одном товарном рынке. Так, в одном из дел суды пришли к выводу, что бюджетные учреждения, созданные для реализации государственных полномочий (к примеру, продажи лесных насаждений), не могут быть стороной антиконкурентных соглашений, поскольку они не являются конкурентами ^{<1>}.

<1> [Постановление](#) ФАС УО от 31 марта 2014 г. N Ф09-1212/14 по делу N А07-2736/2013.

20. Поскольку картель - это соглашение между конкурентами, то возникает вопрос: может ли быть признано картелем соглашение, в котором наряду с конкурентами участвует также и неконкурент? Например, в случае, если наряду с продавцами в соглашении участвует покупатель их продукции? Буквальное толкование понятия "картель" приводит к отрицательному ответу на данный вопрос.

Полагаем, что буквальное толкование и здесь неспособно раскрыть истинный смысл нормы. Картельное соглашение оказывает негативное влияние на общие условия обращения товаров на товарном рынке. Если один покупатель по каким-либо причинам заинтересован в заключении между продавцами и им самим соглашения, отвечающего признакам картельного, то это еще не означает, что не пострадают иные покупатели, а также состояние конкуренции на рынке в целом. К тому же если одной из сторон соглашения является покупатель, то это не означает, что продавцы, также заключившие это соглашение, не договорились и между собой, а не только с покупателем. Помимо прочего, если бы соглашение с участием покупателя не могло

признаваться картельным, то этим была бы создана крайне простая возможность обойти запрет, установленный в [п. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции, что вряд ли входило в намерения законодателя.

Следовательно, соглашение может быть картельным для продавцов и в тех случаях, когда наряду с как минимум двумя продавцами в этом соглашении участвует также и покупатель.

При этом действия покупателя должны квалифицироваться по [ч. 4 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции, а действия продавцов-конкурентов - по [ч. 1 комментируемой статьи](#). В этой связи возникает вопрос о том, должен ли антимонопольный орган доказывать в отношении покупателя, что заключенное соглашение привело или могло привести к ограничению конкуренции.

Поскольку покупатель является участником соглашения, в отношении которого законодателем установлена презумпция негативного влияния на конкуренцию, то полагаем, что в случае заключения и (или) участия покупателя в картельном соглашении как минимум двух конкурентов антимонопольный орган, привлекая покупателя к ответственности за заключение иного соглашения, не должен доказывать, что такое соглашение привело или могло привести к ограничению конкуренции. Также полагаем, что покупатель, участвующий в рассматриваемом соглашении, вправе доказывать, что оно не оказало негативного влияния на конкуренцию.

Сказанное в полной мере применимо и в отношении иных участников картельного соглашения, не являющихся ни конкурентами, ни покупателями.

21. Сторонами картельного соглашения могут быть лишь лица, которые конкурируют между собой, т.е. осуществляют деятельность на одном и том же товарном рынке. Понятие товарного рынка дано в [п. 4 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции (см. [комментарий к этой статье](#)).

Поскольку антимонопольный орган обязан доказать, что хозяйствующие субъекты заключили картельное соглашение, обязанность доказывания того факта, что стороны соглашения конкурируют друг с другом, возлагается на антимонопольный орган. Доказывание этого факта предполагает прежде всего установление продуктовых и географических границ товарного рынка, поскольку без установления границ рынка невозможно установить, действуют ли стороны предполагаемого картельного соглашения на одном рынке или на разных.

Методика установления границ товарного рынка изложена в [Порядке](#) анализа товарных рынков. В соответствии с изменениями, внесенными в [Порядок](#) Приказом ФАС России от 30 января 2015 г. N 33/15, проведение анализа товарного рынка теперь является обязательным по всем делам о картелях, кроме случаев, когда дело возбуждается по [подп. 2 ч. 1 ст. 11](#) Закона. Анализ рынка по делам о картелях проводится с особенностями, предусмотренными [п. п. 10.3 и 10.4](#) Порядка.

22. Буквальное толкование [ч. 1 комментируемой статьи](#) приводит к выводу о том, что участниками картельного сговора могут быть только лица, которые до момента заключения картельного соглашения являлись конкурентами. Иными словами, картель - это сговор существующих участников рынка.

Представляется, что и в данном вопросе буквальное толкование не раскрывает истинный смысл нормы. Участниками картельного соглашения могут быть и лица, которые не присутствуют на рынке, но намерены на него выйти. Полагаем, что соглашение, в котором все участники только планируют выйти на рынок, равно как и соглашение, в котором участвуют один участник рынка и один хозяйствующий субъект, который только планирует выйти на рынок, вполне может быть квалифицировано как картельное. Сказанное подтверждается тем, что в силу [ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции последствия картеля могут не существовать в настоящий момент, а наступить только в будущем. При этом антимонопольному органу нужно установить, что участник картельного соглашения, не присутствующий на рынке в данный момент, имеет реальную возможность выйти на данный рынок.

23. Продавцами в контексте комментируемой [статьи](#) следует считать лиц, которые осуществляют введение товара в оборот. Понятие товара дано в [п. 1 ст. 4](#) Закона. Поэтому продавцами в контексте [ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции следует считать продавца по договору купли-продажи, арендодателя, услугодателя, подрядчика и пр., вне зависимости от вида гражданско-правового договора, по которому осуществляется отчуждение товара.

Аналогично этому покупателем признается хозяйствующий субъект, который приобретает товары, работы или услуги. В силу сказанного покупателями следует считать арендатора, заказчика по договору подряда,

получателя услуг и пр.

24. [Пункт 1 ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции запрещает соглашения, если они приводят или могут привести к установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок.

Рассматриваемый [пункт ч. 1 ст. 11](#) Закона квалифицирует в качестве картельного соглашение, которое может влиять на цены любым из трех следующих способов.

Во-первых, такое соглашение может прямо устанавливать цену. Это происходит тогда, когда хозяйствующие субъекты договариваются между собой, что впредь будут продавать свои товары по определенной цене.

Во-вторых, соглашение может цену прямо не устанавливать, но участники могут договориться, что впредь они будут поддерживать ранее сложившийся уровень цен.

Полагаем, что в большинстве случаев четко разграничить понятия установления и поддержания цен крайне сложно, поскольку, договорившись об установлении цен, стороны тем самым договариваются и об их поддержании. И наоборот, договорившись о поддержании цен, стороны тем самым достигают договоренности и об установлении цен на будущее. Вместе с тем невозможность четкого разграничения понятий установления и поддержания цен не может оказывать негативное влияние на правоприменительную практику ввиду абсолютной ясности мысли законодателя, выраженной в комментируемой [статье](#).

В-третьих, участники соглашения могут договориться об установлении не только цен самих по себе, но и размера или условий предоставления скидок или надбавок к цене.

Понятно, что последняя разновидность соглашения самая редкая на практике, поскольку если участники не договариваются о ценах самих по себе, то каждый участник соглашения с легкостью может обойти договоренности о предоставлении скидок или надбавок, просто повысив или понизив цену.

При этом следует отметить, что для квалификации соглашения в качестве устанавливающего цены совсем не обязательно, чтобы участники этого соглашения договорились об установлении одинаковых цен. Если участники договорятся об установлении разных цен, то такое соглашение все равно будет подпадать под [п. 1 ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции.

Как представляется, употребленные законодателем термины "надбавка", "наценка", "доплата" имеют одно и то же правовое значение и призваны установить запрет на согласование условий, при которых установленная базовая цена будет увеличиваться для покупателя. По этой причине не следует видеть здесь исчерпывающий перечень. [Пункт 1 ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции следует толковать как устанавливающий запрет на согласование любых условий, при которых цена будет выше или ниже для покупателя.

Более того, полагаем, что этот [пункт](#) охватывает любые договоренности об условиях предоставления покупателям любых материальных преимуществ. Например, если две авиакомпании договорятся между собой об условиях начисления бонусных баллов за полеты и о стоимости премиальных билетов, то это будет примером картельного соглашения, хотя прямо ни о какой наценке, скидке, доплате и др. в таком соглашении речь может и не идти.

Участниками картельного сговора, запрещенного [п. 1 ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции, могут быть как продавцы, так и покупатели.

25. [Пункт 2 ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции признает картелем и запрещает соглашение, которое привело или могло привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах. По этому [пункту](#) квалифицируются действия участников торгов, которые достигли соглашения с целью повлиять на цену товара, определяемую по итогам торгов. Эти соглашения могут быть самыми различными, начиная от соглашения не участвовать в торгах и заканчивая соглашением о повышении цены только до определенного уровня. Главным квалифицирующим признаком такого соглашения является его реальная или потенциальная возможность повлиять на цену на торгах.

Для квалификации соглашения по [п. 2 ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции не важно, состоялись ли торги, а также были ли участники соглашения участниками состоявшихся торгов. Более того, полагаем, что не

важно и то, были ли торги объявлены в принципе. Если участники соглашения из каких-либо источников узнали, что будут проводиться торги, заключили запрещенное [п. 2 ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции соглашение, а торги так и не были объявлены, заключенное ими соглашение тем не менее будет картельным соглашением в силу рассматриваемых положений [Закона](#).

Так, в одном из дел ВС РФ пришел к выводу, что лицо может быть признано участником картельного соглашения даже в том случае, если оно напрямую не участвовало в торгах, но финансировало деятельность участников торгов <1>.

<1> [Определение](#) ВС РФ от 23 марта 2016 г. N 303-ЭС16-1300 по делу N A51-23833/2013.

Доказывание соглашения данного типа подчинено тем же правилам, что и доказывание иных видов соглашений. Как правило, судебная практика обращает внимание на синхронность и необычность действий участников торгов.

Довольно полно обстоятельства, подлежащие доказыванию по такого рода делам, описаны в одном из дел, где суды указали, что квалификация поведения хозяйствующих субъектов как противоправных действий по [п. 2 ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции предполагает установление таких факторов, как намеренное поведение каждого хозяйствующего субъекта определенным образом для достижения заранее оговоренной участниками аукциона цели; причинно-следственная связь между действиями участников аукциона и поддержанием цены на торгах; соответствие результата действий интересам каждого хозяйствующего субъекта и одновременно их заведомая осведомленность о будущих действиях друг друга, а также взаимная обусловленность действий участников аукциона при отсутствии внешних обстоятельств, спровоцировавших синхронное поведение участников рынка <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС СКО от 13 ноября 2013 г. по делу N A63-8072/2011.

В другом деле суды установили, что отсутствие ценовых предложений от одного из участников торгов само по себе не свидетельствует о наличии между участниками соглашения, запрещенного антимонопольным законодательством <1>. Особенно этот вывод верен для тех случаев, когда такое поведение участников торгов обусловлено отсутствием рентабельности или убытками от поставки в случае победы на торгах <2>.

<1> [Постановление](#) ФАС МО от 26 декабря 2013 г. N A40-94472/12-17-918.

<2> [Постановление](#) ФАС МО от 13 декабря 2013 г. N A40-92025/12-120-895.

Напротив, свидетельством соглашения может быть признано такое поведение участников торгов, как быстрое снижение цены лота несколькими участниками и объявление на последних секундах торгов последним участником цены, которая обеспечит заключение договора <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС МО от 25 июня 2013 г. N A40-64690/12-130-611.

Рассматривая одно из дел, суды признали наличие запрещенного соглашения при неявке на торги участника аукциона в рамках процедуры размещения заказа на поставку товаров для государственных (муниципальных) нужд. Было установлено, что это повлекло за собой заключение контракта с единственным явившимся участником по начальной (максимальной) цене. На момент проведения торгов необходимый товар у победителя отсутствовал, а после их проведения он приобрел товар в полном объеме у неявившегося участника по цене ниже, чем цена государственного контракта <1>.

<1> Постановления ФАС МО от 17 октября 2012 г. [N A40-106906/11-149-684](#), от 22 апреля 2013 г. [N A40-94475/12-149-866](#).

В следующем деле было признано, что использование участниками торгов единой инфраструктуры для подачи заявок на участие в торгах (использование единого IP-адреса, одной учетной записи) подтверждает наличие картельного соглашения, направленного на манипуляцию ценами на торгах <1>. Правильность этого вывода подкрепляется рядом других дел <2>.

<1> [Постановление](#) ВС РФ от 16 ноября 2015 г. N 305-АД15-12805 по делу N A40-188369/2014.

<2> Определения ВС РФ от 26 января 2016 г. [N 305-КГ15-18076](#) по делу N A40-145628/2014, от 12 января 2016 г. [N 305-КГ15-17250](#) по делу N A40-143188/2014, [Постановление](#) АС МО от 2 марта 2016 г. N Ф05-20183/2015 по делу N A40-64318/15.

Подача в последние секунды торгов заявки, содержащей цену значительно ниже цены других участников, свидетельствует о наличии картельного соглашения <1>.

<1> [Определение](#) ВС РФ от 24 марта 2016 г. N 305-КГ16-1421 по делу N A40-22931/2014.

При определенных обстоятельствах намеренное уклонение от участия в торгах (при наличии экономической и технической возможности) подтверждает наличие картельного соглашения <1>.

<1> [Определение](#) ВС РФ от 11 января 2016 г. N 309-КГ15-16982 по делу N A50-25738/2014.

Однако уклонение от участия во всех торгах не свидетельствует о наличии картельного соглашения, если общество не имеет возможности выполнить условия всех торгов в случае победы в них (к примеру, вследствие крайне короткого срока выполнения работ) <1>.

<1> Постановления АС ВВО от 18 мая 2015 г. [N Ф01-1464/2015](#) по делу N A38-2628/2014, ФАС ВВО от 22 июля 2013 г. по делу [N A79-7523/2012](#).

Иногда факт получения всеми участниками предполагаемого соглашения выгоды от того или иного результата проведенного аукциона принимается судами во внимание при доказывании наличия картельного сговора <1>.

<1> Постановления АС ВВО от 26 августа 2014 г. по делу [N A11-2237/2013](#); АС ЗСО от 1 июля 2015 г. [N Ф04-20612/2015](#) по делу N A27-15617/2014.

Подобно тому, как часто доказываются и иные виды соглашений, в качестве доказательства наличия сговора на торгах судебная практика называет невозможность наступления результата без сговора участников. Так, в одном из дел было указано, что невозможность получения определенного итога аукциона без сговора его участников свидетельствует о недобросовестном поведении участников и нарушении ими запрета, установленного [п. 1 ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции <1>. Подобный вывод можно встретить и в других делах <2>.

<1> [Постановление](#) ФАС МО от 22 апреля 2013 г. по делу N A40-94475/12-149-866.

<2> [Постановление](#) ФАС МО от 17 октября 2012 г. по делу N A40-106906/11-149-684.

В одном из дел было установлено, что родственные связи между руководителями участников аукциона могут свидетельствовать о наличии картельного соглашения <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ПО от 9 октября 2012 г. по делу N A65-31209/2011.

Анализ действий недобросовестных участников в отличие от действий добросовестных участников торгов позволил установить наличие картельного соглашения в одном из дел. Суды установили, что постепенное снижение участниками торгов начальной цены контракта (без резких падений, 22 первых ценовых предложения) обоснованно воспринято как свидетельствующее о расчете участниками торгов своей экономической выгоды в условиях серьезной конкурентной борьбы по ценовому принципу. Действия недобросовестных участников, чьи заявки не соответствуют условиям аукциона, по последующему резкому снижению цены контракта привели к дезориентации добросовестных участников и обеспечили победу одного из участников картельного соглашения. Совокупность этих обстоятельств подтверждает наличие картельного соглашения <1>.

<1> [Постановление](#) АС СЗО от 23 апреля 2015 г. N Ф07-1312/2015 по делу N A42-2564/2014.

Аналогичный вывод сделан в п. 2 Обзора практики применения антимонопольного законодательства в ФАС СКО <1>.

<1> Вестник ФАС СКО. 2012. N 2 (8).

В следующем деле суды справедливо отметили, что разделение аукционов между участниками торгов является одной из форм реализации антиконкурентного соглашения, результатом чего являются поддержание цен на торгах, отсутствие конкурентной борьбы между участниками, отсутствие экономии бюджетных средств, и соответствует интересам участников такого антиконкурентного сговора <1>.

<1> [Постановление](#) АС СКО от 29 декабря 2015 г. N Ф08-9561/2015 по делу N A53-15285/2015.

26. [Пункт 3 ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции запрещает соглашения, направленные на раздел товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков).

Раздел рынка по территориальному принципу означает добровольный отказ хозяйствующего субъекта от деятельности на определенной территории. В итоге та или иная территория закрепляется за одним или несколькими участниками рынка, а другие участники рынка отказываются от деятельности на данной территории.

Представляется, что такой отказ может иметь место как со стороны продавцов, так и со стороны покупателей. В первом случае цена может оказаться необоснованно высокой, а во втором - необоснованно низкой.

Очевидно, что только покупатели могут договориться между собой о разделе рынка по объему покупки товаров. Целью такой договоренности является, как правило, искусственное затоваривание товарного рынка, что выливается в снижение цен и искусственное понижение рыночной силы продавцов. Продавцы не могут быть участниками такого соглашения.

Однако по составу продавцов рынок может быть разделен как продавцами, так и покупателями.

Возвращаясь к вопросу о субъектах соглашения, направленного на раздел рынка по территориальному

принципу, можно заключить, что такое соглашение могут заключить как продавцы, так и покупатели.

Соглашение о разделе рынка по объему продажи главным образом выражается в том, что продавцы договариваются между собой, какой объем продукции будет продавать каждый из них. При этом сокращение предлагаемой к продаже продукции не является обязательным признаком данного вида картельного соглашения. Продавцы, деля рынок по объему продаж, стремятся зафиксировать долю каждого на данном товарном рынке.

Аналогичным образом действует соглашение о разделе рынка по объему покупки товаров, только при этом покупатели договариваются между собой об объеме закупки каждым из них.

При разделе рынка по ассортименту реализуемых товаров продавцы договариваются между собой о том, какие разновидности взаимозаменяемых товаров будет продавать каждый из них. При квалификации соглашения как картельного нужно иметь в виду, что предметом раздела должны быть взаимозаменяемые товары. Если товары не являются взаимозаменяемыми, то соглашение может быть квалифицировано в качестве картельного только в том случае, если будет доказано, что продавец невзаимозаменяемого товара имеет реальную возможность выйти на рынок взаимозаменяемого товара, но сознательно воздерживается от выхода на этот рынок в обмен на аналогичное обязательство другой стороны запрещенного соглашения.

О соглашении, направленном на раздел рынка по составу продавцов или покупателей, было сказано выше.

27. Доказывание факта заключения рассматриваемой разновидности картельного соглашения должно осуществляться по общим правилам для доказывания факта заключения любого картельного соглашения. Судебная практика выработала ряд подходов к доказыванию заключения соглашения, направленного на раздел рынка.

Так, в одном из дел было признано, что само по себе синхронное заключение эксклюзивных договоров на импорт товаров несколькими российскими импортерами не свидетельствует о том, что эти импортеры заключили между собой соглашение о разделении рынка по составу экспортеров.

Общение участников рынка, обсуждение ими отраслевых вопросов не может служить достаточным основанием для подтверждения наличия между ними антиконкурентного соглашения.

Антимонопольный орган должен принимать во внимание, имеет ли эксклюзивное соглашение об импорте положительный эффект для всего рынка <1>.

<1> [Постановление](#) АС МО от 20 октября 2015 г. N Ф05-11070/2014 по делу N А40-97512/13-130-921.

В другом деле суды пришли к выводу, что для проверки довода о разделе рынка на основании картельного соглашения необходимо исследовать действительные доли каждого хозяйствующего субъекта на рынке в сравнении с долями, якобы закрепленными за каждым из хозяйствующих субъектов в силу достигнутых договоренностей <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС МО от 16 июня 2014 г. N Ф05-5619/2014 по делу N А40-35775/13.

В следующем деле суды, несмотря на использование выводов, более характерных для согласованных действий, нежели соглашений, в целом пришли к правильным выводам о том, что квалифицирующее значение для применения **п. 3 ч. 1 ст. 11** Закона о защите конкуренции имеет совершение хозяйствующими субъектами отвечающих интересам каждого и заранее известных каждому противоправных и негативно влияющих на конкурентную среду согласованных действий на одном товарном рынке, относительно синхронно и единообразно при отсутствии к тому объективных причин.

Известность каждому из субъектов о согласованных действиях лиц, заранее входящих в сговор, может быть установлена не только при представлении доказательств получения ими конкретной информации, но и

исходя из общего положения дел на товарном рынке, которое предопределяет предсказуемость такого поведения как групповой модели, позволяющей извлекать неконкурентные преимущества.

Реализация заключенного между хозяйствующими субъектами соглашения предполагает предсказуемое индивидуальное поведение формально независимых субъектов, определяющее цель их действий и причину выбора каждым из них модели поведения на конкурсе. Исходя из смысла [Закона](#), в качестве соглашения рассматривается любая договоренность, которая в отдельных случаях может иметь форму договора, однако всегда предполагает намеренный и целенаправленный двусторонний (многосторонний) обмен информацией, определяющей поведение лиц, достигших договоренности, в отношении товарного рынка, а также в отношении иных лиц.

Антимонопольный орган должен доказать, что в результате заключения соглашения каждое лицо получило какую-либо выгоду ^{<1>}.

<1> [Постановление](#) АС ПО от 27 августа 2015 г. N Ф06-26744/2015 по делу N А49-167/2015.

Вместе с тем приходится констатировать, что в ряде случаев с выводами судов о наличии в действиях хозяйствующих субъектов признаков нарушения [п. 3 ч. 1 ст. 11](#) согласиться крайне сложно.

Так, в одном из дел суды пришли к выводу о том, что расположение муниципального предприятия, оказывающего услуги населению, в одном помещении с хозяйствующим субъектом, продающим сопутствующие товары (что приводит к увеличению спроса на эти товары), является способом раздела рынка ^{<1>}. Здесь вызывает вопрос прежде всего субъектный состав данного соглашения. Как говорилось выше, участниками картельного соглашения могут быть только хозяйственные субъекты, ведущие деятельность на одном и тот же товарном рынке. Едва ли услуги, оказываемые населению, и товары, используемые в процессе оказания этих услуг, следует считать взаимозаменяемыми товарами. Скорее всего, муниципальное предприятие и хозяйствующий субъект в приведенном примере действуют на разных товарных рынках, а потому не могут считаться конкурентами, а значит, не могут быть участниками картельного соглашения.

<1> [Постановление](#) АС ПО от 22 октября 2014 г. N Ф06-15703/2013 по делу N А72-15445/2013.

В другом деле суды пришли к выводу, что лицо, которое обязано оказывать услуги населению в силу закона (к примеру, коммунальные услуги), не может навязывать населению получение этих услуг у своего конкурента. Это является формой раздела рынка ^{<1>}. С таким выводом также согласиться сложно, поскольку сам по себе отказ от заключения договора в пользу конкурента не свидетельствует о разделе рынка.

<1> [Постановление](#) ФАС ПО от 6 июня 2013 г. по делу N А65-26829/2012.

28. [Пункт 4 ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции запрещает соглашения, которые приводят или могут привести к сокращению или прекращению производства товаров.

Данный вид соглашения выгоден продавцам товаров, поскольку, как правило, чем меньше товара находится в обороте, тем выше цена данного товара. В этой связи конечной целью данного вида соглашения является повышение цен на товар. Представляется, что покупатели товаров не могут быть стороной данного вида соглашения.

29. Доказывание данного вида соглашений подчиняется тем же правилам, что и доказывание иных видов антиконкурентных соглашений. В частности, судебная практика предъявляет требование экономической необоснованности действий участников соглашения. В одном из дел суды пришли к выводу, что действия хозяйствующих субъектов, обоснованные экономическими причинами (накопление задолженности за потребленные ресурсы, не оплаченные собственниками; нерентабельность деятельности) и не нарушающие права их контрагентов, не могут быть признаны картельным соглашением, направленным на сокращение производства товаров ^{<1>}. Этот вывод совершенно правилен, поскольку, как уже говорилось выше, если

действия хозяйствующих субъектов отвечают требованиям рынка, то совершение этих действий в силу соглашения маловероятно.

<1> [Постановление](#) АС СКО от 30 июля 2015 г. N Ф08-5371/2015 по делу N А01-2766/2013.

30. [Пункт 5 ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции запрещает соглашения, которые приводят или могут привести к отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками). Такого рода соглашения обычно называются бойкотом. При этом в судебной практике встречается взгляд, согласно которому соглашение между участниками рынка признается антиконкурентным и в том случае, если они согласились бойкотировать не конкретного участника рынка, а всех участников рынка, отвечающих определенным критериям (к примеру, отказ страховщиков заключать договоры ОСАГО со всеми лицами, которые не будут пользоваться дополнительными услугами страховщиков) <1>. Полагаем, что такой подход является правильным.

<1> [Постановления](#) АС ВСО от 27 января 2016 г. N Ф02-6528/2015, Ф02-7137/2015, Ф02-7067/2015 по делу N А74-1028/2015.

31. Особенность данного вида соглашения заключается в том, что во многих случаях выгода непосредственных сторон данного соглашения не является прямым следствием заключения данного соглашения самого по себе. Если два и более продавца договорятся не продавать товар тому или иному покупателю, то в силу одного лишь этого факта продавцы едва ли получат какую-либо выгоду. Ведь каждый продавец заинтересован в том, чтобы на рынке было как можно больше покупателей, поскольку повышенный спрос на товар, как правило, приводит к повышению цены. И напротив, снижение количества покупателей, как правило, приводит к сокращению спроса и, как следствие, к сокращению цены. Сказанное верно и применительно к покупателям, которые также могут договориться между собой о том, что они не будут покупать товар у определенного продавца. В силу самого лишь факта заключения данного соглашения покупатели едва ли получат какую-нибудь прибыль.

Поэтому заключение рассматриваемого вида картельных соглашений обычно сопровождается договоренностями между сторонами соглашения и одним или несколькими контрагентами этих сторон. Выгода же сторон соглашения обычно производна от выгоды контрагента. Например, два продавца могут договориться с покупателем, что они не будут продавать свои товары другому покупателю, который является конкурентом того покупателя, с которым договорились продавцы. Это может привести к уходу покупателя-жертвы с рынка либо к повышению цен для него. Но понятно, что в обычных условиях оборота продавцы не будут работать на покупателя без встречного предоставления от последнего. Такими встречными предоставлениями могут быть, например, обязательство покупателя покупать товары у этих продавцов по более высокой цене, переход на предоплату, гарантии объема, в том числе включение в договор условия "бери или плати", и пр.

Равным образом эти рассуждения справедливы и применительно к соглашениям двух или более покупателей с продавцом о том, что покупатели не будут покупать товар у конкурента-продавца. Обычно такие соглашения сопровождаются договоренностями между покупателями и продавцом об условиях их работы друг с другом.

32. Полагаем, что природа данного вида картельных соглашений такова, что в порядке дальнейшего совершенствования антимонопольного законодательства стоит подумать над тем, чтобы антимонопольная ответственность сторон данных соглашений, которые не являются конкурентами других сторон, была приравнена к ответственности сторон-конкурентов. Социально-политическим обоснованием такого предложения может быть то соображение, что поскольку без участия стороны-неконкурента заключение такого соглашения невозможно, то сторона-неконкурент должна нести такую же ответственность, как и стороны-конкуренты. Другим соображением является то, что, поскольку выгоду из заключения такого соглашения извлекают как стороны-конкуренты, так и стороны-неконкуренты, справедливым является возложение на каждого выгодоприобретателя одинаковой ответственности.

33. [Часть 2 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции запрещает две разновидности "вертикальных" соглашений.

Все прочие "вертикальные" соглашения, которые приводят или могут привести к ограничению конкуренции, запрещены **ч. 4 ст. 11** Закона о защите конкуренции.

Представляется, что **ч. 2 ст. 11** Закона о защите конкуренции запрещает указанные в ней два вида "вертикальных" соглашений **per se**, без обязанности антимонопольного органа доказывать, что такие соглашения привели или могут привести к ограничению конкуренции.

Такой подход нашел применение в судебной практике <1>.

<1> Постановления АС МО от 3 ноября 2015 г. [N A40-198265/14](#), от 19 ноября 2014 г. [N A40-75519/13-152-731](#).

34. **Пункт 1 ч. 2 ст. 11** Закона о защите конкуренции запрещает "вертикальные" соглашения, если они приводят или могут привести к установлению цены перепродажи товара, за исключением случая, если продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепродажи товара. Иными словами, **Закон** не допускает, чтобы продавец диктовал покупателю конкретную цену, по которой покупатель вправе перепродать приобретенный товар.

Как представляется, недопустимо также устанавливать диапазон цен. Установление диапазона цен тоже является способом установления цены. Продавец может лишь установить для покупателя максимальную цену перепродажи. В этой связи полагаем, что если в соглашении устанавливается минимальная цена перепродажи, то такое соглашение запрещено **п. 1 ч. 2 ст. 11** Закона о защите конкуренции.

Если же цена в соглашении не установлена, а предусмотрены иные способы контроля ценовой политики покупателя, то такое соглашение не подпадает под **п. 1 ч. 2 ст. 11** Закона о защите конкуренции и должно квалифицироваться по **ч. 4 указанной статьи**. Например, это будет иметь место, если в соглашении указано, что покупатель вправе пересматривать цены не чаще чем один раз в год, и при этом самой цены в соглашении не установлено.

35. **Пункт 2 ч. 2 ст. 11** Закона о защите конкуренции запрещает "вертикальные" соглашения, если ими предусмотрено обязательство покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца. Данный запрет не распространяется на соглашения об организации покупателем продажи товаров под товарным знаком или иным средством индивидуализации продавца или производителя.

Комментируемый **пункт** направлен на развитие межбрендовой конкуренции - покупатель вправе продвигать на рынке взаимозаменяемые товары различных производителей, и продавец не вправе покупателю в этом препятствовать.

Исключение из этого правила сформулировано во втором предложении **п. 2 ч. 2 ст. 11** Закона о защите конкуренции и вызывает больше вопросов, чем дает ответов.

Прежде всего товарный знак назван средством индивидуализации продавца или производителя, что, конечно же, является погрешностью законодательной техники. Товарный знак является средством индивидуализации продукции, но никак не продавца или производителя (**п. 1 ст. 1477** ГК РФ). Средством индивидуализации продавца или производителя в большинстве случаев является фирменное наименование. Однако фирменное наименование может иметь только коммерческая организация (**п. 4 ст. 54** ГК РФ), в то время как некоммерческая организация имеет наименование.

ГК РФ наряду со средствами индивидуализации товаров, работ и услуг, а также юридических лиц знает еще средство индивидуализации имущественного комплекса (предприятия) - коммерческое обозначение (**§ 4 гл. 76** ГК РФ).

Для того чтобы ответить на вопрос, что охватывается правилом об "организации покупателем продажи товаров под товарным знаком или иным средством индивидуализации продавца или производителя", нужно попытаться определить содержание этого соглашения.

Очевидно, что таким соглашением не может быть договор коммерческой концессии. Объясняется это тем,

что "вертикальное" соглашение, являющееся договором коммерческой концессии, освобождено от любых антимонопольных запретов в соответствии со [ст. 12](#) Закона о защите конкуренции.

Как представляется, элементом содержания такого соглашения должно быть предоставление продавцом покупателю права на использование средства индивидуализации. Следовательно, соглашение об организации продажи товаров должно соответствовать установленным гражданским законодательством правилам предоставления права использовать средство индивидуализации.

[Пункт 2 ст. 1474](#) ГК РФ запрещает предоставление другому лицу права использования фирменного наименования. Таким образом, соглашение об организации продажи товаров не может означать организацию продажи товаров под фирменным наименованием продавца или производителя.

Возможности предоставления права использования коммерческого обозначения также весьма ограничены. [Пункт 5 ст. 1538](#) ГК РФ предусматривает только одну форму предоставления права использовать коммерческое обозначение - в составе арендованного предприятия на основании договора аренды предприятия. Таким образом, организация продажи товаров под коммерческим обозначением продавца или производителя возможна только в том случае, если покупателю в аренду предоставлено предприятие, для обозначения которого создано коммерческое обозначение.

Любые договоры о предоставлении права использовать товарный знак в силу [ст. 1490](#) ГК РФ подлежат государственной регистрации. Таким образом, организация покупателем продажи товаров под товарным знаком продавца возможна только на основании зарегистрированного в установленном порядке договора на использование товарного знака.

[Закон](#) о защите конкуренции прямо не говорит о том, распространяется ли рассматриваемое исключение на организацию покупателем продажи товаров с использованием иных средств индивидуализации товаров продавца. Учитывая смешение законодателем средств индивидуализации товаров со средствами индивидуализации продавца или производителя, на поставленный вопрос следует дать положительный ответ. Вместе с тем положительный или отрицательный ответ на поставленный вопрос не имеет в настоящий момент какого-либо серьезного практического значения, поскольку наряду с товарным знаком законом предусмотрено еще лишь одно средство индивидуализации товаров продавца - наименование места происхождения товара. Однако в силу [п. 4 ст. 1519](#) ГК РФ предоставление другому лицу права использования наименования места происхождения товаров не допускается.

Таким образом, соглашение об организации покупателем продажи товаров, о котором может идти речь в [п. 2 ч. 2 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции, может строиться лишь на основании зарегистрированного в установленном порядке соглашения об использовании товарного знака либо на основании договора аренды предприятия. Элементом содержания такого соглашения в обязательном порядке должно быть положение о предоставлении покупателю права использовать товарный знак или коммерческое обозначение. Такое соглашение не может в настоящий момент включать в себя право покупателя использовать иные средства индивидуализации товаров или продавца (производителя).

[36. Часть 3 комментируемой статьи](#) запрещает соглашения хозяйствующих субъектов, являющихся участниками оптового и (или) розничных рынков электрической энергии (мощности), организациями коммерческой инфраструктуры, организациями технологической инфраструктуры, сетевыми организациями, если такие соглашения приводят к манипулированию ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности).

Понятие "манипулирование ценами" дано в [абз. 36 и 37 ст. 3](#) Закона об электроэнергетике.

Манипулирование ценами на оптовом рынке электрической энергии (мощности) - совершение экономически или технологически не обоснованных действий, в том числе с использованием своего доминирующего положения на оптовом рынке, которые приводят к существенному изменению цен (цены) на электрическую энергию и (или) мощность на оптовом рынке, путем:

- подачи необоснованно завышенных или заниженных ценовых заявок на покупку или продажу электрической энергии и (или) мощности. Завышенной может быть признана заявка, цена в которой превышает цену, которая сформировалась на сопоставимом товарном рынке, или цену, установленную на этом товарном рынке ранее (для аналогичных часов предшествующих суток, для аналогичных часов суток предыдущей недели,

для аналогичных часов суток предыдущего месяца, предыдущего квартала);

- подачи ценовой заявки на продажу электрической энергии с указанием объема, который не соответствует объему электрической энергии, вырабатываемому с использованием максимального значения генерирующей мощности генерирующего оборудования участника, определенного системным оператором в соответствии с правилами оптового рынка, установленными Правительством РФ;

- подачи ценовой заявки, не соответствующей установленным требованиям экономической обоснованности, определенным уполномоченными Правительством РФ федеральными органами исполнительной власти.

Манипулирование ценами на розничном рынке электрической энергии (мощности) - совершение экономически или технологически не обоснованных действий хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на розничном рынке, которые приводят к существенному изменению нерегулируемых цен (цены) на электрическую энергию и (или) мощность.

Учитывая данное определение манипулирования ценами, комментируемая [часть ст. 11](#) Закона о защите конкуренции запрещает соглашения, в рамках которых совершаются экономически или технологически не обоснованные действия на рынке электрической энергии (мощности), которые приводят к существенному изменению цен на электрическую энергию (мощность).

При этом поскольку в силу приведенных положений [Закона](#) об электроэнергетике манипулирование ценами на розничном рынке возможно только субъектом, занимающим на данном рынке доминирующее положение, то и субъектом запрещенного комментируемой [частью ст. 11](#) Закона о защите конкуренции соглашения может быть лишь субъект, занимающий доминирующее положение на розничном рынке электрической энергии (мощности). Представляется, что другой стороной соглашения может выступать субъект, не занимающий доминирующее положение на указанном рынке. Если это соглашение приводит к совершению доминирующим субъектом экономически или технологически не обоснованных действий, результатом которых явилось существенное изменение цен, то такое соглашение запрещено [ч. 3 ст. 11](#) Закона. Если же по условиям этого соглашения таких действий доминирующий субъект не совершает, то такое соглашение не должно считаться запрещенным [ч. 3 ст. 11](#) Закона.

Сказанное относится только к розничным рынкам, поскольку [Закон](#) об электроэнергетике признает манипулированием действия, в том числе субъекта, не занимающего доминирующего положения на оптовом рынке электрической энергии (мощности), если указанные действия привели к существенному изменению цен.

Следует обратить внимание также на то обстоятельство, что [ч. 3 ст. 11](#) Закона запрещает указанные в ней соглашения только в том случае, если в их рамках фактически осуществлялись экономически или технологически необоснованные действия, которые привели к существенному изменению цен. Если такие последствия были только возможны, но фактически не наступили, то указанные в [ч. 3 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции соглашения не подпадают под сферу действия комментируемой [части ст. 11](#) Закона о защите конкуренции.

37. [Часть 4 ст. 11](#) Закона запрещает иные соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением "вертикальных" соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии со [ст. 12](#) Закона о защите конкуренции), если установлено, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции <1>.

<1> [Постановление](#) ФС ДО от 30 января 2013 г. N Ф03-5881/2012 по делу N А51-5416/2012.

Для установления содержания понятия "иное соглашение" следует проанализировать соотношение [ч. 4 ст. 11](#) с [ч. ч. 1 - 3](#) этой же статьи.

Полагаем, что [ч. 4](#) представляет собой общее правило, а [ч. ч. 1 - 3](#) - те или иные исключения из общего правила. [Часть 4](#) запрещает любое соглашение, если антимонопольный орган доказал, что такое соглашение привело или могло привести к ограничению конкуренции. Таково общее правило [Закона](#) о защите конкуренции.

Часть 1 ст. 11 Закона устанавливает исключение из этого правила в отношении картелей. Это исключение заключается в том, что картели запрещены и без доказывания антимонопольным органом факта или возможности ограничения конкуренции вследствие заключения картельного соглашения. **Часть 2 ст. 11** устанавливает аналогичное **части 1** исключение из общего правила в части необходимости доказывания факта ограничения конкуренции антимонопольным органом.

Часть 3 ст. 11 видоизменяет общее правило в том смысле, что запрещает указанные в этой **части** соглашения только в том случае, если эти соглашения фактически привели к указанным в этой **части** последствиям. Кроме того, эта **статья** устанавливает еще одно исключение из общего правила. Речь идет о том, что если в результате экономически или технологически не обоснованных действий участников оптового рынка электрической энергии (мощности), осуществляемых в рамках заключенного соглашения, цена на электрическую энергию (мощность) изменилась несущественно, то такие действия являются законными. Равным образом, если цена изменилась существенно в результате совершения в рамках заключенного соглашения участниками розничного рынка электрической энергии (мощности), ни один из которых не занимает на нем доминирующего положения, экономически или технологически не обоснованных действий, то такое соглашение также будет законным с точки зрения антимонопольного законодательства.

Другим важным следствием является то, что если соглашение одновременно подпадает и под **ч. ч. 1 - 3**, и под **ч. 4 ст. 11**, то такое соглашение должно квалифицироваться по **ч. ч. 1 - 3** в силу правила о том, что исключение имеет приоритет перед общим правилом. Например, следствием соглашения о сокращении или прекращении производства товаров (**п. 4 ч. 1 ст. 11** Закона) либо соглашения об отказе от заключения договоров (**п. 5 ч. 1 ст. 11** Закона) может являться создание другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок (**п. 3 ч. 4 ст. 11** Закона). В этом случае такое соглашение должно квалифицироваться как картель.

Аналогичный вопрос может возникнуть и применительно к соотношению **ч. ч. 1 и 3** Закона. Если соглашение между субъектами, указанными в **ч. 3 ст. 11** Закона, может привести к поддержанию цен на определенном уровне, то оно подпадает под признаки картеля (**ч. 1 ст. 11** Закона). Представляется, что в подобного рода случаях такие соглашения должны квалифицироваться как картель.

Если в картельном соглашении участвует лицо, не являющееся конкурентом иных участников картельного соглашения, то действия такого лица должны квалифицироваться по **ч. ч. 3** или **4**, тогда как действия конкурентов - по **ч. 1** (при условии, если соглашение противоречит указанным в нем запретам).

Вопрос о соотношении **ч. 1 ст. 11** с **ч. 2 ст. 11** возникнуть не может, поскольку **ч. 1** запрещает "горизонтальные", а **ч. 2** - "вертикальные" соглашения.

Вместе с тем теоретически может возникнуть вопрос о соотношении **ч. ч. 2 и 3 ст. 11** Закона, когда экономически или технологически не обоснованные действия по установлению цены перепродажи электрической энергии привели к существенному изменению цен на рынке. В этом случае, полагаем, должна применяться **ч. 3**, как устанавливающая специальные правила для всех видов соглашений, направленных на манипулирование ценами на оптовом или розничном рынке электрической энергии (мощности).

Таким образом, **ч. 4 ст. 11** запрещает любые соглашения (как "вертикальные", так и "горизонтальные"), кроме тех, которые запрещены **ч. ч. 1 - 3** либо которые следует считать допустимыми в силу **ст. 13** Закона.

С принятием четвертого антимонопольного **пакета** соглашения между организаторами или заказчиками торгов и участниками этих торгов не могут квалифицироваться по **ст. 11**, а подлежат квалификации по **ст. 17** Закона о защите конкуренции.

38. Признаки иных соглашений установлены в комментируемой **части** - это любые соглашения, которые привели или могли привести к ограничению конкуренции. Расширение этого определения путем придания иному соглашению дополнительных признаков является недопустимым. Так, в частности, по одному из дел было признано, что такого требования, как заинтересованность каждого участника следовать условиям соглашения, закон не содержит <1>.

<1> **Постановление** АС ПО от 5 декабря 2013 г. N A49-677/2013.

Для выявления признаков запрещенного [ч. 4 ст. 11](#) Закона соглашения необходимы установление общей правовой цели участников соглашения, объединение их усилий и их деятельности для достижения такой цели, наличие общей политики на рынке и согласованности действий <1>.

<1> [Постановление](#) АС ВСО от 16 марта 2016 г. N A19-8148/2015.

39. Судебная практика содержит огромное количество примеров соглашений, запрещенных [ч. 4 комментируемой статьи](#). Приведем несколько разнородных примеров, чтобы продемонстрировать многообразие возможных антиконкурентных соглашений, запрещенных комментируемой [частью ст. 11](#) Закона.

Так, например, было признано нарушающим [ч. 4 ст. 11](#) Закона соглашение между исполнителем коммунальных услуг, энергоснабжающей организацией и третьим лицом об осуществлении последним обязанностей по сбору платежей за потребленную энергию от населения и их перечислению энергоснабжающей организации как препятствующее гражданам осуществлять расчеты за энергию непосредственно с ресурсоснабжающей организацией <1>.

<1> [Постановление](#) АС ЦО от 22 ноября 2013 г. N A62-766/2013.

Особое внимание судебная практика в последние годы уделяет соглашениям между банками и страховщиками, которые ограничивают договорную свободу граждан.

Так, агентский договор между банком и страховщиком был признан нарушающим антимонопольное законодательство, поскольку заемщик был обязан страховать риск утраты права собственности при отсутствии возможности заменить страховщика и изменить условия страхования без предварительного согласования с банком <1>.

<1> [Постановление](#) АС СЗО от 5 июня 2014 г. N A66-9969/2012.

И напротив, было признано, что принятие банком заключения оценщиков, аккредитованных в этом банке, при отсутствии доказательств отказа банка в принятии заключений других оценщиков при заключении договоров кредита с заемщиками не свидетельствует о наличии соглашения, ограничивающего конкуренцию на рынке оценочных услуг <1>.

<1> [Постановление](#) АС ВСО от 18 декабря 2013 г. N A69-62/2013.

Соглашение между управляющими компаниями многоквартирных домов и рекламным агентством о передаче последнему исключительного права в отношении использования конструктивных элементов жилищного фонда для размещения рекламных конструкций признается соглашением, ограничивающим конкуренцию <1>.

<1> [Постановление](#) АС ВВО от 26 февраля 2014 г. N A43-14554/2012.

Соглашение между управляющей организацией многоквартирного жилого дома и платежными агентами (банками, ФГУП "Почта России") об осуществлении последними приема платежей за коммунальные услуги от населения по платежным документам установленной формы признается в судебной практике ограничивающим конкуренцию, если в платежных документах не указаны все банковские реквизиты поставщиков коммунальных услуг (содержат только наименование поставщика и номер его расчетного счета), что препятствует осуществлению населением оплаты в других кредитных организациях <1>.

<1> Постановления АС ВСО от 24 декабря 2012 г. [N A69-205/2012](#), ФАС УО от 10 октября 2013 г. [N Ф09-9664/13](#).

Аналогичные выводы были сделаны применительно к соглашению между банком и поставщиком коммунальных услуг, предусматривающему расчет без открытия счета в банке <1>.

<1> Постановления АС МО от 27 декабря 2011 г. [N A40-131220/10-17-826](#), ФАС ВСО от 18 декабря 2012 г. [N A69-290/2012](#).

Письма к газоснабжающей организации от организации, осуществляющей деятельность по установке газовых счетчиков, с просьбой об осуществлении приемки ведомостей на установку счетчиков только у этой организации и отказ газоснабжающей организации в принятии документов, подтверждающих установку приборов учета газа, другим хозяйствующим субъектам свидетельствуют о наличии между этими организациями соглашения, запрещенного антимонопольным законодательством <1>.

<1> [Постановление](#) АС УО от 13 января 2009 г. [N Ф09-10137/08-С1](#).

Другой пример. Изготовление платежных документов, оплату по которым можно произвести только в некоторых банках, является формой ограничения конкуренции.

Согласившись с возможностью применения в расчетах таких платежных документов, поставщик услуг и его платежные агенты заключили соглашение, которым затруднили другим банкам участие в оказании услуг по приему платежей от физических лиц <1>.

<1> Постановления АС ВСО от 24 декабря 2012 г. [N A69-205/2012](#), ФАС ВСО от 18 декабря 2012 г. [N A69-290/2012](#).

Такой же вывод содержится в [Постановлении](#) ФАС ВСО от 18 декабря 2012 г. по делу [N A69-290/2012](#).

В другом деле суды пришли к выводу, что определение места осуществления деятельности дистрибьютора по продаже товаров не влияет на возможность потенциальных покупателей приобретать товары у дистрибьютора, поэтому договор между производителем и дистрибьютором с таким условием не является запрещенным "вертикальным" соглашением <1>.

<1> [Постановление](#) АС ДО от 19 февраля 2013 г. [N А73-7767/2012](#).

В целом ряде дел суды пришли к выводу, что навязывание потребителю дополнительных услуг при заключении кредитного договора свидетельствует о наличии устного соглашения между банком и другим лицом в целях достижения обеими сторонами своих интересов <1>.

<1> Постановления ВС РФ от 9 февраля 2016 г. [N 305-АД15-19066](#) по делу [N А40-64007/2015](#), от 15 января 2016 г. [N 305-АД15-17624](#) по делу [N А40-186276/2014](#), от 17 декабря 2015 г. [N 305-АД15-16623](#) по делу [N А40-104260/2015](#), АС ПО от 7 октября 2014 г. [N А06-8865/2013](#), от 1 июля 2014 г. [N А06-6068/2013](#).

Аналогичным образом возложение на потребителей обязанности по оплате коммунальных услуг лицу, которое эти услуги не оказывает, является навязыванием условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (необоснованное требование о передаче финансовых средств). Это

свидетельствует о наличии антиконкурентного соглашения между управляющей компанией и лицом, которое принимает коммунальные платежи <1>. Такой подход судов к разрешению рассматриваемого вопроса авторы считают спорным, поскольку необходимым элементом соглашения, запрещенного [ч. 4 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции, является ограничение или возможность ограничения конкуренции. В рассматриваемом случае, несмотря на создание неблагоприятных условий для граждан - плательщиков за коммунальные услуги, об ограничении конкуренции говорить не приходится.

<1> [Постановление](#) АС ПО от 10 февраля 2016 г. N Ф06-4873/2015 по делу N А65-10897/2015.

Единообразно суды подошли и к вопросу о том, что навязывание страховыми компаниями физическим лицам (страхователям ОСАГО) иных добровольных договоров страхования свидетельствует о наличии соглашения между страховыми компаниями, реализация которого приводит к коммерческой выгоде для каждой из страховых компаний <1>.

<1> [Определение](#) ВС РФ от 7 декабря 2015 г. N 308-КГ15-15601 по делу N А53-24865/2014; [Постановления](#) АС ВСО от 27 января 2016 г. N Ф02-6528/2015, Ф02-7137/2015, Ф02-7067/2015 по делу N А74-1028/2015.

Также навязывание дополнительных услуг прохождения техосмотра и контрольной диагностики при заключении договора ОСАГО свидетельствует о наличии антиконкурентного соглашения <1>.

<1> Определения ВС РФ от 25 сентября 2015 г. [N 308-КГ15-11688](#) по делу N А53-22297/2014, от 14 июля 2015 г. [N 308-КГ15-7549](#) по делу N А53-17878/2014.

Включение в договоры аренды условия об обязательном имущественном страховании в определенной страховой компании свидетельствует о наличии антиконкурентного соглашения <1>.

<1> [Постановление](#) АС ВСО от 22 января 2014 г. по делу N А19-6811/2013.

Соглашение между банком и хозяйствующим субъектом о том, что оформление кредитов может происходить только при содействии субъекта и при наличии его поручительства, является антиконкурентным и приводит к тому, что клиентам банка навязывается невыгодное условие об обязательном поручительстве <1>.

<1> [Постановление](#) АС ВСО от 16 апреля 2013 г. по делу N А19-6591/2012.

Применительно к [п. 2 ч. 4 ст. 11](#) суды приходят к единообразным выводам о том, что предоставление одному лицу скидки на реализуемую продукцию не свидетельствует о каком-либо ущемлении прав другого лица, закупающего продукцию у того же поставщика на других условиях, если цены являются экономически обоснованными <1>.

<1> [Постановление](#) АС СЗО от 27 марта 2014 г. N Ф07-1790/2014 по делу N А13-12794/2012.

В другом деле обоснованно было признано, что сам по себе факт того, что потребители в подавляющем числе случаев пользуются услугами аккредитованных банком оценщиков, не свидетельствует о наличии соглашения между банком и оценщиками. Антимонопольный орган должен доказать, что банк отказывается принимать отчеты, подготовленные другими оценщиками <1>.

<1> [Постановление](#) AC BCO от 18 декабря 2013 г. по делу N A69-62/2013.

По [ч. 4 ст. 11](#) обычно квалифицируются действия сторон договора, заключенного без проведения торгов или иных публичных процедур, которые являются обязательными по закону. Так, в одном из дел суды не согласились с выводами антимонопольного органа о нарушении государственным унитарным предприятием требований [Закона](#) N 223-ФЗ и на этом основании признали, что между сторонами не было заключено антиконкурентное соглашение <1>.

<1> [Постановление](#) AC ЗСО от 28 августа 2014 г. по делу N A27-10832/2013.

В ряде случаев с логикой и выводами судов согласиться проблематично. Так, в ряде дел было признано, что соглашение о передаче от одной управляющей компании в адрес другой управляющей компании полномочий по управлению жилым домом без учета мнения жильцов является антиконкурентным соглашением <1>.

<1> [Определение](#) ВС РФ от 24 сентября 2015 г. N 309-КГ15-11615 по делу N A71-7304/2014; [Постановление](#) AC СКО от 15 февраля 2016 г. N Ф08-71/2016 по делу N A63-12613/2014.

40. [Часть 5 ст. 11](#) Закона запрещает физическим лицам, коммерческим организациям и некоммерческим организациям осуществлять координацию экономической деятельности хозяйствующих субъектов, если такая координация приводит к любому из последствий, которые указаны в [ч. ч. 1 - 3 настоящей статьи](#), которые не могут быть признаны допустимыми в соответствии со [ст. ст. 12 и 13](#) Закона о защите конкуренции или которые не предусмотрены иными федеральными законами.

41. Понятие координации экономической деятельности дано в [п. 14 ст. 4](#) Закона.

Под координацией экономической деятельности [Закон](#) понимает согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, не входящим в одну группу лиц ни с одним из таких хозяйствующих субъектов и не осуществляющим деятельность на товарном рынке, на котором осуществляется согласование действий хозяйствующих субъектов.

При этом, как указал ВС РФ, само по себе вхождение хозяйствующих субъектов в какую-либо профессиональную организацию (к примеру, ассоциацию) не означает, что эта организация координирует их действия. Координация предполагает совершение каких-либо активных действий со стороны координатора по отношению к субъектам, чьи действия необходимо согласовать. Согласовывать действия различных субъектов возможно, например, с помощью установления единых правил поведения, понуждения к совершению или отказу от совершения определенных действий и т.п. <1>.

<1> [Определение](#) ВС РФ от 17 февраля 2016 г. N 305-АД15-10488 по делу N A40-143256/2013.

[Закон](#) не раскрывает понятие согласования действий. Полагаем, что под согласованием следует понимать любое ограничение самостоятельности хозяйствующих субъектов волеизъявлением другого лица. Такое ограничение возможно в различных формах, начиная от получения предварительного согласования на определенные действия и заканчивая обязанностью прекратить те или иные действия по воле другого лица. При этом информирование другого лица о предпринятых действиях не может считаться формой координации, если такое информирование не дополняется обязанностью следовать тем или иным инструкциям другого лица.

Как видно из определения координации, она возможна только при наличии двух условий:

а) координатор не входит в группу лиц ни с одним координируемым лицом;

б) координатор не является участником того же самого рынка, на котором осуществляют свою деятельность координируемые лица. При этом [Закон](#) не говорит о том, что координатор не должен играть ту же

самую роль на товарном рынке. Закон весьма однозначен в установлении правила о том, что координатор не должен осуществлять деятельность на том же самом товарном рынке. В этом смысле вызывает недоумение второе предложение п. 14 ст. 4 о том, что "не являются координацией экономической деятельности действия хозяйствующих субъектов, осуществляемые в рамках "вертикальных" соглашений". Поскольку субъектами "вертикальных" соглашений могут быть только лица, ведущие деятельность на одном и том же товарном рынке, лишь играющие на нем разные роли, само собой понятно, что координация в рамках "вертикальных" соглашений невозможна.

42. Закон не дает ответа на вопрос о том, возможна ли координация деятельности лишь одного лица. Следуя буквальному толкованию комментируемого пункта ст. 4 Закона, следует прийти к выводу, что координация возможна лишь тогда, когда координируемых субъектов несколько. Объясняется это тем, что законодатель, говоря о согласовании, использует словосочетание "хозяйствующие субъекты" во множественном числе.

При этом лицо, действия которого координируются, должно отвечать признакам хозяйствующего субъекта. Координация действий лиц, таким признакам не отвечающих, не запрещается комментируемой статьей. Такой подход, основанный на буквальном толковании положений комментируемой статьи, разделяется в судебной практике <1>.

<1> Постановление Президиума ВАС РФ от 3 декабря 2013 г. N 9122/13 по делу N A53-25904/2012.

43. Как видно, комментируемая статья запрещает лишь такую координацию, которая приводит к последствиям, указанным в ч. ч. 1 - 3 ст. 11 Закона. Следовательно, координация экономической деятельности, которая хотя и ограничивает или может привести к ограничению конкуренции, но не приводит к последствиям, указанным в ч. ч. 1 - 3 ст. 11 Закона, не является формой деятельности, запрещенной ст. 11 Закона.

44. При анализе комментируемой статьи возникает вопрос о том, лежит ли в основании действий по координации экономической деятельности, запрещенных ст. 11 Закона о защите конкуренции, соглашение между координатором и координируемым лицом, либо координация запрещена ст. 11 Закона и при отсутствии соглашения между лицами. Давая понятие координации экономической деятельности, п. 14 ст. 4 Закона не связывает координацию с соглашением. Координация - это односторонние действия координирующего субъекта, которые могут совершаться по различным основаниям. Одним из таких оснований может являться соглашение между координатором и координируемым. Но координация может существовать и при отсутствии соглашения.

Несмотря на то что ст. 11 Закона озаглавлена как "Запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов", представляется, что действия по координации запрещены вне зависимости от того, совершены они в рамках соглашения или по другому основанию. Это объясняется следующим.

Во-первых, при толковании норм права заглавие статьи не имеет решающего значения.

Во-вторых, запрет ч. 5 ст. 11 адресован лишь одному субъекту - координатору, о чем свидетельствует буквальное толкование данной статьи. Запрещены сами действия по координации независимо от основания совершения таких действий.

Следовательно, нужно прийти к выводу, что ч. 5 ст. 11 запрещает действия по координации экономической деятельности хозяйствующих субъектов вне зависимости от основания, в силу которого такие действия стали возможными.

Субъектом запрета, установленного ч. 5 ст. 11, является лицо, осуществляющее координацию. На координируемый субъект запрет ч. 5 ст. 11 не распространяется.

Иное соглашение, предусмотренное в ч. 4 ст. 11 Закона, может быть заключено и без признаков координации, и если в действиях лица присутствуют признаки не только заключения ограничивающего конкуренцию соглашения, но и координации экономической деятельности, то такие действия подлежат квалификации по двум частям ст. 11 - по ч. ч. 4 и 5. Следовательно, действия координатора, если они осуществляются в рамках заключенного соглашения, подлежат квалификации по ч. ч. 4 и 5 ст. 11 Закона.

45. Судебная практика содержит различные примеры запрещенной законом координации, в основном осуществляемой различными организациями в отношении своих членов.

Так, действия некоммерческой организации, членами которой являются производители одного товара, по подготовке и утверждению соглашения ее участников, признанного нарушающим антимонопольное законодательство, осуществлению контроля за исполнением этого соглашения признаются координацией экономической деятельности, ограничивающей конкуренцию <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ЗСО от 28 августа 2012 г. N A27-12329/2009.

При этом ранее встречался подход, с которым трудно согласиться, требующий соблюдения особых правил к форме тех или иных документов, из которых следует совершение действий по координации экономической деятельности. Так, например, в одном из дел суды пришли к выводу о недоказанности действий по координации, поскольку на электронных письмах, полученных хозяйствующими субъектами от некоммерческой организации, членами которой они являются, отсутствовала электронная подпись <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС УО от 1 октября 2012 г. N Ф09-8847/12.

Убеждены, что эта неправильная практика должна прекратиться после принятия Президиумом ВАС РФ [Постановления](#) от 12 ноября 2013 г. N 18002/12.

Этим [Постановлением](#) была сформирована судебная практика о том, что совершение лицом незаконных действий (правонарушений) может быть подтверждено любыми документами и материалами: не только подлинными документами, надлежаще заверенными копиями, скриншотами, документами с электронной подписью, но и иными сведениями, например распечатками сообщений электронной почты, информацией с жестких дисков и иных носителей. При этом в целях доказывания совершения противоправных действий положения законодательства, определяющие юридическую силу электронных документов (ч. 3 ст. 75 АПК РФ), не применяются, так как речь идет не об оценке доказательств, а о доказывании правонарушения. Отсутствие соглашения об обмене электронными документами между сторонами переписки, а равно отсутствие электронной цифровой подписи в отправляемых и получаемых документах не препятствуют принятию таких документов в качестве доказательств совершения неправомерных действий <1>.

<1> [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 12 ноября 2013 г. N 18002/12.

Приведем еще ряд примеров из судебной практики в отношении координации.

Компания, осуществляющая управление жилыми домами, может осуществлять координацию деятельности операторов связи путем заключения договоров по поводу размещения средств и линий связи на общем имуществе в управляемых жилых домах <1>.

<1> [Постановление](#) ВС РФ от 18 января 2016 г. N 309-АД15-14153 по делу N A60-40325/2014.

Обсуждение возможности заключения эксклюзивных договоров поставки на собраниях, проводимых профессиональной ассоциацией, не является доказательством того, что такие договоры действительно заключались, и, следовательно, не является доказательством координации антиконкурентной деятельности со стороны ассоциации <1>.

<1> [Постановление](#) АС МО от 20 октября 2015 г. N Ф05-11070/2014 по делу N A40-97512/13-130-921.

Рассылка сообщений от общества в адрес своих подрядчиков с запретом приобретать продукцию у одного производителя и obligation приобретать продукцию у другого производителя является способом координации антиконкурентных действий <1>.

<1> [Постановление](#) АС МО от 6 февраля 2013 г. по делу N А40-41879/12-130-399.

Едва ли можно согласиться с подходом судов, заключающимся в том, что под координацией понимаются любые действия (в том числе письменные или устные указания, предписывающие осуществлять какие-либо действия или воздержаться от совершения каких-либо действий), последствием которых становится заключение антиконкурентного соглашения <1>. [Закон](#) не требует, чтобы действия координируемых лиц осуществлялись на основании соглашения между ними, заключенного в результате исполнения воли координируемого лица.

<1> [Постановление](#) АС СКО от 22 марта 2013 г. по делу N А53-25904/2012.

Установление ассоциацией минимальных и максимальных розничных цен, решение о предоставлении эксклюзивных прав поставки определенным лицам, решение о запрете продажи товаров, произведенных в определенном регионе, являются способами координации антиконкурентной деятельности со стороны профессиональной ассоциации <1>.

<1> [Постановление](#) АС УО от 8 мая 2015 г. N Ф09-8847/12 по делу N А47-7950/11.

46. [Часть 6 ст. 11](#) Закона устанавливает возможность признания соглашения допустимым.

В силу [ч. 6 ст. 11](#) Закона хозяйствующий субъект вправе представить доказательства того, что заключенные им соглашения, предусмотренные [ч. ч. 2 - 4 настоящей статьи](#), могут быть признаны допустимыми в соответствии со [ст. 12](#) или с [ч. 1 ст. 13](#) Закона о защите конкуренции.

Указанная [статья](#), таким образом, дает возможность признать антиконкурентное соглашение соответствующим требованиям антимонопольного законодательства.

Такая возможность существует только для тех соглашений, которые предусмотрены в [ч. ч. 2 - 4 ст. 11](#) Закона.

Обязанность представить доказательства допустимости соглашения возлагается на хозяйствующего субъекта. Поэтому если хозяйствующий субъект таких доказательств не представит, а антимонопольный орган, обладая такими доказательствами, не признает соглашение допустимым, то действия антимонопольного органа нельзя признать незаконными.

Вместе с тем полагаем, что антимонопольный орган вправе признать соглашение допустимым на основании собранных им доказательств.

Картель не может быть признан допустимым в соответствии с [ч. 1 ст. 13](#) Закона.

Если следовать буквальному толкованию [ч. 6 ст. 11](#), а также [ч. 1 ст. 13](#) Закона, действия по координации экономической деятельности не могут быть признаны допустимыми.

47. [Часть 7 ст. 11](#) допускает любые соглашения, если они совершены хозяйствующими субъектами, входящими в одну группу лиц, если одним из таких хозяйствующих субъектов в отношении другого хозяйствующего субъекта установлен контроль либо если такие хозяйствующие субъекты находятся под контролем одного лица, за исключением соглашений между хозяйствующими субъектами, осуществляющими виды деятельности, одновременное выполнение которых одним хозяйствующим субъектом не допускается в соответствии с законодательством РФ.

Понятие контроля для целей [ст. 11](#) дано в [ч. 8 ст. 11](#). Под контролем понимается возможность физического

или юридического лица прямо или косвенно (через юридическое лицо или через несколько юридических лиц) определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством одного или нескольких следующих действий:

- 1) распоряжение более чем 50% общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица;
- 2) осуществление функций исполнительного органа юридического лица.

Закон тем не менее запрещает соглашение между хозяйствующими субъектами, осуществляющими виды деятельности, одновременное выполнение которых одним хозяйствующим субъектом не допускается, даже если эти хозяйствующие субъекты состоят друг с другом в отношениях контроля.

По смыслу комментируемой **статьи** такие соглашения должны касаться тех видов деятельности, одновременное выполнение которых одним лицом не допускается. Если же соглашение касается иных видов деятельности, то такое соглашение следует считать допустимым, если стороны соглашения состоят друг с другом в отношениях контроля.

Если в соглашении участвуют как лица, состоящие друг с другом в отношениях контроля, так и лица, в таких отношениях не состоящие, то для оценки последствий такого соглашения следует оценивать лишь эффект от той части соглашения, в которой участвуют лица, не состоящие друг с другом в отношениях контроля.

Закон не дает прямого ответа на вопрос о том, на какой момент должны существовать отношения контроля - на момент заключения соглашения, либо в течение всего периода его существования, либо на момент вынесения антимонопольным органом решения по делу, либо на какой-нибудь другой момент времени. Между тем правильный ответ на этот вопрос чрезвычайно важен для практики применения комментируемой нормы.

Полагаем, что отношения контроля должны существовать на протяжении всего срока действия соглашения. Это объясняется следующим. **Закон** запрещает не заключение соглашения, а сами соглашения. Поэтому, если на момент заключения соглашения оно и было законным по причине наличия отношений контроля между хозяйствующими субъектами, то при утрате таких отношений соглашение выпадает из-под исключения и становится запрещенным. Другое дело, что последствия участия в таком соглашении должны оцениваться антимонопольным органом только за период, в котором отношения контроля отсутствовали.

Антимонопольный орган вправе в процессе рассмотрения дела признать, что сделка или иное действие, в результате которого были созданы отношения контроля, были мнимыми, то есть совершенными без намерения создать реальные отношения контроля. В этом случае антимонопольный орган вправе признать соглашение незаконным.

Еще одним примером попытки создания контроля между хозяйствующими субъектами - конкурентами является заключение между ними договоров доверительного управления.

Полагаем, что договор доверительного управления не является основанием для признания хозяйствующих субъектов группой лиц в рамках **ч. ч. 7, 8 ст. 11**.

Данное утверждение подтверждается в том числе и судебной практикой. Так, при рассмотрении одного из дел суды пришли к выводу о том, что передача имущества в доверительное управление не влечет перехода права собственности на него к доверительному управляющему, а следовательно, отсутствует факт возможности распоряжения доверительным управляющим по собственному усмотрению более чем 50% общего количества голосов, приходящихся на доли, составляющие уставный капитал юридического лица <1>.

<1> **Постановление** АС МО от 1 декабря 2015 г. по делу N А40-22931/2014 (**Определением** ВС РФ от 24 марта 2016 г. N 305-КГ16-1421 отказано в передаче дела на рассмотрение судебной коллегии).

48. **Часть 9 комментируемой статьи** устанавливает, что требования настоящей **статьи** не распространяются на соглашения о предоставлении и (или) об отчуждении права использования результата

интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг.

Закрытый перечень результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации содержится в [п. 1 ст. 1225](#) ГК РФ. Обобщенно результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации названы в указанной [статье](#) ГК РФ интеллектуальной собственностью.

Обращает на себя внимание, что [ч. 9 комментируемой статьи](#) говорит лишь о средствах индивидуализации юридического лица, а также продукции, работ и услуг. Вместе с тем [ГК РФ](#) знает еще и средство индивидуализации предприятия.

Если исходить из правила о том, что исключение из общего правила не подлежит расширительному толкованию, то следует заключить, что соглашения, предметом которых являются коммерческие обозначения, подпадают под сферу действия [ст. 11](#), тогда как на соглашения по поводу иных объектов интеллектуальной собственности [ст. 11](#) не распространяется.

Полагаем, что такое толкование было бы неверным, поскольку намерение законодателя четко видно и заключается в том, чтобы исключить из сферы действия антимонопольного закона любые объекты интеллектуальной собственности. Отсутствие среди этих объектов коммерческого обозначения следует признать недостатком законодательной техники.

49. [Часть 10 комментируемой статьи](#) устанавливает правило о том, что соглашения о совместной деятельности, которые были заключены с предварительного согласия антимонопольного органа, не могут быть признаны запрещенными в соответствии с требованиями [комментируемой статьи](#).

[Закон](#) о защите конкуренции не раскрывает понятия соглашения о совместной деятельности. Полагаем, что, исходя из принципа единства российской системы права, из которого следует необходимость наделения одних и тех же понятий одинаковым содержанием, соглашением о совместной деятельности можно считать договор простого товарищества, предусмотренный [гл. 55](#) ГК РФ.

Сказанное подтверждается также и тем обстоятельством, что соглашения о совместной деятельности в основном посвящена [гл. 7](#) Закона о защите конкуренции, которая регулирует вопросы контроля за экономической концентрацией. Полагаем, что договор простого товарищества отвечает понятию экономической концентрации, поскольку в результате его заключения различные субъекты формируют некую общность, которая в определенном смысле выступает в хозяйственном обороте как один субъект.

Статья 11.1. Запрет на согласованные действия хозяйствующих субъектов, ограничивающие конкуренцию

Комментарий к [статье 11.1](#)

1. [Статья 11.1](#) Закона о защите конкуренции устанавливает конкретные виды запрещенных согласованных действий. [Статья 11.1](#) Закона, появившаяся с принятием третьего антимонопольного [пакета](#), впервые четко отграничила согласованные действия от соглашений, в которых между участниками антиконкурентного поведения существует более определенная связь, опосредованная договоренностью. Используя квалифицирующие признаки согласованных действий, установленные [ст. 8](#) Закона о защите конкуренции, антимонопольные органы на основании [ст. 11.1](#) имеют возможность влиять на монополистическую деятельность, дающую ее участникам неконкурентные преимущества, в ситуациях, когда уровень координации такой деятельности не достиг степени формализованного соглашения.

Комментируемая [статья](#) закрепляет принцип, в соответствии с которым общественную опасность, за исключением случаев, поименованных в [ч. 2 ст. 11.1](#) Закона, представляют согласованные действия хозяйствующих субъектов - конкурентов. Это значит, что при применении данной [статьи](#) необходимо определить товарный рынок и прийти к выводу, что участники согласованных действий действуют на товарном рынке в качестве конкурентов.

Поэтому не могут быть квалифицированы как согласованные действия по [ст. 11.1](#) Закона о защите конкуренции действия лиц, действующих на одном товарном рынке, но не в качестве конкурентов, а, например, как продавец и покупатель.

Так, например, Первый апелляционный арбитражный суд, признавая незаконным решение антимонопольного органа, принятое в отношении банка и страховых компаний, в своем [Постановлении](#) от 3 декабря 2012 г. по делу N А79-4242/2012 указал, в частности, что договоры коллективного страхования, заключенные между банком и страховыми компаниями, являются "вертикальными" соглашениями. Таким образом, с точки зрения антимонопольного законодательства кредитная и страховая организации не являются конкурентами, к соглашениям данных хозяйствующих субъектов невозможно применение [ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции, а их согласованные действия не могут быть квалифицированы в качестве нарушения [ст. 11.1](#) данного Закона.

Также не подпадают под действие данной [статьи](#) согласованные действия хозяйствующих субъектов, которые осуществляют свою деятельность на разных товарных рынках. Так, например, не могут признаваться противоправными согласованные действия производителей одинаковой продукции, один из которых реализует ее исключительно в РФ, а другой экспортирует за границу, представляющую собой отдельный товарный рынок.

С точки зрения субъектного состава для определения действий в качестве согласованных достаточно, чтобы в них участвовали хотя бы два конкурента. При этом законодатель в [ч. ч. 5 и 6 ст. 11.1](#) Закона установил еще два исключения из сферы действия запрета на согласованные действия. В соответствии с [ч. 5](#) из-под действия [ст. 11.1](#) выведены действия лиц, доля которых на товарном рынке не превышает 20% и при этом доля каждого из которых на товарном рынке не превышает 8%. Тем самым совершенно обоснованно признается, что поведение мелких участников товарных рынков не является общественно опасным и не способно негативно повлиять на товарные рынки <1>.

<1> См., напр.: решение АС Псковской области от 15 декабря 2014 г. N А52-3026/2014, которым арбитражный суд признал недействительным решение антимонопольного органа. При этом одним из оснований его недействительности было указано, что из проведенного анализа конкуренции на соответствующем товарном рынке следует, что совокупная доля хозяйствующих субъектов, обвиненных в совершении согласованных действий, не превышала 20%.

Кроме того, [ч. 6 данной статьи](#) последовательно проводит закрепленный в Законе о защите конкуренции принцип о том, что действия хозяйствующих субъектов, входящих в одну группу лиц, рассматриваются как действия единого субъекта. По своей природе они должны координироваться в рамках своей группы, а потому не могут быть квалифицированы как согласованные действия хозяйствующих субъектов, тем более конкурентов.

2. Действия хозяйствующих субъектов - конкурентов, подпадающие под признаки [ст. 8](#) Закона о защите конкуренции, являются противоправными, только если они влекут наступление антиконкурентных последствий. Наступление последствий, к которым приводят согласованные действия, является квалифицирующим признаком, который подлежит доказыванию при установлении антимонопольного правонарушения. При этом в ныне действующей редакции Закона ранее действовавшая широкая формула "приводят или могут привести к" сужена до "приводят к". Такое изменение, помимо прочего, является дополнительным разграничительным признаком для дифференциации антиконкурентных соглашений ([ст. 11](#) Закона о защите конкуренции) от антиконкурентных согласованных действий. На это, в частности, указано в [Постановлении](#) 9 ААС от 29 мая 2015 г. по делу N А40-117274/14.

Так, отказывая в признании решения антимонопольного органа незаконным, суд указал, что отличительной особенностью согласованных действий, запрет на которые установлен [ст. 11.1](#) Закона о защите конкуренции, является лишь реальное наступление негативных последствий, указанных в [подп. 1 - 5 ч. 1 названной статьи](#) Закона. Соответственно, разграничение антиконкурентных составов возлагает на антимонопольный орган различный объем публично-правовых обязанностей по доказыванию их последствий: необходимость подтверждения таких последствий в случае квалификации антиконкурентного поведения в качестве согласованных действий, с одной стороны, и наличие угрозы их наступления - при квалификации поведения на основании [ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции (заключении соглашения), с другой стороны.

Конкретные негативные последствия, образующие состав антимонопольного нарушения, перечислены в [ч. 1 данной статьи](#). Их состав содержит классические для антимонопольного регулирования формы отрицательного влияния согласованных действий на товарные рынки. Каждое из указанных в [ст. 11.1](#) Закона последствий является самостоятельным составом правонарушения. Для правильного применения этих

положений надо понимать, что все перечисленные последствия должны иметь доказанную причинно-следственную связь с согласованными действиями.

Перечень последствий указан в **ч. 1 ст. 11.1** Закона о защите конкуренции как исчерпывающий. В то же время **ч. 3 ст. 11.1**, устанавливающая возможность квалификации в качестве антиконкурентных иных согласованных действий, делает общую конструкцию с точки зрения конкретных составов нарушения неограниченной - любые согласованные действия, имеющие последствия, которые можно определить как ограничение конкуренции, являются антимонопольным нарушением. При этом признаки ограничения конкуренции указаны в **п. 17 ст. 4** Закона о защите конкуренции.

3. Отдельные правила установлены для оптовых и (или) розничных рынков электрической энергии (мощности). Для хозяйствующих субъектов, являющихся участниками оптового и (или) розничных рынков электрической энергии (мощности), организаций коммерческой инфраструктуры, организаций технологической инфраструктуры и сетевых организаций, действующих на этих рынках, установлен запрет на согласованные действия, если такие согласованные действия приводят к манипулированию ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности). В этих случаях правило о том, что участниками таких согласованных действий должны быть организации-конкуренты, не применяется.

В связи с важностью такой специфической отрасли, как электроэнергетика, законодатель признает, что на данном рынке общественную опасность представляют не только поведение конкурентов, но и согласованные действия лиц, конкурентами не являющихся, которые приводят к манипулированию ценами. Поэтому правила о согласованных действиях в этой сфере должны применяться с учетом указанных в **ч. 2 ст. 11.1** Закона о защите конкуренции особенностей.

4. В **ч. 4 ст. 11.1** Закона о защите конкуренции закреплено правило, в соответствии с которым хозяйствующий субъект, которому предъявлены претензии о совершении им противоправных согласованных действий, вправе представить доказательства того, что осуществленные им согласованные действия могут быть признаны допустимыми в соответствии с **ч. 1 ст. 13** Закона о защите конкуренции.

Эта возможность существует в случаях, если такими действиями не создается возможность для отдельных лиц устранить конкуренцию на соответствующем товарном рынке, не налагаются на их участников или третьих лиц ограничения, не соответствующие достижению целей таких согласованных действий. При этом обязательным условием применения **ст. 13** Закона о защите конкуренции является то, что результатом согласованных действий является или может являться: либо 1) совершенствование производства, реализации товаров, или стимулирование технического, экономического прогресса, или повышение конкурентоспособности товаров российского производства на мировом товарном рынке, либо 2) получение покупателями преимуществ (выгод), соразмерных преимуществам (выгодам), полученным хозяйствующими субъектами в результате действий (бездействия), соглашений и согласованных действий, сделок.

Статья 12. Допустимость соглашений

Комментарий к [статье 12](#)

1. Комментируемой [статьей](#) установлены специальные критерии допустимости "вертикальных" соглашений, наличие которых влечет нераспространение как специальных антимонопольных запретов, установленных для такого рода вложений в **ч. 2 ст. 11** Закона о защите конкуренции, так и общих запретов для "вертикальных" антиконкурентных соглашений, предусмотренных в **ч. 4 ст. 11** Закона о защите конкуренции. Важно отметить, что "вертикальные" соглашения могут быть признаны допустимыми не только согласно критериям, установленным в комментируемой [статье](#), но и на основании общих условий допустимости, предусмотренных в **ст. 13** Закона о защите конкуренции, а также специальных исключений, утвержденных Правительством РФ ^{<1>}.

^{<1>} См.: Общие исключения для "вертикальных" соглашений.

Положения комментируемой [статьи](#) не распространяются на "вертикальные" соглашения между финансовыми организациями. Критерии допустимости соглашений между финансовыми организациями

регулируются специальными правилами <1>.

<1> См., напр.: Общие **исключения** для соглашений между кредитными и страховыми организациями.

3. Согласно **ч. 1 комментируемой статьи** в качестве допустимых "вертикальных" соглашений в письменной форме Законом о защите конкуренции определены договоры коммерческой концессии.

В соответствии со **ст. 1027** ГК РФ по договору коммерческой концессии одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс принадлежащих правообладателю исключительных прав, включающий право на товарный знак, знак обслуживания, а также права на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав, в частности на коммерческое обозначение, секрет производства (ноу-хау).

Договор коммерческой концессии может предусматривать использование комплекса исключительных прав, деловой репутации и коммерческого опыта правообладателя в определенном объеме (в частности, с установлением минимального и (или) максимального объема использования), с указанием или без указания территории использования применительно к определенной сфере предпринимательской деятельности (продаже товаров, полученных от правообладателя или произведенных пользователем, осуществлению иной торговой деятельности, выполнению работ, оказанию услуг).

При этом **ч. 1 ст. 1033** ГК РФ прямо установлена возможность включения в договор ограничительных условий для правообладателя и пользователя, в том числе:

- обязательство правообладателя не предоставлять другим лицам аналогичные комплексы исключительных прав для их использования на закрепленной за пользователем территории либо воздерживаться от собственной аналогичной деятельности на этой территории;

- обязательство пользователя не конкурировать с правообладателем на территории, на которую распространяется действие договора коммерческой концессии в отношении предпринимательской деятельности, осуществляемой пользователем с использованием принадлежащих правообладателю исключительных прав;

- отказ пользователя от получения по договорам коммерческой концессии аналогичных прав у конкурентов (потенциальных конкурентов) правообладателя;

- обязательство пользователя реализовывать, в том числе перепродавать, произведенные и (или) закупленные товары, выполнять работы или оказывать услуги с использованием принадлежащих правообладателю исключительных прав по установленным правообладателем ценам, а равно обязательство пользователя не осуществлять реализацию аналогичных товаров, выполнение аналогичных работ или оказание аналогичных услуг с использованием товарных знаков или коммерческих обозначений других правообладателей.

4. Правовая природа отношений, возникающих из договора коммерческой концессии, в том числе подразумевающей передачу правообладателем определенного объема исключительных прав своему контрагенту в пользование, указывает на возможность установления соответствующих ограничений для сторон, влияющих на самостоятельность действий на определенном товарном рынке.

Вместе с тем для договоров коммерческой концессии, установление ограничительных условий в которых прямо предусмотрено **ГК РФ**, положением **ч. 3 ст. 1033** ГК РФ введено правило, согласно которому ограничительные условия, влекущие негативные для конкуренции последствия при их противоречии антимонопольному законодательству, могут быть исключены в судебном порядке по требованию заинтересованного лица или антимонопольного органа.

Подобная коллизия норм **Закона** о защите конкуренции и **ГК РФ** подлежит устранению путем детализации случаев допустимости договоров коммерческой концессии с выделением критериев, по которым положения подобных договоров могут быть признаны противоречащими антимонопольным требованиям по аналогии с лучшими мировыми практиками <1>.

<1> См., напр.: European Commission Notice "Guidelines on Vertical Restraints", 2010.

Это возможно лишь в том случае, когда договор коммерческой концессии не имеет или теряет статус "вертикального" соглашения, так как, будучи "вертикальным", он автоматически подпадает под исключение [ч. 1 ст. 12](#) Закона о защите конкуренции и всегда признается допустимым (не противоречащим антимонопольному законодательству). Представляется, что наиболее очевидный случай, когда договор коммерческой концессии не будет "вертикальным" соглашением, - это заключение такого договора между двумя конкурентами-производителями. Например, один производитель (производитель А) предоставляет другому производителю аналогичного товара (производитель Б) право использовать комплекс принадлежащих производителю А исключительных прав в отношении товара. Каждый из производителей А и Б самостоятельно производят товар и одновременно конкурируют на рынке такого товара. В этой ситуации договор коммерческой концессии между производителями А и Б не будет "вертикальным", поскольку данные производители являются прямыми конкурентами и договоренности между ними должны оцениваться через призму [ч. ч. 1 и 4 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции.

5. Необходимо отметить, что "вертикальные" соглашения признаются допустимыми согласно [ч. 1 ст. 12](#) Закона о защите конкуренции только в том случае, если они соответствуют признакам договора коммерческой концессии и требованиям к нему, установленным в [гл. 54](#) ГК РФ <1>. Так, обязательным условием договора коммерческой концессии является передача в составе комплекса исключительных прав права на товарный знак или знак обслуживания, что обуславливает необходимость государственной регистрации договора в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности <2>. Таким образом, для оценки "вертикальных" соглашений на соответствие требованиям договора коммерческой концессии важное значение имеет как содержание данных соглашений, так и их форма.

<1> Данное требование прямо закреплено в [Разъяснении](#) Президиума ФАС России "Вертикальные" соглашения, в том числе "дилерские" соглашения", утвержденном протоколом Президиума ФАС России от 17 февраля 2016 г. N 3.

<2> [Определение](#) ВС РФ от 26 августа 2015 г. N 304-ЭС15-5828 по делу N A45-13334/2014.

С точки зрения содержания в практике ФАС встречается позиция, согласно которой предоставление прав на использование товарных знаков в ограниченном объеме и для ограниченных целей свидетельствует об отсутствии отношений коммерческой концессии, так как [ГК РФ](#) при описании предмета договора коммерческой концессии не предусматривает таких ограничений <1>. В судебной практике рассматриваемый вопрос содержания детально не анализировался. При этом встречаются отдельные решения, которые можно интерпретировать таким образом, что суды приходят к выводу о допустимости соглашений согласно [Закона](#) о защите конкуренции, если такие соглашения хоть и не являются в чистом виде договорами коммерческой концессии, но содержат в себе признаки коммерческой концессии <2>. Однако данные решения сформулированы крайне нечетко, из них непонятно, каким образом и в каком объеме суды применили положения комментируемой [статьи](#), поэтому навряд ли можно в полной мере руководствоваться ими на практике.

<1> Решение по делу в отношении ООО "Форд Соллерс Холдинг" от 25 декабря 2015 г. N 1-11-38/00-05-15 // <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-promyshlennosti/05-12496-16>.

<2> Постановления ВС РФ от 17 ноября 2014 г. N [304-АД14-55](#) по делу N A45-4580/2013, ФАС ЗСО от 19 марта 2014 г. по делу N [A45-4580/2013](#), Седьмого апелляционного арбитражного суда от 28 октября 2013 г. по делу N [A45-4580/2013](#).

Что касается формы, то предоставление по договору коммерческой концессии исключительных прав подлежит государственной регистрации ([ч. 2 ст. 1028](#) ГК РФ). Отсутствие такой регистрации может быть основанием для неприменения критериев допустимости [ч. 1 ст. 12](#) Закона о защите конкуренции. Так, ФАС

России в рамках рассмотрения конкретных дел направляет запросы в Роспатент с целью проверки факта регистрации и при отсутствии подтверждения таких фактов со стороны Роспатента принимает решения о неприменении критериев допустимости [ч. 1 ст. 12 Закона о защите конкуренции](#) <1>.

<1> Постановления Девятого апелляционного арбитражного суда от 24 июля 2015 г. [N 09АП-20102/2015](#) по делу N A40-198265/14, АС МО от 3 ноября 2015 г. [N Ф05-15287/2015](#) по делу N A40-198265/14.

6. Согласно [ч. 2 комментируемой статьи](#) "вертикальные" соглашения между хозяйствующими субъектами признаются допустимыми (за исключением "вертикальных" соглашений между финансовыми организациями), если доля каждого из субъектов на товарном рынке товара, являющегося предметом "вертикального" соглашения, не превышает 20%.

Определение географических, продуктовых границ товарного рынка, расчет долей хозяйствующих субъектов на товарном рынке осуществляются в соответствии с [Порядком](#) анализа товарных рынков.

В частности, [п. 10.4](#) Порядка анализа товарных рынков предусмотрены особенности проведения анализа в отношении "вертикальных" соглашений, содержащих признаки нарушения [ч. 2 ст. 11 Закона о защите конкуренции](#).

Анализ рынка в таких случаях включает в себя:

- определение временного интервала исследования товарного рынка;
- определение продуктовых границ товарного рынка;
- определение географических границ товарного рынка;
- определение состава хозяйствующих субъектов - участников "вертикального" соглашения (в котором усматриваются признаки нарушения антимонопольного законодательства), действующих на товарном рынке в качестве продавцов и покупателей;
- расчет объема товарного рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке.

Необходимо учитывать, что товар может обращаться на одной и той же территории на разных товарных рынках. В частности, товар может обращаться на оптовых рынках, на которых продаются партии товара преимущественно для целей последующей перепродажи или профессионального использования, и на розничных рынках, на которых осуществляется продажа единичного количества товара преимущественно для личного использования ([п. 3.3](#) Порядка анализа товарных рынков).

Таким образом, для определения допустимости "вертикального" соглашения в соответствии с [ч. 2 ст. 12 Закона о защите конкуренции](#) доли сторон такого соглашения следует определять в отношении товара, являющегося предметом "вертикального" соглашения, на каждом из рынков, на которых обращается такой товар, приобретаемый по "вертикальному" соглашению.

Аналогичный вывод содержится в [Разъяснении](#) Президиума ФАС России, в котором в том числе отмечается необходимость определения доли сторон такого соглашения в отношении товара, являющегося предметом "вертикального" соглашения, на каждом из рынков, на которых осуществляются реализация, приобретение и перепродажа такого товара сторонами данного соглашения <1>.

<1> [Разъяснение](#) Президиума ФАС России "Вертикальные" соглашения, в том числе "дилерские" соглашения", утвержденные протоколом Президиума ФАС России от 17 февраля 2016 г. N 3.

Таким образом, доли сторон "вертикального" соглашения должны быть определены на четырех рынках, если, конечно, такие рынки являются обособленными и стороны присутствуют на них: 1) рынок, на котором продавец покупает товар, являющийся предметом "вертикального" соглашения; 2) рынок, на котором продавец продает этот товар; 3) рынок, на котором покупатель приобретает данный товар, и 4) рынок, на котором

покупатель перепродает этот товар.

Президиум ФАС России еще в 2012 г. сформировал подход к анализу соответствующего рынка (рынков) для целей определения допустимости "вертикальных" соглашений, который заключается в том, что необходимость определения доли продавца и (или) покупателя существует только на том товарном рынке, на котором осуществляется введение в оборот товара, являющегося предметом соглашения <1>.

<1> Решение Президиума ФАС России от 30 марта 2012 г. N 6-10/3.

Следовательно, если доля хотя бы одной из сторон "вертикального" соглашения на товарном рынке товара, который составляет его предмет и в отношении оборота которого сторонами установлены ограничения, превышает 20%, то такое "вертикальное" соглашение не может быть признано допустимым по смыслу **ч. 2 ст. 12** Закона о защите конкуренции.

Данный вывод также подтверждается правоприменительной практикой <1>.

<1> См., напр.: Постановления АС МО от 8 июля 2015 г. **N Ф05-8183/2015** по делу N А40-181711/13, Президиума ВАС РФ от 29 ноября 2011 г. **N 6577/11**.

Также в Порядке отмечается, что если соглашение хозяйствующих субъектов, в котором усматриваются признаки нарушения антимонопольного законодательства, заключено в связи с продажей нескольких товаров на разных товарных рынках, то такие товарные рынки следует анализировать обособленно.

Так, например, "вертикальное" соглашение может быть заключено между производителем автомобилей и запасных частей/расходных материалов и его дистрибьютором и содержать ограничение по цене перепродажи нескольких товаров, входящих в предмет соглашения. Для целей допустимости такого соглашения, а именно условия о цене перепродажи, необходимо определить доли производителя и дистрибьютора на каждом из рынков, которые затронуты соглашением.

Суммируя вышеизложенное, можно сказать, что **Законом** о защите конкуренции установлен обязательный критерий **de minimis** для "вертикальных" соглашений, который означает возможность применения антимонопольных требований к "вертикальным" соглашениям только в том случае, если доля продавца или покупателя на рынке (рынках) товара, в отношении которого заключено "вертикальное" соглашение, превышает 20%.

Поэтому в каждом конкретном случае антимонопольный орган в рамках рассмотрения дела должен провести анализ рынка, в том числе установить, превышают ли доли участников соглашения указанный порог, и отразить это в аналитическом отчете <1>.

<1> Требование о проведении анализа рынка и определении долей на нем в рамках рассмотрения дел, касающихся "вертикальных" соглашений, также предусмотрено в **п. п. 1.1 и 10.4** Порядка анализа товарных рынков.

7. Федеральным **законом** от 3 июля 2016 г. N 264-ФЗ установлен иммунитет для соглашений, ограничивающих конкуренцию, сторонами которых являются представители малого бизнеса, т.е. такие соглашения будут признаваться допустимыми по **Законоу** о защите конкуренции. Иммунитет распространяется только на антиконкурентные соглашения, указанные в **ч. 4 ст. 11** Закона о защите конкуренции. Таким образом, картели (**ч. 1 ст. 11**) и запрещенные антиконкурентные "вертикальные" соглашения (**ч. 2 ст. 11**) с участием представителей малого бизнеса остаются запрещенными, и действие указанного иммунитета на них распространяться не будет. Иммунитет предоставляется только при соблюдении двух условий: 1) суммарная (совокупная) выручка сторон рассматриваемого антиконкурентного соглашения за последний календарный год не превышает 400 млн. руб.; 2) каждая из сторон такого соглашения не входит в группу лиц, включающую иные юридические лица, а также деятельность сторон соглашения не сопряжена с повышенными антимонопольными рисками (например, они осуществляют естественно-монопольные виды деятельности) <1>.

<1> Более подробно этот критерий раскрыт в [комментарии к ст. 5](#) Закона о защите конкуренции.

Статья 13. Допустимость действий (бездействия), соглашений, согласованных действий, сделок, иных действий

Комментарий к [статье 13](#)

1. Комментируемая [статья](#) определяет условия, при соблюдении которых действия (бездействие), соглашения, согласованные действия, сделки могут быть признаны допустимыми с точки зрения антимонопольного законодательства.

2. Допустимыми в соответствии с [ч. 1 ст. 13](#) Закона могут быть признаны:

1) установление или поддержание цены товара, являющегося результатом инновационной деятельности ([п. 1 ч. 1](#) Закона, но только в отношении результатов инновационной деятельности);

2) экономически или технологически не обоснованное сокращение или прекращение производства товара ([п. 4 ч. 1](#) Закона);

3) создание дискриминационных условий ([п. 8 ч. 1 ст. 10](#) Закона);

4) создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам ([п. 9 ч. 1 ст. 10](#) Закона);

5) манипулирование ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии ([п. 11 ч. 1 ст. 10](#) Закона);

6) "вертикальные" соглашения ([ч. 2 ст. 11](#) Закона);

7) соглашения участников оптового и розничных рынков электрической энергии ([ч. 3 ст. 11](#) Закона);

8) иные ограничивающие конкуренцию соглашения ([ч. 4 ст. 11](#) Закона);

9) согласованные действия ([ст. 11.1](#) Закона);

10) сделки, иные действия, предусмотренные [ст. ст. 27 - 29](#) Закона;

11) соглашения о совместной деятельности, заключенные между хозяйствующими субъектами - конкурентами.

Поскольку перечень запретов злоупотребления доминирующим положением, предусмотренный [ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, не является исчерпывающим, то могут быть признаны допустимыми также действия, которые прямо не поименованы в [ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, если в отношении их выполняются условия, предусмотренные [ч. 1 ст. 13](#) Закона о защите конкуренции.

Безусловный запрет продолжает действовать в отношении наиболее опасных для конкуренции, общественного благосостояния и интересов потребителей действий и соглашений, предусмотренных [п. п. 1](#) (за исключением случаев установления или поддержания цены товара, являющегося результатом инновационной деятельности), [2, 3, 5, 6, 7](#) и [10 ч. 1 ст. 10](#), [ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции.

2. В соответствии с [ч. 1 ст. 13](#) Закона о защите конкуренции для признания действий (соглашений, сделок) допустимыми необходимо наличие ряда условий. В частности, действия (соглашения, сделки):

1) не должны создавать возможности для отдельных лиц устранить конкуренцию на соответствующем товарном рынке;

2) не должны накладывать на их участников или третьих лиц ограничения, не соответствующие

достижению целей таких действий (соглашений);

3) результатом действий (соглашений, сделок) являются или могут являться: совершенствование производства, реализации товаров или стимулирование технического, экономического прогресса либо повышение конкурентоспособности товаров российского производства на мировом товарном рынке или получение покупателями преимуществ (выгод), соразмерных преимуществам (выгодам), полученным хозяйствующими субъектами в результате действий (бездействия), соглашений и согласованных действий, сделок.

Хозяйствующие субъекты могут рассчитывать на признание их действий (соглашений) допустимыми при обязательном установлении указанных условий и достижении (возможности достижения) результатов в совокупности.

Такое толкование **ч. 1 ст. 13** Закона о защите конкуренции дано в **Разъяснении** N 5 Президиума ФАС России "Оценка допустимости способов ведения бизнеса субъектами, занимающими доминирующее положение на рынке", утвержденными протоколом Президиума ФАС России от 24 февраля 2016 г. <1>.

<1> <http://fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=14268>

В качестве иллюстрации того, что для применения **ч. 1 ст. 13** Закона о защите конкуренции необходимо наличие всех обязательных признаков допустимости, можно привести дело N A28-7766/2014.

Решением комиссии Кировского УФАС от 18 апреля 2014 г. открытое акционерное общество междугородной и международной связи "Ростелеком" (далее - общество) признано нарушившим **п. 4 ч. 1 ст. 10** Закона о защите конкуренции.

В ходе рассмотрения дела УФАС установило, что общество проводило плановые работы по модернизации сетей связи, предусматривающих замену аналогового оборудования на цифровое оборудование с использованием волоконно-оптического кабеля (технология GPON). Схема организации доступа к сети связи по этой технологии предусматривает подключение к абонентской линии оконечного (пользовательского) оборудования связи через абонентский оптический терминал и адаптер электропитания на 220 Вт. Для оказания абонентам услуг связи по технологии GPON оптический кабель прокладывается до жилого помещения, а внутри жилого помещения устанавливается дополнительное оборудование.

Общество, не получив согласия абонентов либо получив отказ на переключение по технологии GPON, демонтировало в д. 57 по ул. Чапаева все медные линии и прекратило предоставление абонентам доступа к сети местной телефонной связи и пользование телефонной связью с оказанием услуг телефонной связи по распределительной сети на основе медного кабеля.

Довод заявителя о том, что его действия являлись допустимыми в соответствии с **ч. 1 ст. 13** Закона о защите конкуренции, был отклонен судом апелляционной инстанции, поскольку условия для признания их таковыми, обозначенные в указанной норме, отсутствуют. В частности, действия (бездействие) хозяйствующего субъекта могут быть признаны допустимыми, если ими не налагаются ограничения на третьих лиц. В рассматриваемой ситуации действиями оператора связи были ограничены права абонентов на получение услуг связи в соответствии с действующим договором на оказание этих услуг <1>.

<1> **Постановление** AC BBO от 29 октября 2015 г. N Ф01-3817/2015 по делу N A28-7766/2014.

В качестве примера установления признаков допустимости можно привести следующее дело.

Так, ФАС России признала допустимым соглашение производителей труб, отказавшихся от самостоятельных действий по реализации производимой продукции (**ч. 4 ст. 11**) <1>, в связи со следующим.

<1> Решение ФАС России от 29 марта 2013 г. по делу N 1-11/197-11.

Благодаря заключению соглашения в рассматриваемом ФАС России периоде совокупный объем инвестиций в производственные мощности российских трубных заводов составил более 2 млрд. долл. США. Рост объемов мощностей превысил спрос потребителей данной продукции, что привело к повышению уровня конкуренции на рынке труб большого диаметра и развитию рынка листового проката, инвестиции в который превысили 4 млрд. долл. США. В результате в России была создана новая отрасль по производству труб большого диаметра полного цикла - от сырья до конечной продукции, появилось более 6000 рабочих мест, увеличены налоговые платежи заводов в бюджет страны.

ФАС посчитала, что достигнутое соглашение не создало возможности для отдельных лиц устранить конкуренцию (условие 1), поведение участников являлось экономически и технологически целесообразным (т.е. на них не наложены необоснованные ограничения (условие 2)) и позволило производителям инвестировать средства в развитие и совершенствование производства, расширить ассортимент, повысить качество и конкурентоспособность продукции (результат). В решении непосредственно не сделан вывод относительно преимуществ, полученных потребителями именно в результате соглашения. Между тем отмечается, что цены продукции были ниже аналогов зарубежного производства, что косвенно указывает на учет ФАС России интересов потребителей.

В решении от 17 октября 2012 г. по делу N 1-10-222/11 в отношении ООО "Силовые агрегаты - Группа Газ" ФАС России пришла к выводу о том, что заключение и исполнение дилерских договоров, содержащих ограничения территории продажи продукции, не повлекли последствий в виде устранения конкуренции (т.е. условий, при которых соперничество хозяйствующих субъектов в рамках определенного товарного рынка исключается ввиду создания "эксклюзивного статуса" для одного лица) ввиду того обстоятельства, что указанные ограничения имели своей целью создание условий для надлежащего исполнения дистрибьюторами обязательств по гарантийному и сервисному обслуживанию продукции и, как следствие, наиболее оптимальное удовлетворение потребностей конечных потребителей. Комиссия также установила, что включение в договоры соответствующих ограничений привело к приобретению покупателями продукции соразмерных выгод.

Представляется, что применение положений комментируемой [статьи](#) возможно и по собственной инициативе ФАС России, однако на практике во всех изученных случаях <1> признание допустимости по [ст. 13](#) Закона иницируется и обосновывается ответчиками.

<1> Решения ФАС России от 17 декабря 2010 г. по делу N 1-11/27-10, от 28 сентября 2009 г. по делу N 1-11/113-08, от 17 октября 2012 г. по делу N 1-10/222-11, от 29 марта 2013 г. по делу N 1-11/197-11, от 24 февраля 2009 г. по делу N 1-11/43-08.

Так, Пленум ВАС РФ указал, что при квалификации по общему запрету на злоупотребление доминирующим положением ([ч. 1 ст. 10](#)) действий, прямо не поименованных в данной норме, суду и антимонопольному органу надлежит учитывать не только положения [ст. 10](#) ГК РФ, не допускающие злоупотребление правом, но и в том числе [ч. 1 ст. 13](#) Закона о защите конкуренции и, в частности, определять, были совершены данные действия в допустимых пределах осуществления гражданских прав либо ими налагаются на контрагентов неразумные ограничения или ставятся необоснованные условия реализации контрагентами своих прав <1>.

<1> [Пункт 4](#) Постановления Пленума ВАС РФ N 30.

Вместе с тем, признавая законность решения ФАС России по делу о злоупотреблении доминирующим положением со стороны ОАО "РЖД" и ОАО "ПНК" в связи с установлением ими препятствий доступу на товарный рынок гранитного щебня фракции 25 - 60 мм, Президиум ВАС РФ указал, что обязанность доказывать допустимость своих действий [ч. 2 ст. 10](#) Закона возложена на совершившего их субъекта <1>.

<1> [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 18 февраля 2014 г. N 3323/13.

Из данной правовой позиции Президиума ВАС РФ в целом следует, что хозяйствующему субъекту надлежит реализовать данное ему [ч. 2 ст. 10](#) и [ч. 6 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции право представить доказательства допустимости совершенных им действий или заключенного соглашения, которые антимонопольному органу надлежит оценить исходя из критериев [ч. 1 ст. 13](#) данного Закона.

Отдельный вопрос касается необходимости констатации нарушения для применения положений комментируемой [статьи](#). Исходя из буквального толкования, представляется обязательным для цели применения [ч. 1 ст. 13](#) установить, что действия или соглашения формально нарушают запреты [ч. 1 ст. 10](#) или [ч. 4 ст. 11](#), но являются допустимыми в силу наличия условий [ст. 13](#). При этом [Закон](#) не требует обязательного признания факта нарушения со стороны ответчика.

Однако в решении ФАС России от 9 июня 2014 г. по делу N 1-00320/00-05-13 антимонопольным органом сделан обратный вывод. В данном деле ФАС России установила отсутствие нарушения и при этом посчитала, что, если бы ограничение конкуренции было установлено, применению подлежала бы [ч. 1 ст. 13](#) Закона.

Так, ФАС оценивала ограничительные условия в дилерских договорах в части реализации автомобилей и запасных частей марки "Мерседес-Бенц" отдельным категориям покупателей, прямо или косвенно связанным с государством (G-клиенты). При этом ФАС России констатировала, что изначальной целью введения ЗАО "Мерседес-Бенц РУС" ограничений являлось снижение коррупционных рисков, связанных с продажами автомобилей марки "Мерседес-Бенц" государственным структурам, путем исключения третьих лиц (посредников) из процесса продаж, а также улучшение качества обслуживания таких клиентов, рассматривающих возможность приобретения автомобилей марки "Мерседес-Бенц", путем увеличения прозрачности продаж. Комиссия установила, что преимуществом данных мер для G-клиентов являлось непосредственно создание более прозрачных условий закупок, в результате которых могла быть получена экономия бюджетных средств.

Указанные требования, по мнению ФАС, могли служить основанием для применения [ст. 13](#) Закона, однако в данном случае ограничение конкуренции на рынке не могло наступить ввиду развитой конкуренции, вследствие чего дело было прекращено в связи с отсутствием нарушения.

3. Предыдущая редакция [ст. 13](#) Закона о защите конкуренции включала [ч. 1.1](#), которая определяла критерии допустимости применительно к соглашениям о совместной деятельности. Отличие от [ч. 1 комментируемой статьи](#) состояло в иных условиях допустимости и описании положительного результата. В частности, такие соглашения не должны были накладывать никаких ограничений на третьих лиц ([ч. 1 ст. 11](#) допускает возможность соразмерных ограничений), а в числе положительных результатов могло быть также осуществление прямых инвестиций. При этом допустимыми могли быть признаны в том числе соглашения, приводящие к последствиям, характерным для картельных соглашений. Четвертый антимонопольный [пакет](#) исключил данное положение, распространив общие критерии допустимости, установленные [ч. 1 ст. 13](#) Закона о защите конкуренции, на соглашения о совместной деятельности, заключенные между хозяйствующими субъектами - конкурентами.

4. Буквальное толкование текущей редакции [ч. 1 ст. 13](#) позволяет прийти к выводу, что, в отличие от прежней редакции, возможность признания допустимыми теперь предусмотрена только для соглашений о совместной деятельности, заключенных между хозяйствующими субъектами - конкурентами, а не между любыми лицами. Следует отметить, что такая редакция [Закона](#) создает формальные противоречия в действующем антимонопольном регулировании.

Так, согласно [Разъяснениям](#) по порядку и методике анализа соглашений о совместной деятельности ^{<1>}, опубликованным на сайте ФАС России в 2013 г., любой проект соглашения о совместной деятельности, в том числе заключаемого между неконкурирующими лицами, может быть представлен в антимонопольный орган в целях проверки на соответствие требованиям антимонопольного законодательства в порядке, предусмотренном [ст. 35](#) Закона о защите конкуренции. В свою очередь, [ст. 35](#) Закона о защите конкуренции устанавливает порядок признания допустимым соглашения со ссылкой на [ст. 13](#). Поскольку соглашения о совместной деятельности, заключенные между неконкурирующими субъектами, под [ст. 13](#) не подпадают, это формально ставит под сомнение и возможность их оценки по [ст. 35](#).

<1> http://www.fas.gov.ru/clarifications/clarifications_30419.html

Между тем представляется, что в случае, если для анализа по [ст. 35](#) будет представлено соглашение о совместной деятельности между неконкурирующими субъектами, оно может законно оцениваться со ссылкой на [ст. 13](#) как "вертикальное" или иное антиконкурентное соглашение.

Кроме этого, положение [ч. 1 ст. 13](#) о признании допустимыми соглашений о совместной деятельности применяется с определенными ограничениями и в некоторых других случаях.

Во-первых, [ст. 27](#) Закона предусмотрена обязательность получения участниками соглашения о совместной деятельности, конкурирующими между собой, решения антимонопольного органа о его допустимости до момента заключения соглашения, если суммарная стоимость их активов (активов их групп лиц) по последним балансам превышает 7 млрд. руб. или суммарная выручка таких хозяйствующих субъектов (их групп лиц) от реализации товаров за календарный год, предшествующий году заключения соглашения, превышает 10 млрд. руб., и такое соглашение подлежит обязательному предварительному согласованию с антимонопольным органом. Несогласование соглашения влечет признание его судом недействительным по иску ФАС России, если такое соглашение влечет ограничение конкуренции.

В случае получения согласования ФАС [ч. 10 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции исключает действие Закона в отношении таких соглашений. Поскольку эти соглашения не нарушают антимонопольное законодательство, применять к ним после согласования [ч. 1 ст. 13](#) нельзя. В то же время представляется, что, несмотря на отсутствие соответствующего указания в Законе, положения [ч. 1 ст. 13](#) должны быть учтены ФАС России при принятии решения по [ст. 27](#) Закона, пусть и без формальной ссылки на [статью](#).

Во-вторых, если участники соглашения о совместной деятельности, являющиеся конкурентами, не подпадают под пороговые значения для согласования сделок экономической концентрации, то они вправе обратиться в антимонопольный орган с заявлением о соответствии такого соглашения требованиям антимонопольного законодательства в порядке, предусмотренном [ст. 35](#) Закона о защите конкуренции. В этом случае антимонопольный орган принимает решение о соответствии или несоответствии такого соглашения требованиям антимонопольного законодательства исходя из положений [ст. 13](#) Закона о защите конкуренции. В данном случае анализ по [ст. 13](#) происходит на этапе согласования в рамках [ст. 35](#). Получение согласования по [ст. 35](#) влечет в силу той же [ч. 10 ст. 11](#) невозможность применения в отношении такого соглашения требований [ст. 11](#).

Проверка на наличие оснований по [ст. 13](#) в рамках антимонопольного дела будет означать, что соглашение в данном случае может быть признано допустимым, хотя оно подпадает под [ст. 11](#). В свою очередь, проверка по [ст. 35](#) будет означать, что соглашение под [ст. 11](#) не подпадает.

Еще более сложная ситуация возникает с соглашениями о совместной деятельности между неконкурирующими субъектами, которые согласовываются по [ст. 35](#).

Следуя строго формальному прочтению [статьи](#), о котором говорилось выше, соглашение может быть признано допустимым по [ст. 35](#) не как соглашение о совместной деятельности, а как иное соглашение, содержащее ограничительные условия. Поскольку исключение [ч. 10 ст. 11](#) введено только для соглашений о совместной деятельности, согласование в таком качестве может формально лишить хозяйствующего субъекта возможности сослаться на данную норму, т.е. [ст. 11](#) в этом случае на них формально будет распространяться.

Вместе с тем в случае принятия антимонопольным органом в рамках процедуры нотификации по [ст. 35](#) Закона о защите конкуренции решения о допустимости представленного проекта соглашения о совместной деятельности между неконкурирующими хозяйствующими субъектами заключение такого соглашения в неизменной редакции не будет нарушать требования [ст. 11](#) Закона о защите конкуренции.

Также открытым остается вопрос о том, будет ли соглашение квалифицировано антимонопольным органом в качестве соглашения о совместной деятельности, в случае если стороны такого соглашения не обратились в ФАС России с ходатайством в соответствии со [ст. 35](#) Закона до момента заключения такого соглашения.

Согласно Разъяснениям под соглашениями о совместной деятельности понимаются любые соглашения, опосредующие совместную деятельность сторон, в том числе путем создания нового юридического лица или

участия в существующем. Разъяснения указывают на характеристики, которыми должно обладать соглашение о совместной деятельности, в том числе предусматривают, что информация об осуществлении совместной деятельности или о создании совместного предприятия является публичной.

Информация об осуществлении совместной деятельности, согласно данным Разъяснениям, будет считаться публичной, если соглашение о совместной деятельности заключено с предварительного согласия антимонопольного органа в соответствии с требованиями [Закона](#) о защите конкуренции или если проект такого соглашения был представлен в антимонопольный орган в порядке [ст. 35](#) Закона о защите конкуренции.

Представляется, что более оправданным будет подход, при котором соглашение о совместной деятельности может быть признано допустимым и в отсутствие предварительного обращения в порядке [ст. 35](#), пусть и без формальной ссылки на Разъяснения. Иное лишает изменения [ст. 13](#) смысла.

Таким образом, представляется, что [ч. 1 ст. 13](#) Закона распространяется на:

- соглашения хозяйствующих субъектов - конкурентов, не подлежащие обязательному предварительному согласованию с антимонопольным органом, в отношении которых хозяйствующие субъекты не обратились в антимонопольный орган с заявлением о проверке соответствия проекта соглашения требованиям антимонопольного законодательства в порядке [ст. 35](#) Закона;

- соглашения хозяйствующих субъектов - конкурентов, не подлежащие обязательному предварительному согласованию с антимонопольным органом, в отношении которых хозяйствующие субъекты обратились в антимонопольный орган с заявлением о проверке соответствия проекта соглашения требованиям антимонопольного законодательства в порядке [ст. 35](#) Закона;

- соглашения о совместной деятельности, заключенные между неконкурирующими лицами, которые проверяются как иные соглашения (не как соглашения о совместной деятельности).

В рамках обязательного предварительного согласования соглашений о совместной деятельности в соответствии со [ст. 27](#) Закона о защите конкуренции антимонопольным органом, на наш взгляд, также будет дана обязательная оценка допустимости такого соглашения по [ч. 1 комментируемой статьи](#). Это прямо следует из самой нормы. В то же время сторонам при согласовании такого соглашения следует подготовить аргументы и доказательства, подтверждающие такую допустимость.

В целях уточнения практики применения антимонопольного законодательства к соглашениям хозяйствующих субъектов, достигнутым в инновационных и высокотехнологичных сферах деятельности, Президиумом ФАС России утверждено 17 февраля 2016 г. также [Разъяснение](#) N 4 "Соглашения в инновационных и высокотехнологичных сферах деятельности". Следует упомянуть и о [Разъяснении](#) Президиума ФАС России от 24 февраля 2016 г. N 5, определяющем случаи и критерии оценки допустимости способов ведения бизнеса субъектами, занимающими доминирующее положение на рынке.

5. Требования комментируемой [статьи](#) распространяются также на сделки и иные действия, предусмотренные [ст. ст. 27 - 29](#) Закона о защите конкуренции.

Возможность признания указанных сделок допустимыми также оценивается ФАС России с учетом наличия положительного социально и экономически значимого эффекта. При этом повышение конкурентоспособности и удешевление продукции в результате заключенных сделок признаются антимонопольными органами основаниями для признания их допустимыми. Обоснование допустимости сделок приобретает ключевую важность в случае, если они совершаются между хозяйствующими субъектами - конкурентами и могут привести к росту рыночной доли в результате их осуществления. Следует иметь в виду, что допустимость сделки может повлечь получение решения антимонопольного органа о даче предварительного согласия на ее осуществление. Вместе с тем это не снижает риск выдачи предписания, но может повлиять на содержание поведенческих или структурных требований, включаемых в такое предписание.

6. Хозяйствующие субъекты имеют возможность ссылаться на необходимость применения положений [ст. 13](#) не только в рамках рассмотрения ФАС антимонопольного дела, но и в суде.

Например, интересно решение АС Красноярского края от 14 ноября 2012 г. по делу N А33-5490/2012 <1>, в рамках которого оспаривалось решение Красноярского УФАС России в отношении ОАО "РЖД" по нарушению [п.](#)

4 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, выразившемся в необоснованном запрете на оформление накладных на порожние рейсы частных вагонов с дорог Западного и Южного регионов на дороги Восточного региона, т.е. в ограничении перевозок порожних полувагонов.

<1> Оставлено без изменения **Постановлением** 3 ААС от 15 марта 2013 г. по делу N А33-5490/2012, **Постановлением** ФАС ВСО от 4 июня 2013 г. по делу N А33-5490/2012.

Оценив обстоятельства дела, суд пришел к выводу о допустимости действий ОАО "РЖД" в соответствии со **ст. 13** Закона о защите конкуренции и признал недействительными соответствующее решение и предписание УФАС. При этом суд мотивировал свое решение следующим образом: ОАО "РЖД" проводило масштабные ремонтно-путевые работы в целях обеспечения устойчивости работы железнодорожного транспорта и безопасности движения, что потребовало введения ряда ограничений по вагонопотоку; введение ограничений способствовало увеличению пропуска груженых вагонопотоков.

В другом случае суды также не согласились с позицией антимонопольного органа и со ссылкой на **ч. 1 ст. 13** признали недоказанным злоупотребление доминирующим положением в действиях по замещению пригородных электропоездов более дорогими скорыми поездами повышенной комфортности, поскольку у пассажиров сохранилась возможность пользоваться альтернативными электропоездами и появилась возможность пользоваться электропоездом повышенной комфортности <1>.

<1> **Определение** ВАС РФ от 18 марта 2013 г. N ВАС-2948/13 по делу N А40-28221/12-92-261.

7. Часть 2 комментируемой статьи предоставляет Правительству РФ право определять конкретные случаи (именуемые "общие исключения"), в которых соглашения являются допустимыми при условии их соответствия всем критериям, предусмотренным **ч. 1 комментируемой статьи**.

Общие исключения утверждаются Правительством РФ по предложению ФАС России. Предполагается, что такое предложение направляется по результатам обобщения ФАС России практики оценки соглашений и их воздействия на конкуренцию.

Общие исключения носят временный характер. Срок их действия определяется непосредственно утвердившим их постановлением Правительства РФ. Кроме того, общие исключения должны предусматривать:

- вид соглашения;
- условия соглашения, которые не могут являться допустимыми;
- условия, которые обязательно должны содержаться в соглашении и быть направлены на обеспечение конкуренции.

В настоящее время применяются следующие общие исключения:

1) общие **исключения** для соглашений между кредитными и страховыми организациями, утвержденные Постановлением Правительства РФ от 30 апреля 2009 г. N 386 (срок действия - с 19 мая 2009 г. по 19 мая 2017 г.);

2) общие **исключения** для "вертикальных" соглашений, утвержденные Постановлением Правительства РФ от 16 июля 2009 г. N 583 (срок действия - с 31 июля 2009 г. по 31 июля 2019 г.);

3) общие **исключения** в отношении соглашений между хозяйствующими субъектами о совместных научных исследованиях и совместном использовании полученных научных и (или) научно-технических результатов, утвержденные Постановлением Правительства РФ от 16 июля 2009 г. N 583 (срок действия - с 31 июля 2009 г. по 31 июля 2019 г.);

4) общие **исключения** для соглашений между страховщиками, работающими на одном и том же товарном

рынке, об осуществлении совместной страховой или перестраховочной деятельности, утвержденные Постановлением Правительства РФ от 5 июля 2010 г. N 504 (срок действия - с 20 июля 2010 г. до 20 июля 2020 г.).

8. **Часть 3 комментируемой статьи** предусматривает возможность включения в общие исключения иных обязательных условий, помимо предусмотренных **ч. 2 комментируемой статьи**, которым должны соответствовать соглашения. Так, общие исключения для "вертикальных" соглашений содержат следующие дополнительные требования:

а) продавец продает товар двум или более покупателям и имеет долю на рынке этого товара менее 35% либо в соответствии с соглашением продает товар единственному покупателю, доля которого на рынке этого товара составляет менее 35%;

б) продавец и покупатель не конкурируют между собой либо конкурируют на товарном рынке, на котором покупатель приобретает товар в целях его последующей продажи;

в) покупатель не производит товары, взаимозаменяемые по отношению к товарам, которые являются предметом соглашения.

Также дополнительные условия к соглашениям предусматривают общие исключения для соглашений между кредитными и страховыми организациями, а также общие исключения для соглашений между страховщиками.

В доступной судебной практике есть несколько примеров применения общих исключений.

Так, **Постановлением** от 5 декабря 2012 г. по делу N А43-5818/2011 ФАС ВВО отменил решение УФАС по Нижегородской области и признал соглашения о сотрудничестве между банком и страховыми организациями соответствующими общим **исключениям**. При этом суд принял во внимание тот факт, что рассматриваемое соглашение (по типовой форме) было ранее согласовано с антимонопольным органом в порядке **ст. 35** Закона о защите конкуренции. При этом суд отметил следующее:

- условие банка о заключении заемщиком договора страхования с аккредитованными страховыми организациями направлено на обеспечение интересов самих заемщиков;

- требования к банкам определены четко и побуждают страховщиков совершенствоваться, с тем чтобы соответствовать критериям банка;

- заемщики банка получают преимущества, так как аккредитованная страховая компания является финансово устойчивой, а порядок выплаты страхового возмещения - четкий и прозрачный;

- безусловных доказательств ограничения конкуренции суду не было представлено.

Аналогичное дело о признании недействительным решения УФАС по Челябинской области рассмотрено также ФАС УО. Суд установил, что соглашения между банком и страховыми организациями отвечают критериям допустимости, установленным **ч. 1 ст. 13** Закона о защите конкуренции, в том числе общим исключениям, так как сотрудничество банка и страховых организаций не создает банку и страховщикам возможности устранить конкуренцию на страховом рынке, предоставляет заемщикам преимущества, связанные с получением качественной страховой услуги, а также стимулирует развитие страхового рынка, побуждая страховщиков достигать показателей финансовой устойчивости, требуемых банком <1>.

<1> **Постановление** ФАС УО от 20 февраля 2015 г. N Ф09-9980/14 по делу N А76-28555/2013.

Важно отметить, что несоответствие соглашения условиям, перечисленным в общих исключениях, не влечет невозможность признания его допустимым по **ч. 1 комментируемой статьи**. Например, если "вертикальное" соглашение содержит условие о минимальной цене перепродажи товара, общие исключения для "вертикальных" соглашений в силу их **подп. "а" п. 2** не могут быть применены в данном случае. Вместе с тем, если стороны такого соглашения докажут наличие условий, предусмотренных **ч. 1 комментируемой статьи**, такое

соглашение может быть признано допустимым.

Статья 14. Утратила силу. - Федеральный [закон](#) от 5 октября 2015 г. N 275-ФЗ.

Комментарий к [статье 14](#)

1. Введение в Закон о защите конкуренции вместо [ст. 14](#) специальной [главы 2.1](#), посвященной недобросовестной конкуренции, отражает следующие тенденции законодательства в отношении рассматриваемой правовой категории:

- развитие и совершенствование норм о недобросовестной конкуренции в России происходят в рамках единого [Закона](#) о защите конкуренции, а не путем принятия специального законодательного акта;

- противодействие недобросовестной конкуренции осуществляется в рамках правовой конструкции, включающей как общий запрет данного нарушения, так и перечень специальных запретов проявлений недобросовестной конкуренции, имеющих наибольшее распространение.

Конструкции общего и специальных запретов прежде всего предусмотрены актами международного права, в которых участвует РФ. К таким актам относятся, в частности, Парижская конвенция по охране промышленной собственности, принятая в 1883 г. <1> ([п. п. 2 и 3 ст. 10.bis](#)), Договор о ЕАЭС ([ст. 76](#) Договора, [подп. 14 п. 1 ч. 1](#) Протокола об общих принципах и правилах конкуренции), Договор стран СНГ о проведении согласованной антимонопольной политики от 25 января 2000 г. <2> ([ст. ст. 1, 3](#)) и др.

<1> Закон. 1999. N 7 (извлечение). СССР подписал [Конвенцию](#) 12 октября 1967 г.

<2> Бюллетень международных договоров. 2008. N 2. С. 4 - 13.

Такой подход восприняло российское законодательство о конкуренции, причем еще в Законе РСФСР от 22 марта 1991 г. "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" ([ст. ст. 4](#) <1> и [10](#)). Действующий [Закон](#) о защите конкуренции полностью сохранил данную традицию.

<1> Определение понятия недобросовестной конкуренции было введено в [ст. 4](#) Закона РСФСР от 22 марта 1991 г. Федеральным [законом](#) от 25 мая 1995 г. N 83-ФЗ.

Общий запрет недобросовестной конкуренции вытекает прежде всего из [ст. 34](#) Конституции РФ, запрещающей экономическую деятельность, направленную на монополизацию и недобросовестную конкуренцию, и детально развивается в положениях [п. 9 ст. 4](#) и [гл. 2.1](#) Закона.

Специальные запреты ряда актов недобросовестной конкуренции содержатся в [ст. ст. 14.1 - 14.7](#) Закона. При этом [ст. 14.8](#) Закона указывает на открытый характер перечня форм недобросовестной конкуренции, запрещая любые иные акты (формы) недобросовестной конкуренции наряду с предусмотренными [ст. ст. 14.1 - 14.7](#).

Причины сочетания законодателем конструкций общего и специальных запретов связаны прежде всего с принципиальной невозможностью определения исчерпывающего перечня видов недобросовестной конкуренции и появлением новых разновидностей недобросовестных конкурентных действий.

Следует признать, что при квалификации поведения в качестве недобросовестной конкуренции приоритет принадлежит специальным запретам, а при отсутствии таких запретов подлежит применению норма об общем запрете.

В то же время общее определение, предусмотренное нормой [п. 9 ст. 4](#) Закона, содержит сущностные черты, или **признаки**, недобросовестной конкуренции, которые необходимо использовать также при применении специальных запретов недобросовестной конкуренции, установленных [гл. 2.1](#) Закона.

Необходимо также отметить, что в судебной практике встречаются случаи применения общего запрета

недобросовестной конкуренции совместно с запретом на злоупотребление правом, который предусмотрен [ч. 1 ст. 10](#) ГК РФ: не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом). В частности, это вытекает из [п. 8](#) информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. N 127 "Обзор практики применения арбитражными судами ст. 10 ГК РФ", в котором дается описание спора, связанного с приобретением компанией "Акай Юниверсал Индастриз Лтд" (Гонконг) исключительных прав на товарный знак "Akai".

2. Исходя из законодательного определения недобросовестной конкуренции, содержащегося в [п. 9 ст. 4](#) Закона, противоправными признаются любые действия хозяйствующих субъектов:

- имеющие направленность на получение преимуществ в предпринимательской деятельности;
- противоречащие законодательству РФ и (или) обычаям делового оборота и (или) требованиям добропорядочности, разумности и справедливости;
- причинившие или способные причинить убытки другим хозяйствующим субъектам - конкурентам либо нанесшие или способные нанести вред их деловой репутации.

Следует также отметить, что данные признаки должны учитываться при применении всех запретов недобросовестной конкуренции, установленных [ст. ст. 14.1 - 14.8](#) Закона.

3. Недобросовестная конкуренция представляет собой активное поведение - совершение действия, которое может быть единичным актом либо выражаться в недобросовестной практике, когда субъектом совершается несколько разных действий, но в своей совокупности они приводят к недобросовестной конкуренции.

Следует отметить, что в специальной норме [ст. 14.6](#) Закона предусмотрен запрет на недобросовестную конкуренцию путем совершения хозяйствующим субъектом как действий, так и бездействия, способных вызвать смешение. В законодательстве зарубежных стран имеются случаи запрета недобросовестной конкуренции в виде бездействия. Так, в § 5а Закона ФРГ о недобросовестной конкуренции 2004 г. содержится запрет на такой вид недобросовестной конкуренции, как "введение в заблуждение путем бездействия". Как отмечается в ряде аналитических изданий, "при оценке вопроса о том, является ли вводящим в заблуждение умолчание о факте, в частности, должны приниматься во внимание его значение для коммерческого решения согласно обычаям коммерческого оборота и пригодность умолчания для влияния на решение. Недобросовестно действует тот, кто оказывает влияние на способность потребителей принимать решения... тем, что он скрывает информацию, которая в конкретном случае, с учетом всех обстоятельств, включая ограничения средства коммуникации, является существенной. Существенной... также считается информация, которую нельзя скрывать от потребителя на основании регламентов Европейского сообщества или согласно предписаниям по трансформации директив Европейского сообщества для коммерческой коммуникации, включая рекламу и маркетинг" <1>.

<1> URL: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=126202.

Вместе с тем [ст. 14.2](#) Закона о защите конкуренции, запрещающая недобросовестную конкуренцию путем введения в заблуждение, не предусматривает возможность введения в заблуждение бездействием.

Лицом, действия которого признаются недобросовестной конкуренцией, является только хозяйствующий субъект (включая финансовые организации), определяемый в соответствии с [п. 5 ст. 4](#) Закона.

Физическое или юридическое лицо, не являющееся хозяйствующим субъектом, само по себе не может осуществлять недобросовестную конкуренцию. Однако в силу положений [ч. 2 ст. 9](#) Закона действия этих лиц могут оцениваться с точки зрения соблюдения запретов, установленных [ст. ст. 14.1 - 14.8](#), если они входят в одну группу лиц с хозяйствующими субъектами.

Не могут выступать субъектами недобросовестной конкуренции и органы государственной власти, органы местного самоуправления и их должностные лица, поскольку последние не имеют права осуществлять

конкурентные действия вообще.

Для установления субъекта недобросовестной конкуренции также не имеет значения факт его доминирующего положения, в том числе его рыночная доля. Подобные неправомерные действия могут быть совершены как индивидуальным предпринимателем, так и крупной организацией, имеющей существенную рыночную долю.

4. Под направленностью действий хозяйствующего субъекта на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности следует понимать потенциальную возможность получения хозяйствующим субъектом указанных преимуществ. То есть доказательства реального получения преимуществ не требуется.

Сами преимущества представляют собой превосходство над конкурентом (конкурентами), в частности в виде усиления положения субъекта на товарном рынке, привлечения дополнительных потребителей, увеличения получаемой прибыли по отношению к размеру прибыли, которая могла быть получена им в случае добросовестного поведения.

5. Недобросовестность действий хозяйствующего субъекта оценивается исходя из их противоречия нормам поведения, принятым в обществе. Определение недобросовестной конкуренции упоминает три категории таких норм: законодательство, правовой обычай и нормы этики и морали. При этом недобросовестность имеется при противоречии действий хозяйствующего субъекта нормам хотя бы одной категории.

Действия считаются противоречащими законодательству РФ, если они выражаются в неисполнении какой-либо обязанности, установленной действующими в РФ нормативными правовыми актами. К таким актам могут относиться [Конституция](#) РФ, международные акты, ратифицированные РФ, федеральные законы, подзаконные акты, принимаемые Правительством РФ и федеральными органами исполнительной власти, законы субъектов РФ, акты органов местного самоуправления и др. В правоприменительной практике достаточно часто производится оценка законности действий хозяйствующего субъекта с учетом положений четвертой части [ГК](#) РФ или [Закона](#) о коммерческой тайне.

Согласно [ч. 1 ст. 5](#) [ГК](#) РФ обычаем признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе. Обычаи делового оборота являются разновидностью таких обычаев, применяемых в сфере предпринимательской деятельности.

Стоит отметить, что в РФ система обычаев делового оборота находится в стадии становления, чем обусловлено их редкое применение в делах о недобросовестной конкуренции.

Один из наиболее ярких примеров оценки действий хозяйствующего субъекта с точки зрения обычаев делового оборота содержится в [Постановлении](#) Президиума ВАС РФ от 2 апреля 2013 г. N 11980/12.

Антимонопольный орган признал действия ЗАО "РСИЦ" по регистрации на свое имя 70914 доменных имен в зоне ".РФ" в целях их дальнейшего возмездного отчуждения путем проведения закрытых аукционов на предоставление прав пользования ими недобросовестной конкуренцией. Антимонопольным органом и судом такие действия были квалифицированы, в частности, как не соответствующие обычаям делового оборота на товарном рынке предоставления услуг по регистрации доменных имен в зоне ".РФ", установленным Соглашением об аккредитации и Правилами регистрации доменных имен в зоне ".РФ".

В качестве морально-этических норм, нарушение которых характеризует действия хозяйствующего субъекта как недобросовестные, упоминаются требования добропорядочности, разумности и справедливости. Закрепление данных требований в легальном определении недобросовестной конкуренции позволяет рассматривать их в качестве базовых правовых принципов ведения конкурентной борьбы.

Необходимо отметить, что в этой части определение недобросовестной конкуренции корреспондирует с общими началами гражданского законодательства. Так, в [п. 3 ст. 1](#) [ГК](#) РФ устанавливается требование о том, что участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно. Согласно [п. 5 ст. 10](#) [ГК](#) РФ добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются.

КС РФ в [Определении](#) от 21 ноября 2013 г. N 1841-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы закрытого акционерного общества "Региональный сетевой информационный центр" на нарушение конституционных прав и свобод положениями п. 9 ст. 4, п. 5 ч. 1 ст. 11 и абз. 1 ч. 1 ст. 14 Закона о защите конкуренции" отметил, что возможность признания действий хозяйствующего субъекта соответствующими требованиям добропорядочности, разумности и справедливости соответствует концепции, заложенной в [ст. 10.bis](#) Парижской конвенции по охране промышленной собственности, и в необходимой мере расширяет область судебного усмотрения в сфере пресечения недобросовестной конкуренции, так как это связано с многообразием форм и методов недобросовестной конкуренции, не все из которых могут прямо противоречить законодательству или обычаям делового оборота.

6. Негативные последствия недобросовестной конкуренции связаны с причинением или созданием угрозы причинения вреда хозяйствующему субъекту - конкуренту. Такой вред может выражаться как в убытках, так и в ущербе деловой репутации.

Термин "убытки" в данном случае применяется в значении, определяемом [ст. 15](#) ГК РФ: под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

Сущность деловой репутации в целом можно определить как сформировавшееся отношение участников рынка, включая и конкурентов, и потребителей, к хозяйствующему субъекту и вводимым им в гражданский оборот товарам либо услугам, которое может быть как позитивным, так и негативным, прежде всего в зависимости от предпринятых самим хозяйствующим субъектом действий по ее формированию. Ущербом деловой репутации следует считать ухудшение отношения членов общества к хозяйствующему субъекту.

Для признания конкретных действий недобросовестной конкуренцией и их пресечения не требуется в обязательном порядке устанавливать факт реального причинения убытков или нанесения ущерба деловой репутации. Такое наличие должно доказываться при применении к правонарушителю гражданско-правовой санкции в виде возмещения убытков.

7. Необходимо обратить внимание на то, что действия относятся к недобросовестной конкуренции только в том случае, если они причиняют вред другому хозяйствующему субъекту - конкуренту. Соответственно, причинение вреда потребителю или другому хозяйствующему субъекту, который не является конкурентом, не образует состава недобросовестной конкуренции.

Определение наличия либо отсутствия конкурентных отношений между хозяйствующими субъектами для целей применения [ст. ст. 14.1 - 14.8](#) Закона о защите конкуренции осуществляется исходя из понятия конкуренции, содержащегося в [п. 7 ст. 4](#) данного Закона. Следуя данному определению, конкурентами можно признать хозяйствующих субъектов, которые осуществляют поставку товаров на одном товарном рынке, т.е. товары этих хозяйствующих субъектов являются взаимозаменяемыми (или не имеющими заменителей), а география поставок охватывает хотя бы один общий рынок с точки зрения его географических границ.

Для установления факта конкурентных отношений не требуется проведение полного анализа состояния конкуренции, необходимо лишь определить продуктовые и географические границы товарного рынка.

Следует отметить, что в правоприменительной практике встречаются случаи, когда для целей применения запрета на недобросовестную конкуренцию определяется взаимозаменяемость товаров, имеющих определенные различия в цене.

Так, в рамках рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства Комиссией ФАС России было установлено, что реализуемая ООО "Завод Техно" минераловатная теплоизоляция "ISOBOX", на упаковке которой нанесено обозначение, сходное до степени смешения с принадлежащим компании "Парок Ою Аб" товарным знаком по международной регистрации, и реализуемая правообладателем минераловатная теплоизоляция "PAROC" имеют различия в цене при наличии сопоставимого функционального назначения, а также близких друг к другу технических характеристик, в частности характеристик теплопроводности, что на основании имеющихся в деле доказательств, в том числе социологического опроса, позволило антимонопольному органу сделать вывод о взаимозаменяемости товаров и наличии конкурентных отношений между заявителем и ответчиком (см. [Постановление](#) ФАС МО от 15 февраля 2011 г. по делу N

А40-32623/10-119-161).

Необходимо также отметить, что в правоприменительной практике помимо самой простой конструкции, когда нарушитель и пострадавший (заявитель) от нарушения являются прямыми конкурентами, встречаются более сложные конструкции определения конкурентных отношений. Более того, конкретный хозяйствующий субъект, которому причинен вред вследствие недобросовестной конкуренции, не всегда может быть установлен, что не препятствует применению запрета.

Так, в случае введения в заблуждение вред в равной степени может быть причинен неопределенному кругу конкурентов, а не только заявителю.

В случае применения концепции паразитирования (см. более подробно [комментарий к ст. 14.8](#)) заявитель, чья репутация неправомерно используется, не является конкурентом хозяйствующему субъекту, осуществляющему недобросовестную конкуренцию. В данном случае учитывается потенциальный вред для добросовестных хозяйствующих субъектов, действующих на одном товарном рынке с нарушителем, однако далеко не всегда выступающих заявителями по делу.

Кроме этого, в отдельных случаях антимонопольный орган признавал недобросовестной конкуренцией действия хозяйствующего субъекта, который выступал в качестве лицензиара по отношению к конкуренту заявителя, однако сам с заявителем не конкурировал (см. [Постановление](#) СИП от 1 апреля 2014 г. по делу N А40-76177/2013).

8. Следует также упомянуть о разграничении сфер применения запрета недобросовестной конкуренции и законодательства о рекламе. [Статья 5](#) Закона о рекламе содержит запрет недобросовестной рекламы, в определенной степени пересекающийся с запретами, установленными [ст. ст. 14.1 - 14.3](#) Закона. Более того, в [п. 4 ч. 2 ст. 5](#) Закона о рекламе указано, что реклама признается недобросовестной в том числе тогда, когда такая реклама представляет собой акт недобросовестной конкуренции в соответствии с антимонопольным законодательством.

Вопрос о конкуренции данных правовых норм был разрешен в [п. 7](#) Постановления Пленума ВАС РФ от 8 октября 2012 г. N 58 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе", определившем, что если ложные, неточные или искаженные сведения, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации, некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами, находящимися в состоянии конкуренции с указанным лицом, а также иная информация, распространение которой отвечает признакам недобросовестной конкуренции, содержатся в рекламе, то применяется административная ответственность, установленная [ст. 14.3](#) КоАП РФ, а не [ст. 14.33](#) КоАП РФ.

Таким образом, если акт недобросовестной конкуренции имеет место в рекламе, то его пресечение осуществляется в соответствии с [Законом](#) о рекламе, а не в соответствии с [Законом](#) о защите конкуренции.

Глава 2.1. НЕДОБРОСОВЕСТНАЯ КОНКУРЕНЦИЯ

Статья 14.1. Запрет на недобросовестную конкуренцию путем дискредитации

Комментарий к [статье 14.1](#)

Комментируемая норма дополняет ранее действовавший запрет на подобное проявление недобросовестной конкуренции, установленный в [п. 1 ч. 1 ст. 14](#) Закона о защите конкуренции.

Положения новой нормы в полной мере корреспондируют с [подп. 2 п. 3 ст. 10.bis](#) Парижской конвенции по охране промышленной собственности, в соответствии с которым недобросовестной конкуренцией признаются ложные утверждения при осуществлении коммерческой деятельности, способные дискредитировать предприятие, продукты или промышленную либо торговую деятельность конкурента.

Таким образом, [Законом](#) о защите конкуренции впредь акцентирована недопустимость дискредитации хозяйствующим субъектом своего конкурента в форме распространения недостоверных сведений (так называемая прямая дискредитация).

Применение данной нормы требует понимания образующих ее составных частей, а именно терминов "распространение", "ложная, неточная, искаженная информация".

Несмотря на то что термин "распространение" может встречаться в разных отраслях законодательства, для целей применения комментируемой [статьи](#) наиболее подходящей является правовая трактовка понятия "распространение сведений", изложенная в [п. 7](#) Постановления Пленума ВС РФ от 24 февраля 2005 г. N 3 "О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц".

В соответствии с данным [Постановлением](#) под распространением сведений, порочащих честь и достоинство граждан или деловую репутацию граждан и юридических лиц, следует понимать опубликование таких сведений в печати, трансляцию по радио и телевидению, демонстрацию в кинохроникальных программах и других средствах массовой информации, распространение в сети Интернет, а также с использованием иных средств телекоммуникационной связи, изложение в служебных характеристиках, публичных выступлениях, заявлениях, адресованных должностным лицам, или сообщение в той или иной, в том числе устной, форме хотя бы одному лицу. Сообщение таких сведений лицу, которого они касаются, не может признаваться их распространением, если лицом, сообщившим данные сведения, были приняты достаточные меры конфиденциальности, с тем чтобы они не стали известными третьим лицам.

В ключе изложенного следует иметь в виду, что не всякое распространение не соответствующих действительности сведений, дискредитирующих другой хозяйствующий субъект, может быть признано актом недобросовестной конкуренции, а лишь такое, которое непосредственно способно оказать влияние на конкуренцию, т.е. непосредственно предоставить лицу, распространившему информацию, преимущества над конкурентами и причинить им убытки либо вред деловой репутации. Например, сообщение в органы государственной власти либо в суд ложной информации, даже если она способна дискредитировать другого хозяйствующего субъекта, не может рассматриваться как недобросовестная конкуренция.

Критерии ложности, неточности, искаженности применительно к информации вообще и в контексте комментируемой [статьи](#) в частности не имеют законодательного разъяснения, в связи с чем имеют свойство категорий оценочных. Между тем исходя из общего значения слов в русском языке можно предположить, что ложность означает полное несоответствие заявленной информации действительности. Искаженность - интерпретация хозяйствующим субъектом информации о существующем или состоявшемся факте, действии, событии применительно к хозяйствующему субъекту - конкуренту в такой форме, которая приведет к ее неверному, негативному восприятию третьими лицами, включая потребителей. Неточность - это распространение хозяйствующим субъектом информации о хозяйствующем субъекте - конкуренте не в полном объеме, что не позволяет всесторонне ее воспринять, получить исчерпывающе верное представление об излагаемых факте, действии или событии применительно к данному хозяйствующему субъекту.

Таким образом, если хозяйствующим субъектом осуществляется распространение информации тем или иным способом, доступным для фиксации, в отношении хозяйствующего субъекта - конкурента и таким лицом не будет доказана достоверность распространяемой информации, то такие действия подлежат квалификации в качестве недобросовестной конкуренции.

При этом с учетом приведенной выше правовой позиции ВС РФ для признания недобросовестной конкуренции может быть достаточен факт направления одного письма контрагенту хозяйствующего субъекта - конкурента с дискредитирующей информацией (ложной или искаженной). Такое письмо с учетом его содержания потенциально может оказать влияние на получателя и направлено на переманивание потребителя в пользу недобросовестного участника рынка.

Так, Московским УФАС России было установлено, что ЗАО "ИЦ ГОЧС "БАЗИС" направило в адрес контрагента ООО "НПО "СОДИС" и ЗАО "ИЦ ГОЧС "БАЗИС" - ФГУП "Спорт-Инжиниринг" письмо от 16 апреля 2014 г. исх. N 418, в котором в том числе содержалась следующая информация: "ранее проектную документацию СМИС по этим объектам ("Казань-Арена", "Зенит-Арена") разрабатывала компания ООО "НПО "СОДИС". На стадии разработки рабочей документации Заказчиком было выявлено множество существенных недостатков в документации ООО "НПО "СОДИС", не позволяющих создать систему на объекте и сдать ее надзорным органам. В конкурентной борьбе наша компания была выбрана для переработки документации и разработки рабочей документации... Дополнительно сообщаем, что ООО "НПО "СОДИС" выполняло работы по реализации СМИС на ряде олимпийских объектов в г. Сочи. На сегодняшний день СМИС ни на одном из этих

объектов не прошла комплексные испытания в составе органа повседневного управления РСЧС".

УФАС в ходе рассмотрения дела было установлено, что утверждение в письме о том, что проектированием и строительством футбольного стадиона в Западной части Крестовского острова ("Зенит-Арена") занималось ООО "НПО "СОДИС", является сообщением неточных, искаженных сведений. Участие ООО "НПО "СОДИС" состояло в использовании совместной с ГУП "НИИ Мосстрой" интеллектуальной собственности (патент на полезную модель по свидетельству N 82048, описание программного обеспечения). Поскольку иного участия названное общество в разработке СМИС указанного объекта не принимало и с учетом того, что разработка патента N 82048 является результатом совместной деятельности, утверждение о проектировании и строительстве футбольного стадиона в западной части Крестовского острова именно ООО "НПО "СОДИС" является сообщением неточных, искаженных сведений.

Московским УФАС России установлено, что заявитель не представил объективных доказательств подтверждения довода заявителя о множестве существенных недостатков в документации ООО "НПО "СОДИС" при создании проектной документации объекта "Казань-Арена".

Антимонопольный орган также установил, что утверждение заявителя о том, что "на сегодняшний день СМИС ни на одном из этих объектов не прошла комплексные испытания в составе органа повседневного управления РСЧС" соответствовало действительности. Вместе с тем упомянутые сведения в контексте, в котором они распространены в письме, могут сформировать мнение о том, что комплексные испытания в составе органа повседневного управления РСЧС не проводились в связи с недобросовестным исполнением обществом "СОДИС" взятых на себя обязательств. Как установил антимонопольный орган, испытания не могли быть проведены, кроме прочего, из-за отсутствия оборудования для приема сигналов СМИС объектов в ЕДДС г. Сочи и в ЦОУ Олимпиады, отсутствия технических условий на сопряжение СМИС объекта <1>.

<1> [Постановление](#) АС МО от 26 февраля 2016 г. по делу N A40-60409/2015.

Также не редкими в практике являются случаи размещения дискредитирующей конкурента информации на интернет-сайте хозяйствующего субъекта - правонарушителя. Важным в этой связи является не только установление недостоверности такой информации и наличия конкурентных отношений между распространителем и хозяйствующим субъектом, в отношении которого такая информация распространяется, но и принадлежность интернет-сайта (факта администрирования доменного имени) самому правонарушителю либо лицу, входящему с ним в одну группу лиц <1>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) АС МО от 16 февраля 2016 г. по делу N A40-72304/2015.

В практике также встречаются случаи правовой оценки на предмет недобросовестной конкуренции размещения информации на интернет-форуме. В подобных ситуациях позиция антимонопольного органа и арбитражных судов заключается в невозможности квалификации в качестве нарушения антимонопольного законодательства действий участников форума при недоказанности их связи с владельцем интернет-сайта, на котором такой форум функционирует, либо того, что информация размещается самим владельцем такого интернет-сайта <1>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) ФАС МО от 18 ноября 2013 г. по делу N A40-9622/2013.

Новеллой комментируемой [статьи](#) по отношению к ранее действовавшей норме является перечисление обстоятельств, распространение недостоверных сведений о которых признается дискредитацией. Среди таких обстоятельств упоминаются, например, качество и потребительские свойства товара конкурента, его цена, фактическая возможность приобретения, а также размер спроса и проч. При этом перечень таких обстоятельств является открытым.

Статья 14.2. Запрет на недобросовестную конкуренцию путем введения в заблуждение

Комментарий к [статье 14.2](#)

Комментируемая [статья](#) также в большей степени повторяет ранее действующую норму о запрете введения в заблуждение как акта недобросовестной конкуренции, содержащуюся в [п. 2 ч. 1 ст. 14](#) Закона о защите конкуренции.

Основными изменениями стали детализация ранее имеющих обстоятельств, в отношении которых возможно введение в заблуждение, а также указание на открытый характер перечня данных обстоятельств.

Концепция правового запрета корреспондирует с нормой [подп. 3 п. 3 ст. 10.bis](#) Парижской конвенции по охране промышленной собственности, в соответствии с которой не допускаются указания или утверждения, использование которых при осуществлении коммерческой деятельности может ввести общественность в заблуждение относительно характера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению или количества товаров.

Недобросовестной конкуренцией в данном случае может считаться введение в заблуждение относительно тех обстоятельств, которые способны оказать влияние на потребительский выбор, т.е. создать у потребителей или потенциальных контрагентов определенное впечатление о товаре и его свойствах, которые не соответствуют действительности, и сыграли, возможно, определяющую роль в их предпочтениях в пользу хозяйствующего субъекта, избравшего такой недобропорядочный способ ведения конкурентной борьбы.

Таким образом, при применении указанной нормы материального права необходимо выяснять, порождает ли подобное действие у участников рынка некие ожидания, которые могут отвлечь клиентов в том или ином сегменте рынка и сосредоточить их интересы в нужном для недобросовестного участника направлении.

Поскольку законодательство о защите конкуренции, указывая на введение в заблуждение, не содержит такого понятия, как существенное заблуждение (в отличие от [ст. 178](#) ГК РФ), то при рассмотрении спорного правоотношения значение имеют побудительные причины, подвигнувшие потребителя сделать свой выбор <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС МО от 19 мая 2011 г. N КА-А40/4684-11 по делу N А40-80422/10-92-429.

При этом в отличие от законодательства РФ о защите прав потребителей, нормы которого могут быть применены к действиям продавца по отношению к отдельно взятому покупателю в той или иной ситуации, связанной с приобретением или намерением приобретения последним какого-либо товара (услуги), нормы о защите от недобросовестной конкуренции в данном случае подлежат применению к действиям самого хозяйствующего субъекта, носящим системный, зачастую длящийся характер и направленным на получение конкурентных преимуществ как эффекта, возникшего за счет перераспределения спроса потребителей, вызванного введением в заблуждение.

Вместе с тем в правоприменительной практике в качестве недобросовестной конкуренции рассматривались действия по введению в заблуждение заказчика на торгах по поставкам товаров для государственных нужд.

Так, Президиум ВАС РФ признал законными решение и предписание Башкортостанского УФАС России, которыми был установлен факт недобросовестной конкуренции со стороны ЗАО "Владимирский завод специального оборудования" <1>.

<1> [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 14 мая 2013 г. N 16941/12.

Антимонопольным органом было установлено, что по условиям размещения заказов на основании документа о происхождении товара участнику размещения заказа, заявки которого содержат предложения о поставке товаров российского происхождения, аукционной (котировочной) комиссией заказчика предоставляются преференции в отношении цены контракта в размере 15% по отношению к участнику размещения заказа о поставке товара, происходящего из иностранных государств. ЗАО "Владимирский завод специального оборудования" заявило на поставку товары российского производства по меньшей, в отличие от конкурента - иного участника, цене и стало победителем торгов, с ним были заключены государственные

контракты и предоставлены преференции, однако фактически ответчиком были поставлены товары, произведенные в КНР, что не соответствовало требованиям добросовестности, разумности и справедливости.

Приведенная правовая позиция Президиума ВАС РФ в дальнейшем привела к развитию правоприменительной практики, связанной с квалификацией в качестве недобросовестной конкуренции подобных действий участников торгов, если они оказывают существенное влияние на определение победителя <1>. Выявление подобных нарушений зачастую сопровождается выдачей предписания о перечислении в бюджет денежных средств, полученных правонарушителем от заказчика по государственному контракту, поскольку победа была достигнута вследствие недобросовестной конкуренции <2>.

<1> См., напр: Постановления АС ЦО от 8 сентября 2015 г. по делу [N A64-7012/2014](#), АС ВСО от 15 мая 2014 г. по делу [N A78-1753/2013](#), и др.

<2> См., напр: [Постановление](#) АС ЗСО от 3 марта 2016 г. по делу N A81-1406/2015.

В целом для квалификации действий хозяйствующего субъекта, направленных на введение в заблуждение, в качестве акта недобросовестной конкуренции существенное значение будут иметь те обстоятельства, перечисленные в комментируемой [статье](#), которые действительно способны оказать влияние на потребительский выбор, включая качество и потребительские свойства товара, его количество (наличие и возможность приобретения), способ и место изготовления, условия, на которых данный товар предлагается к продаже, в том числе его цену.

В частности, под способом изготовления можно понимать применяемые при изготовлении товара технологии, комплектующие материалы, технические условия изготовления товара и т.д.

Место производства может означать как страну, так и город или область, на территории которых осуществляется производство товара.

Так, например, ФАС России была рассмотрена серия дел о недобросовестной конкуренции со стороны производителей бытовой техники и посуды, изготавливаемых в странах Средней Азии, которые на упаковках товаров размещали указание на страну происхождения, иные указания, направленные на создание у потребителей впечатления о взаимосвязи соответствующего государства из Западной Европы с местом происхождения товара (например: "немецкое качество", "немецкий характер") <1>.

<1> <http://solutions.fas.gov.ru/documents/3701>;
<http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-reklamy-i-nedobrosovestnoy-konkurentsii/ak-35305-14>;
<http://solutions.fas.gov.ru/documents/3702>

Под потребительскими свойствами понимаются такие свойства товара, которые способны удовлетворить различные человеческие потребности. Под качеством товара следует понимать в том числе соответствие товара требованиям стандартов производства, установленных государством, например требованиям различных ГОСТ.

Так, в решении ФАС России от 17 июня 2011 г. по делу N 1 12/28-11 было указано, что ЗАО "Микояновский мясокомбинат" совершило действия по недобросовестной конкуренции путем введения в заблуждение в отношении потребительских свойств и качества колбасных изделий "Богородские", размещая на этикетках таких товаров, произведенных им в соответствии с техническими условиями, обозначение [ГОСТ Р 51074-2003](#), которое было выполнено хорошо различимым для потребителей образом в двойном овале в обрамлении надписей "Контроль качества", "Произведено в России". С учетом имеющегося в материалах дела социологического опроса Комиссия ФАС России пришла к выводу, что такие действия ЗАО "Микояновский мясокомбинат" направлены на создание впечатления, что данные товары произведены в соответствии с требованиями ГОСТа, содержащего условия производства и нормативы качества колбасных изделий. Однако [ГОСТ Р 51074-2003](#) является ГОСТом, содержащим требования к маркировке пищевых продуктов, фасованных в потребительскую тару, реализуемых на территории РФ <1>.

<1> [Постановление](#) 9 ААС от 28 февраля 2012 г. по делу N А40-98118/11-72-635.

Подобная практика не является единичной и встречается в отношении производства других продовольственных товаров, в том числе сливочного масла <1>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) АС СЗО от 18 февраля 2015 г. по делу N А42-6238/2013.

В качестве недобросовестной конкуренции, связанной с введением в заблуждение в отношении количества товара, в практике регулярно рассматриваются действия хозяйствующего субъекта по указанию не соответствующих действительности сведений о тираже издаваемого и реализуемого им на территории РФ периодического печатного издания, путем его завышения по сравнению с фактическим количеством изготовленных экземпляров данного издания.

Имеющаяся правоприменительная практика по делам о недобросовестной конкуренции свидетельствует о наличии преобладающего подхода к квалификации действий хозяйствующих субъектов по указанию не соответствующих действительности сведений о тираже издаваемых ими периодических печатных изданий.

Согласно данному подходу подобные действия хозяйствующих субъектов рассматриваются антимонопольным органом в качестве недобросовестной конкуренции исходя из факта установления несоответствия указанных на страницах периодического печатного издания сведений о его тираже по сравнению с фактическим количеством изготовленных экземпляров, данные о котором получены антимонопольным органом по результатам анализа документов из типографий (договоров, счетов-фактур, спецификаций и накладных, инвойсов и ГТД). При этом антимонопольным органом презюмируется, что указание таких данных влечет получение правонарушителем преимуществ в предпринимательской деятельности, поскольку, по мнению антимонопольного органа, данные о тираже являются существенным критерием для рекламодателя, заинтересованного осведомить наибольшее количество потенциальных потребителей о реализуемых им товарах или оказываемых услугах <1> (см., напр: [Постановление](#) ФАС УО от 14 февраля 2011 г. N Ф09-57/11-С1 по делу N А07-14009/2010).

<1> См., напр.: решение ФАС России от 5 октября 2011 г. по делу N 1-14/61-11.

Вместе с тем в правоприменительной практике встречалось несколько случаев, когда решения территориальных антимонопольных органов по подобным делам признавались арбитражными судами незаконными, поскольку, по мнению судов, антимонопольный орган, презюмируя антиконкурентный эффект тиража, не доказал и не обосновал направленности действий издателя на негативное влияние на конкурентную среду, а также поскольку круг потенциальных или фактических потребителей той или иной газеты может быть не равноценен кругу потенциальных рекламодателей, которые антимонопольным органом установлены не были (см., напр.: Постановления ФАС СЗО от 17 января 2011 г. по делу N [A13-1943/2010](#), от 17 мая 2012 г. по делу N [A05-10381/2011](#)). Однако до настоящего момента подобная практика не получила своего дальнейшего развития, что, на наш взгляд, может свидетельствовать о сохранении актуальности приведенной ранее преобладающей практики квалификации таких случаев в качестве недобросовестной конкуренции.

Комментируемая [статья](#) прямо выделяет цену как характеристику, указание ложных сведений о которой способно ввести в заблуждение в части предлагаемых условий для приобретения товара. Предположительно речь может идти как о фактической цене, так и о возможном размере скидок/бонусов. Действующая ранее норма [Закона](#) о защите конкуренции прямо подобное условие не выделяло.

При этом в правоприменительной практике встречаются случаи с квалификацией подобных действий в качестве недобросовестной конкуренции.

Так, антимонопольным органом действия ООО "Аптека оптовых цен N 1" по использованию в фирменном наименовании словесного элемента "оптовых" были признаны недобросовестной конкуренцией на рынке услуг розничной торговли лекарственными средствами г. Тамбова, поскольку вводили в заблуждение покупателей в отношении цены реализуемых лекарственных средств и в отношении продавца услуг <1>.

<1> [Постановление](#) АС ЦО от 4 марта 2015 г. по делу N А64-3955/2014.

В аналогичном деле, рассмотренном ранее, антимонопольный орган признал действия нескольких хозяйствующих субъектов, использующих в качестве части коммерческих обозначений (вывесок у входа в аптеки) словесного элемента "аптека низких цен", вводящими потребителей в заблуждение, поскольку фактически нарушители не осуществляли продажу лекарственных средств по ценам ниже, чем у конкурентов. Основанием для таких выводов послужил проведенный анализ информации о ценах на отпускаемые лекарственные препараты, полученных от аптечных учреждений соответствующего субъекта РФ. Однако данное решение антимонопольного органа было отменено арбитражным судом кассационной инстанции, который счел недоказанным наличие всех признаков недобросовестной конкуренции ввиду отсутствия исследования мнений потребителей <1>.

<1> [Постановление](#) АС СЗО от 15 января 2013 г. по делу N А66-1548/2012.

Следует отметить, что ранее [Законом](#) о защите конкуренции также запрещалось введение в заблуждение в отношении производителя товара. На практике указанная норма была очень распространенной и регулярно применялась в случае копирования или имитирования нарушителем упаковки/этикетки товаров хозяйствующих субъектов - конкурентов, не охраняемых в качестве зарегистрированных товарных знаков <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС МО от 26 июня 2013 г. по делу N А40-96161/12-17-935. Также см., напр.: [Постановление](#) ФАС МО от 24 апреля 2014 г. N Ф05-157/14 по делу N А40-22114/13-130-217.

Вместе с тем в комментируемой [статье](#) данные положения отсутствуют, а подобного рода правонарушения подлежат квалификации по [ст. 14.6](#), запрещающей любые действия, способные вызвать смешение.

Статья 14.3. Запрет на недобросовестную конкуренцию путем некорректного сравнения

Комментарий к [статье 14.3](#)

Комментируемой [статьей](#) установлен запрет на некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами. Целью данного вида недобросовестной конкуренции является получение конкурентных преимуществ в том числе за счет дискредитации конкурента, но совершенной в форме сравнения своих товаров (работ, услуг) с товарами конкурирующего субъекта (так называемая косвенная дискредитация).

Данный запрет является специальным по отношению к запретам, установленным в [ст. ст. 14.1](#) и [14.2](#) настоящего Закона, подлежит применению ко всем действиям хозяйствующего субъекта, содержащим некорректное сравнение, несмотря на то что такие действия могут быть сопряжены с введением в заблуждение и дискредитацией конкурента.

[Законом](#) о защите конкуренции не проводится легальное толкование понятия "некорректное сравнение". Однако в отличие от ранее действовавшей нормы [п. 3 ч. 1 ст. 14](#), в комментируемой [статье](#) приводятся несколько способов такого недобросовестного сравнения. Из анализа данных способов можно прийти к выводу, что некорректность может быть выражена в ложности, неточности или искаженности информации о собственных товарах правонарушителя в сопоставлении с товарами одного или нескольких хозяйствующих субъектов - конкурентов и (или) в дискредитирующем характере такой информации по отношению к конкуренту либо нескольким конкурентам.

Способы некорректного сравнения, прямо перечисленные в комментируемой [статье](#), основаны на сформированной ранее правоприменительной практике. При этом перечень таких способов не является закрытым.

Наиболее значимой новеллой, на наш взгляд, является запрет на сравнение с другим хозяйствующим субъектом - конкурентом и (или) его товаром путем использования слов "лучший", "первый", "номер один", "самый", "только", "единственный", иных слов или обозначений, создающих впечатление о превосходстве товара и (или) хозяйствующего субъекта, без указания конкретных характеристик или параметров сравнения, имеющих объективное подтверждение, либо в случае, если утверждения, содержащие указанные слова, являются ложными, неточными или искаженными.

Одной из предпосылок к закреплению данного правового запрета являлось решение ФАС России от 5 мая 2009 г. по делу N 1 14/5-09, которым были признаны недобросовестной конкуренцией действия ЗАО "ЛВЗ "ТОПАЗ" на рынке алкогольной продукции РФ, связанные с размещением на бутылках водки "Зеленая Марка Традиционная рецептура", водки особой "Зеленая Марка Ржаная" и водки особой "Зеленая Марка Кедровая" выражения "Водка N 1 в России" без указания на критерии (критерий), по которым (которому) предполагается заявленное первенство соответствующей водки <1>.

<1> http://fas.gov.ru/solutions/solutions_23111.html

На правомерность квалификации подобных действий как некорректного сравнения и проявления недобросовестной рекламы указывается в п. 29 Постановления Пленума ВАС РФ от 8 октября 2012 г. N 58 "О некоторых вопросах применения арбитражными судами Федерального закона "О рекламе".

Вместе с тем следует предположить, что к подобного рода правонарушениям могут относиться случаи любого сопоставления хозяйствующим субъектом собственных товаров либо услуг с товарами либо услугами конкурентов с использованием ложных, неточных или искаженных слов/выражений, способных ввести в заблуждение.

Так, например, антимонопольным органом в качестве некорректного сравнения признаны действия хозяйствующего субъекта по распространению недостоверных сведений о самой низкой себестоимости рекламного контракта на визитных карточках сотрудников <1>.

<1> [Постановление](#) АС ВСО от 5 августа 2015 г. по делу N А69-4130/2014.

В качестве некорректного может быть квалифицировано сравнение с другим хозяйствующим субъектом - конкурентом и (или) его товаром, в котором отсутствует указание конкретных сравниваемых характеристик или параметров либо результаты сравнения не могут быть объективно проверены. Такое сравнение может не содержать негативную оценку деятельности конкурента.

Например, решением от 16 августа 2011 г. по делу N 1 14/76-11 ФАС России признал в качестве недобросовестной конкуренции действия ООО "Волоть", выраженные в размещении на инструкциях по применению шовного материала "Альфа-ПГА 6", вводимого в гражданский оборот на территории РФ, информации о том, что указанный товар является аналогом шовному материалу "Викрил", реализуемому на территории РФ, в том числе путем написания наименования данного товара латиницей <1>.

<1> [Постановление](#) 9 ААС от 3 апреля 2012 г. по делу N А40-105242/2014.

В качестве недобросовестного может быть квалифицировано сравнение с другим хозяйствующим субъектом - конкурентом и (или) его товаром, основанное исключительно на незначительных или несопоставимых фактах и содержащее негативную оценку деятельности хозяйствующего субъекта - конкурента и (или) его товара.

Таким образом, следует предположить, что в подобных случаях сравнение может быть построено преимущественно на указании недостатков товаров или услуг конкурентов по отношению к товарам или услугам нарушителя, при этом такое указание может иметь обобщенный характер.

Так, антимонопольным органом было установлено, что письмо ОАО "Электроприбор" от 30 июля 2010 г. N 85/572-04, направленное филиалу ОАО "ФСК ЕЭС" Московского ПМЭС, являющемуся потребителем продукции SFERE ELECTRIC, поставляемой ООО "Комплект-Сервис", построено на негативном сравнении товаров, реализуемых ООО "Комплект-Сервис", и товаров, производимых ОАО "Электроприбор". С учетом того что ООО "Комплект-Сервис" и ОАО "Электроприбор" являются конкурентами на рынке электроизмерительной продукции, направление ОАО "Электроприбор" указанного письма контрагенту конкурента является проявлением недобросовестной конкуренции в форме некорректного сравнения хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ВВО от 27 февраля 2012 г. по делу N A79-1807/2011.

Следует отметить, что комментируемой [статьей](#) не запрещается сравнение как таковое, если такое сравнение построено на использовании таких критериев сопоставления и информации, которые имеют объективное подтверждение и не способны привести к введению в заблуждение.

Статья 14.4. Запрет на недобросовестную конкуренцию, связанную с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации товаров, работ или услуг

Комментарий к [статье 14.4](#)

1. Содержание комментируемой [статьи](#) концептуально повторяет ранее действующую норму [ч. 2 ст. 14](#) Закона о защите конкуренции. Единственные изменения имеют редакционный характер и будут рассмотрены ниже.

В качестве недобросовестной конкуренции рассматриваются действия, связанные с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг.

Следует отметить, что для целей применения данного законодательного запрета следует рассматривать исключительно совокупность действий по приобретению и использованию исключительных прав на средство индивидуализации, а не одно из них. На данный факт было обращено внимание в [п. 63](#) Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 26 марта 2009 г. N 5/29 "О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации".

2. Термин "приобретение" исключительных прав на средства индивидуализации понимается исходя из соответствующих положений [ГК РФ](#). Так, приобретением исключительных прав на фирменное наименование в соответствии со [ст. 1474](#) [ГК РФ](#) является государственная регистрация юридического лица и указание фирменного наименования в его учредительных документах. Приобретением исключительных прав на товарный знак является его государственная регистрация и получение свидетельства ([ст. ст. 1477, 1480](#) [ГК РФ](#)), а также его приобретение по договору об отчуждении исключительных прав в соответствии со [ст. 1490](#) [ГК РФ](#).

Под использованием исключительных прав на средства индивидуализации исходя, в частности, из [ст. 1483](#) [ГК РФ](#), понимается в том числе их размещение на этикетках, упаковках товаров, в документации, в доменных именах, т.е. выполнение ими непосредственной задачи по отличию их обладателя и реализуемых им товаров (услуг) от других хозяйствующих субъектов и их товаров (услуг).

Однако для целей применения положений комментируемой [статьи](#) под недобросовестным приобретением исключительных прав на средства индивидуализации понимаются действия хозяйствующего субъекта, выразившиеся в умышленном приобретении исключительных прав на обозначение, которое уже определенное время использовалось конкурентом в качестве средства индивидуализации своей деятельности, производимых и реализуемых товаров, приобрело определенную узнаваемость у потребителей. При этом в случае недобросовестного приобретения исключительных прав на товарный знак такое обозначение ранее не было зарегистрировано в установленном порядке в качестве товарного знака, несмотря на широкое его использование его обладателем в предпринимательской деятельности.

Подобное толкование дано в [Справке](#) по вопросам недобросовестного поведения, в том числе конкуренции, приобретению и использованию средств индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, утвержденной Постановлением Президиума Суда по интеллектуальным правам от 21 марта 2014 г. N СП-21/2 (далее - Справка Президиума СИП).

В частности, в п. 4 Справки разъясняется, что одним из обстоятельств, которые могут свидетельствовать о недобросовестном поведении лица, зарегистрировавшего товарный знак, может быть то, что это лицо знало или должно было знать о том, что третьи лица (третье лицо) на момент подачи заявки на регистрацию обозначения в качестве товарного знака законно использовали соответствующее обозначение для индивидуализации производимых ими товаров или оказываемых услуг без регистрации в качестве товарного знака, а также то, что такое обозначение приобрело известность среди потребителей.

Вместе с тем того, что лицо знало или должно было знать об использовании третьими лицами тождественного или сходного до степени смешения обозначения до даты приоритета товарного знака, самого по себе недостаточно для вывода о том, что лицо, приобретая исключительное право на товарный знак, действовало недобросовестно. Должно быть также установлено, что лицо, приобретая исключительное право на товарный знак, имело намерение воспользоваться чужой репутацией и узнаваемостью такого обозначения.

3. Использование исключительных прав на такие обозначения в целях недобросовестной конкуренции влечет возникновение вероятности или фактическое наступление последствий в виде смешения на рынке и введения в заблуждение в отношении производителя товара (услуги).

В этой связи в полной мере прецедентными можно назвать случаи рассмотрения в качестве недобросовестной конкуренции действий хозяйствующего субъекта, направленных на возникновение смешения с товарами конкурента, с помощью размещения принадлежащего ему товарного знака на однородных товарах, при котором сходство такого товарного знака с товарным знаком конкурента, также зарегистрированным в патентном ведомстве, значительно усиливается.

Так, ФАС МО ([Постановление](#) от 5 сентября 2013 г. по делу N А40-131848/12-149-1248) было поддержано ранее принятое решение ФАС России, в котором был сделан вывод о том, что действия ответчика по приобретению исключительных прав на товарные знаки N 419863, N 419864 и N 419865 и их использованию в качестве средств индивидуализации майонеза "Майонез" являются недобросовестной конкуренцией, так как данные действия направлены на заимствование репутации, узнаваемости продукции добросовестного конкурента, производителя майонеза "Махеев", и, как следствие, на получение преимуществ в предпринимательской деятельности и причинение убытков конкуренту в результате перераспределения спроса, вызванного оттоком потребителей, введенных в заблуждение сходством оформления продукции заявителя и ответчика.

Аналогичная правовая позиция содержится в решении ФАС России от 23 мая 2014 г. по делу N 1-14-128/00-08-12, которым недобросовестной конкуренцией были признаны действия компании "Ваказим Пропертиз Лимитед", связанные с приобретением и использованием исключительных прав на товарные знаки Stahler по свидетельствам N 437591 и 437592 <1>.

<1>

<http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-reklamy-i-nedobrosovestnoykonkurentsii/1-14-128-00-08-12;>
[Постановление](#) СИП от 1 апреля 2014 г. по делу N А40-76177/2013.

Вместе с тем практика квалификации подобных нарушений как недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительных прав на товарный знак, не является устоявшейся.

Так, Комиссией ФАС России было прекращено рассмотрение дела по ч. 2 ст. 14 Закона о защите конкуренции, поскольку было установлено, что Ответчики вводят в гражданский оборот на территории РФ освежители воздуха для автомобилей в форме самолета в точном соответствии с товарным знаком по международной регистрации N 889296, не внося в его форму каких-либо изменений. При этом данный вид продукции не поступает на реализацию в торговые организации без соответствующей упаковки. Упаковка представляет собой прозрачный целлофановый пакет, покрытый различными изображениями (позволяющими определить аромат освежителя воздуха) и надписями. Вместе с тем сквозь прозрачную упаковку можно увидеть

только контур самого освежителя воздуха.

Тем не менее действия Ответчиков по введению в гражданский оборот на территории РФ освежителей воздуха для автомобилей в форме самолета с использованием оформления (в том числе прозрачной упаковки с изображениями одних и тех же предметов для обозначения аромата идентичной цветовой гаммы в сходном расположении), сходного до степени смешения с продукцией Заявителя, были признаны недобросовестной конкуренцией, поскольку, по мнению комиссии ФАС России, привели к смешению продукции разных производителей, что вводит потребителей в заблуждение в отношении производителя освежителей воздуха в форме самолета, маркированных обозначением "Aeon" <1>.

<1> Решение ФАС России от 29 августа 2014 г. по делу N 1-00-41/00-08-14 // <http://solutions.fas.gov.ru>.331.

4. Подход к квалификации в качестве недобросовестной конкуренции действий хозяйствующего субъекта, связанных с приобретением и использованием исключительных прав на фирменное наименование, является сходным.

Так, [п. 3 ст. 1474](#) ГК РФ указывает на недопустимость использования юридическим лицом фирменного наименования, тождественного фирменному наименованию другого юридического лица или сходного с ним до степени смешения, если указанные юридические лица осуществляют аналогичную деятельность и фирменное наименование второго юридического лица было включено в Единый государственный реестр юридических лиц ранее, чем фирменное наименование первого юридического лица.

Из приведенной нормы [ГК](#) РФ следует, что для выявления недобросовестной конкуренции необходимо доказать наличие конкурентных отношений между заявителем и ответчиком, а также факт преждепользования обозначением со стороны заявителя <1>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) ФАС ЦО от 3 июня 2013 г. по делу N A09-7629/2012.

5. Под использованием для целей установления акта недобросовестной конкуренции в соответствии с комментируемой [статьей](#) также понимаются действия правообладателя товарного знака, прямо направленные на причинение убытков или нанесение ущерба деловой репутации конкурента, использующего данный знак задолго до подачи заявки на его регистрацию для целей индивидуализации товаров или услуг, однородных товарам или услугам, на которые распространяется правовая охрана данного товарного знака.

То есть речь идет о препятствовании со стороны правообладателя в использовании конкурентом такого обозначения.

Данное препятствование может быть выражено в направлении писем, претензий, требований заключить лицензионный договор на право использования данного товарного знака, подаче искового заявления в арбитражный суд о прекращении незаконного использования товарного знака и выплате компенсации, направлении обращений в правоохранительные органы, осуществлении действий по включению данного товарного знака в Таможенный реестр прав на интеллектуальную собственность, а также направлении заявлений о недобросовестной конкуренции в антимонопольный орган.

Аналогичное толкование дано в [Справке](#) Президиума СИП, в которой указывается на следующее.

Если до даты приоритета товарного знака спорное обозначение широко использовалось третьими лицами (например, конкурентами, в том числе наравне с последующим правообладателем), регистрация товарного знака одним из конкурентов могла быть произведена исключительно с целью устранения присутствия третьих лиц на рынке определенного товара. Такая регистрация не соответствует основной функции товарного знака по индивидуализации товаров правообладателя.

При рассмотрении судом вопроса о том, является ли регистрация обозначения в качестве товарного знака актом недобросовестной конкуренции, в качестве критерия недобросовестного поведения может быть принято во внимание последующее (после регистрации) поведение правообладателя.

Такое последующее поведение лица, зарегистрировавшего в качестве товарного знака обозначение, ранее использовавшееся им наравне с иными лицами, например, может состоять в действиях по вытеснению конкурентов с рынка путем предъявления в суд требований о пресечении использования спорного обозначения.

6. Толкование, изложенное в [Справке](#), основывается на судебной практике, среди которой целесообразно выделить следующие примеры.

Так, ФАС России было вынесено решение от 21 ноября 2011 г. по делу N 1-14/152-11 о действиях ЗАО "Натур Продукт Интернэшнл", связанных с приобретением и использованием исключительных прав на словесный товарный знак "АнтиГриппин" по свидетельству от 20 апреля 2010 г. N 406816 (дата приоритета 3 июня 2009 г.) и комбинированные товарные знаки, содержащие охраняемый словесный элемент "АнтиГриппин" по свидетельствам от 20 марта 2009 г. N 375093, 375094 (дата приоритета 27 марта 2007 г.) <1>. Ранее ФАС России по заявлению ЗАО "Натур Продукт Интернэшнл" было возбуждено дело N 1-14/116-11 о нарушении антимонопольного законодательства в отношении ЗАО "НПО "Антивирал" по признакам нарушения [п. 4 ч. 1 ст. 14](#) Закона о защите конкуренции, выразившегося в реализации лекарственных препаратов, маркированных обозначением "Антигриппин-АНВИ" и "Антигриппин-Максимум", сходных до степени смешения с товарными знаками по свидетельствам N 375093, 375094, 406816.

<1> [Постановление](#) ФАС МО от 18 октября 2012 г. по делу N A40-4504/2012.

Однако в ходе рассмотрения дела N 1-14/116-11 о нарушении антимонопольного законодательства ЗАО "НПО "Антивирал" в ФАС России были представлены материалы, доказывающие, что ЗАО "НПО "Антивирал" использовал наименование "Антигриппин" до даты регистрации ЗАО "Натур Продукт Интернэшнл" лекарственного средства под торговым наименованием "Антигриппин", до начала введения ответчиком зарегистрированного им препарата в гражданский оборот на территории РФ и вплоть до даты приоритета товарных знаков по свидетельствам N 375093, 375094, 406816. Указанные обстоятельства стали основанием для возбуждения дела N 1-14/152-11 и вынесения итогового решения <1>.

<1> http://fas.gov.ru/solutions/solutions_33701.html

В случае осуществления правообладателем действий, направленных на препятствование тем или иным образом в использовании обозначения, тождественного или сходного до степени смешения с товарным знаком, в случае его использования до даты приоритета товарного знака такие действия могут причинить убытки хозяйствующему субъекту (например, в случае осуществления таможенными органами действий по приостановлению выпуска товара данного хозяйствующего субъекта <1>, с размещением на них обозначения, тождественного или сходного до степени смешения с товарным знаком, включенным в таможенный реестр объектов интеллектуальной собственности) или вред его деловой репутации (например, в случае возбуждения в отношении его дела об административном правонарушении, судебного разбирательства сведения об указанных фактах могут стать известными контрагентам и потребителям).

<1> См., напр.: [Постановление](#) ФАС МО от 16 марта 2012 г. по делу N A40-54063/11-147-461.

При этом в качестве недобросовестной конкуренции антимонопольным органом были рассмотрены действия не по отношению к одному из конкурентов, а по отношению к нескольким компаниям одновременно, в виде действий одного из поставщиков (импортеров) товара иностранного производства, который умышленно приобрел исключительные права на товарный знак, индивидуализирующий поставляемые товары без разрешения правообладателя (производителя) и предъявил требования к иным поставщикам данного товара по прекращению его поставок в виду незаконного использования последними вновь зарегистрированного товарного знака <1>.

<1> [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 23 апреля 2013 г. N 14186/12.

Таким образом, правовая конструкция комментируемой [статьи](#) в данной части является близкой правовой конструкции [ст. 10](#) ГК РФ, установившей запрет на злоупотребление гражданскими правами, на их недобросовестное использование и использование в целях ограничения конкуренции.

Данный факт неоднократно подтвержден правоприменительной практикой и подчеркнут в том числе в [п. 8](#) информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. N 127 "Обзор практики применения арбитражными судами [ст. 10](#) Гражданского кодекса Российской Федерации", в котором дается описание спора, связанного с приобретением Компанией "Акай Юниверсал Индастриз Лтд" (Гонконг) исключительных прав на товарный знак Akai.

7. Вместе с тем следует иметь в виду, что в качестве недобросовестной конкуренции в соответствии с комментируемой [статьей](#) не могут быть признаны действия хозяйствующего субъекта по приобретению исключительных прав на товарный знак, если спорное обозначение приобрело широкую известность благодаря хозяйственной деятельности и инвестициям такого правообладателя, имевшими место до регистрации товарного знака. Изложенное подтверждается [Справкой](#) Президиума СИП.

8. Отдельно следует рассмотреть правоприменительную практику, связанную с квалификацией в качестве недобросовестной конкуренции действий, связанных с приобретением и использованием исключительных прав на так называемые "советские бренды".

Недобросовестной конкуренцией ФАС России признаются действия по приобретению и использованию исключительных прав на "советский" товарный знак, которые совершены хозяйствующим субъектом, не являющимся правопреемником советского предприятия, которое разработало данное обозначение <1>.

<1> См., напр.: дело о плавленых сырах "Омичка" - [Постановление](#) 9 ААС от 24 мая 2010 г. N 09АП-6100/2010-АК; дело о детских велосипедах "Конек-Горбунок" - [Постановление](#) ФАС МО от 10 декабря 2012 г. по делу N А40-16148/12-130-149).

Вместе с тем преимущественно в практике антимонопольного органа встречаются ситуации, когда правовой оценке на предмет соответствия требованиям [Закона](#) о защите конкуренции подлежат действия по недобросовестному приобретению и использованию "советского" товарного знака хозяйствующим субъектом, являющимся правопреемником советского предприятия, которое не разработало данное обозначение, а только лишь его использовало на основании распорядительных документов государственных органов СССР. То есть правообладатель "советского" товарного знака использовал данное обозначение наряду с другими советскими предприятиями, также получившими его в директивном порядке, но не имел отношения к разработке данного обозначения. Получив исключительные права на такой "советский" товарный знак, правообладатель зачастую предпринимает действия по недопущению использования тождественных или сходных до степени смешения обозначений для индивидуализации однородных товаров хозяйствующими субъектами - конкурентами, которые также являются правопреемниками соответствующего советского предприятия.

Важной для данной категории дел стала правовая позиция КС РФ, изложенная в его [Определении](#) от 1 апреля 2008 г. N 450-О-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы закрытого акционерного общества "Московский завод плавленых сыров "КАРАТ" на нарушение конституционных прав и свобод положениями статьи 4 и пункта 2 статьи 10 Закона РСФСР "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках", статьи 4 и части 2 статьи 14 Федерального закона "О защите конкуренции", пункта 1 статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации".

Следует отметить, что основанием для обращения ЗАО "Московский завод плавленых сыров "Карат" в КС РФ было решение Краснодарского УФАС России от 2 ноября 2005 г. N 124, в соответствии с которым действия данного хозяйствующего субъекта по приобретению и использованию комбинированных товарных знаков со словесными обозначениями "Дружба" и "Карат" были признаны актом недобросовестной конкуренции в соответствии с [п. 2 ст. 10](#) Закона о конкуренции 1991 г.

КС РФ указал, что как положения ранее действующего в данной части [Закона](#) о конкуренции 1991 г., так и положения [ч. 2 ст. 14](#) Закона о защите конкуренции "как направленные на пресечение недобросовестной конкуренции, позволяющие признавать действия, в том числе связанные с регистрацией и (или) использованием

известных советских товарных знаков, актом недобросовестной конкуренции с последующим рассмотрением федеральным патентным ведомством вопроса о полной или частичной недействительности регистрации средства индивидуализации продукции (выполнения работ, оказания услуг), не противоречат правовой природе товарного знака, не являются препятствием для реализации добросовестным правообладателем зарегистрированного товарного знака своего исключительного права использовать его любым не противоречащим закону способом, распоряжаться товарным знаком и разрешать или запрещать его использование другими лицами и ограничивают права хозяйствующих субъектов, закрепленные в [статьях 17 \(часть 3\), 19 \(часть 1\) и 34 Конституции РФ](#), в той мере, в какой согласно [статье 55 \(часть 3\) Конституции РФ](#) это необходимо в целях защиты прав и законных интересов других лиц".

Данная правовая позиция получила свое широкое развитие в правоприменительной практике.

Так, например, в качестве недобросовестной конкуренции в соответствии с [ч. 2 ст. 14 Закона о защите конкуренции](#) ФАС России были квалифицированы действия ОАО "Русский Продукт" (правопреемника Московского пищевого комбината - предприятия пищевой промышленности СССР), связанные с приобретением исключительных прав на словесный товарный знак "Летний" по свидетельству N 287331, представляющий собой словесное обозначение, широко используемое несколькими независимыми производственными предприятиями СССР в качестве средства индивидуализации производимых растворимых кофейных напитков, и использованием данных прав путем препятствования своему конкуренту ОАО "Комбинат детского питания и пищевых концентратов" (правопреемнику Ленинградского пищевого комбината - предприятия пищевой промышленности СССР) в использовании словесного обозначения "Летний" в качестве наименования кофейных напитков <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС МО от 15 октября 2012 г. по делу N A40-10944/12-119-111.

Вместе с тем в текущей правоприменительной практике встречаются и другие подходы, когда СИП не поддерживаются подходы антимонопольного органа к квалификации в качестве недобросовестной конкуренции действия, связанного с приобретением и использованием исключительных прав на "советские" товарные знаки.

Так, решением ФАС России от 14 мая 2014 г. по делу N 1-14-7/0008-14 действия ОАО "Жигулевское пиво", связанные с приобретением и использованием исключительных прав на комбинированный товарный знак по свидетельству N 142809 в части словесного элемента "Саяны" в отношении товаров 32-го класса МКТУ (безалкогольные напитки), признаны актом недобросовестной конкуренции.

Отменяя решение ФАС России, Президиум Суда по интеллектуальным правам указал на то, что антимонопольным органом не доказано, что приобретение исключительных прав на товарный знак "Саяны" не осуществлялось в целях недобросовестной конкуренции с учетом того, что товарный знак был зарегистрирован ОАО "Жигулевское пиво" в 1996 г. (в этот период иных хозяйствующих субъектов, производящих напиток "Саяны", антимонопольным органом не выявлено), а действия по направлению претензионных писем иным производителям были предприняты в 2013 г. В этой связи Президиумом Суда было отмечено, что в рамках рассмотрения дела о признании актом недобросовестной конкуренции действий правообладателя по приобретению и использованию исключительного права на товарный знак с учетом совершенных позднее действий оценке подлежит цель именно приобретения права <1>.

<1> [Постановление](#) Президиума Суда по интеллектуальным правам от 30 марта 2015 г. по делу N СИП-744/2014.

9. Если тождественный или сходный до степени смешения товарный знак зарегистрирован хотя и не в отношении однородных товаров, но при этом создается угроза возникновения заблуждения потребителя относительно товара или его изготовителя, то такие действия могут быть признаны недобросовестной конкуренцией. В данном случае необходимо исследовать известность товарного знака в определенных кругах и возможность отнесения потребителями товаров, маркированных сходными знаками, к одному месту происхождения и изготовителю.

Речь идет, в частности, о концепции запрета на "паразитарную" конкуренцию, а также о значимости

правового запрета на недобросовестную конкуренцию, который подлежит применению в качестве правовой защиты известности товарного знака, его коммерческой ценности в силу приобретения таковой хозяйствующим субъектом - их обладателем вне зависимости от его государственной регистрации. Такая концепция уже была поддержана Президиумом ВАС РФ в [Постановлении](#) от 24 апреля 2012 г. N 16912/11 по результатам пересмотра в порядке надзора дела о товарном знаке Vecheron Constantin.

Президиум ВАС РФ, отменяя судебные акты судов нижестоящих инстанций, признал актом недобросовестной конкуренции в соответствии со [ст. 10.bis](#) Парижской конвенции по охране промышленной собственности приобретение ответчиком исключительных прав на словесный товарный знак Vecheron Constantin по свидетельству N 278829 для товаров 25-го класса МКТУ - одежда, обувь, головные уборы. Охраняемое данным товарным знаком словесное обозначение являлось сходным до степени смешения с имеющим мировую известность наименованием наручных часов премиум класса, производимых истцом на территории Швейцарии и поставляемых в том числе на территорию РФ. С учетом данных обстоятельств Президиум ВАС РФ указал, что действия ответчика по регистрации данного товарного знака не соответствовали требованиям должной осмотрительности и недопущения недобросовестного использования экономических преимуществ, полученных истцом в результате длительности реализации своего товара с наименованием Vecheron Constantin и полученной известности у потребителей.

Аналогичное дело было рассмотрено позднее ФАС России и поддержано Судом по интеллектуальным правам <1>.

<1> [Постановление](#) Президиума Суда по интеллектуальным правам от 4 июля 2014 г. N СИП-363/2013.

10. В правоприменительной практике также неоднократно рассматривался вопрос о том, возможно ли квалифицировать в качестве недобросовестной конкуренции действия хозяйствующего субъекта по направлению заявки на регистрацию товарного знака, т.е. направленные на приобретение исключительных прав на товарный знак. На наш взгляд, такие действия действительно могут быть частью недобросовестной конкурентной тактики, однако будут квалифицированы как таковые не сами по себе, а исключительно в рамках правовой оценки совокупности действий, противоречащих "честным обычаям в промышленных и торговых делах". Представляется, что квалификация таких действий должна быть осуществлена в соответствии с общим запретом на недобросовестную конкуренцию, установленным в настоящий момент в [ст. 14.8](#) Закона о защите конкуренции и в [ст. 10.bis](#) Парижской конвенции по охране промышленной собственности.

Так, решением ФАС России по делу N 1-14-123/00-08-12 в качестве недобросовестной конкуренции была квалифицирована совокупность действий ответчика, выраженных в использовании деловой репутации Акционерного дружества "Булгартабак Холдинг", а именно широкой известности сигарет Oral, "Родопи" (Rodopi), BT ("БТ"), "Интер", TU-134, "Стьюардесса" (Stewardess), производимых и реализуемых заявителем, путем предложений к продаже и введения ответчиком в гражданский оборот на территории РФ сигарет Oral, "Родопи" (Rodopi), BT ("БТ"), "Интер", TU-134, "Стьюардесса" (Stewardess) с копированием дизайна упаковок сигарет "Oral", "Родопи" (Rodopi), "БТ" ("БТ"), "Интер", "TU-134", "Стьюардесса" (Stewardess), производимых Акционерным дружеством "Булгартабак Холдинг", а также путем совершения действий, направленных на прекращение правовой охраны товарных знаков, принадлежащих Акционерному дружеству "Булгартабак Холдинг", используемых им в качестве средств индивидуализации производимых и реализуемых сигарет Oral, "Родопи" (Rodopi), BT ("БТ"), "Интер", "TU-134", "Стьюардесса" (Stewardess), а также направленных на приобретение ответчиком исключительных прав на данные товарные знаки на территории РФ <1>.

<1>

<http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-reklamy-i-nedobrosovestnoy-konkurentsii/1-14-123-00-08-12>

11. [Часть 2 комментируемой статьи](#) устанавливает, что решение антимонопольного органа о нарушении положений [ч. 2 данной статьи](#) в отношении приобретения и использования исключительного права на **товарный** знак направляется заинтересованным лицом в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности для признания недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку.

Данная норма корреспондирует с [подп. 6 п. 2 ст. 1512](#) ГК РФ, который в качестве основания для частичного или полного прекращения правовой охраны товарного знака предусматривает признание действий по его государственной регистрации в установленном порядке злоупотреблением правом или недобросовестной конкуренцией.

При этом соответствующие решения могут быть приняты как Федеральной антимонопольной службой, так и ее территориальными органами. В этом состоит единственное редакционное отличие новой нормы от ранее действовавшей [ч. 3 ст. 14](#) Закона о защите конкуренции. Последней указывалось на то, что основанием для обращения являлось решение лишь федерального антимонопольного органа, что не соответствовало правоприменительной практике.

Необходимо отметить, что прекращение правовой охраны товарного знака является соразмерной мерой гражданско-правовой ответственности хозяйствующего субъекта, совершившего такой акт недобросовестной конкуренции наряду с применением мер административной ответственности за совершение таких действий, предусмотренных [ч. 1 ст. 14.33](#) КоАП РФ.

Под заинтересованным лицом в данном случае следует понимать хозяйствующего субъекта, товарный знак которого был недобросовестно зарегистрирован и которому предоставлена легальная возможность восстановить свое нарушенное право путем обращения в Федеральную службу по интеллектуальной собственности с заявлением о прекращении правовой охраны товарного знака в установленном [ГК РФ](#) порядке и дальнейшей подачи собственной заявки для приобретения на него исключительных прав.

Прекращение правовой охраны товарного знака и привлечение ответчика к административной ответственности не лишает права заинтересованного лица также обратиться в арбитражный суд с иском о взыскании убытков, включая упущенную выгоду, возникших в связи с совершением недобросовестной конкуренции.

В качестве примера одного из успешно разрешенных дел данной категории следует привести дело по иску ООО "АнвиЛаб" к ЗАО "Натур Продукт Интернэшнл" ^{<1>}, который был подан в АС г. Санкт-Петербурга и ЛО на основании вступившего ранее в законную силу решения ФАС России.

<1> См.: судебные решения по делу N А56-23056/2013.

Удовлетворяя исковые требования, суд отметил, что причинно-следственная связь между поведением ответчика и убытками истца является прямой и заключается в том, что под воздействием акта недобросовестной конкуренции, совершенного ответчиком, истец прекратил продажу препаратов "Антигриппин-АНВИ" и "Антигриппин-максимум", несмотря на устойчивые хозяйственные связи с потенциальными покупателями. Причем истец не мог продолжать продавать эти препараты, пока поведение ответчика не было **квалифицировано** как акт недобросовестной конкуренции и злоупотребление правом в административном и судебном порядке соответственно. При этом причинно-следственный ряд не нарушается правомерным поведением истца, соблюдающего запрет на использование чужих интеллектуальных прав без разрешения правообладателя.

Статья 14.5. Запрет на недобросовестную конкуренцию, связанную с использованием результатов интеллектуальной деятельности

Комментарий к [статье 14.5](#)

1. Новеллой четвертого антимонопольного пакета является разделение норм о недобросовестной конкуренции, связанной с незаконным использованием прав на объекты интеллектуальной собственности, на две самостоятельные формы недобросовестной конкуренции.

Комментируемой [статьей](#) установлен запрет на недобросовестную конкуренцию, выраженную во введении в оборот товаров с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности. К таким результатам [ст. 1225](#) ГК РФ относит значительное количество объектов, имеющих общий со средствами индивидуализации механизм правовой охраны - режим интеллектуальной собственности. К результатам

интеллектуальной деятельности, в частности, относятся:

- произведения науки, литературы и искусства;
- программы для электронных вычислительных машин (программы для ЭВМ);
- базы данных;
- изобретения;
- полезные модели;
- промышленные образцы;
- селекционные достижения;
- топологии интегральных микросхем;
- секреты производства (ноу-хау).

Запрет рассматриваемой формы недобросовестной конкуренции направлен прежде всего на предотвращение неправомерного использования хозяйствующим субъектом промышленных достижений другого хозяйствующего субъекта - конкурента, охраняемых, в частности, в качестве объектов патентного права (промышленной собственности) <1>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) ФАС УО от 2 сентября 2010 г. N Ф09-6809/10-С1 по делу N А50-38336/2009.

Следует сделать оговорку для информации, составляющей коммерческую тайну. Если она относится к секретам производства (ноу-хау) по смыслу [ст. 1465](#) ГК РФ, то правовая защита правообладателя осуществляется в соответствии с комментируемой [статьей](#). Если информация составляет коммерческую тайну в соответствии с [Законом](#) о коммерческой тайне, но не относится к секретам производства, правовая защита может быть предоставлена в соответствии со [ст. 14.7](#) настоящего Закона.

2. Перечень действий, которые признаются использованием соответствующего результата интеллектуальной деятельности, определяется индивидуально для каждого объекта.

Так, [ст. 1270](#) ГК РФ признает использованием произведения, охраняемого авторским правом, воспроизведение произведения, т.е. изготовление одного и более экземпляров произведения, публичный показ произведения, прокат оригинала или экземпляра произведения, перевод или другую переработку произведения, и др.

[Статья 1358](#) признает использованием изобретения, полезной модели или промышленного образца такие действия, как ввоз на территорию РФ, изготовление, применение, предложение о продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей продукта, в котором использованы изобретение или полезная модель, либо изделия, в котором использован промышленный образец.

При этом в силу [п. 3 ст. 1358](#) ГК РФ изобретение признается использованным в продукте или способе, если продукт содержит, а в способе использован каждый признак изобретения, приведенный в независимом пункте содержащейся в патенте формулы изобретения, либо признак, эквивалентный ему и ставший известным в качестве такового в данной области техники до даты приоритета изобретения.

Полезная модель признается использованной в продукте, если продукт содержит каждый признак полезной модели, приведенный в независимом пункте содержащейся в патенте формулы полезной модели.

Промышленный образец признается использованным в изделии, если это изделие содержит все существенные признаки промышленного образца или совокупность признаков, производящую на информированного потребителя такое же общее впечатление, какое производит запатентованный

промышленный образец, при условии что изделия имеют сходное назначение.

Вместе с тем для целей применения комментируемой [статьи](#) имеет значение факт незаконного использования результата интеллектуальной деятельности, под которым понимается использование такого результата третьими лицами без согласия правообладателя, если в соответствии с законом такое согласие необходимо.

Соответственно, использование результатов интеллектуальной деятельности третьими лицами является законным только в двух случаях:

1) когда на такое использование прямо получено соответствующее разрешение правообладателя в установленной законом форме (такое разрешение осуществляется в форме лицензионного договора);

2) когда такое использование возможно осуществлять без согласия правообладателя в силу закона.

Например, [ст. 1272](#) ГК РФ допускает распространение правомерно введенных в гражданский оборот на территории РФ оригиналов или экземпляров произведений науки, литературы и искусства без согласия правообладателя и без выплаты ему вознаграждения; в [ст. 1280](#) ГК РФ приведены действия владельца программы для ЭВМ, которые он может осуществлять без разрешения автора или иного правообладателя и без выплаты дополнительного вознаграждения; в [п. 1 ст. 1361](#) ГК РФ установлено право преждепользования, предоставляющее лицу, которое до даты приоритета изобретения, полезной модели или промышленного образца добросовестно использовало на территории РФ созданное независимо от автора тождественное решение или решение, отличающееся от изобретения только эквивалентными признаками, либо сделало необходимые к этому приготовления, право на дальнейшее безвозмездное использование тождественного решения без расширения объема такого использования.

3. Необходимо принимать во внимание то, что не любое из указанных нарушений исключительного права на результат интеллектуальной деятельности может быть признано недобросовестной конкуренцией. Комментируемая [статья](#) рассматривает в качестве таковой только действия, выражающиеся в продаже, обмене и ином введении в оборот товара. Соответственно, если лицо произвело товар с использованием чужого результата интеллектуальной деятельности, но не ввело его в оборот, действия хозяйствующего субъекта не могут считаться недобросовестной конкуренцией.

4. Следует также учитывать, что для целей применения комментируемой [статьи](#) действия хозяйствующего субъекта должны не только противоречить положениям [ГК РФ](#), но и содержать остальные признаки недобросовестной конкуренции, установленные в [п. 9 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции ^{<1>}. В частности, в результате незаконного использования результатов интеллектуальной деятельности хозяйствующий субъект должен иметь возможность получить преимущества в предпринимательской деятельности, а само нарушение должно причинить или быть способным причинить ущерб другому хозяйствующему субъекту - конкуренту либо нанести или быть способным нанести вред его деловой репутации.

<1> Более подробно о признаках недобросовестной конкуренции см.: [комментарий к ст. 14.8](#).

Следует отметить, что из [п. 17](#) Постановления Пленума ВАС РФ N 11 вытекает, что лицом, действия которого могут быть квалифицированы как недобросовестная конкуренция в соответствии с комментируемой [статьей](#), должен являться первоначальный производитель товара или иное лицо, которое первым ввело товар с незаконным использованием объектов интеллектуальной собственности в гражданский оборот.

Таким образом, для целей применения [ст. 14.5](#) Закона о защите конкуренции подлежит доказыванию следующее:

- наличие конкурентных отношений между правообладателем (лицом, входящим с ним в одну группу лиц и использующим принадлежащий ему результат интеллектуальной деятельности) и потенциальным ответчиком;

- факт введения ответчиком в гражданский оборот товара, взаимозаменяемого с товаром правообладателя, с незаконным использованием принадлежащего правообладателю результата интеллектуальной деятельности;

- направленность действий ответчика на получение преимуществ в предпринимательской деятельности и способность причинить убытки/вред деловой репутации конкуренту-правообладателю.

Статья 14.6. Запрет на недобросовестную конкуренцию, связанную с созданием смешения

Комментарий к [статье 14.6](#)

1. Запрет действий, способных вызвать смешение, основан на положениях [ст. 10.bis](#) Парижской конвенции по охране промышленной собственности, согласно которым как недобросовестная конкуренция запрещаются все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента.

Г. Боденхаузен в комментарии к указанной Конвенции указывает на применение положений [ст. 10.bis](#) к любым возможным действиям, направленным на возникновение смешения каким-либо образом в отношении предприятий, т.е. смешения хозяйствующих субъектов между собой, производимых и реализуемых ими товаров, либо смешения в отношении их промышленной и торговой деятельности в результате не только незаконного использования товарных знаков или фирменных наименований, но и любых других средств. К последним указанный автор относит дизайн упаковки, печатные шрифты, указания на места нахождения предприятия <1>.

<1> Боденхаузен Г. Парижская конвенция по охране промышленной собственности: Комментарий. М.: Прогресс, 1977. С. 165.

Под смешением в целом следует понимать ситуацию, когда потребитель одного товара (товара одного производителя) отождествляет его с другим товаром (товаром другого производителя) либо допускает, несмотря на заметные отличия, производство двух указанных товаров одним лицом. Таким образом, при смешении возникает риск введения потребителя в заблуждение относительно производителя товара, что подтверждается практикой антимонопольных органов по применению положений [абз. 2 ч. 1 ст. 14](#) Закона о защите конкуренции в редакции, действовавшей до 2016 г.

В качестве примера можно привести дело N А40-96161/12-17-935. Решением ФАС России от 4 июня 2012 г. действия ООО "Самарский майонезный завод", связанные с введением в заблуждение в отношении производителя продукции "Икра классическая N 1", "Икра с копченым лососем N 2", "Икра подкопченная N 3" под наименованием "Береста", признаны актом недобросовестной конкуренции.

При этом ФАС России установил, что ООО СП "Санта Бремор" первым приступил к введению в оборот на территории РФ икры мойвы "Икра деликатесная классическая N 1", "Икра деликатесная с копченым лососем N 2" и "Икра деликатесная подкопченная N 3" в банках, оформление которых было сходным с оформлением банок продукции ООО "Самарский майонезный завод". На основании социологического исследования, проведенного по поручению ФАС России ОАО "Всероссийский центр изучения общественного мнения", большинство опрошенных посчитали, что продукция ООО СП "Санта Бремор" и ООО "Самарский майонезный завод" схожа; при этом 51,5% респондентов указал на схожие элементы "название, надпись "Икра", а 44,1% отметили схожесть формы и размера банки.

Суды подтвердили законность решения ФАС России от 4 июня 2012 г. и признали правильность квалификации действий ООО "Самарский майонезный завод" как недобросовестной конкуренции в форме введения потребителей в заблуждение.

Вместе с тем подобные действия в настоящее время следует квалифицировать в соответствии со [ст. 14.6](#) Закона.

2. Комментируемая [статья](#) содержит базовый запрет недобросовестной конкуренции в форме смешения, корреспондирующий со [ст. 10.bis](#) Парижской конвенции, а также два частных случая, когда смешение презюмируется.

К первому из них относится использование обозначения, сходного до степени смешения с чужим охраняемым средством индивидуализации, а именно охраняемым товарным знаком, фирменным наименованием, коммерческим обозначением или наименованием места происхождения товара, если это

обозначение используется в отношении товаров, которые вводятся в гражданский оборот на территории РФ.

Вторым примером смешения является копирование или имитация любых иных обозначений или элементов, индивидуализирующих хозяйствующего субъекта - конкурента и (или) его товар.

Перечень случаев смешения, приведенный в [п. п. 1 и 2 ст. 14.6](#), не является исчерпывающим.

3. Комментируемая [статья](#) рассматривает как смешение такие способы нарушения исключительного права на средства индивидуализации, как использование обозначения путем его размещения на товарах, этикетках, упаковках или использования иным образом в отношении товаров, которые продаются либо иным образом вводятся в гражданский оборот на территории РФ, а также путем его использования в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, включая размещение в доменном имени и при других способах адресации. Особенности применения рассматриваемого запрета к действиям в сети Интернет будут рассмотрены ниже.

Под товарным знаком понимается обозначение, служащее для индивидуализации товаров юридических лиц или индивидуальных предпринимателей ([п. 1 ст. 1477 ГК РФ](#)). В качестве товарных знаков могут быть зарегистрированы словесные, изобразительные, объемные и другие обозначения или их комбинации, в любом цвете или цветовом сочетании.

Исключительное право на товарный знак возникает при условии его государственной регистрации федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности (Роспатент). Соответственно, нарушение исключительных прав на товарный знак возможно только при наличии свершившейся государственной регистрации товарного знака. Наличие заявки на регистрацию товарного знака в этом случае является недостаточным.

Еще одним средством индивидуализации товара является наименование места происхождения товара, под которым понимается обозначение, представляющее собой либо содержащее современное или историческое, официальное или неофициальное, полное или сокращенное наименование страны, городского или сельского поселения, местности или другого географического объекта, а также обозначение, производное от такого наименования и ставшее известным в результате его использования в отношении товара, особые свойства которого исключительно или главным образом определяются характерными для данного географического объекта природными условиями и (или) людскими факторами. Как и в случае с товарными знаками, исключительное право на место происхождения товара возникает с момента и при условии его государственной регистрации.

Фирменным наименованием признается наименование коммерческой организации, под которым оно выступает в гражданском обороте ([п. 1 ст. 1473 ГК РФ](#)). Фирменное наименование юридического лица должно содержать указание на его организационно-правовую форму и собственно наименование юридического лица, которое не может состоять только из слов, обозначающих род деятельности. Фирменное наименование подлежит охране со дня государственной регистрации юридического лица.

При этом наименования некоммерческих организаций, а также наименования не являющихся юридическими лицами объединений юридических лиц не являются фирменным наименованием, а следовательно, не являются средством индивидуализации юридических лиц (см. [п. 58.2](#) Постановления Пленума ВС РФ N 5, Пленума ВАС РФ N 29 от 26 марта 2009 г. "О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации").

В то же время в силу [ст. 8](#) Парижской конвенции по охране промышленной собственности на территории России охраняются фирменные наименования любых иностранных предприятий, находящихся в странах - участницах Парижской конвенции.

Коммерческое обозначение - это обозначение, которое используется для индивидуализации торговых, промышленных и других предприятий, однако при этом не является фирменным наименованием, а также не требует какой-либо государственной регистрации.

Для охраны коммерческого обозначения требуется, чтобы такое обозначение обладало достаточными различительными признаками и его употребление правообладателем для индивидуализации своего предприятия являлось известным в пределах определенной территории. Коммерческое обозначение охраняется

независимо от его регистрации. При этом в отличие от товарных знаков коммерческое обозначение не маркирует товар, а служит средством индивидуализации торгового или промышленного предприятия.

4. **Закон** относит к недобросовестной конкуренции незаконное использование средств индивидуализации в сети Интернет, включая размещение в доменном имени и при других способах адресации, т.е., по сути, имеются в виду два разных нарушения.

В первом случае в соответствии с имеющейся правоприменительной практикой речь может идти о размещении хозяйствующим субъектом на принадлежащем ему интернет-сайте предложений к продаже товаров с незаконным использованием товарного знака конкурента. Так, подобный пример приведен в п. 10 Обзора практики ВС РФ.

Во втором случае речь идет о действиях по приобретению прав на доменное имя, содержащее тождественное средству индивидуализации конкурента обозначение либо сходное с ним до степени смешения, независимо от того, размещается ли какая-либо информация на интернет сайте с указанным доменным именем или нет.

Правоприменительной практике подобные случаи также известны. В частности, Президиум ВАС РФ при рассмотрении подобных дел ранее руководствовался прежде всего **ст. 10.bis** Парижской конвенции по охране промышленной собственности, а также положениями Единой политики и Правил по единообразной политике разрешения споров в связи с доменными именами, одобренной ICANN 24 октября 1999 г.

Так, Президиум ВАС РФ в Постановлениях от 11 ноября 2008 г. **N 5560/08**, от 18 мая 2011 г. **N 18012/10**, вынесенных по результатам пересмотра в порядке надзора судебных актов арбитражных судов, указал на то, что, оценивая действия администратора домена на предмет наличия или отсутствия в его действиях акта недобросовестной конкуренции, запрещенной **ст. 10.bis** Парижской конвенции по охране промышленной собственности, установлению подлежит факт наличия или отсутствия трех критериев в совокупности: доменное имя идентично или сходно до степени смешения с товарным знаком третьего лица; у владельца доменного имени нет каких-либо законных прав и интересов в отношении доменного имени; доменное имя зарегистрировано и используется недобросовестно.

В правоприменительной практике ФАС России встречались аналогичные дела, при рассмотрении которых антимонопольный орган руководствовался общим запретом на недобросовестную конкуренцию, ранее содержащуюся в **ч. 1 ст. 14** настоящего Закона.

Так, ФАС России на основании заявления ООО "КАТФУЛ" было возбуждено и рассмотрено дело в отношении ООО "Торговый дом "ЗПУ МСК" по признакам нарушения последним **ч. 1 ст. 14** Закона о защите конкуренции, выраженного в приобретении прав на доменное имя "катфул.рф", содержащее фирменное наименование и товарный знак заявителя <1>.

<1> http://fas.gov.ru/solutions/solutions_34095.html

Комиссией ФАС России было установлено, что ООО "КАТФУЛ" было зарегистрировано как юридическое лицо со своим фирменным наименованием в 2002 г. и осуществляет деятельность по реализации на территории РФ средств для крепления и размещения груза в транспортных средствах, в частности стяжных ремней, воздушных пакетов, распорок.

Также Заявителем в Федеральную службу по интеллектуальной собственности была подана заявка на регистрацию обозначения "КАТФУЛ CARTFUL" в качестве товарного знака для товаров 39-го класса МКТУ - упаковка товаров, экспедирование грузов, по которой 29 августа 2011 г. было принято решение о регистрации товарного знака, а на момент вынесения решения по делу было выдано свидетельство о регистрации.

ООО "Торговый дом "ЗПУ МСК", являющееся конкурентом ООО "КАТФУЛ", в 2010 г. приобрело право администрирования доменного имени "катфул.рф", которое никаким образом не использовалось.

Комиссия ФАС России пришла к выводу, что действия ООО "Торговый дом "ЗПУ МСК" по регистрации доменного имени "катфул.рф" создают препятствия хозяйствующему субъекту-конкуренту в продвижении

предлагаемых к продаже товаров, размещении рекламы и привлечении потенциальных клиентов за счет сети Интернет, в частности путем использования официальной кириллической доменной зоны РФ и использования принадлежащих ему средств индивидуализации. Действия ответчика по делу были признаны недобросовестной конкуренцией, а предписанием антимонопольного органа ответчику было установлено безвозмездно передать заявителю право администрирования данного доменного имени.

В настоящий момент правоприменительная практика по доменным спорам и применению для их разрешения норм о запрете недобросовестной конкуренции обобщена в [Справке](#) по вопросам, возникающим при доменных спорах, утвержденной Постановлением Президиума Суда по интеллектуальным правам от 28 марта 2014 г. N СП-21/4.

5. Второй разновидностью смещения является копирование или имитация внешнего вида товара, вводимого в гражданский оборот хозяйствующим субъектом - конкурентом, его упаковки, этикетки, наименования товара, цветовой гаммы, фирменного стиля в целом (в совокупности фирменной одежды, оформления торгового зала, витрины) или иных элементов, индивидуализирующих хозяйствующего субъекта - конкурента и (или) его товары. В данном случае речь идет об имитации объектов, которые используются в качестве средств индивидуализации, однако по различным причинам не имеют правовой охраны.

6. В целом недобросовестную конкуренцию в исследуемом аспекте следует понимать как действия, направленные на эксплуатацию коммерческой ценности, различительной способности и известности средств индивидуализации (в том числе не охраняемых в качестве интеллектуальной собственности) хозяйствующего субъекта - конкурента, производимых им товаров или оказываемых услуг.

Следует подчеркнуть тот факт, что различительная способность товара и индивидуализирующих его средств (дизайна этикетки и (или) упаковки, товарного знака) приобретает не фактом их создания как объектов авторского права дизайнера-разработчика, а нахождением и продвижением соответствующего товара на рынке таким образом, чтобы его могли видеть и запомнить участники рынка, как конкуренты, так и потребители, т.е. первенством и продолжительностью его производства, реализации и продвижения. В связи с этим ссылка хозяйствующего субъекта, действия которого имели направленность на возникновение смещения производимых товаров с товарами конкурента, на то обстоятельство, что им было приобретено право использования дизайна этикетки у физического лица, являющегося обладателем авторских прав на него, никаким образом не оправдывает недобросовестность поведения на рынке и не является основанием, свидетельствующим об отсутствии правонарушения.

Так, решением Комиссии ФАС России действия ООО "Вилента", выраженные во введении в гражданский оборот на территории РФ косметических средств по уходу за кожей марки "Vilenta" с копированием дизайна упаковки косметических средств по уходу за кожей марки "Vilenta", реализуемого хозяйствующим субъектом - конкурентом, имеющим тождественное фирменное наименование - ООО "Вилента", а также связанные с приобретением и использованием исключительных прав на фирменное наименование ООО "Вилента", были признаны актом недобросовестной конкуренции в соответствии с [абз. 1 ч. 1 и ч. 2 ст. 14](#) Закона о защите конкуренции (в редакции, действовавшей до 2016 г.). Также ФАС России было выдано предписание о прекращении совершенных нарушений законодательства о защите конкуренции, в частности об изменении фирменного наименования ^{<1>}. При последующем обжаловании решения антимонопольного органа в арбитражном суде заявителем являлось физическое лицо, которое утверждало о наличии авторских прав на дизайн упаковки косметических средств по уходу за кожей марки "Vilenta". Вместе с тем арбитражные судами было указано, что "сама по себе реализация правообладателем своих исключительных прав в рассматриваемой ситуации не влечет за собой последствий в виде недобросовестной конкуренции и нарушения законодательства о защите конкуренции, в то время как недобросовестное использование указанных прав ООО "Вилента" (ООО "Левита") такое нарушение порождает. В свою очередь, вопросы, связанные с расторжением лицензионного договора, заключенного между физическим лицом и ООО "Левита", а также прочими правовыми последствиями такого нарушения, выходят за пределы предмета спора в рамках настоящего дела" ^{<2>}.

^{<1>} <http://www.fas.gov.ru/spheres/advertising.html?theme=3>

^{<2>} [Постановление](#) ФАС МО от 12 июля 2011 г. по делу N A40-71066/10-94-388.

Роль различительной способности индивидуализирующего товар обозначения при рассмотрении споров о возникновении смешения товаров была отмечена Президиумом ВАС РФ в [Постановлении](#) от 18 июля 2006 г. N 3691/06, принятом по результатам пересмотра в порядке надзора судебных актов арбитражных судов нижестоящих инстанций по делу о товарных знаках "Nivea" и "Livia".

Так, давая правовую оценку комбинированному товарному знаку "Nivea" по свидетельству N 720172 и продукции, на которой данный товарный знак размещается, и устанавливая факт смешения с ними аналогичной продукции, индивидуализированной товарным знаком "Livia", Президиум ВАС РФ указал на следующее: "товарные знаки компании в отношении косметической продукции обладают существенной различительной способностью, являются одними из наиболее популярных косметических брендов в России с достаточно большой долей рынка и узнаваемостью среди потребителей".

7. Главным принципом оценки вероятности смешения является субъективное восприятие потребителем, т.е. общее зрительное впечатление, способное произвести сопоставление товаров с позиции рядового потребителя.

Исследуя пути пресечения действий, направленных на возникновение смешения, ВОИС также указывает на то, что, несмотря на важность факторов общих элементов внешнего вида, произношения, значения или устного перевода знаков, решающим фактором для установления смешения является общее впечатление, произведенное на среднего потребителя данных товаров или услуг <1>.

<1> Introduction to Intellectual Property. WIPO PUBLICATION N 478 (R). WIPO 1998. P. 267.

Указанный принцип широко поддержан с позиции правоприменения. Так, ВАС РФ в [п. 13](#) информационного письма ВАС РФ от 13 декабря 2007 г. N 122 "Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности" указал на то, что вопрос о сходстве двух обозначений является вопросом факта и может быть разрешен судом с позиции рядового потребителя.

Выявляя недобросовестную конкуренцию, связанную с созданием смешения, антимонопольный орган, по сути, делает вывод о наличии либо об отсутствии вероятности смешения на основании имеющихся в материалах дела доказательств, которыми, помимо доказательств, свидетельствующих об известности средства индивидуализации (длительности использования), имитируемого конкурентом (объемы и период производства и реализации, сведения о продвижении товара на рынке, в том числе реклама, и т.д.), в том числе могут являться социологические опросы (доказательства, свидетельствующие об общем зрительном впечатлении степени сходства), заключения уполномоченного органа федеральной исполнительной власти в сфере интеллектуальной собственности <1>.

<1> См., напр.: Постановления ФАС МО от 12 сентября 2011 г. по делу [N A40-104143/10-119-587](#); от 28 мая 2013 г. по делу [N A40-115053/12-154-1081](#); СИП от 19 марта 2014 г. N C01-69/2014 по делу [N A40-53912/2012](#).

8. В связи с положениями [Закона](#), обязывающими антимонопольный орган проводить анализ состояния конкуренции по антимонопольным делам любой категории, следует рассмотреть вопрос об объеме такого анализа по делам о нарушении комментируемой [статьи](#) <1>.

<1> На момент написания настоящего комментария не были внесены изменения в [Приказ](#) ФАС N 220.

В данном случае антимонопольный орган обязан установить наличие конкурентных отношений между лицом, пострадавшим от недобросовестной конкуренции и хозяйствующим субъектом, незаконно использующим средства индивидуализации, а именно введение этими лицами в оборот взаимозаменяемых товаров в пределах сходных географических границ товарного рынка.

Так, в практике антимонопольного органа встречаются случаи, когда специфика товарного рынка не позволяет однозначно с точки зрения рядового потребителя определить факт наличия либо отсутствия

взаимозаменяемости товаров, а следовательно, и конкурентных отношений между хозяйствующими субъектами, их реализующими.

В частности, в рамках рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства Комиссией ФАС России было установлено, что реализуемая ООО "Завод Техно" минераловатная теплоизоляция "КОБОХ", на упаковке которой нанесено обозначение, сходное до степени смешения с принадлежащим Компании "Парок Ою Аб" товарным знаком по международной регистрации, и реализуемая правообладателем минераловатная теплоизоляция "РАБОС" при наличии сопоставимого функционального назначения, а также близких друг к другу технических характеристик, в частности характеристик теплопроводности, имеют различия в цене. Вместе с тем результаты социологического опроса, проведенного ВЦИОМ по заказу ФАС России среди профессиональных участников строительного рынка, показали, что данные товары являются взаимозаменяемыми <1>.

<1> http://www.fas.gov.ru/solutions/solutions_28755.html

9. Комментируя настоящую статью, необходимо рассмотреть особенности ее применения в связи с проблемой "советских брендов". Ранее (в [комментарии к ст. 14.4](#)) было отмечено, что практика применения антимонопольного законодательства позволяет признавать приобретение исключительного права на советский бренд добросовестным, если товарный знак регистрируется на имя юридического лица - правопреемника советского предприятия, которое разработало и (или) первым ввело соответствующий бренд в гражданский оборот на территории СССР.

Правоприменение [ст. 14.6](#) в отношении "советских брендов" в целом строится на схожих принципах: недобросовестной конкуренцией не признаются действия хозяйствующего субъекта, если он является правопреемником советского предприятия, использовавшего соответствующее обозначение до прекращения СССР и при этом продолжает использовать это обозначение без внесения в него существенных изменений. При отсутствии данных обстоятельств действия хозяйствующего субъекта могут быть признаны приводящими к недобросовестной конкуренции.

В качестве примера можно выделить дело, рассмотренное ФАС России по заявлению ОАО "Московская кондитерская фабрика "Красный Октябрь" о недобросовестной конкуренции со стороны ОАО "Оркла Брэндс Россия" <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС МО от 28 мая 2013 г. по делу N A40-115053/12-154-1081.

Своим решением ФАС России признала, что действия ОАО "Оркла Брэндс Россия", связанные с использованием комбинированного обозначения (этикет шоколада "Крупская Аленка" в дизайне 2009 г.), сходного до степени смешения с товарными знаками по свидетельствам N 184515 и N 80 (этикетки шоколада "Аленка" производства Кондитерской фабрики "Красный Октябрь"), являются недобросовестной конкуренцией, поскольку нарушают требования [п. 4 ч. 1 ст. 14](#) Закона о защите конкуренции (запрет на введение в оборот товара с незаконным использованием объектов интеллектуальных прав, принадлежащих конкуренту).

Вместе с тем Комиссия антимонопольного органа по рассмотрению данного дела установила, что Кондитерская фабрика имени Н.К. Крупской, правопреемником которой является ответчик, с 1965 г. выпускала шоколад "Аленка" в различных исторических этикетах, т.е. задолго до даты приоритета товарных знаков заявителя.

Более того, в ходе рассмотрения дела было установлено, что в СССР по утвержденной рецептуре с использованием утвержденного дизайна этикета шоколад "Аленка" мог выпускать любой производитель кондитерской продукции.

Таким образом, Комиссия антимонопольного органа пришла к выводу о том, что действия ОАО "Оркла Брэндс Россия" по использованию словесного обозначения "Аленка" в форме исторического этикета шоколада "Аленка", существовавшего в советский период времени до даты приоритета товарного знака по свидетельству N 184515, т.е. до 21 сентября 1999 г., не могут содержать признаки недобросовестной конкуренции.

Статья 14.7. Запрет на недобросовестную конкуренцию, связанную с незаконным получением, использованием, разглашением информации, составляющей коммерческую или иную охраняемую законом тайну

Комментарий к [статье 14.7](#)

1. Данная форма недобросовестной конкуренции связана с информацией, которая составляет коммерческую или иную охраняемую законом тайну. Запрет недобросовестной конкуренции, связанный с нарушением режима "охраняемой законом тайны", ранее содержался в [ст. 14](#) Закона о защите конкуренции, однако комментируемая [статья](#) существенно его детализировала, предусмотрев три конкретных примера недобросовестных действий.

В первом случае речь идет о совокупности недобросовестных действий по получению и использованию охраняемой тайны лицом, которое не имело законного доступа к тайне. То есть информация считается полученной недобросовестно, если ее получение осуществлялось с преодолением принятых ее обладателем мер по охране конфиденциальности и при этом лицо, получающее информацию, знало или имело достаточные основания полагать, что информация составляет тайну. При этом воля обладателя информации на предоставление нарушителю доступа к конфиденциальной информации отсутствовала.

Во втором случае лицо имело право доступа к тайне на основании договора с другим хозяйствующим субъектом, однако нарушило условия обращения с соответствующей информацией и использовало ее в своих интересах или разгласило третьим лицам. Иными словами, речь идет о нарушении условий использования информации, составляющей тайну, непосредственно лицом, которое получило доступ к информации по воле обладателя.

Третий пример рассматриваемой формы недобросовестной конкуренции связан с получением конфиденциальной информации у лица, которое само получило доступ к ней по воле обладателя, однако такая воля на предоставление доступа к информации третьему лицу отсутствовала. Определяющим в данном случае будет то, что лицо, осуществляющее передачу информации, само не является обладателем тайны и не имеет на передачу этой информации законного основания. Чаще всего данное проявление недобросовестной конкуренции связано с действиями сотрудников хозяйствующего субъекта - конкурента, в том числе бывших.

2. Рассматриваемая форма недобросовестной конкуренции может быть связана как с коммерческой, так и с любой иной охраняемой законом тайной.

Согласно [ст. 3](#) Закона о коммерческой тайне коммерческая тайна - это режим конфиденциальности информации, позволяющий ее обладателю при существующих или возможных обстоятельствах увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду.

К информации, составляющей коммерческую тайну, [Закон](#) относит сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и др.), в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, а также сведения о способах осуществления профессиональной деятельности, которые имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности их третьим лицам, к которым у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и в отношении которых обладателем таких сведений введен режим коммерческой тайны.

Коммерческая ценность информации может быть обусловлена тем, что ее использование может увеличить доходы лица, в том числе путем снижения издержек на производство.

Исходя из характера и содержания информации, составляющей коммерческую тайну, ее разглашение способно причинить хозяйствующему субъекту убытки, а лицу, незаконно получившему, использовавшему или разгласившему такие сведения, - конкурентные преимущества.

Сказанное также относится и к иным видам конфиденциальной информации, в том числе служебной тайне.

3. Отдельного упоминания требует недобросовестная конкуренция, предметом которой является информация о действующих и потенциальных контрагентах, включая контактную информацию ответственных сотрудников, а также условия договоров, заключенных с такими контрагентами.

Сложившаяся практика позволяет рассматривать такого рода информацию как охраняемую законом тайну при условии принятия мер по защите ее конфиденциальности, а незаконное получение и использование такой информации - как недобросовестную конкуренцию.

Одним из возможных примеров сказанного являются действия бывшего сотрудника (сотрудников) хозяйствующего субъекта по созданию предприятия, осуществляющего предпринимательскую деятельность на одном товарном рынке с бывшим работодателем. При этом использование конфиденциальной информации бывшего работодателя осуществляется с целью переманить к себе его клиентов, несмотря на известный работнику режим коммерческой тайны и принятые им на себя обязательства по его соблюдению.

Так, решением ФАС России от 17 апреля 2012 г. по делу N 1-14/16411 ООО "Научно-исследовательский проектный институт "Метанол и азотные процессы" было признано нарушившим [п. 5 ч. 1](#) и [ч. 2 ст. 14](#) Закона о защите конкуренции (в редакции, действовавшей до 2016 г.).

ФАС России было установлено, что ООО "Научно-исследовательский проектный институт "Метанол и азотные процессы", являясь хозяйствующим субъектом - конкурентом ЗАО "Метанол и азотные процессы" на территории РФ, с помощью сотрудников, ранее работавших по трудовым договорам в ЗАО "Метанол и азотные процессы", получило информацию, составляющую коммерческую тайну ЗАО "Метанол и азотные процессы", в частности сведения о контрагентах, с которыми были заключены договоры, финансово-экономическую информацию, а именно расчеты стоимости работ по договорам, заключенным с контрагентами, проектную документацию, являющуюся в том числе научно-технической информацией, и использовало ее путем оказания влияния на контрагентов ЗАО "Метанол и азотные процессы" направлением им соответствующих писем в целях расторжения действующих договоров с ЗАО "Метанол и азотные процессы" и заключения аналогичных договоров с ООО "Научно-исследовательский проектный институт "Метанол и азотные процессы".

В рамках рассмотрения дела ЗАО "Метанол и азотные процессы" ходатайствовало о квалификации указанных действий ООО "Научно-исследовательский проектный институт "Метанол и азотные процессы" как противоречащих [п. 4 ч. 1 ст. 14](#) Закона о защите конкуренции, считая, что используемая конкурентом информация представляет собой секрет производства заявителя. Однако ходатайство Комиссией ФАС России удовлетворено не было, поскольку антимонопольный орган исходил из правовой сущности данной информации, которая, по мнению Комиссии, исходя из представленных доказательств по делу, обладала свойством конфиденциальности, однако не могла быть отнесена к производственной тайне. В связи с чем действия ООО "Научно-исследовательский проектный институт "Метанол и азотные процессы" по использованию данной информации были квалифицированы как недобросовестная конкуренция, связанная с использованием коммерческой, служебной и иной охраняемой законом тайны.

Статья 14.8. Запрет на иные формы недобросовестной конкуренции

Комментарий к [статье 14.8](#)

1. Комментируемая [статья](#) указывает, прежде всего, на то, что перечень форм недобросовестной конкуренции является открытым и запрет распространяется на любые иные проявления недобросовестной конкуренции, даже если они прямо не упомянуты в [ст. ст. 14.1 - 14.7](#).

Данный подход соответствует как ранее действовавшему порядку, так и базовому запрету недобросовестной конкуренции в [ст. 10.bis](#) Парижской конвенции по охране промышленной собственности.

Вместе с тем запрет, установленный [ст. 14.8](#), предполагает признание действий недобросовестной конкуренцией иным нормативным правовым актом либо на основании признаков, установленных в легальном определении недобросовестной конкуренции ([ст. 4](#) Закона).

2. Парижская [конвенция](#) по охране промышленной собственности подлежит применению на территории РФ как правопреемницы СССР, который ратифицировал [Конвенцию](#) 19 сентября 1968 г. Согласно [ч. 4 ст. 15](#) Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы.

Несмотря на то что российское законодательство, запрещающее недобросовестную конкуренцию, в целом соответствует обязательствам РФ, вытекающим из Парижской [конвенции](#), [Конвенция](#) подлежит применению

наряду с нормами национального законодательства, на что указывает, в частности, [п. 16.1](#) Постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. N 11 "О некоторых вопросах применения Особенной части Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях" (далее - Постановление Пленума ВАС РФ N 11).

В соответствии с [п. 2 ст. 10.bis](#) Парижской конвенции актом недобросовестной конкуренции признается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах. Кроме этого, [Конвенция](#) запрещает три конкретных формы недобросовестной конкуренции, которые корреспондируют с запретами, установленным [ст. ст. 14.1, 14.2 и 14.6](#).

Хотя сама Парижская [конвенция](#) не дает определения термину "акт конкуренции", его содержание может быть установлено исходя из положений национального законодательства, определяющих конкуренцию как соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке. Таким образом, признаками акта конкуренции является совершение хозяйствующим субъектом самостоятельных действий (его активное поведение) в режиме соперничества с другими хозяйствующими субъектами на одном товарном рынке.

Противоречие таких действий честным обычаям в промышленных и торговых делах означает необходимость их оценки с точки зрения морально-этических норм, принятых в промышленной и торговой сфере - в сфере предпринимательской деятельности.

3. [Статья 8](#) Закона об Олимпиаде запрещает как недобросовестную конкуренцию:

- продажу, обмен или иное введение в оборот товара, если при этом незаконно использовались олимпийская символика и (или) паралимпийская символика;

- введение в заблуждение, в том числе создание ложного представления о причастности производителя товара, рекламодателя к Олимпийским играм и (или) Паралимпийским играм, в том числе в качестве спонсора.

При этом данная [статья](#) под "спонсором" понимает иностранные и российские организации, которые заключили договоры о спонсорстве с Оргкомитетом "Сочи 2014", Международным олимпийским комитетом или Международным паралимпийским комитетом.

[Статья 7](#) Закона об Олимпиаде под олимпийской символикой понимает наименования "Олимпийский", "Олимпиада", "Сочи 2014", "Olympic", "Olympian", "Olympiad", "Olympic Winter Games", "Olympic Games", "Sochi 2014" и образованные на их основе слова и словосочетания, олимпийские символ, огонь, факел, флаг, гимн, девиз, а также эмблемы, символы и сходные с ними обозначения Олимпийских игр и олимпийских игр, предшествующих им и следующих за ними. Под паралимпийской символикой понимаются наименования "Паралимпийский", "Паралимпиада", "Paralympic", "Paralympian", "Paralympiad", "Paralympic Winter Games", "Paralympic Games" и образованные на их основе слова и словосочетания, паралимпийские символ, флаг, гимн, девиз, а также эмблемы, символы и сходные с ними обозначения Паралимпийских игр и паралимпийских игр, предшествующих им и следующих за ними.

Следует отметить, что запрет недобросовестной конкуренции, установленный [ст. 8](#) Закона об Олимпиаде, по своей конструкции относится к запретам **per se** и не требует установления каких-либо дополнительных признаков, помимо факта незаконности использования олимпийской символики в описанных формах. На это указывается, в частности в [п. 16.1](#) Постановления Пленума ВАС РФ N 11: такие действия признаются недобросовестной конкуренцией и в том случае, если они не приводят и не могут привести к последствиям, упомянутым в [п. 9 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции.

Данная правовая позиция была подтверждена ВАС РФ в [Постановлении](#) Президиума ВАС РФ от 19 июля 2011 г. N 3255/11.

Отменяя судебные акты арбитражных судов нижестоящих инстанций и признавая законным постановление Архангельского УФАС России, в соответствии с которым ООО "Аркада" было привлечено к административной ответственности в соответствии с [ч. 2 ст. 14.33](#) КоАП РФ за недобросовестную конкуренцию, связанную с незаконным использованием олимпийской символики, Президиум ВАС РФ указал на неправомерность позиции нижестоящих судов, посчитавших необходимым установление антимонопольным

органом по данному делу границ товарного рынка обращения соответствующего товара, состава хозяйствующих субъектов, конкурирующих между собой на рынке проведения негосударственных стимулирующих лотерей на территории г. Коряжмы; выявление преимуществ по отношению к другим участникам рынка получило общество при использовании упомянутых этикеток на электронном оборудовании. В связи с чем Президиумом ВАС РФ был сделан вывод о том, что незаконное использование ООО "Аркада" олимпийской символики при осуществлении предпринимательской деятельности является актом недобросовестной конкуренции и, следовательно, образует состав административного правонарушения, предусмотренного [ч. 2 ст. 14.33 КоАП РФ](#).

Аналогичная правовая позиция была выражена в [Постановлении](#) ФАС МО от 10 сентября 2012 г. по делу N А40-105222/11-144-932, которым была отмечена правомерность вывода антимонопольного органа о том, что действия ООО "Дженерал Моторз Дэу Авто энд Технолоджи СНГ" по введению в гражданский оборот на территории РФ автомобилей "Chevrolet" цвета кузова "Olimpus White" являются актом недобросовестной конкуренции исходя из доказанности незаконного использования олимпийской символики независимо от того, повлекли ли данные действия последствия в виде получения преимуществ в предпринимательской деятельности и причинения убытков хозяйствующим субъектам - конкурентам.

4. [Статья 20](#) Федерального закона от 7 июня 2013 г. N 108-ФЗ "О подготовке и проведении в Российской Федерации чемпионата мира по футболу ИБЛ 2018 года, Кубка конфедераций ИБЛ 2017 года и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" также содержит запрет недобросовестной конкуренции, связанной с неправомерным использованием символики чемпионата мира по футболу ИБЛ 2018 г., Кубка конфедераций ИБЛ 2017 г.

К недобросовестной конкуренции отнесены:

1) продажа, обмен или иное введение в оборот товаров либо выполнение работ, оказание услуг, если при этом незаконно использовались символика спортивных соревнований и обозначения, тождественные или сходные до степени смешения с символикой спортивных соревнований, либо измененная символика спортивных соревнований;

2) осуществление любых видов маркетинга (в том числе деятельности по реализации и (или) продвижению товаров, работ, услуг), призванных сформировать у потребителя представление о НБЛ и (или) мероприятиях посредством использования символики спортивных соревнований и иным образом, без разрешения ИБЛ;

3) введение в заблуждение, в том числе посредством создания ложного представления о причастности производителя товара и (или) рекламодателя к ИБЛ или мероприятиям в качестве спонсора, партнера, помощника, соорганизатора, агента, лицензиата, официального поставщика товаров, работ, услуг либо в любом ином качестве;

4) введение в заблуждение, в том числе посредством создания ложного представления об одобрении, о рекомендации, сертификации НБЛ и (или) Оргкомитетом "Россия-2018" товаров, работ, услуг, а также о связи таких товаров, работ, услуг с НБЛ или мероприятиями;

5) подготовка и (или) проведение в коммерческих целях массовых мероприятий, создающих ложное представление о них как о мероприятиях, а также финансовое обеспечение, в том числе спонсорская помощь таких массовых мероприятий без официального письменного разрешения ИБЛ;

6) использование без официального письменного разрешения НБЛ мероприятий для организации либо осуществления рекламной или маркетинговой деятельности, получения спонсорской помощи, в том числе если такая деятельность направлена на целевую аудиторию, включая владельцев входных билетов или иных документов, дающих право на посещение мероприятий;

7) использование входных билетов или иных документов, дающих право на посещение мероприятий, в рекламных целях и для проведения розыгрышей, конкурсов, игр, пари, рекламных акций, а также включение стоимости входных билетов или иных документов, дающих право на посещение мероприятий, в перечни услуг по туристическому обслуживанию, гостиничных услуг или других услуг без официального письменного разрешения ИБЛ.

5. Запрет, установленный комментируемой [статьей](#), может также применяться в отношении любых иных действий, которые содержат все признаки недобросовестной конкуренции, установленные ее легальным

определением в [п. 9 ст. 4](#) Закона. В соответствии с данной нормой недобросовестной конкуренцией являются любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству РФ, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам - конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации.

Таким образом, недобросовестная конкуренция характеризуется совокупностью четырех признаков:

- совершение действия хозяйствующим субъектом;
- направленность этих действий на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности;
- противоречие законодательству РФ, и (или) обычаям делового оборота, и (или) требованиям добропорядочности, разумности и справедливости;
- негативные последствия в виде причинения или возникновения угрозы причинения убытков другим хозяйствующим субъектам - конкурентам либо нанесения вреда их деловой репутации.

Подробно эти признаки недобросовестной конкуренции были рассмотрены ранее (см. комментарий к гл. 2.1 Закона).

Таким образом, сочетание [ст. 14.8](#) с [п. 9 ст. 4](#) Закона позволяет применять запрет недобросовестной конкуренции к любым ее проявлениям, которые прямо не запрещены другими правовыми нормами. Вместе с тем отчасти абстрактный характер данной правовой конструкции не препятствует выделению встречающихся в правоприменительной практике относительно устойчивых форм недобросовестного поведения.

6. В настоящее время сложилась тенденция признавать недобросовестной конкуренцией действия по недобросовестной эксплуатации известности другого лица (или его товара).

В юридической литературе это проявление недобросовестной конкуренции принято называть "паразитирование", а также "паразитарная" или "паразитическая" конкуренция. Сущность этого нарушения состоит в том, что хозяйствующий субъект для продвижения собственных товаров или услуг несанкционированно использует достижения и деловую репутацию другого хозяйствующего субъекта или коммерческую ценность средств индивидуализации его предприятия, производимых им товаров, оказываемых услуг.

Данная форма недобросовестной конкуренции проявляется, как правило, в:

- использовании репутации другого хозяйствующего субъекта либо его средства индивидуализации;
- создании впечатления о причастности к предпринимательской деятельности такого хозяйствующего субъекта, в том числе о партнерстве с ним либо о наличии правопреемства.

Для признания факта "паразитирования" необходимо, чтобы используемое указанным образом средство индивидуализации обладало широкой различительной способностью, известностью у потребителей, имело ассоциативную связь с правообладателем.

При этом нарушитель и лицо, чья репутация недобросовестно эксплуатируется, не являются друг другу конкурентами, а их товары не являются взаимозаменяемыми или однородными с точки зрения [ст. 1483](#) ГК РФ. В результате этого на товарном рынке не возникает смешение, т.е. потребитель не приобретает товар нарушителя вместо оригинального товара.

С точки зрения [ст. ст. 1483](#) и [1484](#) ГК РФ использование товарного знака в отношении товаров, не являющихся однородными тем товарам, для которых зарегистрирован оригинальный товарный знак, также является допустимым.

Однако в случае определенной известности лица, его товара, а также средств индивидуализации этого

лица или его товаров они обладают самостоятельной коммерческой ценностью и могут использоваться для привлечения внимания потребителей к любой другой продукции. Признаком, который с высокой степенью достоверности указывает на недобросовестность поведения, является стремление хозяйствующего субъекта сохранить максимальное количество индивидуальных черт оригинального средства индивидуализации, а не изменить их. Отсутствие стремления отмежеваться от оригинального товарного знака и его правообладателя указывает на намерение эксплуатировать их репутацию.

Достаточно подробное описание "паразитической конкуренции" дается в Типовых положениях о защите от недобросовестной конкуренции, подготовленных ВОИС. В частности, указывается, что использование хорошо известного товарного знака хозяйствующим субъектом, не являющимся его правообладателем, для совершенно отличных товаров, при условии отсутствия конкуренции между правообладателем и пользователем, направлено на получение недобросовестного преимущества перед своими конкурентами, которые не используют хорошо известный товарный знак. Это объясняется в том числе тем, что использование известного товарного знака может способствовать продаже таких товаров <1>.

<1> Типовые положения о защите от недобросовестной конкуренции (подготовлены ВОИС). Женева, 1997. С. 10.

Частным случаем паразитирования является регистрация известного товарного знака в отношении других товаров с последующим использованием этого знака для товаров, которые правообладатель известного товарного знака не производит.

Так, в [решении](#) суда от 21 марта 2014 г. N СИП-363/2013 отмечено, что ввод ООО "Торговый альянс "ВАШЕРОН" товаров, маркированных товарным знаком, схожим до степени смешения с товарным знаком, широко известным в отношении товаров другого класса МКТУ, может быть направлен на получение необоснованного преимущества за счет использования сложившейся деловой репутации известного мирового бренда и создает угрозу возникновения заблуждения потребителя относительно товара или его изготовителя.

В [Постановлении](#) Президиума ВАС РФ от 24 апреля 2012 г. N 16912/11 также установлено, что действия по регистрации обществом "Риттер-Джентельмен" спорного товарного знака не соответствуют принципам надлежащей осмотрительности и недопущения недобросовестного использования экономических преимуществ, полученных в результате продолжительного использования компаниями "Ричмонт Интернешнл С.А." и "Вашерон энд Константин С.А." товарного знака с международной регистрацией N 436637. С учетом имеющихся в деле доказательств, в том числе социологических опросов различных слоев потребителей, подтверждающих реализацию как часов, так и одежды под спорным обозначением для определенного круга потребителей с высоким уровнем доходов, у потребителей может сложиться представление о возможном отнесении этих товаров к одному и тому же месту происхождения и изготовителю.

Описание этого проявления недобросовестной конкуренции также было дано ранее (см. [комментарий к ст. 14.4](#)).

7. В правоприменительной практике иногда встречаются случаи признания недобросовестной конкуренцией действий хозяйствующего субъекта, побуждающих третьих лиц к отказу от исполнения или ненадлежащему исполнению заключенных с другим хозяйствующим субъектом договоров.

Сущность данного проявления недобросовестной конкуренции состоит в подрыве хозяйственной деятельности конкурента за счет отказа от его товаров и услуг, расторжения с ним договоров.

При этом для квалификации противоправного характера указанных действий будут иметь значение недобросовестность методов, которые при этом используются. Соответственно, использование для побуждения третьих лиц к расторжению договоров с конкурентом иных методов, не являющихся противоречащими требованиям этики и морали, не рассматривается как недобросовестная конкуренция.

Например, УФАС по г. Москве признало недобросовестной конкуренцией действия ЗАО Торговый дом "Перекресток", которые выразились в проведении акции в магазине "Зеленый Перекресток" по обмену дисконтных карт. В магазинах размещались объявления следующего содержания: "Уважаемые покупатели! В наших магазинах Вы можете получить новую накопительную карту "Особое отношение" в обмен на

действующую дисконтную карту других супермаркетов". В сети магазинов "Зеленый Перекресток" действовала акция по обмену дисконтных карт "Азбука вкуса" на накопительную карту "Особое отношение" общества с зачислением на нее подарочных баллов в размере 10000. Всего было произведено 647 таких обменов. Информация об обмене доводилась до потребителей в месте реализации товаров, а именно путем размещения объявления формата А4 на расчетно-кассовых узлах объектов торговой сети "Зеленый Перекресток".

Как было отмечено судом, зачисление бонусных баллов за сам факт обмена карты (а не за факт совершения покупок, как во всех иных случаях) свидетельствует о предоставлении изначально лучших условий новому потребителю, отказавшемуся от дисконтной карты "Азбука вкуса" (см. [Постановление](#) Девятого арбитражного апелляционного суда от 20 января 2016 г. по делу N А40-124792/15).

**Глава 3. ЗАПРЕТ НА ОГРАНИЧИВАЮЩИЕ КОНКУРЕНЦИЮ АКТЫ,
ДЕЙСТВИЯ (БЕЗДЕЙСТВИЕ), СОГЛАШЕНИЯ, СОГЛАСОВАННЫЕ ДЕЙСТВИЯ
ФЕДЕРАЛЬНЫХ ОРГАНОВ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ, ОРГАНОВ
ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ,
ОРГАНОВ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ, ИНЫХ ОСУЩЕСТВЛЯЮЩИХ
ФУНКЦИИ УКАЗАННЫХ ОРГАНОВ ОРГАНОВ ИЛИ ОРГАНИЗАЦИЙ,
ОРГАНИЗАЦИЙ, УЧАСТВУЮЩИХ В ПРЕДОСТАВЛЕНИИ ГОСУДАРСТВЕННЫХ
ИЛИ МУНИЦИПАЛЬНЫХ УСЛУГ, А ТАКЖЕ ГОСУДАРСТВЕННЫХ
ВНЕБЮДЖЕТНЫХ ФОНДОВ, ЦЕНТРАЛЬНОГО БАНКА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

Статья 15. Запрет на ограничивающие конкуренцию акты и действия (бездействие) федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, иных осуществляющих функции указанных органов органов или организаций, участвующих в предоставлении государственных или муниципальных услуг, а также государственных внебюджетных фондов, Центрального банка Российской Федерации

Комментарий к [статье 15](#)

1. [Статья 15](#) Закона о защите конкуренции устанавливает запрет на принятие федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, иными органами или организациями, осуществляющими функции указанных выше органов власти и местного самоуправления, организациями, участвующими в предоставлении государственных или муниципальных услуг, а также государственными внебюджетными фондами, ЦБ РФ ограничивающих конкуренцию актов и совершение ограничивающих конкуренцию действий (бездействие).

В обеспечение надлежащей конкурентной среды, единства экономического пространства законодатель устанавливает требования, направленные на недопущение со стороны указанных органов (организаций) действий (бездействия), которые приводят или могут привести к ограничению конкуренции.

[Часть 1 комментируемой статьи](#) вводит прямой запрет указанным органам (организациям) принимать акты и осуществлять действия (бездействие), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции. При этом законодатель устанавливает перечень действий, являющихся нарушением такого запрета. Данный перечень не является исчерпывающим. Антимонопольный орган вправе квалифицировать нарушение антимонопольного законодательства и в иных действиях, не поименованных в указанном перечне.

Важным при правовой квалификации нарушений антимонопольного законодательства в актах и действиях (бездействии) указанных в [Законо](#) органов (организаций) является правильное определение таких органов (организаций). Для этого антимонопольный орган должен установить полную систему подлежащих применению нормативных правовых актов, регулирующих спорные правоотношения и определяющих компетенцию органов (организаций) по изданию актов и регламентирующих совершение тех или иных действий (бездействия).

Так, например, антимонопольные запреты не распространяются на законодательные органы власти федерального уровня, суды, органы прокуратуры, Счетную палату РФ, Следственный комитет РФ.

Вместе с тем требования комментируемой [статьи](#) подлежат применению ко всем федеральным органам

исполнительной власти, органам государственной власти субъектов РФ, органам местного самоуправления в равной мере и одинаковым образом.

В этой связи следует отметить, что если на федеральном уровне антимонопольные запреты, установленные комментируемой [статьей](#), распространяются на ветвь исполнительной власти в обозначенной степени, то на уровне субъектов РФ и местного самоуправления такие требования подлежат применению и к высшим органам исполнительной власти, а также к органам законодательной власти субъектов РФ и местного самоуправления.

Как указывают суды, установленный [ч. 1 ст. 15](#) Закона запрет адресован органам, осуществляющим властные функции, в целях предупреждения их негативного вмешательства в конкурентную среду посредством использования административных инструментов <1>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) АС ЦО от 21 мая 2015 г. N Ф10-1322/2015 по делу N А09-8542/2014. [Определением](#) ВС РФ от 12 августа 2015 г. N 310-КГ15-10121 отказано в передаче дела N А09-8542/2014 в Судебную коллегия по экономическим спорам ВС РФ для пересмотра в порядке кассационного производства данного [Постановления](#).

Исходя из комментируемой [статьи](#) субъектами, на которых распространяются антимонопольные требования, в том числе являются организации, участвующие в предоставлении государственных или муниципальных услуг.

В соответствии с положениями Федерального [закона](#) от 27 июля 2010 г. N 210-ФЗ "Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг" (далее - Закон о государственных и муниципальных услугах) такими организациями могут являться подведомственные государственному органу или органу местного самоуправления организации - государственные или муниципальные учреждения либо унитарные предприятия, созданные соответственно государственным органом РФ, органом государственной власти субъекта РФ, органом местного самоуправления, а также иные организации, предоставляющие услуги, которые являются необходимыми и обязательными для предоставления государственных или муниципальных услуг, включенные в перечни услуг, установленные в [ч. 1 ст. 9](#) Закона о государственных и муниципальных услугах.

Необходимо отметить, что такие организации могут осуществлять различные виды деятельности и в определенных случаях рассматриваться в качестве хозяйствующих субъектов.

Так, например, ВС РФ подтвердил законность и обоснованность принятия ФАС России решения, в соответствии с которым в качестве нарушения комментируемой [статьи](#) было признано установление и взимание не предусмотренных законодательством платежей при предоставлении государственных услуг <1>. По мнению судов, названные действия входят в состав бесплатно оказываемой услуги по заключению договоров купли-продажи лесных насаждений, а потому подлежат выполнению в рамках оказания государственных услуг в области лесных отношений бесплатно.

<1> [Определение](#) ВАС РФ от 22 января 2014 г. N ВАС-19983/13 по делу N А07-19501/2012.

В связи с указанным антимонопольные требования, установленные [ч. 1 комментируемой статьи](#), распространяются на организации, участвующие в предоставлении государственных или муниципальных услуг, лишь в тех случаях, когда такое нарушение было совершено непосредственно при осуществлении ими функций, связанных с предоставлением государственных и муниципальных услуг.

2. Исходя из правовой позиции, изложенной в [п. 8](#) Постановления Пленума ВАС РФ N 30, если антимонопольным органом доказано, что акты, действия (бездействие) приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, а органом (или организацией) не указана конкретная норма федерального закона, разрешившая данному органу (организации) принять оспариваемый акт, осуществить действия (бездействие), то нарушение [ст. 15](#) Закона о защите конкуренции является доказанным.

Учитывая позицию арбитражных судов, антимонопольным органам при признании нарушения [ст. 15](#)

Закона о защите конкуренции, помимо доказывания незаконности действия органа власти (или организации) со ссылками на конкретные нарушенные нормы отраслевого законодательства, необходимо доказывать последствия нарушения (в том числе возможные) в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции. Именно доказанность данного обстоятельства является определяющей на стадии рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Так, согласно [Обзору](#) практики ВС РФ, при рассмотрении судом дел, связанных с нарушением [ч. 1](#) или [ч. 2 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции, антимонопольный орган должен доказать факт недопущения, ограничения, устранения конкуренции либо установить возможность наступления таких последствий на соответствующем товарном рынке.

При этом достаточным основанием для вывода о нарушении [ч. 1 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции является создание условий, возможности для наступления последствий в виде недопущения, ограничения либо устранения конкуренции [<1>](#).

[<1> Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 29 ноября 2011 г. N 8799/11.

Иное нарушение действующего законодательства органом власти, как, например, незаконный отказ уполномоченного органа в выдаче хозяйствующему субъекту соответствующей лицензии, само по себе не является нарушением [ст. 15](#) Закона о защите конкуренции [<1>](#).

[<1> Обзор](#) практики ВС РФ.

3. [Часть 5.1 ст. 45](#) Закона о защите конкуренции обязывает антимонопольный орган проводить анализ состояния конкуренции при рассмотрении любых дел о нарушении антимонопольного законодательства в объеме, необходимом для установления наличия либо отсутствия факта такого нарушения. Такое требование было введено четвертым антимонопольным [пакетом](#) и является важной частью реформы по совершенствованию антимонопольного законодательства.

В связи с тем что согласно [п. 3 ч. 2 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции федеральный антимонопольный орган утверждает порядок проведения анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта и выявления иных случаев недопущения, ограничения или устранения конкуренции, объем анализа состояния конкуренции будет определен соответствующим приказом ФАС России. До вступления в силу соответствующего приказа следует руководствоваться положениями действующего [Порядка](#) анализа товарных рынков.

[Проектом](#) поправок в указанный [Порядок](#) анализа товарных рынков предусматривается, что по делам, возбужденным по признакам нарушения [ст. 15](#) Закона о защите конкуренции, анализ состояния конкуренции на товарном рынке будет включать следующие этапы:

а) определение временного интервала исследования товарного рынка;

б) определение продуктовых границ товарного рынка;

в) определение географических границ товарного рынка. При определении таких границ могут приниматься во внимание, в частности:

- границы территории, на которой осуществляют свои полномочия соответствующие федеральные органы исполнительной власти, органы государственной власти субъектов РФ, органы местного самоуправления, иные осуществляющие функции указанных органов органы или организации, организации, участвующие в предоставлении государственных или муниципальных услуг, а также государственные внебюджетные фонды, ЦБ РФ;

- границы территорий, на которых действуют хозяйствующие субъекты, на деятельность которых оказали или могли оказать негативное влияние соответствующие акты, действия (бездействие);

- границы территорий, на которые поставляется товар и с которых поставляется товар;

г) оценка изменения (возможного изменения) состояния конкуренции на товарном рынке вследствие принятия акта и (или) осуществления действия (бездействия).

В указанном выше **Обзоре** практики ВС РФ содержится правовая позиция, согласно которой в каждом конкретном случае антимонопольный орган должен провести анализ состояния конкуренции на товарном рынке и доказать, что спорные акты, действия (бездействие) органа власти приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции.

На наш взгляд, наличие в данном **пункте** Обзора формулировки "анализ состояния конкуренции" будет полностью соответствовать **ч. 5.1 ст. 45** Закона о защите конкуренции, когда будут приняты поправки в **Порядок** анализа товарных рынков.

При этом ключевая мысль, которую, как представляется, попытался сформулировать ВС РФ в **п. 11** Обзора, состоит в том, что не каждое нарушение закона органом власти может быть квалифицировано в качестве нарушения **ч. 1 ст. 15** Закона о защите конкуренции, а только такое нарушение, которое при этом может привести или уже привело к ограничению, недопущению, устранению конкуренции. Именно в целях установления данного обязательного квалифицирующего признака, антимонопольному органу необходимо проводить исследование состояния конкуренции на товарном рынке. Таким образом, с целью определения последствий в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции на товарном рынке антимонопольный орган при необходимости определяет границы товарного рынка, примерный состав действующих на нем покупателей и продавцов, а также степень влияния действий (бездействия) органа власти (или организации) на рынок (влияние на предпочтения покупателей (продавцов) товаров (услуг), создание препятствий к доступу на рынок или предоставление преимуществ), определяет негативные последствия действий (бездействия) органа власти (организации) в виде ухудшения положения для поставщиков или покупателей, в том числе изменения финансового состояния, возникновения убытков, упущенной выгоды, снижения продаж, возникновения дополнительных затрат, что позволит объективно и всесторонне оценить влияние действий (бездействия) и (или) акта (актов) на состояние конкуренции.

4. При квалификации нарушений **ст. 15** Закона о защите конкуренции антимонопольным органом должно быть указано на соответствующие признаки ограничения конкуренции, поименованные в **п. 17 ст. 4** Закона о защите конкуренции и имевшие (могущие иметь) место быть в результате действия органа власти (или организации).

Вместе с тем следует учитывать, что перечень признаков ограничения конкуренции, указанный в **п. 17 ст. 4** Закона о защите конкуренции, не является исчерпывающим.

При этом антимонопольный орган в решении о нарушении антимонопольного законодательства раскрывает и доказывает причинно-следственные связи между появлением признаков ограничения конкуренции и действиями органа власти (или организации).

Так, суды прямо указывают, что для соответствующей квалификации действий (бездействия) как нарушения комментируемой **статьи** обязательно установление обстоятельств, подтверждающих реальные либо возможные последствия в виде ограничения конкуренции, создания определенных преимуществ и дискриминации на определенном товарном рынке, а также выявление причинной связи между принятым актом и (или) совершенными действиями (бездействием) и такими последствиями.

5. Антимонопольный орган при рассмотрении дела по признакам нарушения **ст. 15** Закона о защите конкуренции может признать противоправными и иные, не поименованные в комментируемой **статье** действия органа власти (или организации).

Примером не указанных в комментируемой **статье** действий является заключение договора без проведения торгов, если их проведение является обязательным в силу закона. В тех случаях, когда требуется проведение торгов, подразумевающее состязательность хозяйствующих субъектов, их непроведение, за исключением случаев, допускаемых законом, не может не влиять на конкуренцию, поскольку лишь при публичном объявлении торгов в установленном порядке могут быть выявлены потенциальные желающие получить товары, работы, услуги, доступ к соответствующему товарному рынку либо право ведения деятельности на нем <1>. Так, например, по мнению ФАС России, бездействие органа местного

самоуправления, в случае непроведения открытого конкурса по отбору управляющей организации для управления многоквартирным домом, будет содержать признаки нарушения [ч. 1 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции <2>. Передача государственного или муниципального имущества конкретному хозяйствующему субъекту без проведения торгов (конкурса, аукциона) также может содержать в себе признаки нарушения [ст. 15](#) Закона о защите конкуренции, ввиду того что такая передача создает для данного субъекта преимущественные условия в получении указанного имущества во временное владение и (или) пользование и препятствует доступу к государственному или муниципальному ресурсу неопределенному кругу лиц, которые также могут иметь намерение приобрести вышеозначенные права в отношении государственного или муниципального имущества, и, таким образом, может привести к ограничению, недопущению, устранению конкуренции <3>.

<1> [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 29 ноября 2011 г. N 8799/11.

<2> [Письмо](#) ФАС России от 9 октября 2015 г. N АЦ/54994/15 "О контроле за соблюдением требований Федерального закона от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции" при проведении органом местного самоуправления в соответствии с частью 13 статьи 161 ЖК РФ открытых конкурсов по отбору управляющей организации в отношении отдельных блок-секций вновь введенного в эксплуатацию многоквартирного дома".

<3> [Разъяснения](#) ФАС России по применению ст. 17.1 Федерального закона от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции" и Правил проведения конкурсов или аукционов на право заключения договоров аренды, договоров безвозмездного пользования, договоров доверительного управления имуществом, иных договоров, предусматривающих переход прав в отношении государственного или муниципального имущества, утвержденных Приказом ФАС России от 10 февраля 2010 г. N 67 (от 5 июля 2012 г.); [Определение](#) ВАС РФ от 11 апреля 2014 г. N ВАС-3034/14 по делу N А33-4214/2013.

Аналогичный вывод антимонопольный орган делает и в отношении нарушения порядка предоставления земельных участков, закрепленного земельным законодательством. Так, согласно позиции антимонопольного органа, изложенной в [письме](#) от 11 января 2016 г. N ИА/90/16 "О применении законодательства Российской Федерации, регулирующего земельные отношения", при рассмотрении заявлений о признаках нарушения антимонопольного законодательства разрешению подлежат вопросы равного доступа к использованию земли, реализации имущественных отношений по владению, пользованию и распоряжению земельными участками. Непроведение торгов лишает потенциальных желающих возможности принять участие в конкурентной борьбе за право доступа к земельному ресурсу, что приводит к ограничению конкуренции. Нарушение порядка проведения торгов может привести к ограничению доступа к участию в торгах и может содержать признаки нарушения [ст. ст. 15, 17](#) Закона о защите конкуренции.

6. [Часть 2 комментируемой статьи](#) предусматривает запрет на наделение органов государственной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления полномочиями, осуществление которых приводит или может привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, за исключением случаев, установленных федеральными законами.

Субъектами нарушения, предусмотренного [ч. 2 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции, не являются федеральные органы власти РФ.

Общественная опасность нарушения запрета, предусмотренного [ч. 2 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции, заключается в том, что органы власти и местного самоуправления могут получить возможность ограничивать самостоятельность хозяйствующих субъектов и препятствовать осуществлению их деятельности на том или ином товарном рынке с использованием предоставленных полномочий.

Вместе с тем согласно [ч. 3 ст. 55](#) Конституции РФ права и свободы человека и гражданина (а равно юридических лиц) могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Таким образом, в целях обеспечения публичного порядка законодатель может ограничивать права и свободы в сфере экономической деятельности, в том числе устанавливать особые требования к доступу на рынок определенных товаров и услуг. Такой подход является международным стандартом, закрепленным в актах международного права и национальном законодательстве государств и реализуемым в правовых

позициях международных и национальных органов правосудия <1>.

<1> См., напр.: [решение](#) Европейского суда по правам человека от 23 сентября 1982 г. "Спорронг и Лоннрот против Швеции"; [Постановление](#) КС РФ от 20 декабря 2010 г. N 22-П; [Определение](#) КС РФ от 7 февраля 2012 г. N 276-О-О; решение Европейского суда справедливости от 4 февраля 1988 г. N 261/85 "Commission v. UK".

При этом, как указывают суды, такие ограничения должны устанавливаться на равных для всех условиях, соответствовать принципу правовой определенности и носить оправданный и пропорциональный характер <1>.

<1> [Решение](#) ВАС РФ от 14 июня 2013 г. N ВАС-3601/13. [Определением](#) ВАС РФ от 30 августа 2013 г. N ВАС-11233/13 в передаче дела N ВАС-3601/13 в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора данного решения отказано.

7. В [ч. 3 комментируемой статьи](#) установлены два самостоятельных запрета:

- запрещается совмещение функций вышеуказанных органов власти и функций хозяйствующих субъектов, за исключением случаев, установленных федеральным законодательством;

- запрещается наделение хозяйствующих субъектов функциями и правами указанных органов, в том числе функциями и правами органов государственного контроля и надзора, если иное не установлено Федеральным [законом](#) от 1 декабря 2007 г. N 317-ФЗ "О Государственной корпорации по атомной энергии "Росатом", Федеральным [законом](#) от 30 октября 2007 г. N 238-ФЗ "О Государственной корпорации по строительству олимпийских объектов и развитию города Сочи как горноклиматического курорта" и Федеральным [законом](#) от 13 июля 2015 г. N 215-ФЗ "О Государственной корпорации по космической деятельности "Роскосмос".

В случае нарушения данных запретов создается реальная угроза, что хозяйствующий субъект, наделенный функциями органа исполнительной власти, получает преимущества в сравнении с другими хозяйствующими субъектами, действующими на том же товарном рынке. При этом обращает на себя внимание, что в [ч. 3 комментируемой статьи](#) отсутствует указание на обязательное наличие негативных последствий или угрозы их наступления, тем самым данный запрет является безусловным и не требует доказывания фактического влияния на конкуренцию <1>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) ФАС ВСО от 19 мая 2009 г. N А33-7245/07-Ф02-2157/09 по делу N А33-7245/07.

Следует отметить, что исключения применительно к наделению хозяйствующих субъектов функциями и правами вышеуказанных органов власти, в том числе функциями и правами органов государственного контроля и надзора, установлены в данной [статье](#) Закона о защите конкуренции и являются исчерпывающими.

Первая часть запрета допускает, что совмещение функций указанных органов и функций хозяйствующих субъектов может допускаться федеральными законами.

8. Антимонопольный орган при рассмотрении дел о нарушении [ч. 3 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции устанавливает функции того или иного публичного субъекта, закрепленные в соответствующем нормативном правовом акте, факт передачи (наделения) хозяйствующему субъекту тех или иных функций публичной власти и отсутствие исключения, предусмотренного специальными федеральными законами.

При рассмотрении дел о совмещении функций указанных выше органов и функций хозяйствующих субъектов устанавливается, не является ли предполагаемая функция хозяйствующего субъекта частью компетенции такого органа.

Так, например, антимонопольным органом было вынесено решение, в соответствии с которым действия

администрации муниципального образования по изданию распорядительных актов, устанавливающих цены на конкурентный вид хозяйственной деятельности, осуществляемый МП "Жилищное хозяйство" и МП "УВКХ", были признаны нарушением требований [ч. 3 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции. Суды трех инстанций, рассматривая дело о признании недействительным указанного решения антимонопольного органа, пришли к выводу об отсутствии нарушения в связи с тем, что принятие решений по установлению тарифов для муниципальных предприятий входило в компетенцию администрации муниципального образования <1>.

<1> См.: судебное Постановление по делу N А56-20801/2013: [Постановление](#) ФАС СЗО от 27 декабря 2013 г. N Ф07-9667/2013.

В другом деле антимонопольный орган установил в действиях органа местного самоуправления нарушение [ч. ч. 1 и 3 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции, выразившееся в принятии постановления, установившего плату, не предусмотренную законодательством РФ при предоставлении муниципальных услуг. Издание акта повлекло совмещение МБУ "Управление архитектуры" полномочий органа местного самоуправления и функций хозяйствующего субъекта, что привело или могло привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции. По мнению суда, данное обстоятельство создавало для МБУ "Управление архитектуры" преимущества перед иными организациями, которые осуществляют деятельность в сфере картографии, топографии, геодезии, проектирования, архитектуры и градостроительства, так как у МБУ "Управление архитектуры" имелась возможность оказания услуг и доведения информации о своей деятельности до потребителя непосредственно на территории органа местного самоуправления без проведения конкурсных процедур.

Самостоятельные действия хозяйствующего субъекта не подразумевают предоставления ему органом власти конкурентного преимущества перед иными хозяйствующими субъектами посредством наделения его имуществом и утверждением тарифов на оказание услуг, предоставляя ему преимущественное местоположение перед другими хозяйствующими субъектами, осуществляющими свою деятельность на том же рынке услуг <1>.

<1> [Постановление](#) 11 ААС от 23 октября 2014 г. по делу N А65-13312/2014.

9. При рассмотрении дел по [ч. ч. 2 и 3 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции в решениях по делам о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган дополнительно указывает на преимущественное положение наделенного или совмещающего функции органа власти хозяйствующего субъекта перед иными хозяйствующими субъектами, действующими на том же товарном рынке.

В настоящее время особенную актуальность приобретают нарушения, связанные с установлением и (или) взиманием не предусмотренных законодательством РФ платежей при предоставлении государственных или муниципальных услуг, а также услуг, которые являются необходимыми и обязательными для предоставления государственных или муниципальных услуг.

В указанных случаях доказывание последствий для конкуренции может быть осуществлено с использованием признака ограничения конкуренции, указанного в [п. 17 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции, - "установление органами государственной власти, органами местного самоуправления, организациями, участвующими в предоставлении государственных или муниципальных услуг, при участии в предоставлении таких услуг требований к товарам или к хозяйствующим субъектам, не предусмотренных законодательством Российской Федерации".

Например, антимонопольный орган признал нарушением [частей 1 и 3 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции издание городской думой нормативного акта, устанавливающего ограничения для хозяйствующих субъектов, имеющих возможность оказывать услуги по погребению (захоронению) на муниципальных кладбищах, предоставив это право исключительно специализированной службе и наделив ее функциями и правами органа местного самоуправления. АС кассационной инстанции согласился с выводами судов о наличии в действиях городской думы указанных нарушений, выразившихся в принятии актов, вводящих ограничения в отношении создания хозяйствующих субъектов в какой-либо сфере деятельности, а также устанавливающих запреты или вводящих ограничения в отношении осуществления отдельных видов деятельности или производства

определенных видов товаров; необоснованно препятствующих осуществлению деятельности хозяйствующими субъектами, в том числе путем установления не предусмотренных законодательством РФ требований и наделяющих их функциями органа местного самоуправления, что создало преимущественные условия для деятельности МУП "Риком" как хозяйствующего субъекта по отношению к другим хозяйствующим субъектам, осуществляющим свою деятельность на том же рынке услуг <1>.

<1> [Постановление](#) АС ВВО от 30 сентября 2014 г. по делу N А82-4332/2014.

В решениях по делам о нарушении антимонопольного законодательства в части установления и (или) взимания не предусмотренных законодательством РФ платежей при предоставлении государственных или муниципальных услуг, а также услуг, которые являются необходимыми и обязательными для предоставления государственных или муниципальных услуг, указывается как минимум на одно из обстоятельств, явившихся следствием действий (бездействия) органа или организации:

- преимущественное положение хозяйствующего субъекта при осуществлении хозяйственной деятельности за счет предоставления ему дополнительного источника доходов;
- увеличение расходов заявителей при получении государственной или муниципальной услуги.

10. За нарушение указанных в комментируемой [статье](#) Закона о защите конкуренции положений [ст. 14.9](#) КоАП РФ установлена административная ответственность.

Действия (бездействие) должностных лиц вышеуказанных органов (организаций), которые недопустимы в соответствии с антимонопольным законодательством и приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, а равно к ограничению свободного перемещения товаров (работ, услуг), свободы экономической деятельности, за исключением случаев, предусмотренных [ч. 3 ст. 14.32](#) КоАП РФ, влекут наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 15 тыс. до 50 тыс. руб.

Согласно [ч. 2 ст. 14.9](#) КоАП РФ действия должностных лиц, указанных в [части 1 данной статьи](#), которые недопустимы в соответствии с антимонопольным законодательством и приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, а равно к ограничению свободного перемещения товаров (работ, услуг), свободы экономической деятельности, если такие должностные лица были ранее подвергнуты административному наказанию за аналогичное административное правонарушение, влекут дисквалификацию на срок до трех лет.

11. По итогам рассмотрения дела о нарушении [ст. 15](#) Закона и установления нарушения антимонопольный орган при необходимости выдает обязательное для исполнения предписание нарушителю о совершении действий, направленных, в частности, на:

- отмену или изменение ненормативных актов, нарушающих антимонопольное законодательство ([подп. "а" п. 3 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции);
- недопущение действий, которые могут являться препятствием для возникновения конкуренции и (или) могут привести к ограничению, устранению конкуренции и нарушению антимонопольного законодательства ([подп. "д" п. 2 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции);
- обеспечение конкуренции.

При этом, как указывается в [Обзоре](#) практики ВС РФ, антимонопольный орган в рамках [ч. ч. 1 и 2 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции полномочен вынести соответствующее решение об обнаружении и о пресечении выявленного нарушения лишь в том случае, когда нарушение привело либо могло привести к нарушению охраняемого законом баланса экономических интересов хозяйствующих субъектов, осуществляющих деятельность на одном и том же рынке в соответствующих географических границах. Кроме того, антимонопольный орган обладает полномочиями обращаться в арбитражный суд с исками о признании недействующими либо недействительными полностью или частично противоречащих антимонопольному законодательству нормативных правовых актов или ненормативных актов вышеуказанных органов власти (или организаций) ([п. 6 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции).

По вопросу реализации данного полномочия антимонопольные органы учитывают правовую позицию КС РФ, выраженную в [Определении](#) от 3 апреля 2012 г. N 630-О "По запросу администрации Краснодарского края о проверке конституционности [подп. "а" п. 3 ч. 1 ст. 23](#) Закона "О защите конкуренции".

Согласно данной позиции наделение антимонопольного органа правом обращения в арбитражный суд с исками, заявлениями о признании недействующими либо недействительными полностью или частично таких актов позволяет антимонопольному органу в каждом конкретном случае нарушения антимонопольного законодательства актами органов исполнительной власти, органов местного самоуправления и иных указанных в законе органов и организаций избрать наиболее оптимальный способ реагирования на такие акты, принимая во внимание степень (масштаб) их влияния на участников экономических отношений, характер возможных последствий и другие обстоятельства.

Таким образом, положение [подп. "а" п. 3 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции в системе действующего правового регулирования направлено на защиту конкурентной среды, гражданских прав хозяйствующих субъектов, позволяет оперативно добиваться устранения нарушений антимонопольного законодательства, отвечает критерию определенности правовых норм и, устанавливая контрольные полномочия антимонопольных органов, реализуемые в рамках административных процедур, не наделяет их функциями органов судебной власти, не умаляет самостоятельности органов государственной власти субъектов РФ и не противоречит принципу осуществления государственной власти на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную.

Сами по себе предписания антимонопольного органа об отмене или изменении нарушающих антимонопольное законодательство актов силой принудительного исполнения не обладают, а преследуют цель понудить соответствующие органы (организации) и их должностных лиц исполнить содержащиеся в них требования прежде всего в добровольном порядке в условиях, когда полномочиями самостоятельно признавать недействительными (недействующими) такие акты антимонопольные органы не наделены.

При этом предписание об изменении нормативного акта, нарушающего антимонопольное законодательство, может использоваться антимонопольным органом только в целях исключения из такого акта не соответствующих антимонопольному законодательству положений и не должно содержать требований о внесении в него дополнений.

Иное означало бы неправомерное вмешательство антимонопольного органа в компетенцию органов или организаций, принявших нормативный акт и обладающих правом по своему усмотрению определять способы (варианты) изменения содержащихся в таком акте положений, включая устранение имеющихся в нем пробелов, в целях приведения в соответствие с требованиями антимонопольного законодательства, а применительно к муниципальным нормативным правовым актам свидетельствовало бы также об отступлении от гарантированной [Конституцией](#) РФ самостоятельности местного самоуправления <1>.

<1> См.: Определения КС РФ от 16 ноября 2000 г. [N 237-О](#); от 3 апреля 2012 г. [N 630-О](#); от 27 октября 2015 г. [N 2531-О](#).

Так, антимонопольный орган в предписании о прекращении нарушения антимонопольного законодательства **предложил** законодательному органу определенным образом изложить пункт правового акта, положения которого были признаны антиконкурентными. Доводы органа власти о том, что оспариваемые ненормативные акты антимонопольного органа содержат требования о внесении дополнений в нормативный акт судом кассационной инстанции, были признаны несостоятельными, поскольку в связи с выявленными нарушениями [Закона](#) о защите конкуренции антимонопольный орган предложил думе в добровольном порядке внести соответствующие изменения, не дополняя при этом нормативный правовой акт какими-либо новыми положениями, что не противоречит нормам права <1>.

<1> [Постановление](#) АС СЗО от 21 декабря 2015 г. по делу N A13-16908/2014.

Соответственно, акты (их отдельные положения) указанных органов (организаций), в отношении которых антимонопольными органами выданы предписания об отмене (изменении), утрачивают силу только по решению

принявшего их органа или по решению суда, принятому по заявлению антимонопольного органа.

Статья 16. Запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения или согласованные действия федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, иных осуществляющих функции указанных органов органов или организаций, а также государственных внебюджетных фондов, Центрального банка Российской Федерации

Комментарий к [статье 16](#)

1. Комментируемая норма устанавливает запрет на антиконкурентные соглашения и согласованные действия между указанными в этой [статье](#) субъектами.

Запрещены соглашения между:

- а) органами власти всех уровней между собой;
- б) органами и организациями, осуществляющими функции органов власти;
- в) внебюджетными фондами между собой;
- г) внебюджетными фондами и органами власти; внебюджетными фондами и органами и организациями, осуществляющими функции органов власти; внебюджетными фондами и ЦБ РФ;
- д) органами власти и организациями, осуществляющими функции органов власти; органами власти и внебюджетными фондами; органами власти и ЦБ РФ;
- е) ЦБ РФ и любыми организациями, органами и фондами, указанными выше;
- ж) всеми указанными выше организациями и хозяйствующими субъектами.

Вывод о том, что комментируемая [статья](#) запрещает не только соглашения между указанными в ней органами власти, внебюджетными фондами и ЦБ РФ с хозяйствующими субъектами, но и соглашения, в которых хозяйствующий субъект не участвует, следует из буквального толкования [абз. 1 комментируемой статьи](#), где после перечисления органов власти, на которых распространяется запрет на антиконкурентные соглашения, стоит союз "или" и указано: "**или между ними** и хозяйствующими субъектами либо осуществление между этими органами и организациями согласованных действий...".

Однако в правоприменительной практике отсутствуют примеры заключения антиконкурентных соглашений, запрещенных комментируемой [статьей](#), без участия хозяйствующих субъектов. Как правило, действия органов власти по ограничению конкуренции носят либо односторонний характер, в виде издания соответствующих актов или распоряжений, что запрещено [ст. 15](#) комментируемого Закона, либо форму соглашений с хозяйствующим субъектом, в результате которых этот субъект получает различные конкурентные преимущества на товарном рынке.

Как следует из формулировки диспозиции комментируемой [статьи](#), в отличие от запрета, содержащегося в [ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции, запрет на антиконкурентные соглашения органа власти и хозяйствующего субъекта не является запретом *per se*, так как, помимо факта заключения такого соглашения, антимонопольный орган должен доказать, что в результате этого соглашения была или могла быть не допущена, ограничена или устранена конкуренция на товарном рынке.

Этот подход был подтвержден ВС РФ:

"Для признания органа местного самоуправления и хозяйствующего субъекта лицами, нарушившими требования [статьи 16](#) Закона о защите конкуренции, необходимо установить факт заключения ими соглашения либо совершения согласованных действий, которые не предусмотрены федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации и привели к таким негативным последствиям, как недопущение, ограничение, устранение конкуренции либо создали реальную угрозу их возникновения" <1>.

<1> [Определение](#) ВС РФ от 8 апреля 2015 г. по делу N 310-КГ14-6781.

Аналогичный подход был выражен в одном из дел, где суды отметили, что квалифицирующими признаками применительно к [ст. 16](#) Закона о защите конкуренции выступают реальные либо возможные негативные последствия для определенной конкурентной среды и выявление причинной связи между определенным соглашением и такими последствиями <1>. [Определением](#) ВС РФ было отказано в передаче данного дела на рассмотрение в судебную коллегию <2>.

<1> [Постановление](#) ФАС ВСО от 7 ноября 2013 г. по делу N А58-3798/2012.

<2> [Определение](#) ВАС РФ от 27 февраля 2014 г. N ВАС-1756/14 по делу N А58-3798/2012.

В другом деле суды признали незаконным решение антимонопольного органа именно по той причине, что не доказано влияние установленных действий на конкуренцию. В этом деле суд установил, что на момент предоставления земельных участков общество являлось единственным претендентом на их получение и что несвоевременное опубликование указанной информации не нарушило права населения либо третьих лиц, и счел формальным характер допущенного администрацией нарушения, ибо его совершение не повлекло создания Обществу преимущественных условий в осуществлении предпринимательской деятельности и ограничения доступа на рынок иных хозяйствующих субъектов, что привело или могло привести к устранению или ограничению конкуренции <1>.

<1> [Постановление](#) АС ВВО от 19 октября 2015 г. N Ф01-3993/2015 по делу N А79-2432/2014 ([Определением](#) ВС РФ от 5 февраля 2016 г. N 301-ЭС15-18866 отказано в передаче дела N А79-2432/2014 в Судебную коллегию по экономическим спорам ВС РФ для пересмотра в порядке кассационного производства данного [Постановления](#)).

При рассмотрении следующего дела суды установили, что анализ рынка оказания услуг связи на территории Республики Башкортостан антимонопольным органом не производился и вопрос о наличии аналогичных соглашений, заключенных министерством с иными участниками этого рынка, не выяснялся. Следовательно, суды правильно признали необоснованным вывод управления о предоставлении спорными пунктами соглашения преимущественных условий обществу по сравнению с иными операторами связи, а также о возможном наступлении последствий заключения такого соглашения в виде раздела товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо по составу продавцов или покупателей (заказчиков) <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС УО от 30 августа 2012 г. N Ф09-7695/12 по делу N А07-23055/2011.

При рассмотрении следующего дела суды установили, что в 2011 г. в г. Данилове действовали только две общественные бани - баня N 2 и баня N 3, услуги бань оказывал только один хозяйствующий субъект - ОАО "Даниловское ЖКХ", арендатор помещений бань. Из оспариваемого решения антимонопольного органа не следует, какие преимущества и перед кем были предоставлены обществу выделением субсидии, по сравнению с какими хозяйствующими субъектами обществу были предоставлены более выгодные условия деятельности. То есть УФАС не доказало, что рынок по предоставлению услуг общественных бань в городе Данилове являлся конкурентным. С учетом того что УФАС не доказало, что рынок по предоставлению услуг общественных бань в г. Данилове являлся конкурентным, суды пришли к правильному выводу о том, что УФАС не доказало влияние рассматриваемого соглашения на конкуренцию, поскольку законодательно понятие конкуренции связано с соперничеством хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке ([п. 7 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции) <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ВВО от 21 января 2013 г. по делу N А82-17579/2011.

Фактически об отсутствии доказательств негативного влияния соглашения на конкуренцию идет речь и в следующем деле, когда суды установили, что из анализа договора N 49/26 следует, что его положения не содержат запрета либо ограничения для Межмуниципального отдела МВД России "Щучанский" по заключению аналогичного договора с иными лицами. Факт заключения указанного договора сам по себе не свидетельствует об утрате Межмуниципальным отделом МВД России "Щучанский" возможности и устранении его обязанности рассмотреть иные заявки заинтересованных лиц и по результатам их рассмотрения заключить соответствующие договоры либо отказать в их заключении. Кроме того, случаи отказа Межмуниципального отдела МВД России "Щучанский" в рассмотрении обращений иных лиц, желающих взаимодействовать с ним в части перемещения задержанных транспортных средств на специализированные стоянки и их хранения на специализированных стоянках по причине заключения договора N 49/26, а равно по каким-либо иным причинам, не установлены, как не установлена реальная угроза такого отказа в случае поступления названного обращения <1>.

<1> [Постановление](#) АС УО от 6 октября 2014 г. N Ф09-5033/14 по делу N А34-7248/2013.

Аналогичный подход выражен и в следующем деле. Президиум ВАС РФ указал, что, как усматривается из решения антимонопольного органа, нарушение [ст. 16](#) Закона о защите конкуренции состоит в заключении и исполнении УВО и предпрятием договора N 100, что привело исходя из содержания предписаний N 1, 2 к "эксклюзивному" оказанию организациям, занимающимся охранной деятельностью, услуг по реагированию группами задержания вневедомственной охраны на тревожные сообщения, поступающие на пультах охраны данных организаций. При этом документов, свидетельствующих об отказе УВО высылать группы реагирования по сигналам иных, кроме ФГУП "Охрана", охранных организаций, как и подтверждающих преимущественный характер осуществления функций вневедомственной охраны по сигналам ФГУП "Охрана", в деле не имеется. Вместе с тем доводы УВО о наличии ряда договоров аналогичного содержания с частными охранными организациями отклонены судами как не имеющие отношения к делу <1>.

<1> [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 26 февраля 2013 г. N 10083/12 по делу N А60-23019/20.

Такой подход судов к разрешению рассматриваемого вопроса можно обнаружить и в других делах <1>.

<1> Постановления ФАС ПО от 11 июня 2013 г. по делу [N А65-20469/2012](#), ФАС ДО от 6 августа 2013 г. [N Ф03-2434/2013](#) по делу N А04-5828/2012.

2. Наличие соглашения должно быть доказано антимонопольным органом.

Во многих случаях доказательством наличия соглашения является определенная последовательность, частота совершения и взаимосвязанность действий сторон соглашения, которые должны быть проанализированы на предмет того, следует ли из них, что между сторонами было достигнуто соглашение.

Например, несоблюдение органом власти порядка проведения торгов, результатом которого стало заключение договора с единственным участником торгов, само по себе не свидетельствует о наличии соглашения <1>.

<1> [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 26 марта 2013 г. N 14093/12.

Напротив, действия органа местного самоуправления по направлению граждан в муниципальное унитарное предприятие с целью получения информационной справки о градостроительном зонировании территории земельного участка на платной основе свидетельствуют о наличии между предприятием и органом местного самоуправления соглашения, запрещенного антимонопольным законодательством <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС СКО от 25 октября 2012 г. N А32-18945/2011.

При рассмотрении следующего дела суды сделали вывод о том, что факты направления администрацией ходатайств администрации муниципального района о выделении бюджетных средств для предупреждения чрезвычайной ситуации и получения межбюджетных трансфертов в декабре 2010 г., покупки топочного мазута, который впоследствии был передан обществу "Пожважилсервис" и израсходован последним в процессе теплоснабжения жилого поселка, сами по себе не свидетельствуют о наличии устного соглашения между органом местного самоуправления и хозяйствующим субъектом, направленного на ограничение, устранение и недопущение конкуренции на рынке оказания услуг теплоснабжения в границах п. Пожва <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС УО от 17 июня 2014 г. N Ф09-3042/14 по делу N А50-17764/2013.

Одной лишь последовательности действий недостаточно для констатации наличия соглашения. Необходимо установить взаимную обусловленность этих действий.

При этом в судебной практике можно встретить подход, согласно которому соглашение должно предусматривать конкретные действия, которые его участники намереваются совершить. Если таких условий в соглашении нет, то такое соглашение, будучи соглашением о намерениях, не может быть признано нарушающим [ст. 16](#) Закона о защите конкуренции <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС УО от 30 августа 2012 г. N Ф09-7695/12.

3. Законодатель прямо указывает только на четыре примера действий, при совершении которых возможно ограничение, устранение или недопущение конкуренции. Эти случаи перечислены в [абз. 2 - 5 комментируемой статьи](#). В целом же указанный список не является исчерпывающим, поскольку ограничение, устранение или недопущение конкуренции может выражаться в форме иных соглашений, не перечисленных в [ст. 16](#) Закона о защите конкуренции.

Однако в ряде дел можно встретить, с нашей точки зрения, неправильный подход, когда суды отмечают, что перечень нарушений, указанный в [ст. 16](#) Закона, является исчерпывающим <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ПО от 11 июня 2013 г. по делу N А65-20469/2012.

Выявив такое нарушение, комиссия антимонопольного органа в своем решении по делу о нарушении антимонопольного законодательства указывает, что нарушена комментируемая [статья](#) в целом. Если же действия нарушителя подпадают под описание деяний, перечисленных в [п. п. 1 - 4 указанной статьи](#), то при квалификации необходимо указывать нарушение конкретного пункта, запрещающего такие действия (например, лицо признано нарушившим [п. 3 ст. 16](#) Закона о защите конкуренции).

4. [Пункт 1 комментируемой статьи](#) запрещает соглашения, если они приводят или могут привести к повышению, снижению или поддержанию цен (тарифов).

Случаи допустимости таких соглашений могут быть предусмотрены федеральными законами или нормативными актами Президента РФ или Правительства РФ.

В настоящий момент существует два Постановления Правительства РФ, допускающие подобные соглашения, - [Постановление](#) от 5 марта 2010 г. N 129 (допускающее соглашения об установлении цен в отношении отдельных видов горюче-смазочных материалов, реализуемых сельскохозяйственным товаропроизводителям) и [Постановление](#) от 10 ноября 2007 г. N 769 (допускающее соглашения об установлении цен на отдельные виды социально значимых товаров первой необходимости).

В отличие от [ст. 11](#) Закона о защите конкуренции комментируемая [статья](#) запрещает лишь соглашения, направленные на повышение, снижение или поддержание цен, и не устанавливает прямого запрета в отношении соглашений об [установлении](#) цен. Кроме того, в комментируемой [статье](#) не содержится прямого запрета в отношении соглашений, направленных на поддержание, повышение или снижение скидок, надбавок

(доплат) и (или) наценок.

Полагаем, что отсутствие прямого запрета в отношении указанных соглашений не означает, что комментируемая [статья](#) считает соглашения, влекущие установление цен либо определяющие размер скидок или надбавок, разрешенными. Установление цен само по себе едва ли может оказать влияние на рынок без их поддержания, а любая скидка или надбавка приводит либо к снижению, либо к повышению цен на товар соответственно.

Таким образом, соглашения, результатом которых является или может являться установление цен, а равно установление или поддержание скидок и надбавок, также запрещены комментируемой нормой. При этом не может рассматриваться в качестве нарушения установление цен (тарифов) в случаях, прямо предусмотренных законодательством РФ.

5. [Пункт 2 комментируемой статьи](#) устанавливает запрет в отношении соглашений, приводящих к экономически, технологически или иным образом не обоснованному установлению различных цен (тарифов) на один и тот же товар.

Включение этого [пункта](#) можно было бы считать излишним, поскольку если соглашение приводит к установлению различных цен на один и тот же товар, то можно посчитать, что такие действия полностью поглощаются соглашением, указанным в [п. 1 комментируемой статьи](#), так как невозможно установить различные цены без установления самих цен, а соглашения, направленные на установление цен, запрещены [первым пунктом](#).

Однако соглашение, направленное на установление различных цен на один и тот же товар, может не поглощаться соглашением, направленным на установление цен, - например, если содержанием такого соглашения будет договоренность установить различные цены, скажем, на хлеб для потребителей двух разных субъектов РФ, без установления самих цен.

Также под нарушение [п. 2 ст. 16](#) Закона о защите конкуренции будет подпадать установление одним тарифным органом, в результате сговора с субъектом естественной монополии, разного размера тарифа на услуги этого монополиста в зависимости, например, от характеристик потребителя, не предусмотренных [Законом](#) в качестве основания для изменения тарифной ставки, например, увеличение стоимости киловатта тепловой энергии для потребителей, использующих в качестве дополнительного печное отопление.

6. [Пункт 3 комментируемой статьи](#) запрещает соглашения, направленные на раздел товарного рынка. Содержание этой нормы аналогично содержанию нормы [п. 3 ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции.

7. [Пункт 4 комментируемой статьи](#) запрещает соглашения, направленные на ограничение доступа на товарный рынок, выхода из товарного рынка или устранение с него хозяйствующих субъектов.

Включение этого вида соглашения в число соглашений, отдельно оговоренных в качестве запрещенных в комментируемой [статье](#), представляется логичным. Органы власти, организации, выполняющие функции органов власти, а в некоторых случаях и внебюджетные фонды и ЦБ РФ обладают особыми полномочиями, позволяющими им влиять на обращение товара на рынке. В этом они схожи с доминирующим на рынке субъектом. Поэтому запрет в отношении соглашений с участием перечисленных субъектов, направленных на ограничение доступа на товарный рынок, выхода из рынка, устранение с рынка, вполне оправдан.

Примером рассматриваемого вида запрещенного соглашения может быть случай, когда было установлено, что подписанное 20 июня 2012 г. соглашение о введении новой схемы взаимодействия всех участников рынка теплоснабжения в г. Смоленске, на основании которого с 1 января 2013 г. всем потребителям тепловой энергии города Смоленска будет осуществлять поставку тепловой энергии только ООО "Смоленская ТСК", привело к ограничению деятельности на данном рынке МУП "Смоленск-теплосеть", поскольку последнее, существуя на рынке теплоснабжения, не сможет осуществлять с указанного в соглашении времени деятельность, предусмотренную уставом (распределение тепловой энергии и передача ее конечным потребителям г. Смоленска) <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ЦО от 1 апреля 2014 г. по делу N А62-1924/2013.

В одном из дел суды констатировали отсутствие запрещенного комментируемым [пунктом](#) соглашения, поскольку иные участники рынка, потенциально заинтересованные в заключении соглашения, отказались от его заключения. Из этого суды сделали вывод, что соглашение между администрацией и хозяйствующим субъектом не может рассматриваться как ставящее этого хозяйствующего субъекта в привилегированное положение на рынке <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ЗСО от 4 октября 2013 г. по делу N А67-493/2013.

Аналогичный вывод был сделан и в другом деле, когда суд указал, что при наличии на рынке Санкт-Петербурга только четырех компаний (не считая заявителя), оказывающих услуги по обслуживанию и эксплуатации спорного оборудования и не желающих принимать участие в соответствующих торгах, УФАС не доказало, что действия учреждения, комитета и общества каким-либо образом повлияли на конкуренцию на рассматриваемом рынке <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС СЗО от 15 апреля 2011 г. по делу N А56-39229/2010.

В одном из дел суды констатировали, что указанные действия поставили общество "Стройцентр" в преимущественное положение перед остальными хозяйствующими субъектами и повлекли за собой заключение именно с данным лицом договоров на сбор и вывоз ТБО и КГМ, в том числе с теми управляющими компаниями, которые ранее состояли в договорных отношениях с ЗАО "Пермь ЭкоСервис", что привело к приостановлению деятельности последнего <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС УО от 17 февраля 2012 г. N Ф09-342/12 по делу N А50-5744/2011.

При рассмотрении следующего дела суды верно отметили, что соблюдение установленного законом порядка заключения соглашений свидетельствует об отсутствии у таких соглашений обязательного признака состава нарушения, установленного [п. 4 ст. 16](#) Закона о защите конкуренции, - наступления или возможности наступления последствий в виде ограничения доступа на товарный рынок, выхода с товарного рынка или устранения с него хозяйствующих субъектов <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС УО от 17 января 2012 г. N Ф09-9007/11 по делу N А07-19205/2011.

По [п. 4 комментируемой статьи](#) квалифицируются соглашения, заключенные в отсутствие предусмотренных законом торгов или иных публичных процедур <1>.

<1> [Постановление](#) АС УО от 22 сентября 2015 г. N Ф09-5897/15 по делу N А76-4886/2015 (оставлено без изменения [Постановлением](#) ВС РФ от 20 января 2016 г. N 309-АД15-17742 по делу N А76-4886/2015).

8. Все иные соглашения между указанными в комментируемой [статье](#) субъектами также могут быть признаны антимонопольным органом противоправными, только если будет установлено, что эти соглашения привели или могли привести к ограничению, устранению или недопущению конкуренции.

Так, например, соглашение, заключенное органом местного самоуправления с хозяйствующим субъектом на право осуществления пассажирских перевозок в муниципальном образовании, было признано нарушающим антимонопольное законодательство, поскольку всем участникам рынка не был обеспечен равный доступ к возможности заключить такой договор <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС СКО от 19 мая 2011 г. N А53-22723/2010.

Также ограничение конкуренции может выражаться в предоставлении преимуществ на стадии исполнения контракта путем предоставления заказчиком победителю возможности не исполнять те условия, на которых участником антиконкурентного соглашения был выигран конкурс, а другие его участники не смогли занять первое место из-за отсутствия в их заявках предложений о выполнении именно этих условий. Такое соглашение следует квалифицировать как нарушение [ст. 16](#) Закона о защите конкуренции в целом <1>.

<1> Постановления ФАС СЗО по делам [N А05-11241/2011](#), [N А05-11243/2011](#), [N А05-11244/2011](#), [N А05-11440/2011](#).

Договор аренды земельного участка, заключенный по итогам предоставления органом местного самоуправления этого земельного участка для целей, не связанных со строительством, без проведения торгов, признается ограничивающим конкуренцию, если на предоставление такого участка претендовало несколько лиц <1>.

<1> Постановления ФАС ДО от 15 февраля 2012 г. [N Ф03-6733/2011](#), от 11 декабря 2012 г. [N Ф03-5529/2012](#), ФАС УО от 14 сентября 2012 г. [N Ф09-8442/12](#).

И напротив, передача органом местного самоуправления своих функций по оказанию населению услуг на платной основе хозяйствующему субъекту на основании соглашения между ними **само по себе** нарушением антимонопольного законодательства не признается <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ВВО от 5 апреля 2012 г. N А79-3701/2011.

Вообще нужно сказать, что наиболее часто в практике арбитражных судов встречаются дела, когда [ст. 16](#) Закона о защите конкуренции применяется к ситуациями заключения договоров при отсутствии торгов. При этом чаще всего суды не ссылаются на конкретные пункты этой [статьи](#) <1>.

<1> [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 29 ноября 2011 г. N 8799/11; см. также: Постановления АС ПО от 28 октября 2015 г. [N Ф06-2096/2015](#) по делу N А55-379/2015, ФАС ВСО от 22 мая 2014 г. по делу [N А33-6358/2013](#), АС ЗСО от 25 декабря 2014 г. [N Ф04-12714/2014](#) по делу N А03-4902/2014, АС СКО от 27 марта 2015 г. [N Ф08-1497/2015](#) по делу N А63-9117/2014 (оставлено без изменения [Постановлением](#) ВС РФ от 10 августа 2015 г. N 308-АД15-5867 по делу N А63-9117/2014), ФАС ПО от 2 июня 2014 г. по делу [N А72-13218/2013](#) (оставлено без изменения [Постановлением](#) ВС РФ от 3 июля 2015 г. N 306-АД14-2842 по делу N А72-13218/2013), АС ВСО от 11 ноября 2015 г. [N Ф02-6048/2015](#) по делу N А69-255/2015 ([Определением](#) ВС РФ от 16 марта 2016 г. N 302-КГ15-18154 отказано в передаче дела N А69-255/2015 в Судебную коллегия по экономическим спорам ВС РФ для пересмотра в порядке кассационного производства данного [Постановления](#)), АС ВВО от 15 декабря 2015 г. [N Ф01-4931/2015](#), [Ф01-5074/2015](#) по делу N А43-1988/2015.

Если победитель конкурса на право заключения договора управления многоквартирным домом, проведенного органом местного самоуправления, и участник, занявший второе место, отказались от заключения такого договора, заключение органом местного самоуправления договора с управляющей организацией, занявшей третье место по итогам конкурса, **само по себе** не свидетельствует о наличии между ними соглашения, ограничивающего конкуренцию <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС СЗО от 11 октября 2012 г. N А21-9528/2011.

Таким образом, единообразно складывающаяся судебная практика требует установления факта

негативного влияния соглашения на конкуренцию, квалифицируя нарушение [ст. 16](#) Закона о защите конкуренции в целом без уточняющей квалификации нарушения какого-либо из пунктов этой [статьи](#).

Следует отметить, что с принятием четвертого антимонопольного [пакета](#), изменившего [ст. 17](#) Закона о защите конкуренции, должен измениться подход судов к квалификации соглашений, достигнутых в ходе проведения торгов организаторами и участниками торгов. Такие соглашения теперь не должны квалифицироваться по [ст. 16](#), как это было ранее <1>.

<1> Постановления АС СКО от 15 июня 2015 г. [N Ф08-3809/2015](#) по делу N А63-7387/2014 (оставлено без изменения [Постановлением](#) ВС РФ от 12 октября 2015 г. N 308-АД15-9714 по делу N А63-7387/2014), ФАС ВСО от 14 июня 2012 г. по делу [N А33-11539/2011](#), ФАС УО от 4 декабря 2012 г. [N Ф09-11960/12](#) по делу N А50-25363/2011.

9. Помимо соглашений, комментируемая [статья](#) запрещает также согласованные действия. При этом регулирование соглашений и согласованных действий комментируемой [статьей](#) осуществляется одинаково. В этом ее существенное отличие от [ст. 11](#) Закона о защите конкуренции, которая устанавливает запреты лишь в отношении соглашений, а запреты в отношении согласованных действий вынесены в отдельную [ст. 11.1](#).

Практика применения арбитражными судами комментируемой [статьи](#) в настоящее время не в полной мере учитывает понятие согласованных действий, что делает возможным установление согласованных действий органа власти и хозяйствующего субъекта, несмотря на то что указанные субъекты не являются участниками одного товарного рынка.

Так, по следующему делу суды, не ставя под сомнение саму возможность согласованных действий между органом власти и хозяйствующим субъектом, правильно указали, что применительно к рассматриваемой ситуации антимонопольный орган обязан был доказать не только наличие обстоятельств, свидетельствующих о совершении хозяйствующими субъектами и администрацией самостоятельных действий, но и их совокупность, которая свидетельствовала бы о согласованности этих действий, направленности на достижение единого результата, которые могли привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, в данном случае к устранению с товарного рынка хозяйствующего субъекта (общества "КСК") ([ст. 16](#) Закона о защите конкуренции) <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС УО от 2 августа 2011 г. N Ф09-4689/11 по делу N А60-39727/2010.

10. Квалификация действий хозяйствующих субъектов в качестве согласованных предполагает доказывание того факта, что указанные лица действуют на одном товарном рынке, что, само собой разумеется, означает, что антимонопольный орган должен установить по крайней мере товарные и географические границы рынка.

Далее, квалификация соглашения в качестве направленного на раздел товарного рынка ([п. 3 комментируемой статьи](#)) также предполагает необходимость установить товарные и географические границы рынка, без чего невозможно сделать вывод о том, разделен ли рынок. Ведь прежде чем делать вывод о том, что рынок разделен, следует определить, о каком рынке идет речь.

То же самое можно сказать и о соглашениях, запрещенных [п. 4 комментируемой статьи](#). Выводу о том, что на товарный рынок ограничен доступ, с неизбежностью должен предшествовать вывод о том, о каком рынке идет речь.

Полагаем, что в процессе дальнейшего совершенствования [Порядка](#) анализа товарных рынков необходимо предусмотреть случаи и пределы, в которых анализ рынка должен проводиться и при возбуждении дел по признакам нарушения [ст. 16](#) Закона о защите конкуренции.

11. Судебная практика в настоящее время испытывает значительные сложности при квалификации действий субъектов, указанных в комментируемой [статье](#), в части разграничения действий, совершаемых в рамках соглашения, и согласованных действий.

Например, по одному из дел суд пришел к следующим выводам. Если при размещении заказа на заключение договора купли-продажи недвижимого имущества для муниципальных нужд в документации были указаны характеристики, идентичные показателям конкретного объекта недвижимости, действия собственника этого объекта недвижимости по предварительному согласованию с органом местного самоуправления продажи этого объекта и предоставлению последнему технического паспорта объекта могут быть признаны совершением согласованных действий с органом местного самоуправления, ограничивающих конкуренцию <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ДО от 7 октября 2011 г. N Ф03-4694/2011.

По другому делу был сделан следующий вывод. Действия органа местного самоуправления по даче согласия на заключение договора аренды тепловых сетей, принадлежащих унитарному предприятию на праве хозяйственного ведения, без проведения торгов свидетельствуют о совершении органом местного самоуправления, унитарным предприятием и арендатором согласованных действий, ограничивающих конкуренцию, если заключение договора аренды повлекло повышение тарифов на тепловую энергию, о чем органу местного самоуправления было известно на момент согласования <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС СКО от 22 июня 2012 г. N А53-14328/2011.

Еще пример. В случае заключения муниципальным унитарным предприятием договора поставки модульных туалетов, предназначенных для создания условий для массового отдыха жителей муниципального образования, с согласия исполнительного органа местного самоуправления (администрация) и без проведения торгов это предприятие, администрация и орган местного самоуправления, осуществляющий функции по управлению муниципальной собственностью, могут быть признаны совершившими согласованные действия, запрещенные антимонопольным законодательством <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС УО от 28 июня 2012 г. N Ф09-4480/12.

В следующем деле также явно было установлено наличие соглашения, но суды квалифицировали действия в рамках соглашения в качестве согласованных действий.

Представляется, что во всех приведенных примерах речь не может идти о согласованных действиях, а, скорее, речь идет о соглашении. Отсутствие же достаточных доказательств наличия соглашения не может приводить к квалификации поведения субъектов в качестве согласованных действий <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ДО от 28 декабря 2012 г. N Ф03-5534/2012 по делу N А51-12440/2011.

Несмотря на это, даже в практике ВС РФ имеются прецеденты, когда действия, совершаемые в рамках соглашения, признаются согласованными действиями.

Так, действия общества и администрации района антимонопольным органом и судами первой и апелляционной инстанций квалифицированы как согласованные, исходя из конкретных обстоятельств их совершения. Суды при этом учли синхронность действий, поведение администрации, которая, заведомо зная условия проведения аукциона, тем не менее при отсутствии на то объективных причин заявила ходатайства о включении затрат по возведению объектов инфраструктуры в инвестиционные программы, умолчав о действительных целях предоставления земельных участков.

Согласованные действия привели к ограничению конкуренции на рынке строительства жилья, поскольку не были созданы равные возможности участия хозяйствующих субъектов в конкурентной борьбе за заключение договора аренды земельных участков, предназначенных для комплексного освоения в целях жилищного строительства. Так, хозяйствующие субъекты на стадии рассмотрения вопроса о своем участии в аукционе не могли предполагать, что вопреки условиям аукционной документации строительство объектов инженерной

инфраструктуры будет профинансировано за счет средств инвестиционных программ. Начальная цена аукциона и его итоговая цена формировались с учетом затрат арендатора на возведение сетей. Следовательно, именно на таких условиях общество приобрело возможность выйти на рынок строительства жилья и осуществлять соответствующую деятельность. Однако впоследствии при освоении участков данное общество с помощью администрации района получило преимущества в части, касающейся затрат на возведение объектов инфраструктуры <1>. Также применительно к данному делу хочется отметить, что ВС РФ констатировал наличие согласованных действий, несмотря на то что администрация и хозяйствующий субъект не являются участниками одного и того же товарного рынка.

<1> [Определение](#) ВС РФ от 8 апреля 2015 г. по делу N 310-КГ14-6781.

В ряде случаев суды ссылаются на комментируемую [статью](#), не конкретизируя при этом, идет ли речь о соглашениях или о согласованных действиях <1>. Такой подход едва ли стоит приветствовать, поскольку подобные судебные акты нельзя считать обоснованными.

<1> [Постановление](#) ФАС УО от 10 мая 2012 г. N Ф09-3220/12 по делу N А50-17889/2011.

В практике арбитражных судов существуют и иные сложности при применении [ст. 16](#).

Так, в следующем деле суд кассационной инстанции специально подчеркнул, что при доказанности факта достижения соглашения необходимость доказывать согласованные действия отсутствует <1>. Несмотря на достаточно ясную формулировку [ст. 16](#) о том, что антимонопольный орган должен установить наличие или соглашения, или согласованных действий, как видно, судебная практика подчас испытывает сложности и по данному вопросу.

<1> [Постановление](#) АС ДО от 29 апреля 2015 г. N Ф03-1157/2015 по делу N А51-13600/2014 ([Определением](#) ВС РФ от 3 августа 2015 г. N 303-КГ15-9429 отказано в передаче дела N А51-13600/2014 в Судебную коллегия по экономическим спорам ВС РФ для пересмотра в порядке кассационного производства данного [Постановления](#)).

**Глава 4. АНТИМОНОПОЛЬНЫЕ ТРЕБОВАНИЯ К ТОРГАМ, ЗАПРОСУ
КОТИРОВОК ЦЕН НА ТОВАРЫ, ЗАПРОСУ ПРЕДЛОЖЕНИЙ, ОСОБЕННОСТИ
ЗАКЛЮЧЕНИЯ ДОГОВОРОВ С ФИНАНСОВЫМИ ОРГАНИЗАЦИЯМИ, ПОРЯДКА
ЗАКЛЮЧЕНИЯ ДОГОВОРОВ В ОТНОШЕНИИ ГОСУДАРСТВЕННОГО
И МУНИЦИПАЛЬНОГО ИМУЩЕСТВА, ПОРЯДКА РАССМОТРЕНИЯ
АНТИМОНОПОЛЬНЫМ ОРГАНОМ ЖАЛОБ НА НАРУШЕНИЕ ПРОЦЕДУРЫ
ТОРГОВ И ПОРЯДКА ЗАКЛЮЧЕНИЯ ДОГОВОРОВ, ПОРЯДКА
ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ПРОЦЕДУР, ВКЛЮЧЕННЫХ В ИСЧЕРПЫВАЮЩИЕ
ПЕРЕЧНИ ПРОЦЕДУР В СФЕРАХ СТРОИТЕЛЬСТВА**

Статья 17. Антимонопольные требования к торгам, запросу котировок цен на товары, запросу предложений

Комментарий к [статье 17](#)

1. Комментируемая [статья](#) устанавливает правовые основы антимонопольного контроля в отношении порядка заключения договора посредством определенных конкурентных процедур. Существо антимонопольных требований к участникам соответствующих правоотношений заключается в том, что названные в [статье](#) способы заключения договора - торги, запрос котировок и запрос предложений - являются конкурентными, т.е. выбор победителя, с которым будет заключен договор, осуществляется в строгом соответствии с правилами, установленными законом и утвержденными заказчиком и (или) организатором данных процедур.

Первое, что обращает на себя внимание, - применимость указанного запрета к торгам, запросу котировок и запросу предложений. В своих прежних редакциях ст. 17 Закона устанавливала антимонопольные требования исключительно в отношении **торгов** и, позднее, в отношении **торгов и запроса котировок**. Торги, в силу доминирующего мнения российских юристов, могут быть проведены только в форме конкурса или аукциона. Данное обстоятельство существенно ограничивало возможности участников запроса котировок и запроса предложений, также являющихся распространенными конкурентными способами определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей), осуществлять защиту нарушенных прав и законных интересов и создавало условия для злоупотребления правом со стороны заказчиков и организаторов процедур в такой форме.

Что касается возможности применения антимонопольных требований к иным способам заключения договоров и определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей), то это было напрямую связано с квалификацией судами соответствующих процедур как торгов независимо от их фактического названия. Судебная практика содержит примеры такой перекалфикации, в частности, в сфере закупок, осуществляемых в порядке **Закона** N 223-ФЗ. До недавнего времени данное обстоятельство вызывало правовую неопределенность для участников закупок, регламентированных **Законом** N 223-ФЗ, однако со вступлением в силу Федерального **закона** от 28 декабря 2013 г. N 396-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" данная неопределенность была устранена введением в Закон о защите конкуренции **ч. 5 ст. 17**, которая распространила действие антимонопольных требований на все формы закупок, осуществляемых в соответствии с **Законом** N 223-ФЗ.

2. Комментируемая **статья** состоит из пяти частей. При этом **ч. 1** устанавливает общие антимонопольные требования, а **ч. ч. 2 и 3** - специальные требования в отношении торгов, запроса котировок и запроса предложений, если их организаторами или заказчиками являются федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов РФ, органы местного самоуправления, государственные внебюджетные фонды, а также в отношении торгов, запроса котировок и запроса предложений - в отношении закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Из буквального толкования содержания **ч. 1 комментируемой статьи** следует, что общие антимонопольные требования предъявляются к любым торгам, запросу котировок, запросу предложений и закупкам независимо от того, являются ли их заказчики или организаторы публичными субъектами или частными (коммерческими и некоммерческими юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями).

Однако антимонопольный орган вправе обращаться в суд только в отношении торгов, проведение которых является обязательным в соответствии с законодательством РФ.

Ранее в **ст. 9** Закона о конкуренции 1991 г. устанавливались антимонопольные требования только к торгам на право заключения государственного или муниципального контракта на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд. **Часть 1 комментируемой статьи** Закона о защите конкуренции уже содержит общий запрет на осуществление действий (бездействия) при проведении торгов, запроса котировок и запроса предложений, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции.

В **п. 7 ст. 4** Закона о защите конкуренции определено, что конкуренция - соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке. Признаки ограничения конкуренции определены в **п. 17 названной статьи**. В частности, таким признаком является сокращение числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, на товарном рынке.

Таким образом, положения **ст. 17** призваны защитить конкуренцию на рынке товаров (работ, услуг), являющихся предметом торгов, запроса котировок, запроса предложений и конкурентных закупок. В этом смысле не всякое отступление от правил проведения торгов, запроса котировок, запроса предложений и конкурентных закупок, установленных нормативными правовыми актами или документацией о торгах, запросе котировок, запросе предложений, конкурентной закупке, может приводить к ограничению конкуренции на соответствующем товарном рынке, а ограничение количества участников торгов не всегда признается судами как нарушение антимонопольного законодательства.

В частности, необходимо учитывать правовую позицию Президиума ВАС РФ, выраженную в

Постановлении от 28 декабря 2010 г. N 11017/10, согласно которой основной задачей законодательства, устанавливающего порядок проведения торгов, является не столько обеспечение максимально широкого круга участников размещения заказов, сколько выявление в результате торгов лица, исполнение контракта которым в наибольшей степени будет отвечать целям эффективного использования источников финансирования, предотвращения злоупотреблений в сфере размещения заказов.

Исходя из положения **ч. 1 ст. 1** Закона о ФКС в торгах могут участвовать лишь те лица, которые соответствуют названным целям. Поэтому включение в документацию о торгах условий, которые в итоге приводят к исключению из круга участников закупки лиц, не отвечающих таким целям, не может рассматриваться как ограничение доступа к участию в торгах и квалифицироваться как нарушение **ст. 17** Закона о защите конкуренции <1>. Так, например, включение в аукционную документацию требования к упаковке не является нарушением законодательства о размещении заказов, обусловлено потребностями заказчика и не влечет ограничение конкуренции <2>, <3>.

<1> См., напр.: **Постановление** ФАС ВСО от 13 сентября 2012 г. по делу N A19-21519/2011. **Определением** ВАС РФ от 23.01.2013 N ВАС-18122/12 отказано в передаче дела N A19-21519/2011 в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора данного **Постановления**.

<2> **Постановление** АС ЗСО от 28 октября 2014 г. по делу N A46-558/2014.

<3> **Постановление** АС ЦО от 19 марта 2015 г. N Ф10-482/2015 по делу N A14-2212/2014.

Аналогичный подход используется судами и при рассмотрении дел о закупках, проводимых в рамках **Закона** N 223-ФЗ. Суд прямо указывает, что установление заявителем в аукционной документации спорного критерия при проведении открытого аукциона может рассматриваться как нарушение указанной нормы **Закона** только в том случае, если антимонопольный орган докажет, что это условие включено в документацию специально для того, чтобы обеспечить победу в аукционе конкретному хозяйствующему субъекту <1>.

<1> Там же.

Как указывается судами при рассмотрении дел, для квалификации действий (бездействия) по организации и проведению торгов как нарушающих требования антимонопольного законодательства необходимы установление и оценка последствий тех или иных нарушений специального законодательства, регламентирующего порядок проведения торгов, запроса котировок, запроса предложений и закупок (например, в сфере закупок для обеспечения государственных и муниципальных нужд), и **Закона** о защите конкуренции с точки зрения их фактического либо возможного влияния на конкурентную среду. Таким образом, антимонопольному органу не требуется доказывать недопущение, ограничение или устранение конкуренции. Достаточно доказать возможность наступления указанных последствий.

Иными словами, необходимо наличие доказательств того, что имеют место предпосылки для создания преимущественных условий участия в торгах (иных конкурентных процедурах) для отдельных участников размещения заказа, наличие в действиях заказчика противоречий требованиям **ч. 1 ст. 17** Закона о защите конкуренции и целям регулирования отношений, связанных с закупками для государственных (муниципальных) нужд, указанным в **ст. 1** Закона о защите конкуренции <1>.

<1> См., напр.: **Постановление** ФАС МО от 6 марта 2013 г. по делу N A40-96197/10-153-497.

3. Субъектом нарушений антимонопольных требований к торгам, запросу котировок, запросу предложений и закупкам, примеры которых приведены в **ч. 1 комментируемой статьи**, являются заказчики и организаторы торгов, запроса котировок, запроса предложений, закупки, а в отдельных случаях (**п. п. 1, 2 и 3 ч. 1**) - также иные лица, например участники торгов, комиссии заказчика.

Между тем перечень нарушений, указанных в **ч. 1 ст. 17**, не носит исчерпывающий характер, а буквальное

прочтение текста [статьи](#) позволяет заключить, что субъектом нарушения антимонопольных требований к торгам, запросу котировок, запросу предложений, закупкам может являться любое лицо, непосредственно участвующее или задействованное при проведении торгов, запроса котировок, запроса предложений, закупок и способное оказывать на такую процедуру существенное влияние.

4. В [п. п. 1 - 4 ч. 1](#) законодатель указал наиболее распространенные примеры действий, которые могут вызвать неблагоприятные последствия в виде недопущения, ограничения или устранения конкуренции.

[Пункт 1](#) содержит запрет на осуществление координации организаторами торгов, запроса котировок, запроса предложений, закупок или заказчиками деятельности их участников. [Закон](#) не содержит пояснения относительно того, что понимается под координацией деятельности участников. Если обратиться к термину "координация экономической деятельности", данному в [п. 14 ст. 4](#) Закона, то координацию, указанную в [п. 1 ч. 1 комментируемой статьи](#), можно определить как согласование действий участников торгов, запроса котировок, запроса предложений, закупок организатором или заказчиком торгов, запроса котировок, запроса предложений, закупок. На практике в чистом виде такой вид нарушения является крайне редким.

Четвертым антимонопольным [пакетом](#) с 5 января 2016 г. также установлен запрет на заключение соглашений между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками этих торгов, если такие соглашения имеют своей целью либо приводят или могут привести к ограничению конкуренции и (или) созданию преимущественных условий для каких-либо участников, если иное не предусмотрено законодательством РФ. С учетом определения, данного [п. 18 ст. 4](#) Закона, под соглашениями между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками этих торгов, указанными в [п. 1 ч. 1 комментируемой статьи](#), будут пониматься любые договоренности между указанными субъектами как в устной, так и в письменной форме, приводящие либо которые могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции при проведении соответствующих торгов, запроса котировок, запроса предложений.

Стоит отметить, что до принятия указанной поправки и введения запрета на заключение соглашений между организаторами (заказчиками) и участниками торгов в диспозицию [ст. 17](#) комментируемого Закона рассматриваемые действия квалифицировались как нарушение [ч. 4 ст. 11](#) или [ст. 16](#) Закона в зависимости от характеристики участвующих в соглашении субъектов.

Так, например, антимонопольным органом было вынесено решение ^{<1>} о нарушении положений [Закона](#) о защите конкуренции, в соответствии с которым Федеральное агентство по рыболовству, Приморское территориальное управление Федерального агентства по рыболовству, ООО "Акваресурс-ДВ", ООО "Тайфун", ООО "Комета" были признаны нарушившими [ст. 16](#) Закона о защите конкуренции путем заключения соглашения, которое привело к ограничению конкуренции при проведении Приморским территориальным управлением Федерального агентства по рыболовству в 2012 г. аукционов по продаже права на заключение договора о закреплении долей квот добычи (вылова) водных биологических ресурсов и участия в нем.

^{<1>} Решение ФАС России от 19 февраля 2014 г. по делу N 1-16-228/00-22-13.

Кроме того, ООО "Акваресурс-ДВ", ООО "Тайфун" и ООО "Комета" указанным решением ФАС России признаны нарушившими в том числе [п. 3 ч. 4 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции путем заключения ограничивающего конкуренцию соглашения о создании другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок при проведении аукционов ^{<1>}.

^{<1>} [Постановлением](#) АС МО от 24 июня 2015 г. N Ф05-6869/2015 по делу N А40-76067/2014 рассматриваемое решение антимонопольного органа было оставлено в силе.

После введения указанных изменений в комментируемый [Закон](#) соглашения между организаторами и (или) заказчиками и участниками торгов впервые прямо поименованы в [Законе](#), что определенно связывает данное нарушение с ответственностью за заключение недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством соглашения по [ч. 1](#) или [ч. 3 ст. 14.32](#) КоАП РФ, предусматривающей в отношении хозяйствующего субъекта наложение административного штрафа в размере от 1/10 до 1/2 начальной стоимости предмета торгов.

5. **Пункт 2 ч. 1 комментируемой статьи** устанавливает запрет на создание участнику или нескольким участникам торгов, запроса котировок, запроса предложений, закупок преимущественных условий участия в торгах, запросе котировок, запросе предложений, закупке, в том числе путем доступа к информации. При этом федеральным законом могут быть установлены исключения из данного ограничения. Так, например, таким исключением являются преференции для учреждений и предприятий уголовно-исполнительной системы, организаций инвалидов, предусмотренные **Законом** о ФКС.

Преимущественные условия участия в торгах, запросе котировок, запросе предложений, закупке могут быть созданы в результате предоставления одному или нескольким участникам доступа к информации, к которой другие участники не имеют доступа на законных основаниях <1>; путем включения в документацию о торгах, запросе котировок, запросе предложений, закупке соответствующих условий о применении преференций <2> к отдельным товарам, работам, услугам или участникам торгов, запроса котировок, запроса предложений в иных формах. Так, например, допуск участника к торгам, первая часть заявки которого не соответствовала требованиям, установленным в аукционной документации, может быть признан нарушением **ч. 1 ст. 17** Закона о защите конкуренции.

<1> См., напр.: **Определение** ВАС РФ от 6 марта 2013 г. N ВАС-2007/13 по делу N А75-1679/2012.

<2> См., напр.: Постановления АС ДО от 24 июня 2015 г. **N Ф03-2049/2015** по делу N А51-16598/2014, АС УО от 15 января 2015 г. **N Ф09-9321/14** по делу N А76-1789/2014.

При этом необходимо разграничивать создание преимущественных условий участия в торгах, запросе котировок, запросе предложений, закупке от не предусмотренного законом ограничения доступа к участию в таких процедурах.

6. В **п. 3 ч. 1 ст. 17** Закона о защите конкуренции предусмотрен запрет на нарушение порядка определения победителя или победителей торгов, запроса котировок, запроса предложений, закупки. При этом нарушением антимонопольных требований будет считаться как отступление от установленных заказчиком или организатором торгов, запроса котировок, запроса предложений, закупок в документации правил (например, применение иных критериев оценки заявок участников <1>, несоблюдение порядка начисления и подсчета баллов (формул) <2>, неправильное оформление протоколов и принимаемых решений и т.д.), так и отсутствие в документации критериев оценки заявок, порядка начисления баллов и иных существенных условий, позволяющих определить победителя <3>. В своих разъяснениях ФАС России также относит к нарушению **п. 3 ч. 1 ст. 17** Закона о защите конкуренции проведение торгов в ненадлежащей форме, когда нормативными правовыми актами такая форма предписана <4>.

<1> См., напр.: **Определение** ВС РФ от 13 мая 2015 г. N 305-КГ15-3950 по делу N А40-34303/2014.

<2> См., напр.: **Определение** ВАС РФ от 3 апреля 2014 г. N ВАС-3614/14 по делу N А81-241/2013.

<3> См., напр.: **Постановление** ФАС СЗО от 20 мая 2014 г. N Ф07-7990/2012 по делу N А66-3624/2012.

<4> **Пункт 23** разъяснений ФАС России по применению ст. 17.1 Федерального закона от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции" (с учетом изменений, внесенных Федеральным законом от 6 декабря 2011 г. N 401-ФЗ) и Правил проведения конкурсов или аукционов на право заключения договоров аренды, договоров безвозмездного пользования, договоров доверительного управления имуществом, иных договоров, предусматривающих переход прав в отношении государственного или муниципального имущества, утвержденных Приказом ФАС России от 10 февраля 2010 г. N 67 (с учетом изменений, внесенных Приказами ФАС России от 20 октября 2011 г. N 732 и от 30 марта 2012 г. N 203).

Общие принципы определения победителя (победителей) при проведении торгов установлены **п. 4 ст. 447** ГК РФ, в соответствии с которой выигравшим торги на аукционе (т.е. торгах на продажу) признается лицо, предложившее наиболее высокую цену, а по конкурсу - лицо, которое по заключению конкурсной комиссии предложило лучшие условия. Применительно к сфере размещения государственных и муниципальных заказов (т.е. торгов на покупку) принцип определения победителя (победителей) при проведении аукциона заключается

по общему правилу в предложении участником наиболее низкой цены контракта. Победителем в проведении запроса котировок признается участник размещения заказа, подавший котировочную заявку, которая отвечает всем требованиям, установленным в извещении о проведении запроса котировок, и в которой указана наиболее низкая цена товаров, работ, услуг. Победителем запроса предложений признается участник закупки, направивший окончательное предложение, которое наилучшим образом соответствует установленным заказчиком требованиям к товару, работе или услуге.

7. **Пункт 4 ч. 1 ст. 17** Закона о защите конкуренции устанавливает запрет на участие организаторов торгов, запроса котировок, запроса предложений или заказчиков и (или) работников организаторов торгов, запроса котировок, запроса предложений или работников заказчиков в торгах, запросе котировок, запросе предложений. Правило, закрепленное в данном **пункте**, ограничивает круг участников торгов, запроса котировок, запроса предложений, исключая возможность организаторов, заказчиков и их работников участвовать в процедурах, проводимых такими организаторами и заказчиками. Между тем суды придерживаются строгого толкования данного положения и не распространяют его на случаи, когда юридические лица таких организаторов, заказчиков или их работников принимают участие в проводимых ими процедурах торгов, запросе котировок, запросе предложений <1>.

<1> См., напр.: **Постановление** ФАС СЗО от 26 сентября 2013 г. по делу N A52-326/2013.

8. В **ч. 2 комментируемой статьи** законодатель предусмотрел специальную норму, запрещающую заказчикам, организаторам торгов, запроса котировок, запроса предложений, являющимся федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, государственными внебюджетными фондами, ограничивать доступ претендентов на участие в торгах, запросе котировок, запросе предложений за исключением случаев, прямо предусмотренных федеральными законами или иными нормативными правовыми актами. При этом данный запрет без каких-либо изъятий в отношении субъектного состава распространяется на действия заказчиков, организаторов торгов, запроса котировок, запроса предложений при проведении торгов, запроса котировок, запроса предложений на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд.

Указанный запрет является, по сути, запретом **per se** и не требует доказывания фактического или возможного наступления последствий в виде недопущения, ограничения или устранения конкуренции, обязательного для нарушений, предусмотренных **ч. 1 ст. 17** Закона о защите конкуренции. Антимонопольному органу достаточно лишь доказать, что заказчиком, организатором торгов были установлены не предусмотренные законодательством ограничения.

Следует отметить, что нарушения при проведении торгов, запроса котировок, запроса предложений в сфере размещения государственных или муниципальных заказов рассматриваются антимонопольным органом в порядке, предусмотренном **гл. 6** Закона о ФКС. Предметом соответствующих жалоб являются действия заказчика, уполномоченного органа, уполномоченного учреждения, специализированной организации, комиссии по осуществлению закупок, ее членов, должностного лица контрактной службы, контрактного управляющего, оператора электронной площадки.

Установление в предусмотренном законом порядке нарушения законодательства о размещении заказов в действиях указанных выше субъектов не является условием для обращения в антимонопольный орган с заявлением о нарушении антимонопольных требований к торгам, которое рассматривается в порядке, предусмотренном **гл. 9** Закона о защите конкуренции. Между тем в силу детальной регламентации отношений в сфере размещения государственных и муниципальных заказов нарушение **ч. 2 ст. 17** Закона о защите конкуренции часто основано на нарушении конкретных правил проведения торгов, запроса котировок, запроса предложений.

Так, в деле N A66-1568/2010 Президиум ВАС РФ признал законным решение антимонопольного органа, которым было установлено нарушение **ч. 2 ст. 17** Закона о защите конкуренции, выразившееся в несоблюдении срока на подачу заявок, установленного Лесным **кодексом** РФ. Президиум ВАС РФ указал, что при установлении срока начала и окончания подачи заявок необходимо учитывать направленность такого срока на обеспечение доступа к торгам, т.е. реальную возможность для потенциальных участников торгов подать заявку (гарантированное законом право), и не допускать в связи с этим наложения таких сроков на особые периоды

времени в году, влекущие уменьшение количества рабочих дней. В рассматриваемом деле из предоставленных дней 10 являлись нерабочими для всех возможных участников спорных правоотношений и иных лиц, с которыми связаны действия по подготовке к участию в аукционе: банков (невозможно совершить банковские операции, получить выписку), организатора аукциона (невозможно обратиться за разъяснением аукционной документации, заключить соглашение о задатке), потенциальных участников аукциона - юридических лиц и индивидуальных предпринимателей (невозможно подготовить документы для участия в аукционе ввиду отсутствия сотрудников), а также уполномоченных по контролю за проведением торгов органов и судов (невозможно обжаловать действия, связанные с объявлением аукциона, содержанием аукционной документации и прочие действия, нарушающие права, до окончания срока подачи заявок; в частности, при обжаловании действий организатора аукциона по опубликованию извещения в суд даже в первый рабочий день после объявления аукциона последний день подачи заявки находился бы в пределах процессуального срока, установленного для принятия заявления к производству суда) <1>.

<1> См.: [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 16 апреля 2013 г. N 2823/11.

9. [Часть 3 ст. 17](#) Закона о защите конкуренции устанавливает запрет на ограничение конкуренции между участниками торгов, запроса котировок, запроса предложений путем включения в состав лотов продукции (товаров, работ, услуг), технологически и функционально не связанной с товарами, работами, услугами, поставки, выполнение, оказание которых являются предметом торгов, запроса котировок, запроса предложений при проведении торгов, запроса котировок, запроса предложений на размещение заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд.

Данное положение [Закона](#) ограничивает возможность заказчика объединять в один лот товары, работы, услуги, которые по своему функциональному назначению и технологическим особенностям установки и использования не связаны между собой. Данное правило в большей мере защищает интересы малого и среднего бизнеса, поскольку укрупнение лота не только может приводить к увеличению начальных (максимальных) цен на товары, работы, услуги, но и устанавливает дополнительные барьеры для узкоспециализированных предприятий и компаний, производящих (выполняющих, оказывающих) определенные товары, работы, услуги. Такое укрупнение может приводить к ограничению количества участников процедуры закупки.

В судебной практике по данному вопросу отсутствуют единообразные подходы. Практика является противоречивой, и правовые позиции судов в каждом конкретном деле зависят от фактических обстоятельств организации и проведения торгов, запроса котировок, запроса предложений, нужд государственного или муниципального заказчика, публичных интересов, судебского усмотрения и других факторов.

Между тем можно отметить, что и антимонопольные органы, и суды в большинстве случаев очень взвешенно подходят к оценке "укрупнения" лотов и всесторонне исследуют обстоятельства и правовое регулирование соответствующих отношений.

Так, включение в документацию о торгах требования о наличии разных лицензий само по себе не является ни обоснованием, ни доказательством правомерности или неправомерности включения в один лот функционально и технологически не связанных работ <1>.

<1> Данная правовая позиция изложена в [Постановлении](#) Президиума ВАС РФ от 29 января 2013 г. N 11604/12.

Необходимо учитывать, что заказчик наделен правом выделения отдельных лотов в размещенном им заказе. При этом формирование лота является правом заказчика, который не должен нарушать запрет, установленный [ч. 3 ст. 17](#) Закона о защите конкуренции <1>.

<1> [Там же](#).

Обоснование отсутствия технологической и функциональной взаимосвязи включенных в один лот работ и услуг исключительно их неоднородностью, неоднородностью и невзаимозаменяемостью не будет являться достаточным <1>.

<1> Там же.

Отсутствие признаков аналогичности, одноименности и взаимозаменяемости не может подтверждать отсутствие технической и функциональной связанности, приведенной в [ст. 17](#) Закона о защите конкуренции, поскольку свидетельствует лишь о неоднородности работ <1>.

<1> Там же.

10. В соответствии с [ч. 4 ст. 17](#) Закона о защите конкуренции нарушение правил, установленных данной статьей, является основанием для признания судом соответствующих торгов, запроса котировок, запроса предложений и заключенных по результатам таких торгов, запроса котировок, запроса предложений сделок недействительными, в том числе по иску антимонопольного органа.

Следует различать основания признания торгов, запроса котировок, запроса предложений недействительными, предусмотренные [ч. 4 ст. 17](#) Закона о защите конкуренции (нарушение антимонопольных требований к торгам), и основания, предусмотренные [п. 1 ст. 449](#) ГК РФ (нарушение правил проведения торгов, установленных ГК РФ и иными законами).

Оспаривание заключенных по результатам проведения торгов, запроса котировок, запроса предложений сделок по основаниям нарушения антимонопольных требований к торгам, запросу котировок, запросу предложений имеет еще одно отличие от оснований недействительности сделок, предусмотренных гражданским законодательством.

Согласно [п. 2 ст. 449](#) ГК РФ признание торгов недействительными влечет недействительность договора, заключенного с лицом, выигравшим торги. Иными словами, гражданским законодательством установлено основание ничтожности сделки, заключенной на торгах (нарушение правил проведения торгов, установленных законом). Между тем буквальное толкование положений [ч. 4 ст. 17](#) Закона о защите конкуренции позволяет сделать вывод о том, что сделка, заключенная по результатам торгов, запроса котировок, запроса предложений, проведенных с нарушением [ст. 17](#) Закона, является оспоримой.

Правом на иск о признании торгов, запроса котировок, запроса предложений и заключенных по их результатам сделок недействительными обладает заинтересованное лицо или антимонопольный орган, который в силу своей компетенции не вправе признавать в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства заключенные по итогам торгов, запроса котировок, запроса предложений сделки недействительными.

В свете правовой позиции высших судов <1> к требованиям о признании торгов недействительными применяется срок исковой давности для требований о признании недействительными оспоримых сделок (один год). В то же время для сделок, заключенных по итогам недействительных торгов, применяется общий срок исковой давности, предусмотренный [ч. 1 ст. 181](#) ГК РФ (т.е. три года). Договор, заключенный по итогам недействительных торгов, в отличие от самих торгов должен квалифицироваться как ничтожная сделка, так как его недействительность прямо указана в [п. 2 ст. 449](#) ГК РФ <2>.

<1> В соответствии с [п. 44](#) Постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. N 10/22 "О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав" в силу [п. 1 ст. 449](#) ГК РФ публичные торги, проведенные в порядке, установленном для исполнения судебных актов, могут быть признаны судом недействительными по иску заинтересованного лица в случае нарушения правил, установленных законом. Споры о признании таких торгов недействительными рассматриваются по правилам, установленным для признания недействительными оспоримых сделок.

<2> См.: [Постановление](#) 10 ААС от 30 августа 2012 г. по делу N А41-2352/11.

[Часть 4 комментируемой статьи](#) была дополнена Федеральным [законом](#) от 3 июля 2016 г. N 264-ФЗ положением, ограничивающим право антимонопольного органа обращаться в суд с иском о признании торгов, запроса котировок, запроса предложений и заключенных по результатам таких торгов, запроса котировок, запроса предложений сделок недействительными. Такое право теперь антимонопольные органы могут реализовать в отношении торгов, запроса котировок, запроса предложений, проведение которых является обязательным в соответствии с законодательством РФ. Таким образом, несмотря на то, что [ст. 17 Закона](#) по-прежнему распространяется и на торги частных компаний, антимонопольный орган не вправе оспаривать такие торги и заключенные по их результатам сделки.

11. [Часть 5.1 ст. 45 Закона](#) о защите конкуренции обязывает антимонопольный орган проводить анализ состояния конкуренции при рассмотрении любых дел о нарушении антимонопольного законодательства в объеме, необходимом для установления наличия либо отсутствия факта такого нарушения. Такое требование было введено четвертым антимонопольным [пакетом](#) и является важной частью реформы по совершенствованию антимонопольного законодательства.

12. В основе нарушения [ст. 17 Закона](#) о защите конкуренции в большинстве случаев, как правило, имеет место нарушение требований других нормативных актов, в первую очередь [Закона](#) о контрактной системе и [Закона](#) N 223-ФЗ. Так, по итогам рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства при проведении закупок по [Законоу](#) N 223-ФЗ ФАС России и ее территориальные управления зачастую квалифицируют действия хозяйствующих субъектов - заказчиков как нарушение [ст. 17 Закона](#) о защите конкуренции, а также норм-принципов [Закона](#) N 223-ФЗ, установленных [ст. 3](#) названного [Закона](#) <1>.

<1> См. также: дела N А76-21718/2014, А43-8810/2014, А49-8135/2013, А38-5874/2014 и др.

Как следствие, предписания, выдаваемые антимонопольными органами по результатам рассмотрения дел о нарушении [ст. 17 Закона](#), о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции, схожи с предписаниями, выдаваемыми по результатам рассмотрения жалоб в порядке [гл. 6 Закона](#) о контрактной системе и [ч. 3.1 ст. 23 Закона](#) о защите конкуренции. Так, по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган может установить нарушение [ст. 17 Закона](#) о защите конкуренции и выдать предписание об устранении последствий нарушения, о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции при проведении торгов, запроса котировок (например, об отмене протоколов конкурсной, аукционной или котировочной комиссии, о внесении изменений в документации о торгах, запросе котировок и т.д.).

Например, ВС РФ [Определением](#) от 21 января 2015 г. по делу N А49-8135/2013 подтвердил законность и обоснованность выводов и решений нижестоящих судов, которыми было отказано в удовлетворении требований о признании решения и предписания антимонопольного органа незаконным. В удовлетворении требования было отказано, поскольку требование об обязательной регистрации юридических лиц на территории ЗАТО для осуществления предпринимательской деятельности законодательством о ЗАТО не установлено, предусмотренное конкурсной документацией ограничение противоречит положениям [ст. ст. 1 и 3 Закона](#) N 223-ФЗ и [Законоу](#) о защите конкуренции.

В другом деле АС УО [Постановлением](#) от 6 ноября 2015 г. по делу N А76-26518/2014 оставил в силе решение антимонопольного органа, которым действия заказчика, выразившиеся в установлении требований в конкурсной документации относительно предмета закупки, документов, которые необходимо представить в составе заявки, были признаны нарушением [ч. ч. 1, 6 ст. 3, п. п. 1, 2, 9 ч. 10 и п. 3 ч. 9 ст. 4 Закона](#) N 223-ФЗ, [ч. 1 ст. 17 Закона](#) о защите конкуренции.

Статья 17.1. Особенности порядка заключения договоров в отношении государственного и муниципального имущества

Комментарий к [статье 17.1](#)

1. Комментируемая [статья](#) введена Федеральным [законом](#) от 30 июня 2008 г. N 108-ФЗ и устанавливает

антимонопольные требования к порядку заключения договоров в отношении государственного и муниципального имущества <1>. При этом следует иметь в виду, что в отношении отдельных видов такого имущества договоры могут заключаться без учета требований, установленных комментируемой [статьей](#).

<1> При применении данной [статьи](#) следует учитывать разъяснения ФАС России от 1 ноября 2011 г. б/н, от 5 июня 2012 г. б/н, письма ФАС России от 26 февраля 2009 г. N ИА/4770, от 12 апреля 2010 г. N АЦ/10338, от 24 апреля 2014 г. N АЦ/16309/14 (с учетом изменений [Закона](#) о защите конкуренции). Содержание наиболее актуальных разъяснений раскрыто в настоящем комментарии.

Введение [ст. 17.1](#) Закона о защите конкуренции являлось составляющей комплекса мер, предусмотренных Национальным [планом](#) противодействия коррупции, утвержденным Президентом РФ 31 июля 2008 г. за N Пр-1568 и направленных на улучшение государственного управления в социально-экономической сфере.

В соответствии со [ст. 3](#) Закона о защите конкуренции данный [Закон](#) распространяется на отношения, которые связаны с защитой конкуренции, в том числе с предупреждением и пресечением монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, и в которых участвуют российские и иностранные юридические лица, федеральные органы исполнительной власти, органы государственной власти субъектов РФ, органы местного самоуправления, иные осуществляющие функции указанных органов органы или организации, а также государственные внебюджетные фонды, ЦБ РФ, физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели.

Существо установленных комментируемой [статьей](#) требований заключается, с одной стороны, в обеспечении справедливого и конкурентного доступа хозяйствующих субъектов к такому ограниченному ресурсу, как государственное и муниципальное имущество, вовлекаемое в хозяйственный оборот, с другой - в обеспечении и соблюдении публичных интересов. С экономической точки зрения торги позволяют государству эффективно распорядиться своим имуществом, передав права владения и (или) пользования указанным имуществом лицу, которое предложило лучшую цену за право заключения договора, а также которое соответствует необходимым собственнику требованиям. В отдельных случаях государственное и муниципальное имущество является единственным источником получения хозяйствующими субъектами активов для ведения предпринимательской или иной хозяйственной деятельности. Поэтому общее правило о проведении торгов для заключения таких договоров является необходимым условием обеспечения справедливой конкуренции. Существо [ст. 17.1](#) Закона о защите конкуренции сводится к определению особого порядка заключения договоров владения и (или) пользования имуществом публичного собственника, а также устанавливает исключения, когда торги не проводятся. Отдельные бланкетные нормы определяют необходимость установления порядка проведения конкурсов или аукционов на право заключения договоров, указанных в [статье](#), и определения сайта в сети Интернет для размещения информации о проведении торгов.

2. Введение [ст. 17.1](#) Закона о защите конкуренции было направлено на унификацию порядка предоставления прав на государственное и муниципальное имущество на всей территории РФ, а также преимущественное использование механизма аукционных процедур при распоряжении государственным и муниципальным имуществом.

Передача федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями хозяйствующим субъектам государственного или муниципального имущества в пользование без проведения торгов в форме аукциона или конкурса является предоставлением преимущества отдельным хозяйствующим субъектам, которое обеспечивает им более выгодные условия деятельности по сравнению с другими хозяйствующими субъектами.

Проведение торгов при передаче государственного или муниципального имущества направлено на расширение возможности доступа хозяйствующих субъектов к данному ресурсу, является основой эффективного использования такого имущества и развития конкуренции.

В случае если стороной договора о передаче имущества, которая получает права владения и (или) пользования государственным или муниципальным имуществом, выступает федеральный орган исполнительной власти, орган государственной власти субъекта РФ, орган местного самоуправления, государственный внебюджетный фонд, ЦБ РФ, государственное или муниципальное учреждение, то

предоставление указанных прав может осуществляться без проведения торгов, что предусмотрено исключением из общего правила, закрепленным в [п. п. 2 и 3 ч. 1 комментируемой статьи](#). Это объясняется тем, что в результате использования указанными субъектами государственного или муниципального имущества во исполнение возложенных на них полномочий (функций) данное имущество не будет вовлечено в хозяйственный оборот, т.е. передача прав на такое имущество не окажет влияния на состояние конкуренции на товарном рынке.

3. В соответствии с [ч. 1 комментируемой статьи](#) заключение договоров, предусматривающих переход прав владения и (или) пользования в отношении государственного или муниципального имущества, не закрепленного на праве хозяйственного ведения или оперативного управления, может быть осуществлено только по результатам проведения торгов - конкурсов или аукционов на право заключения этих договоров, за исключением указанных в [п. п. 1 - 16 ч. 1, ч. ч. 3.1, 3.2 и 9 комментируемой статьи](#) случаев.

При этом в соответствии с [ч. 5 ст. 17.1 Закона](#) о защите конкуренции порядок проведения конкурсов или аукционов на право заключения договоров, указанных в [ч. ч. 1 и 3 комментируемой статьи](#), и перечень видов имущества, в отношении которого заключение указанных договоров может осуществляться путем проведения торгов в форме конкурса, устанавливаются федеральным антимонопольным органом.

4. [Правила](#) проведения конкурсов и аукционов в соответствии с [ч. ч. 1 и 3 комментируемой статьи](#) установлены в приложении 1 к Приказу ФАС России от 10 февраля 2010 г. N 67. [Перечень](#) имущества, в отношении которого заключение указанных договоров может осуществляться путем проведения торгов в форме конкурса, установлен в приложении 2 к указанному Приказу.

Следует иметь в виду, что [гл. 10 Закона](#) о защите конкуренции были установлены переходные положения, применявшиеся до установления предусмотренного [ч. 5 ст. 17.1 Закона](#) порядка проведения конкурсов или аукционов на право заключения соответствующих договоров. Данный порядок предполагал, что конкурсы на право заключения таких договоров проводятся в порядке, установленном Федеральным [законом](#) от 21 июля 2005 г. N 115-ФЗ "О концессионных соглашениях", а аукционы на право заключения таких договоров - в порядке, установленном Федеральным [законом](#) от 21 декабря 2001 г. N 178-ФЗ "О приватизации государственного и муниципального имущества".

5. Предметом регулирования комментируемой [статьи](#) является порядок заключения договоров в отношении имущества, находящегося в государственной или муниципальной собственности, а именно:

- 1) аренды;
- 2) безвозмездного пользования;
- 3) доверительного управления имуществом;
- 4) иных договоров, предусматривающих переход прав владения и (или) пользования.

В соответствии с разъяснениями Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. ([Постановление](#) N 73 "Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды") в случаях, предусмотренных законом (в частности, [п. п. 1 и 3 ст. 17.1 Закона](#) о защите конкуренции, [ст. ст. 30 - 30.2 Земельного кодекса РФ](#), [ст. 74 Лесного кодекса РФ](#)), договор аренды в отношении государственного или муниципального имущества может быть заключен только по результатам проведения торгов. В связи с этим договор аренды названного имущества, заключенный на новый срок без проведения торгов, является ничтожным ([ст. 168 ГК РФ](#)), равно как и соглашение о продлении такого договора.

Вместе с тем договор аренды государственного или муниципального имущества может быть возобновлен на неопределенный срок в порядке, предусмотренном [п. 2 ст. 621 ГК РФ](#), если этот договор заключен до вступления в силу закона, требующего обязательного проведения торгов для заключения договора аренды ([ст. 422 ГК РФ](#)).

В [разъяснениях](#) ФАС России по применению ст. 17.1 Закона о защите конкуренции от 5 июня 2012 г. содержится правовая позиция, обосновывающая, что заключение договоров субаренды и перенайма в отношении государственного или муниципального имущества также должно осуществляться в порядке, установленном [ст. 17.1 Закона](#) о защите конкуренции, поскольку правоотношения, возникающие между

сторонами по указанным договорам, предполагают передачу прав владения и (или) пользования имуществом.

Согласно правовой позиции, изложенной ВС РФ в [Определении](#) от 25 февраля 2016 г. N 301-ЭС15-13990 по делу N А39-3283/2014, системное толкование [ст. 615 ГК РФ](#) и [ч. 1 ст. 17.1 Закона](#) о защите конкуренции приводит к выводу, что, если в соответствии с аукционной документацией и условиями договора аренды арендатору не передавались права на передачу в субаренду, он не может в силу указанного ограничения заключить сделку по передаче этого права даже с согласия собственника.

Согласно позиции ФАС России, изложенной в [письме](#) от 10 февраля 2016 г. N АК/7531/16, заключение дополнительных соглашений к договору аренды муниципального имущества, изменяющих существенные условия такого договора без проведения торгов, является нарушением требований, предусмотренных [ст. 17.1 Закона](#) о защите конкуренции, поскольку указанные условия согласованы в момент заключения договора на торгах ([ч. 5 ст. 448 ГК РФ](#)) <1>.

<1> Аналогичная позиция изложена в [письме](#) ФАС России от 13 ноября 2015 г. N ВК/63809/15 "О даче разъяснения по вопросу о возможности изменения условий договора аренды муниципального имущества".

6. [Пункты 1 - 16 ч. 1 комментируемой статьи](#) содержат исключения из общего правила, когда договоры, предусматривающие переход прав владения и (или) пользования в отношении государственного или муниципального имущества, могут быть заключены без проведения торгов. Указанный перечень является исчерпывающим.

Применение отдельных исключений разъяснено письмами ФАС России по применению [ст. 17.1 Закона](#) о защите конкуренции <1>.

<1> См., напр.: [письмо](#) ФАС России от 26 февраля 2009 г. N ИА/4770.

7. [Частью 2 комментируемой статьи](#) установлено, что указанный в [ч. 1](#) порядок заключения договоров не распространяется на имущество, распоряжение которым осуществляется в соответствии с Земельным [кодексом](#) РФ, Водным [кодексом](#) РФ, Лесным [кодексом](#) РФ, законодательством РФ о недрах (Федеральный [закон](#) от 21 февраля 1992 г. N 2395-1 "О недрах"), законодательством РФ о концессионных соглашениях (Федеральный [закон](#) от 21 июля 2005 г. N 115-ФЗ "О концессионных соглашениях"), законодательством РФ о государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве (Федеральный [закон](#) от 13 июля 2015 г. N 224-ФЗ "О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации").

8. [Часть 3 комментируемой статьи](#) определяет порядок заключения договоров аренды, договоров безвозмездного пользования, иных договоров, предусматривающих переход прав владения и (или) пользования в отношении отдельных видов государственного и муниципального имущества на торгах.

Согласно [ч. 3 ст. 17.1 Закона](#) о защите конкуренции по общему правилу на торгах осуществляется заключение договоров в отношении:

1) государственного или муниципального недвижимого имущества, которое принадлежит на праве хозяйственного ведения либо оперативного управления государственным или муниципальным унитарным предприятиям;

2) государственного или муниципального недвижимого имущества, закрепленного на праве оперативного управления за государственными или муниципальными автономными учреждениями;

3) государственного или муниципального имущества, которое принадлежит на праве оперативного управления государственным или муниципальным бюджетным и казенным учреждениям, государственным органам, органам местного самоуправления.

Заключение любых договоров, предусматривающих переход прав владения и (или) пользования в

отношении государственного или муниципального имущества, должно осуществляться в порядке, установленном [ст. 17.1](#) Закона по результатам проведения торгов. При этом исключения, установленные [ч. 1 ст. 17.1](#) Закона, распространяются на заключение договоров в отношении государственного и муниципального имущества, указанного в [ч. 3 ст. 17.1](#) Закона. Указанная позиция содержится в [разъяснениях](#) ФАС России от 5 июня 2012 г. по применению [ст. 17.1](#) Закона о защите конкуренции и Правил проведения конкурсов или аукционов на право заключения договоров аренды, договоров безвозмездного пользования, договоров доверительного управления имуществом, иных договоров, предусматривающих переход прав в отношении государственного или муниципального имущества, утвержденных Приказом ФАС России от 10 февраля 2010 г. N 67.

9. [Часть 3.1 комментируемой статьи](#) устанавливает особый порядок для заключения договоров аренды в отношении государственного или муниципального имущества государственных или муниципальных образовательных организаций, являющихся бюджетными учреждениями, автономными учреждениями, бюджетных и автономных научных учреждений. Заключение указанных договоров осуществляется без проведения торгов в порядке и на условиях, которые определяются Правительством РФ.

При этом самим [Законом](#) о защите конкуренции установлены требования к арендаторам и условиям заключаемого договора аренды, соблюдение которых является основанием для заключения договора без проведения торгов. Такими требованиями предусмотрено следующее:

1) арендаторами являются хозяйственные общества, созданные учреждениями, указанными в [абз. 1 ч. 3.1](#);

2) деятельность арендаторов заключается в практическом применении (внедрении) результатов интеллектуальной деятельности (программ для электронных вычислительных машин, баз данных, изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, селекционных достижений, топологий интегральных микросхем, секретов производства (ноу-хау)), право использования которых внесено в качестве вклада в их уставные капиталы;

3) договорами аренды устанавливается запрет на сдачу в субаренду этого имущества, предоставленного хозяйственным обществам по таким договорам аренды, передачу хозяйственными обществами своих прав и обязанностей по таким договорам аренды другим лицам, предоставление этого имущества в безвозмездное пользование, залог таких арендных прав.

При этом процедура передачи прав на государственное или муниципальное имущество осуществляется в порядке и на условиях, которые определяются Правительством РФ. [Правила](#) заключения таких договоров установлены Постановлением Правительства РФ от 12 августа 2011 г. N 677.

10. [Часть 3.2 ст. 17.1](#) Закона о защите конкуренции предусматривает особый порядок заключения договоров аренды и договоров безвозмездного пользования в отношении государственного или муниципального имущества государственных или муниципальных организаций, осуществляющих образовательную деятельность, без проведения конкурсов или аукционов, определяя перечень случаев, когда образовательные организации заключают такие договоры без торгов с:

1) медицинскими организациями для охраны здоровья обучающихся и работников организаций, осуществляющих образовательную деятельность;

2) организациями общественного питания для создания необходимых условий для организации питания обучающихся и работников организаций, осуществляющих образовательную деятельность <1>;

<1> Об отсутствии обязанности по проведению торгов в случае заключения договоров с организациями общественного питания для создания необходимых условий для организации питания обучающихся и работников организаций, осуществляющих образовательную деятельность, также указано в [Постановлении](#) АС ВСО от 5 апреля 2016 г. N Ф02-1141/2016 по делу N А74-5533/2015.

3) физкультурно-спортивными организациями для создания условий для занятия обучающимися физической культурой и спортом.

В своих [разъяснениях](#) от 24 апреля 2014 г. N ЦА/16309/14 ФАС России обращает особое внимание на тот факт, что на рынках организации общественного питания, оказания медицинских услуг, осуществления деятельности в области физической культуры и спорта действует большое количество хозяйствующих субъектов. Исключения из общего правила, предусмотренного комментируемой [статьей](#) Закона о защите конкуренции, не устанавливают безусловного права требовать от правообладателя заключения такого договора без проведения торгов и не являются соответствующей обязанностью последнего.

11. [Часть 4 комментируемой статьи](#), которая в настоящее время утратила силу, ранее устанавливала право лица, которому в соответствии с [ч. ч. 1 и 3 ст. 17.1](#) Закона о защите конкуренции предоставлены права владения и (или) пользования помещением, зданием, строением или сооружением, передать такие права в отношении части или частей помещения, здания, строения или сооружения третьим лицам с согласия собственника без проведения конкурсов или аукционов. В настоящее время данное исключение содержится в [п. 14 ч. 1 ст. 17.1](#) Закона.

12. [Правила](#) проведения конкурсов и аукционов в соответствии с [ч. ч. 1 и 3 ст. 17.1](#) Закона установлены Приказом ФАС России от 10 февраля 2010 г. N 67 "О порядке проведения конкурсов или аукционов на право заключения договоров аренды, договоров безвозмездного пользования, договоров доверительного управления имуществом, иных договоров, предусматривающих переход прав в отношении государственного или муниципального имущества, и перечне видов имущества, в отношении которого заключение указанных договоров может осуществляться путем проведения торгов в форме конкурса".

[Перечень](#) имущества, в отношении которого заключение указанных договоров может осуществляться путем проведения торгов в форме конкурса, установлен в приложении 2 к Приказу. В соответствии с данным перечнем по решению собственника или уполномоченного собственником обладателя имущественного права заключение договоров аренды, договоров безвозмездного пользования, договоров доверительного управления имуществом, иных договоров, предусматривающих переход прав владения и (или) пользования в отношении государственного или муниципального имущества, может осуществляться путем проведения торгов в форме конкурса исключительно в отношении следующих видов имущества:

- 1) объекты железнодорожного транспорта;
- 2) объекты трубопроводного транспорта;
- 3) морские и речные порты, объекты их производственной и инженерной инфраструктур;
- 4) аэродромы или здания и (или) сооружения, предназначенные для взлета, посадки, руления и стоянки воздушных судов, а также создаваемые и предназначенные для организации полетов гражданских воздушных судов авиационная инфраструктура и средства обслуживания воздушного движения, навигации, посадки и связи;
- 5) объекты производственной и инженерной инфраструктур аэропортов;
- 6) гидротехнические сооружения;
- 7) объекты по производству, передаче и распределению электрической и тепловой энергии;
- 8) системы коммунальной инфраструктуры и иные объекты коммунального хозяйства, в том числе объекты водо-, тепло-, газо- и энергоснабжения, водоотведения, очистки сточных вод;
- 9) метрополитен и другой транспорт общего пользования;
- 10) нежилые помещения инфраструктуры поддержки малого и среднего предпринимательства, включенные в перечни государственного имущества и муниципального имущества, свободного от прав третьих лиц (за исключением имущественных прав субъектов малого и среднего предпринимательства), которое может быть использовано только в целях предоставления его во владение и (или) в пользование на долгосрочной основе субъектам малого и среднего предпринимательства и организациям, образующим инфраструктуру поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства, утверждаемые федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления в соответствии с [ч. 4 ст. 18](#) Федерального закона "О развитии малого и среднего предпринимательства в

Российской Федерации", предоставляемые бизнес-инкубаторами в аренду (субаренду) субъектам малого и среднего предпринимательства.

13. **Частью 5.1 комментируемой статьи** установлены минимальные сроки размещения извещения о проведении конкурса на официальном сайте - не менее 30 дней до дня окончания срока подачи заявок на участие в конкурсе и не менее 20 дней до дня окончания срока подачи заявок на участие в аукционе.

Неразмещение информации о проведении конкурсов и аукционов на право заключения договоров на официальном сайте является нарушением **Правил** проведения конкурсов и аукционов, утвержденных Приказом ФАС России от 10 февраля 2010 г. N 67, а также **ст. 17, 17.1** Закона о защите конкуренции. Такое нарушение может быть установлено антимонопольным органом при рассмотрении жалобы, поданной в порядке **ст. 18.1** Закона о защите конкуренции, а также при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства в порядке **гл. 9** Закона о защите конкуренции. В соответствии с **ч. 4 ст. 17** Закона о защите конкуренции оно является основанием для признания судом торгов и заключенных по их результатам сделок недействительными, в том числе по иску антимонопольного органа <1>.

<1> Так, при рассмотрении дела N А32-42407/2013 АС СКО пришел к выводу, что суды двух инстанций правомерно удовлетворили требования должностного лица надзорного органа о признании недействительным (ничтожным) договора аренды муниципального имущества (нежилого помещения), заключенного муниципальным унитарным предприятием и предпринимателем, поскольку предприятие совершило действия по приданию видимости заключения с предпринимателем договора аренды по результатам проведения аукциона, извещение об аукционе и протокол рассмотрения заявок были размещены на официальном сайте и стали доступны для граждан и хозяйствующих субъектов уже после заключения договора с предпринимателем, действия предприятия были направлены на заключение договора с заранее определенным лицом (предпринимателем), для расчета стоимости ежемесячного платежа предприятием был применен недостоверный отчет об оценке.

Следует отметить, что нарушение требований **ст. 17.1** Закона о защите конкуренции может заключать в себе также нарушение **ст. 15** Закона о защите конкуренции в случае, если договор в отношении государственного или муниципального имущества был заключен на основании акта (решения) органа государственной власти или местного самоуправления.

14. **Частью 6 комментируемой статьи** установлено требование размещения информации о проведении конкурсов или аукционов на право заключения договоров, указанных в **ч. ч. 1 и 3** на официальном сайте РФ в информационно-телекоммуникационной сети Интернет для размещения информации о проведении торгов. Данное правило действует с 1 января 2011 г.

Постановлением Правительства РФ от 10 сентября 2012 г. N 909 "Об определении официального сайта Российской Федерации в информационно-телекоммуникационной сети Интернет для размещения информации о проведении торгов и внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации" официальным сайтом для размещения информации в отношении 22 видов торгов определен сайт: **www.torgi.gov.ru**.

16. **Часть 7 ст. 17.1** Закона о защите конкуренции устанавливает запрет на заключение договоров, указанных в **ч. ч. 1 и 3 комментируемой статьи**, ранее чем через 10 дней со дня размещения информации о результатах конкурса или аукциона на официальном сайте торгов. Данное правило направлено на обеспечение реализации права на обжалование действий (бездействия) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии в антимонопольный орган в порядке рассмотрения жалоб, предусмотренном **ст. 18.1** Закона о защите конкуренции. Согласно указанной **статье** подача жалобы допускается не позднее 10 дней со дня подведения итогов торгов либо в случае, если предусмотрено размещение результатов торгов на сайте в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, со дня такого размещения, за исключением случаев, предусмотренных **Законом** о защите конкуренции.

Таким образом, положение **ч. 7 ст. 17.1** Закона дополнительно гарантирует участникам торгов при обжаловании действий лиц, указанных в **ст. 18.1** Закона о защите конкуренции, что договор не будет заключен в течение указанного срока. Между тем, если договор заключен, антимонопольный орган не сможет выдать

предписание о его расторжении <1>.

<1> **Постановлением** АС ПО от 28 августа 2015 г. N Ф06-27368/2015 по делу N А57-22483/2014 удовлетворено требование о признании недействительным предписания антимонопольного органа, поскольку предписание выдано через полгода после заключения договоров аренды с новыми арендаторами, соответственно, на дату его выдачи реализация преимущественного права была возможна только в судебном порядке, а выданное предписание противоречит требованиям действующего законодательства и является неисполнимым.

15. При заключении и (или) исполнении указанных в **ч. ч. 1 и 3 комментируемой статьи** договоров их цена может быть увеличена по соглашению сторон в порядке, установленном договором. Данное положение было введено третьим антимонопольным **пакетом** и законодательно закрепило существовавшую практику, которая, очевидно, не нарушала чьих-либо интересов.

Ранее ФАС России в **разъяснениях** от 1 ноября 2011 г. указывала, что уменьшение арендной платы является предоставлением преимущества отдельному хозяйствующему субъекту, которое обеспечивает ему более выгодные условия деятельности по сравнению с другими хозяйствующими субъектами.

Учитывая указанные нормы действующего законодательства, **п. 40 (114)** Правил установлено, что документация о торгах должна содержать порядок пересмотра цены договора (цены лота) в сторону увеличения, а также указание на то, что цена заключенного договора не может быть пересмотрена сторонами в сторону уменьшения.

16. **Часть 9 комментируемой статьи** устанавливает право арендодателя по истечении срока договора аренды, указанного в **ч. ч. 1 и 3 комментируемой статьи**, продлить договор на новый срок с арендатором, надлежащим образом исполнившим свои обязанности, без проведения конкурса, аукциона, если иное не установлено договором и срок действия договора не ограничен законодательством РФ. При этом должны быть соблюдены следующие условия:

1) размер арендной платы определяется по результатам оценки рыночной стоимости объекта, проводимой в соответствии с законодательством, регулирующим оценочную деятельность в РФ, если иное не установлено другим законодательством РФ;

2) минимальный срок, на который перезаключается договор аренды, должен составлять не менее чем три года. Срок может быть уменьшен только на основании заявления арендатора.

В соответствии с разъяснениями Пленума ВАС РФ, изложенными в **Постановлении** от 17 ноября 2011 г. N 73 "Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды", в силу **ч. 9 ст. 17.1** Закона о конкуренции по истечении срока договора аренды государственного или муниципального имущества, заключенного в порядке, предусмотренном **ч. ч. 1 или 3 данной статьи**, заключение договора с прежним арендатором на новый срок без проведения торгов возможно, если иное не установлено договором и срок действия договора не ограничен законодательством РФ.

Если законодательством РФ установлен максимальный срок, на который может быть заключен договор аренды, он исчисляется с даты заключения (**ст. 433** ГК РФ) договора аренды с этим арендатором (или его правопреемником) на торгах. Поскольку по истечении такого срока проведение торгов для заключения нового договора аренды является обязательным, судам предписано руководствоваться разъяснениями, содержащимися в **п. п. 1 - 4** указанного Постановления Пленума ВАС РФ (договор аренды названного имущества, заключенный на новый срок без проведения торгов, является ничтожным (**ст. 168** ГК РФ), равно как и соглашение о продлении такого договора. Вместе с тем договор аренды государственного или муниципального имущества может быть возобновлен на неопределенный срок в порядке, предусмотренном **п. 2 ст. 621** ГК РФ, если этот договор заключен до вступления в силу закона, требующего обязательного проведения торгов для заключения договора аренды (**ст. 422** ГК РФ).

В **разъяснениях** ФАС России от 5 июня 2012 г. по применению **ст. 17.1** Закона о защите конкуренции содержится позиция ведомства о случаях, когда невозможно применение указанного исключения, например в случае заключения договора аренды государственного или муниципального имущества в связи с

предоставлением преференции в порядке [гл. 5](#) Закона о защите конкуренции. Согласно [п. 9 ч. 1 ст. 17.1](#) Закона о защите конкуренции предоставление прав владения и (или) пользования государственным или муниципальным имуществом возможно без проведения торгов в порядке, установленном [гл. 5](#) Закона. При этом в соответствии с [подп. "а" п. 4 ч. 3 ст. 20](#) Закона о защите конкуренции при принятии решения о даче согласия на предоставление государственной или муниципальной преференции антимонопольный орган может ввести ограничения путем установления предельного срока предоставления такой преференции. Если такое ограничение установлено, преференция не может быть предоставлена (использована) после окончания указанного срока. Кроме того, срок предоставления государственной или муниципальной преференции должен быть установлен актом соответствующего органа, которым такая преференция предоставлена.

На основании совокупного толкования приведенных положений [ст. 17.1](#) Закона о защите конкуренции по истечении срока договора аренды, предусматривающего переход прав владения и (или) пользования в отношении государственного или муниципального имущества, которое принадлежит на праве оперативного управления государственному бюджетному учреждению, арендодатель не вправе отказать арендатору, надлежащим образом исполнявшему свои обязанности, в заключении договора аренды на новый срок (если иное не установлено договором и срок действия договора не ограничен законодательством РФ) без проведения конкурса, аукциона (при одновременном соблюдении условий о сроке и порядке определения размера арендной платы, предусмотренных [ч. 9 ст. 17.1](#) Закона о защите конкуренции), за исключением случаев, прямо предусмотренных [ч. 10 ст. 17.1](#) Закона о защите конкуренции <1>.

<1> Решение АС города Москвы от 7 декабря 2015 г. по делу N А40-131290/2014.

17. Согласно [п. 10 ч. 1 ст. 17.1](#) Закона о защите конкуренции предоставление прав владения и (или) пользования государственным или муниципальным имуществом лицу, с которым заключен государственный или муниципальный контракт по результатам конкурса или аукциона, проведенных в соответствии с [Законом](#) о ФКС, если предоставление указанных прав было предусмотрено конкурсной документацией, документацией об аукционе для целей исполнения этого государственного или муниципального контракта, возможно без проведения торгов. Срок предоставления указанных прав на такое имущество не может превышать срок исполнения государственного или муниципального контракта.

Согласно [ч. 3 ст. 610](#) ГК РФ законом могут устанавливаться максимальные (предельные) сроки договора для отдельных видов аренды, а также для аренды отдельных видов имущества.

Договор аренды, заключенный на срок, превышающий установленный законом предельный срок, считается заключенным на срок, равный предельному.

Поэтому максимальный срок договора аренды, заключенного по основаниям, установленным [п. п. 9 - 11 ч. 1 ст. 17.1](#) Закона о защите конкуренции, ограничен законодательством и не может быть изменен (продлен) по правилам, предусмотренным [ч. ч. 9 - 11 указанной статьи](#).

[Пунктом 31 \(105\)](#) Правил (утв. Приказом ФАС России N 67) в извещении о проведении конкурса (аукциона) указывается срок действия договора, который определяется организатором торгов (конкурса, аукциона) самостоятельно в соответствии с принципом свободы договора, который декларируется [ст. 421](#) ГК РФ, за исключением случаев, когда обязанность заключить договор на определенных условиях предусмотрена законом или добровольно принятым обязательством сторон.

[Пунктом 39 \(113\)](#) Правил предусмотрено положение о том, что указываемый в конкурсной документации (документации об аукционе) срок, на который заключаются договоры в отношении имущества, предусмотренного Федеральным [законом](#) от 24 июля 2007 г. N 209-ФЗ "О развитии малого и среднего предпринимательства Российской Федерации", должен составлять не менее пяти лет. Между тем указанный срок может быть сокращен до заключения договора исключительно по заявлению лица, приобретающего соответствующее право.

На основании вышеизложенного, заключение договоров в отношении государственного или муниципального имущества, не включенного в перечни государственного или муниципального имущества, свободного от прав третьих лиц (за исключением имущественных прав субъектов малого и среднего предпринимательства), которое может быть использовано только в целях предоставления его во владение и

(или) в пользование на долгосрочной основе (в том числе по льготным ставкам арендной платы) субъектам малого и среднего предпринимательства и организациям, образующим инфраструктуру поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства, возможно на любой срок.

Статья 18. Особенности заключения договоров с финансовыми организациями

Комментарий к [статье 18](#)

1. Требования к порядку отбора финансовых организаций для оказания финансовых услуг были впервые включены в предмет антимонопольного регулирования в 1999 г., когда был принят Федеральный [закон](#) от 23 июня 1999 г. N 117-ФЗ "О защите конкуренции на рынке финансовых услуг". [Статья 13](#) данного Закона предусматривала, что перечень финансовых организаций, привлекаемых для осуществления отдельных операций со средствами соответствующего бюджета, определяется путем проведения открытого конкурса.

Предъявляя требования к определенному порядку заключения договоров с финансовыми организациями, законодатель не только решал задачу эффективного использования бюджетных средств, но и препятствовал предоставлению органами власти участникам рынка необоснованных преимуществ, которые возникали в связи с отсутствием конкурсных процедур.

Начавшаяся в 2005 г. с принятием соответствующего Федерального [закона](#) реформа системы размещения заказов на поставки товаров (выполнение работ, оказание услуг) для государственных и муниципальных нужд стала причиной для появления альтернативного способа отбора финансовых организаций - открытого аукциона. При этом проведение открытых конкурсов и открытых аукционов должно было осуществляться в порядке, предусмотренном [Законом](#) N 94-ФЗ.

При сохранении первоначальной концепции отбора финансовых организаций [ст. 18](#) Закона о защите конкуренции в ее первой редакции существенным образом расширила круг лиц, обязанных осуществлять такой отбор, включив в него субъектов естественных монополий и государственные внебюджетные фонды.

Смысл, изначально заложенный в содержание указанной [статьи](#), сохранился по сей день. Изменились лишь условия осуществления обязанности, предусмотренной комментируемой [статьей](#).

В частности, изменился перечень лиц, отнесенных к категории заказчиков, обязанных соблюдать приведенные в [статье](#) требования, - из перечня были исключены субъекты естественных монополий по причине вступления в силу [Закона](#) N 223-ФЗ. Список финансовых услуг, для оказания которых требуется проведение соответствующих торгов, также сократился в силу достаточности регулирования рассматриваемых отношений нормами законодательства о размещении заказов для государственных и муниципальных нужд. В то же время действующая ныне редакция [ст. 18](#) Закона о защите конкуренции имеет свои особенности с точки зрения практического применения.

Так, несмотря на то, что [п. 1 ч. 1 комментируемой статьи](#) предусматривает особенности заключения договора для привлечения денежных средств во вклады (депозиты), необходимо иметь в виду, что размещение бюджетных средств на банковских депозитах урегулировано [ст. 236](#) Бюджетного кодекса РФ, а размещение средств государственных внебюджетных фондов - отдельными федеральными законами и постановлениями Правительства РФ, устанавливающими специальный порядок размещения определенных видов средств, находящихся в управлении государственных внебюджетных фондов.

Соответственно, нормы [п. 1 ч. 1 комментируемой статьи](#) практически не применяются.

При оказании услуг по открытию и ведению банковских счетов, осуществлению расчетов по этим счетам, а также услуг по доверительному управлению ценными бумагами плата за оказание этих услуг может не взиматься (например, при обслуживании счетов бюджетов) или составлять минимальную сумму.

Вместе с тем при оказании данных услуг преимущество финансовых организаций на рынке возникает не в силу размера платы за услуги, а в связи с тем объемом денежных средств или стоимостью ценных бумаг, доступ к которым получает финансовая организация, что обуславливает необходимость организации такого доступа на конкурентных принципах - через открытый конкурс или открытый аукцион.

Услуги по ведению реестра владельцев ценных бумаг заказываются эмитентами ценных бумаг, к числу

которых федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов РФ, органы местного самоуправления и государственные внебюджетные фонды не относятся.

Актуальность предъявления специальных требований к отбору финансовых организаций для оказания услуг, поименованных в [п. 3 части 1 комментируемой статьи](#), сохранялась до внесения изменений в [Закон](#) о защите конкуренции, которые исключили субъектов естественных монополий из сферы применения [ст. 18](#) Закона о защите конкуренции.

2. Практика применения [ч. 1 ст. 18](#) Закона, начиная с момента вступления в силу ее первоначальной редакции, столкнулась с рядом вопросов, не имеющих однозначного решения. Отдельные проблемы правоприменения получили определенную оценку в [письме](#) ФАС России от 21 февраля 2007 г. N ИА/2168 "О разъяснении применения ч. 1 ст. 18 Федерального закона "О защите конкуренции". В частности, были даны разъяснения о пределах регулирования отношений, указанных в комментируемой [статье](#) законодательством о размещении заказов для государственных и муниципальных нужд (в том числе по предмету размещения заказов, по периодичности отбора финансовых организаций), об определении статуса субъекта естественной монополии моментом включения в реестр субъектов естественных монополий, о возможности применения в случаях размещения подобных заказов [п. 14 ч. 2 ст. 55](#) Закона N 94-ФЗ (сложившаяся далее судебная практика подтвердила правильность такого толкования указанной нормы <1>), и некоторые другие.

<1> [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 12 июля 2011 г. N 2518/11; письма ФАС России от 24 октября 2011 г. N [ИА/39561](#) "О применении ст. 18 ФЗ "О защите конкуренции", от 21 ноября 2011 г. N [АЦ/43116](#) "О разъяснении законодательства".

Тем не менее ряд вопросов, касающихся по большей части процедуры размещения заказов, оставался открытым. Решить, хотя бы частично, данную проблему были призваны [ч. ч. 2 - 4 комментируемой статьи](#), вступившие в силу в 2012 г.

В частности, федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъекта РФ, органы местного самоуправления, государственные внебюджетные фонды получили право устанавливать требования, направленные на оценку финансовой устойчивости и платежеспособности финансовых организаций.

Таким образом, с принятием третьего антимонопольного пакета у указанных лиц появилась возможность проводить "предквалификацию", т.е. вводить дополнительные (повышенные) требования к финансовым организациям.

В целях обеспечения равных конкурентных условий и недопущения необоснованного препятствия доступу финансовых организаций к участию в открытых конкурсах или аукционах [Закон](#) о защите конкуренции оговаривает, что при проведении торгов не могут предъявляться требования о наличии:

1) определенных размеров уставного капитала, собственных средств, активов, а также о наличии соответствия иным характеристикам финансовой организации и (или) ее деятельности в абсолютных показателях, если только требование о соответствии таким характеристикам не установлено законодательством РФ;

2) рейтинга российских или международных рейтинговых агентств;

3) филиалов, представительств, иных структурных подразделений вне места оказания финансовой услуги.

Между тем со вступлением в силу четвертого антимонопольного [пакета](#) указанные выше правила и ограничения получили дополнения и изъятия.

Так, согласно норме новой [ч. 2.1 комментируемой статьи](#) при проведении открытого конкурса или открытого аукциона в соответствии с требованиями комментируемой [статьи](#) организатор торгов вправе установить более высокие требования к оценке финансовой устойчивости и платежеспособности финансовой организации. Такие более высокие требования определяются в соответствии с показателями, предусмотренными законодательством РФ и устанавливаются на основании финансово-экономической и иной

отчетности финансовой организации, представляемой в ЦБ РФ.

Новым изъятием из положений [ч. 2 ст. 18](#) Закона стало положение [ч. 2 комментируемой статьи](#), согласно которому организаторы торгов вправе установить требование о наличии определенного рейтинга рейтинговых агентств, аккредитованных в порядке, установленном законодательством РФ, однако только в случае несоответствия финансовой организации указанным выше более высоким требованиям к оценке ее финансовой устойчивости и платежеспособности.

Принятие поправок в [ст. 18](#) Закона было направлено на сокращение видов финансовых услуг, для получения которых названным органам власти требуется проводить открытый конкурс или аукцион, а также на установление возможности использования рейтинга российских и международных рейтинговых агентств в качестве альтернативы соответствия требованиям к оценке финансовой устойчивости и платежеспособности, если не удастся установить такую устойчивость и платежеспособность иными способами.

Статья 18.1. Порядок рассмотрения антимонопольным органом жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров, порядка осуществления процедур, включенных в исчерпывающие перечни процедур в сферах строительства

Комментарий к [статье 18.1](#)

1. [Статья 18.1](#) Закона о защите конкуренции устанавливает порядок рассмотрения антимонопольным органом жалоб на нарушение процедуры торгов и порядка заключения договоров, порядка осуществления процедур, включенных в исчерпывающие перечни процедур в сферах строительства.

Комментируемая [статья](#) распространяется только на торги, проведение которых является обязательным в соответствии с законодательством РФ. Под торгами в данном случае следует понимать способ заключения договоров с точки зрения общих положений [ст. 447](#) ГК РФ. Это в первую очередь конкурсы и аукционы.

К числу торгов, проведение которых является обязательным, относятся, в частности:

а) торги на право заключения договоров аренды, договоров безвозмездного пользования, договоров доверительного управления имуществом, иных договоров, предусматривающих переход прав владения и (или) пользования в отношении государственного или муниципального имущества, не закрепленного на праве хозяйственного ведения или оперативного управления;

б) торги на право заключения договоров аренды, купли-продажи земельных участков, находящихся в государственной, муниципальной собственности, в порядке, предусмотренном земельным законодательством;

в) торги по продаже имущества должника в порядке, установленном Федеральным [законом](#) от 26 октября 2002 г. N 127-ФЗ "О несостоятельности (банкротстве)";

г) конкурсы на право заключения договора о предоставлении рыбопромыслового участка и о проведении аукционов по продаже права на заключение договора о закреплении долей квот добычи (вылова) водных биоресурсов, договора пользования водными биоресурсами в порядке, установленном [ч. 5 ст. 33.3](#) и [ч. 4 ст. 38](#) Федерального закона от 20 декабря 2004 г. N 166-ФЗ "О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов";

д) торги по продаже государственного и муниципального имущества в порядке приватизации (Федеральный [закон](#) от 21 декабря 2001 г. N 178-ФЗ "О приватизации государственного и муниципального имущества"), а также по продаже федерального недвижимого имущества федеральными государственными унитарными предприятиями (в соответствии с [Постановлением](#) Правительства РФ от 6 июня 2003 г. N 333);

е) конкурсы и аукционы на право заключения договоров об отчуждении прав на единые технологии, на право заключения лицензионных договоров о предоставлении прав на использование единых технологий в соответствии с Федеральным [законом](#) от 25 декабря 2008 г. N 284-ФЗ "О передаче прав на единые технологии";

ж) аукционы по продаже права на заключение договора аренды лесного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, либо права на заключение договора купли-продажи лесных насаждений в соответствии с Лесным [кодексом](#) РФ от 4 декабря 2006 г. N 200-ФЗ;

з) конкурсы или аукционы на право пользования участками недр в соответствии с [Законом](#) РФ от 21 февраля 1992 г. N 2395-1 "О недрах";

и) аукционы на право заключения охотхозяйственного соглашения в соответствии с Федеральным [законом](#) от 24 июля 2009 г. N 209-ФЗ "Об охоте и о сохранении охотничьих ресурсов и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации";

к) аукционы на право заключить договор о развитии застроенной территории в соответствии с Градостроительным [кодексом](#) РФ от 29 декабря 2004 г. N 190-ФЗ;

л) аукционы на право заключить договор водопользования в соответствии с [ч. 5 ст. 16](#) Водного кодекса РФ от 3 июня 2006 г. N 74-ФЗ;

м) аукцион (конкурс) на право заключения договора на установку и эксплуатацию рекламной конструкции на земельном участке, здании или ином недвижимом имуществе, находящемся в государственной или муниципальной собственности в соответствии со [ст. 19](#) Закона о рекламе;

н) конкурс на право заключения концессионного соглашения в соответствии со [ст. 21](#) Федерального закона от 21 июля 2005 г. N 115-ФЗ "О концессионных соглашениях";

о) конкурс по отбору аудиторской организации для проведения обязательного аудита бухгалтерской (финансовой) отчетности заказчика в соответствии со [ст. 5](#) Федерального закона от 30 декабря 2008 г. N 307-ФЗ "Об аудиторской деятельности";

п) аукцион по продаже имущества, в том числе имущественных прав должника, в соответствии со [ст. 87](#) Федерального закона от 2 октября 2007 г. N 229-ФЗ "Об исполнительном производстве";

р) конкурсы по отбору юридического лица, индивидуального предпринимателя для осуществления деятельности по управлению многоквартирным домом (управляющей организации) в соответствии с [ч. 4.1 ст. 161](#) Жилищного кодекса РФ от 29 декабря 2004 г. N 188-ФЗ;

с) торги на право получения лицензии на оказание услуг связи в соответствии с требованиями [ст. 31](#) Федерального закона от 7 июля 2003 г. N 126-ФЗ "О связи";

т) аукционы на право заключения договора о создании искусственного земельного участка в соответствии с Федеральным [законом](#) от 19 июля 2011 г. N 246-ФЗ "Об искусственных земельных участках, созданных на водных объектах, находящихся в федеральной собственности, и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации";

а также другие торги, проведение которых является обязательным в соответствии с законодательством РФ.

Также понятие "законодательство РФ", нормами которого регулируется порядок проведения торгов, которые могут быть обжалованы в порядке [ст. 18.1](#) Закона о защите конкуренции, должно рассматриваться в широком смысле, а именно законодательство РФ включает в себя федеральные законы и подзаконные нормативные правовые акты, законы субъектов РФ и соответствующие подзаконные нормативные правовые акты и нормативные правовые акты органов местного самоуправления.

Так, необходимость широкого толкования понятия "законодательство РФ" неоднократно находило подтверждение в судебной практике, в том числе в [Обзоре](#) практики ВС РФ, в котором указано на наличие у антимонопольного органа полномочий на рассмотрение жалоб на действия организаторов торгов, осуществляемых в рамках исполнительного производства либо в ходе процедур, применяемых в деле о банкротстве <1>.

<1> Аналогичная позиция содержалась и в [Постановлении](#) Президиума ВАС РФ от 22 апреля 2014 г. N 17974/13 по делу N A39-3314/2012.

Жалобы на действия (бездействие) заказчика при закупках товаров, работ, услуг в соответствии с положениями [Закона](#) N 223-ФЗ, осуществляемых в любых формах (не ограничиваясь торгами и запросом котировок), рассматриваются ФАС России и ее территориальными органами также в порядке, установленном [ст. 18.1](#) Закона о защите конкуренции. Однако предусмотренный порядок рассмотрения жалоб не распространяется на жалобы в отношении торгов в рамках государственных (муниципальных) закупок. Такие жалобы рассматриваются в порядке, установленном [Законом](#) N 44-ФЗ.

Федеральным [законом](#) от 13 июля 2015 г. N 250-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "О защите конкуренции" и отдельные законодательные акты Российской Федерации" в [ст. 18.1](#) Закона внесены изменения, в силу которых полномочия антимонопольного органа по рассмотрению жалоб в порядке, предусмотренном [ст. 18.1](#) Закона, дополнены рассмотрением жалоб на акты и (или) действия (бездействие) федерального органа исполнительной власти, органа государственной власти субъекта РФ, органа местного самоуправления либо иных осуществляющих функции указанных органов органа или организации, участвующей в предоставлении государственных или муниципальных услуг, должностных лиц указанных органов или организаций (далее по тексту также - уполномоченный орган или организация) при осуществлении в отношении юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, являющихся субъектами градостроительных отношений, процедур, включенных в исчерпывающие перечни процедур в сферах строительства, утвержденные Правительством РФ в соответствии с [ч. 2 ст. 6](#) Градостроительного кодекса РФ (далее также - исчерпывающие перечни процедур в сферах строительства). Исключение составляют процедуры, осуществляемые государственным органом, уполномоченным на осуществление государственной регистрации прав на имущество в соответствии с законодательством РФ.

Также со вступлением в силу Федерального [закона](#) от 13 июля 2015 г. N 250-ФЗ антимонопольный орган рассматривает жалобы на действия (бездействие) территориальной сетевой организации, оказывающей услуги по передаче электрической энергии, организации, осуществляющей холодное водоснабжение и (или) водоотведение (организации водопроводно-канализационного хозяйства), организации, осуществляющей горячее водоснабжение, газораспределительной организации, теплоснабжающей организации (далее также по тексту - организации, осуществляющие эксплуатацию сетей) при осуществлении в отношении юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, являющихся субъектами градостроительных отношений, процедур, включенных в исчерпывающие перечни процедур в сферах строительства.

Целью предоставления антимонопольному органу соответствующих полномочий являлось устранение административных барьеров при осуществлении строительной деятельности.

Исчерпывающий [перечень](#) процедур в сфере жилищного строительства утвержден Постановлением Правительства РФ от 30 апреля 2014 г. N 403 и содержит 142 самостоятельные административные процедуры в сфере строительства, предусмотренные в том числе Земельным [кодексом](#) РФ, Градостроительным [кодексом](#) РФ, Воздушным [кодексом](#) РФ, Федеральным [законом](#) от 26 марта 2003 г. N 35-ФЗ "Об электроэнергетике", Федеральным [законом](#) от 27 июля 2010 г. N 190-ФЗ "О теплоснабжении", Федеральным [законом](#) от 7 декабря 2011 г. N 416-ФЗ "О водоснабжении и водоотведении", Федеральным [законом](#) от 21 декабря 1994 г. N 69-ФЗ "О пожарной безопасности", Федеральным [законом](#) от 23 ноября 2009 г. N 261-ФЗ "Об энергосбережении и о повышении энергетической эффективности и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации", Порядком подключения к системам теплоснабжения, утвержденным [Постановлением](#) Правительства РФ от 16 апреля 2012 г. N 307, [Правилами](#) горячего водоснабжения, утвержденными [Постановлением](#) Правительства РФ от 29 июля 2013 г. N 642, [Правилами](#) холодного водоснабжения и водоотведения, утвержденными [Постановлением](#) Правительства РФ от 29 июля 2013 г. N 644, [Правилами](#) пользования газом и предоставления услуг по газоснабжению в РФ, утвержденными [Постановлением](#) Правительства РФ от 17 мая 2002 г. N 317, [Правилами](#) подключения (технологического присоединения) объектов капитального строительства к сетям газораспределения, утвержденными [Постановлением](#) Правительства РФ от 30 декабря 2013 г. N 1314, [Правилами](#) недискриминационного доступа к услугам по передаче электрической энергии и оказания этих услуг, [Правилами](#) недискриминационного доступа к услугам по оперативно-диспетчерскому управлению в электроэнергетике и оказания этих услуг, [Правилами](#) недискриминационного доступа к услугам администратора торговой системы оптового рынка и оказания этих услуг и [Правилами](#) технологического присоединения энергопринимающих устройств потребителей электрической энергии, объектов по производству электрической энергии, а также объектов электросетевого хозяйства, принадлежащих сетевым организациям и иным лицам, к электрическим сетям, утвержденными [Постановлением](#) Правительства РФ от 27 декабря 2004 г. N 861, [Правилами](#) организации теплоснабжения в РФ, утвержденными [Постановлением](#) Правительства РФ от 8 августа 2012 г. N 808.

2. **Часть 1 комментируемой статьи** определяет субъектов, жалобы на действия которых антимонопольные органы уполномочены рассматривать в соответствии с процедурой, предусмотренной комментируемой **статьей**. К таким субъектам отнесены юридические лица, организаторы торгов, операторы электронных площадок, конкурсные или аукционные комиссии. В связи с расширением сфер контроля антимонопольного органа, со вступлением в силу Федерального **закона** от 13 июля 2015 г. N 250-ФЗ перечень таких субъектов дополнен федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъекта РФ, органами местного самоуправления и иными, осуществляющими функции указанных органов организациями, участвующими в предоставлении государственных или муниципальных услуг, должностными лицами указанных органов или организаций, а также организациями, осуществляющими эксплуатацию сетей. Теперь в сфере строительства для юридических лиц и предпринимателей доступен оперативный способ защиты нарушенных прав и законных интересов.

Необходимо отметить, что жалоба может быть подана также и в отношении иных субъектов, которые выполняют функции организатора торгов, рассмотрения и оценки, например, специализированных организаций, котировочных комиссий, конкурсных управляющих и др.

3. Применительно к обжалованию процедур торгов в порядке, установленном комментируемой **статьей**, могут быть обжалованы действия (бездействие) указанных выше субъектов, осуществляемые:

а) при организации и проведении торгов (т.е. действия (бездействие), совершаемые во временном промежутке с момента опубликования извещения о проведении торгов и до момента подведения итогов торгов);

б) при заключении договоров по результатам торгов (с момента подведения итогов и до момента заключения договора);

в) в случае, если торги признаны несостоявшимися.

При этом непроведение торгов, проведение которых является обязательным в соответствии с законодательством РФ, также может являться основанием обжалования действий соответствующих субъектов.

Следует отметить, что полномочия антимонопольного органа при рассмотрении жалоб на акты и (или) действия (бездействие) указанных выше субъектов при осуществлении процедур в сферах строительства ограничены положениями **п. п. 2 и 3 ч. 1 ст. 18.1** Закона. В частности, в компетенцию антимонопольного органа не входят процедуры, осуществляемые государственным органом, уполномоченным на осуществление государственной регистрации прав на имущество.

Применительно же ко всем остальным процедурам в сфере строительства антимонопольный орган вправе рассматривать жалобы на:

- нарушение установленных сроков осуществления процедуры;

- предъявление требования осуществить процедуру, не включенную в исчерпывающий перечень процедур в сфере строительства;

а в случае, когда речь идет о действиях (бездействии) организаций, осуществляющих эксплуатацию сетей, то к вышеуказанному перечню добавляется также:

- незаконный отказ в приеме документов, заявлений;

- предъявление к лицу, подавшему жалобу, документам и информации требований, не установленных федеральными законами, иными нормативными правовыми актами РФ, субъектов РФ.

4. **Частью 2 комментируемой статьи** определен круг заявителей, которые вправе подать жалобы на действия субъектов, указанных в **ч. 1 комментируемой статьи**.

При обжаловании процедуры торгов и порядка заключения договоров к таким лицам относятся лица, которые подали заявки на участие в торгах. При этом жалоба может быть подана также и иными заинтересованными лицами в случае, если обжалование связано с нарушением установленного нормативными правовыми актами порядка размещения информации о проведении торгов, порядка подачи заявок на участие в

торгах, и такие нарушения могут ущемлять или нарушают права и законные интересы заявителя, в частности препятствуют подаче им заявки на участие в торгах.

В случае если жалоба подана лицом, которое не подавало заявку на участие в торгах, и в такой жалобе нет ссылки на нарушения установленного нормативными правовыми актами порядка размещения информации о проведении торгов или порядка подачи заявок на участие в торгах, антимонопольный орган должен рассмотреть такую жалобу в соответствии с Административным **регламентом** ФАС России по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушении антимонопольного законодательства РФ, утвержденным Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 339.

Представляется, что такой подход будет отвечать целям защиты прав и законных интересов лиц, которые не смогли принять участие в торгах в результате создания заказчиком или иным субъектом ограничений доступа к участию в таких торгах, созданию дискриминационных условий и иных нарушений антимонопольных требований к торгам.

Вместе с тем в порядке, предусмотренном **ст. 18.1** Закона о защите конкуренции, такая жалоба рассмотрению не подлежит <1>.

<1> **Определение** ВС РФ от 25 мая 2016 г. N 305-КГ16-4698 по делу N A40-167283/2014.

Круг заявителей, которые вправе обратиться с жалобой на нарушение порядка осуществления процедур, включенных в исчерпывающие перечни процедур в сфере строительства, ограничен исключительно юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем, права или законные интересы которых нарушены в результате осуществления в отношении таких лиц процедур.

5. **Частью 3 комментируемой статьи** установлено, что обжалование действий в порядке **ст. 18.1** Закона о защите конкуренции не является препятствием для обжалования таких действий в судебном порядке. Данное положение соотносится с **ч. 1 ст. 46** Конституции РФ, устанавливающей гарантию прав каждого лица на судебную защиту. Это в первую очередь означает, что факт обращения с жалобой в антимонопольный орган либо пропуск специального пресекательного срока, установленного **ст. 18.1** Закона о защите конкуренции, не препятствует обращению лица в суд с соответствующим заявлением.

6. В соответствии с **ч. 4 комментируемой статьи** срок на обжалование действий субъектов, указанных в **ч. 1 комментируемой статьи**, составляет 10 дней со дня подведения итогов торгов либо в случае, если предусмотрено размещение результатов торгов на сайте в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, со дня такого размещения, за исключением случаев, предусмотренных в **Законо** о защите конкуренции. Таким образом, указанным порядком обжалования действий не предусмотрено специального ограничения обжалования действий (бездействия) соответствующих субъектов, совершенных до момента окончания срока подачи заявок (в связи с утверждением документации по торгам), как в случае с порядком рассмотрения жалоб, установленным законодательством РФ о контрактной системе в сфере государственных (муниципальных) закупок.

При этом сокращение заказчиком в Положении о закупках законодательно установленного 10-дневного срока на обжалование в антимонопольный орган действий организаторов торгов, аукционной или конкурсной комиссии является нарушением **ч. 4 ст. 18.1** Закона о защите конкуренции <1>.

<1> **Определение** ВС РФ от 2 февраля 2016 г. N 309-КГ15-14384 по делу N A60-28335/2014.

Более длительный срок для обжалования действий субъектов, указанных в **ч. 1 комментируемой статьи**, предусмотрен **ч. 5 комментируемой статьи** и применяется в случае, если по результатам торгов договор не был заключен либо торги были признаны несостоявшимися. В такой ситуации срок на обжалование составляет три месяца со дня подведения итогов торгов либо в случае, если предусмотрено размещение результатов торгов на сайте в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, со дня такого размещения.

Аналогичный (трехмесячный) срок установлен и для административного обжалования процедур,

включенных в исчерпывающие перечни процедур в сфере строительства, применительно ко всем субъектам, указанным в [ч. 1 ст. 18.1](#) Закона. При этом в силу [ч. 5.1 ст. 18.1](#) Закона трехмесячный срок подлежит исчислению со дня принятия акта и (или) совершения обжалуемых действий (бездействия).

6. В случае нарушения сроков подачи жалобы заявителем, установленных в [ч. ч. 4 и 5 комментируемой статьи](#), антимонопольный орган должен руководствоваться следующими обстоятельствами. Если заявителем нарушен трехмесячный срок, то антимонопольный орган не вправе возратить жалобу заявителю и должен рассмотреть жалобу в порядке, установленном Административным [регламентом](#) ФАС России по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушении антимонопольного законодательства РФ, утвержденным Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 339.

В случае нарушения 10-дневного срока подачи жалобы, если при этом до принятия жалобы антимонопольному органу достоверно известно о факте заключения договора по результатам торгов, антимонопольный орган рассматривает жалобу в порядке, предусмотренном Административным [регламентом](#) ФАС России по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушении антимонопольного законодательства РФ, утвержденным Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 339. В случае если антимонопольный орган достоверно такими сведениями не обладает, то жалоба подлежит рассмотрению в порядке комментируемой [статьи](#), а срок считается как трехмесячный, что подтверждается позицией, изложенной Арбитражным судом МО в [Постановлении](#) от 29 января 2016 г. N Ф05-20418/2015 по делу N А40-2891/2015. При этом в случае, если в ходе рассмотрения жалобы по существу антимонопольному органу станет известно о факте заключения договора, комиссия прекращает рассмотрение такой жалобы в связи с отсутствием у последней правовых оснований на рассмотрение жалобы по существу в порядке, установленном [ст. 18.1](#) Закона о защите конкуренции.

Также необходимо отметить, что комиссия рассматривает жалобу в порядке [ст. 18.1](#) Закона о защите конкуренции, если договор будет заключен до истечения 10-дневного срока, однако в таком случае, если будет принято решение об обоснованности жалобы, комиссия не вправе выдавать предписание об устранении допущенных нарушений.

7. [Частью 6 комментируемой статьи](#) установлено требование к форме и содержанию жалобы.

Наименования, названные в [п. п. 1, 2 ч. 6 комментируемой статьи](#), указываются в полной форме в соответствии с официальным наименованием или наименованием, указанным в регистрационных документах. Кроме того, необходимо указывать фактически используемые адреса, телефоны, номера факсов и адреса электронной почты для своевременного информирования о направленной жалобе.

Однако согласно сложившемуся подходу к применению [ч. 6 комментируемой статьи](#) отсутствие в жалобе каких-либо поименованных в [ч. 6 ст. 18.1](#) сведений, если недостаток жалобы устраним и это не препятствует рассмотрению жалобы по существу, является формальным и такая жалоба подлежит рассмотрению по существу ^{<1>}.

^{<1>} [Постановление](#) АС МО от 6 мая 2015 г. N Ф05-4536/2015 по делу N А40-69585/14.

Указание на обжалуемую закупку осуществляется посредством указания полного наименования торгов, формы торгов, источника публикации информации о торгах, реестрового номера (если предусмотрено), иной информации, позволяющей идентифицировать торги, за исключением случаев обжалования процедур в сферах строительства.

Заявитель в своей жалобе указывает на обжалуемые действия (бездействие) соответствующих лиц при проведении торгов, а также излагает соответствующие доводы о нарушении установленного порядка размещения информации о проведении торгов или порядка подачи заявок в свободной форме.

В случае обжалования актов и (или) действий (бездействия) при осуществлении процедур в сферах строительства информация, предусмотренная [п. 3 ч. 6 комментируемой статьи](#), не предоставляется, однако в силу [п. 4 ч. 6 комментируемой статьи](#) жалоба также должна содержать ссылку на нормативный правовой акт, устанавливающий порядок осуществления процедуры, включенной в исчерпывающий перечень процедур в сфере строительства, и доводы заявителя.

Заявитель может приложить к жалобе любые документы, подтверждающие его доводы. В качестве таких документов могут быть представлены: извещение о проведении торгов, документация к торгам, нормативные правовые акты, положения которых нарушены, разъяснения организатора торгов, протоколы комиссии, иные документы, подтверждающие доводы заявителя. Прикладывать документацию по торгам **Закон** заявителя не обязывает.

8. **Часть 7 комментируемой статьи** устанавливает способы подачи жалобы. К таким способам относится подача жалобы посредством почтовой, факсимильной связи, электронной почты или иным способом. Иным способом может быть самостоятельная подача жалобы в антимонопольный орган или посредством курьерской службы.

При этом согласно правовой позиции судов **ст. 18.1** Закона о защите конкуренции не содержит каких-либо обязательных требований о подписании жалоб, поданных по электронной почте, именно электронно-цифровой подписью применительно к **ст. 6** Федерального закона от 6 апреля 2011 г. N 63-ФЗ "Об электронной подписи" <1>.

<1> См., напр.: **Постановление** АС СЗО от 23 июля 2015 г. N Ф07-5309/2015 по делу N А56-54754/2014.

Необходимо отметить, что законодательством не определено, когда жалоба считается поданной. Однако считается, что контрольный орган должен принять к рассмотрению жалобу на положения документации о закупке, если участник сдал ее в организацию связи до истечения 24 часов последнего дня установленного законом срока.

9. **Частью 8 комментируемой статьи** установлено требование о том, что жалоба должна быть подписана заявителем или его представителем. В случае если жалоба подается представителем, к жалобе должен быть приложен документ, подтверждающий полномочия представителя, - доверенность или иной документ. При подаче жалобы достаточно представить обычную копию такого документа.

10. **Частью 9 комментируемой статьи** установлен ограниченный перечень случаев, когда антимонопольный орган возвращает жалобу заявителю:

- 1) жалоба не содержит сведения, указанные в **ч. 6 комментируемой статьи**;
- 2) жалоба не подписана или подписана лицом, полномочия которого не подтверждены документами. Данное основание вытекает из требования **ч. 8 комментируемой статьи**;
- 3) наличие вступившего в законную силу судебного акта, в котором содержатся выводы о наличии или об отсутствии нарушения в обжалуемых актах и (или) действиях (бездействии) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, субъектов, осуществляющих процедуры, включенные в исчерпывающий перечень процедур в сфере строительства. Выводы суда, изложенные во вступившем в законную силу решении, могут быть оспорены только в порядке, предусмотренном процессуальным законодательством;
- 4) антимонопольным органом принято решение относительно обжалуемых актов и (или) действий (бездействия). Выводы антимонопольного органа могут быть оспорены в порядке, предусмотренном процессуальным законодательством;
- 5) акты и (или) действия (бездействие) уполномоченного органа были обжалованы в порядке, установленном Федеральным **законом** от 27 июля 2010 г. N 210-ФЗ "Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг".

Решение о возвращении жалобы в соответствии с **ч. 10 комментируемой статьи** может быть принято в течение трех рабочих дней со дня ее поступления в антимонопольный орган. При этом в день принятия такого решения антимонопольный орган обязан сообщить об этом заявителю в письменной форме с указанием причин возврата.

11. В случае если жалоба принята антимонопольным органом к рассмотрению, в соответствии с **ч. 11**

комментируемой статьи антимонопольный орган в течение трех рабочих дней с момента поступления жалобы размещает информацию о такой жалобе и о ее содержании на официальном сайте, на котором размещена информация о торгах (таким сайтом является <http://torgi.gov.ru/>), либо на сайте антимонопольного органа.

Информация о поступлении жалобы, в том числе краткое содержание жалобы, адрес официального сайта торгов или антимонопольного органа, на котором размещена информация о поступившей жалобе, сведения о месте и времени рассмотрения жалобы, направляются антимонопольным органом заявителю, а также субъектам, указанным в **ч. 1 ст. 18.1** Закона о защите конкуренции, посредством почтовой, факсимильной связи или по электронной почте. В случае направления уведомления посредством электронной почты оно направляется организатору торгов, в конкурсную или аукционную комиссию по адресу электронной почты, указанному в извещении о проведении торгов, оператору электронной площадки по адресу электронной почты, указанному на сайте электронной площадки в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, заявителю по адресу электронной почты, указанному в жалобе либо на официальном сайте уполномоченного органа и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей. В уведомлении также указывается, что торги приостанавливаются до рассмотрения жалобы по существу.

12. Субъекты жалобы, указанные в **ч. 1 комментируемой статьи**, в течение одного рабочего дня с момента получения уведомления о принятии жалобы согласно положению **ч. 12 ст. 18.1** Закона о защите конкуренции обязаны известить лиц, подавших заявки на участие в торгах, о факте поступления жалобы, ее содержании, времени и месте ее рассмотрения. При этом субъекты, указанные в **ч. 1 комментируемой статьи**, а также лица, подавшие заявки на участие в торгах, в соответствии с **ч. 13 комментируемой статьи** вправе направить в антимонопольный орган возражения на жалобу, а также присутствовать на заседании комиссии по рассмотрению такой жалобы лично либо через своих представителей. Срок рассмотрения жалобы антимонопольным органом со дня поступления такой жалобы согласно **ч. 14 комментируемой статьи** составляет не более 7 рабочих дней. Вместе с тем в случае, если при рассмотрении жалобы комиссии антимонопольного органа будет необходимо получить дополнительную информацию, срок принятия решения по жалобе может быть продлен еще на семь дней, но не более одного раза.

Часть 15 комментируемой статьи устанавливает обязанность субъектов, указанных в **ч. 1 ст. 18.1** Закона о защите конкуренции, представить на заседание комиссии антимонопольного органа по рассмотрению жалобы по существу документацию о торгах, изменения, внесенные в конкурсную документацию, документацию об аукционе, заявки на участие в конкурсе, заявки на участие в аукционе, протоколы вскрытия конвертов с заявками на участие в конкурсе, протоколы рассмотрения заявок на участие в конкурсе, протоколы рассмотрения заявок на участие в аукционе, протоколы оценки и сопоставления заявок на участие в конкурсе, протоколы аукциона, аудио-, видеозаписи и иные документы и сведения, составленные в ходе организации и проведения торгов. Перечень запрашиваемых антимонопольным органом документов и сведений является открытым.

Часть 15.1 комментируемой статьи предусматривает обязанность уполномоченного органа и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей, представить на заседание комиссии по рассмотрению жалобы письменное обоснование законности принятого акта и (или) совершенного действия (бездействия) с указанием положений нормативных правовых актов, устанавливающих порядок принятия такого акта и (или) совершенного действия (бездействия).

Согласно **ч. 15.2 комментируемой статьи** антимонопольный орган также вправе направить субъектам, указанным в **ч. 1 ст. 18.1** Закона о защите конкуренции, запрос о предоставлении дополнительных сведений и документов для рассмотрения жалобы. Запрос направляется организатору торгов, в конкурсную или аукционную комиссию по адресу электронной почты, указанному в извещении о проведении торгов, оператору электронной площадки по адресу электронной почты, указанному на сайте электронной площадки в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, заявителю по адресу электронной почты, указанному в жалобе, уполномоченному органу и (или) организации, осуществляющей эксплуатацию сетей по адресу, указанному на официальном сайте. При этом запрашиваемые сведения должны быть представлены в антимонопольный орган до рассмотрения жалобы по существу.

В соответствии с **ч. 16 комментируемой статьи** неявка надлежаще уведомленных лиц не является препятствием для рассмотрения жалобы комиссией антимонопольного органа по существу. Надлежащим уведомлением является исполнение действий антимонопольным органом, предусмотренным **ч. 11 комментируемой статьи**, т.е. факт направления антимонопольным органом такого уведомления.

Неявка лица при наличии направленного в его адрес уведомления, предусмотренного [ч. 11 ст. 18.1](#) Закона о защите конкуренции, даже при отсутствии доказательств, свидетельствующих о получении этого уведомления адресатом, не препятствует рассмотрению жалобы по существу <1>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) АС МО от 13 июня 2013 г. по делу N А40-126112/12-146-165.

[Часть 17 комментируемой статьи](#) установлено, что антимонопольный орган, рассматривая доводы, заявленные в жалобе, не ограничен такими доводами. Антимонопольный орган в ходе рассмотрения жалобы по существу может выявить иные нарушения, допущенные субъектами, указанными в [ч. 1 комментируемой статьи](#). Итоговое решение по рассматриваемой жалобе должно приниматься комиссией антимонопольного органа с учетом всех выявленных нарушений.

13. В соответствии с [ч. 18 комментируемой статьи](#) со дня направления уведомления о принятии жалобы торговли приостанавливаются до момента рассмотрения такой жалобы по существу. В указанный период организатор торгов, заказчик или иное лицо, в пользу которого проводятся торги, не вправе заключать договор. В случае если договор будет заключен в нарушение указанного порядка, в соответствии с [ч. 19 комментируемой статьи](#) такой договор является ничтожным и к нему применимы последствия недействительности сделки в соответствии с положениями [ГК РФ](#).

Запрет на заключение договора до принятия антимонопольным органом решения по жалобе нашел свое подтверждение и в судебной практике. В частности, в [Обзоре](#) практики ВС РФ указано, что установление в Положении о закупках срока заключения договора по результатам закупки, не учитывающего закрепленной в [Законе](#) о закупке и [Законе](#) о защите конкуренции процедуры административного контроля со стороны антимонопольного органа, фактически исключает применение оперативных мер, предусмотренных [ст. 18.1](#) Закона о защите конкуренции, лишает обращение с жалобой какого-либо юридического смысла, а потому направлено против прав участников закупки.

14. По результатам рассмотрения жалобы в соответствии с [ч. 20 комментируемой статьи](#) антимонопольный орган принимает решение об обоснованности или необоснованности жалобы и необходимости выдачи предписания.

Предписание должно содержать ссылку на решение комиссии антимонопольного органа, а также порядок и сроки устранения выявленных нарушений. Предписание может не выдаваться в случаях, когда комиссия по конкретному делу констатирует выявленные нарушения, но делает вывод об их незначительности и отсутствии ограничения конкуренции и нарушения прав заявителя, в случае если выдача предписания не повлечет восстановление нарушенных прав <1>, в случае уже состоявшегося факта заключения договора, а также в иных случаях - по решению комиссии. В этих случаях заявитель вынужден будет самостоятельно оспаривать действия субъектов, определенных [ч. 1 комментируемой статьи](#), в судебном порядке. Между тем в связи с длительностью рассмотрения дела в суде заключенный по итогам торгов договор на момент вынесения судебного решения может быть полностью или частично исполненным, и в таком случае суд может отказать в иске, так как его удовлетворение не приведет к восстановлению нарушенных прав заявителя.

<1> На необходимость наличия у предписания антимонопольного органа правовосстановительной функции указывал и ВС РФ в [Определении](#) от 26 января 2016 г. N 307-КГ15-18096 по делу N А05-1230/2015.

Причем новая редакция [п. 3.1 ч. 1 ст. 23](#) Закона иным образом определила полномочия антимонопольного органа по выдаче обязательных для исполнения предписаний в результате рассмотрения жалоб в порядке [ст. 18.1](#) Закона.

Во-первых, антимонопольный орган выдает организатору торгов, оператору электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, продавцу государственного или муниципального имущества, организатору продажи обязательные для исполнения предписания о совершении действий, направленных на устранение нарушений порядка организации и проведения торгов, продажи государственного или муниципального имущества, порядка заключения договоров по результатам торгов или в случае признания торгов несостоявшимися, в том числе предписания об отмене протоколов, составленных в ходе проведения торгов, о

внесении изменений в документацию о торгах, извещение о проведении торгов, об аннулировании торгов.

Во-вторых, федеральному органу исполнительной власти, органу государственной власти субъекта РФ, органу местного самоуправления либо иным осуществляющим функции указанных органов органу или организации, организации, участвующей в предоставлении государственных или муниципальных услуг, могут быть выданы обязательные для исполнения предписания о совершении действий, направленных на устранение нарушений порядка осуществления в отношении юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, являющихся субъектами градостроительных отношений, процедур, включенных в исчерпывающие перечни процедур в сферах строительства.

В-третьих, организациям, осуществляющим эксплуатацию сетей, при осуществлении деятельности в рамках исчерпывающих перечней процедур в сферах строительства могут быть выданы обязательные для исполнения предписания о совершении действий, направленных на устранение нарушений порядка осуществления в отношении юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, являющихся субъектами градостроительных отношений, процедур, включенных в исчерпывающие перечни процедур в сферах строительства, в том числе предписания о заключении договоров, об изменении условий договоров или о расторжении договоров в случае, если лицами, права которых нарушены или могут быть нарушены, было заявлено соответствующее требование.

15. В случае если в ходе рассмотрения жалобы комиссия установит, что по указанным в жалобе обстоятельствам уже имеется вступивший в законную силу судебный акт, содержащий выводы о наличии или отсутствии нарушений, либо решение антимонопольного органа относительно обжалуемых действий, в соответствии с [ч. 21 комментируемой статьи](#) комиссия антимонопольного органа прекращает рассмотрение жалобы. В течение трех дней после принятия такого решения антимонопольный орган направляет копию решения и предписания (при наличии) лицам, участвующим в деле, а также размещает сведения о таком решении и предписании на официальном сайте торгов или на сайте антимонопольного органа.

При этом приведенный в [ч. 21 ст. 18.1](#) Закона о защите конкуренции перечень оснований для прекращения рассмотрения жалоб является исчерпывающим <1>.

<1> [Постановление](#) 1 ААС от 22 декабря 2015 г. по делу N А11-5851/2015.

16. Решение и предписание антимонопольного органа могут быть обжалованы в судебном порядке в течение трех месяцев с момента вынесения такого решения или выдачи предписания.

17. В соответствии с [ч. 24 комментируемой статьи](#) жалоба может быть отозвана заявителем до принятия решения комиссией антимонопольного органа по существу жалобы. При этом необходимо отметить, что заявитель, отозвавший жалобу, лишается права повторной подачи жалобы по основаниям, указанным в отозванной жалобе. При этом жалоба может быть отозвана в любой момент в ходе рассмотрения ее по существу комиссией антимонопольного органа, в том числе непосредственно на самом заседании. В указанном случае комиссия обязана прекратить рассмотрение такой жалобы и вернуть последнюю заявителю.

18. [Частью 25 комментируемой статьи](#) устанавливается порядок рассмотрения жалоб на действия (бездействие) продавца и (или) организатора продажи имущества, находящегося в государственной или муниципальной собственности, имеющий определенные особенности по сравнению с обжалованием действий уполномоченных на организацию и проведение торгов иных видов.

При этом необходимо обратить внимание на то, что особенности процедуры и порядка проведения таких торгов закреплены в Федеральном [законе](#) от 21 декабря 2001 г. N 178-ФЗ "О приватизации государственного и муниципального имущества". Так, продажа государственного или муниципального имущества может осуществляться путем проведения:

- а) аукциона по продаже государственного или муниципального имущества ([ст. 18](#));
- б) специализированного аукциона по продаже акций открытых акционерных обществ ([ст. 19](#));
- в) конкурса по продаже акций открытых акционерных обществ, долей в уставном капитале обществ с

ограниченной ответственностью (ст. 20);

г) публичного предложения по продаже государственного или муниципального имущества (ст. 23);

д) продажи государственного или муниципального имущества без объявления цены (ст. 24).

19. Пунктом 1 ч. 25 комментируемой статьи установлен срок обжалования действий (бездействия) продавца государственного или муниципального имущества и (или) организатора продажи такого имущества.

Судебная практика исходит из того, что поскольку Закон о защите конкуренции не содержит иного указания, указанный срок будет считаться соблюденным в том случае, если жалоба будет направлена в электронном виде в установленном порядке, что допускается ч. 7 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции, до двадцати четырех часов последнего дня соответствующего срока (п. 2 ст. 194 ГК РФ) <1>.

<1> Постановление 8 ААС от 27 июня 2013 г. по делу N А75-440/2013, оставленное без изменения Постановлением ФАС ЗСО от 27 ноября 2013 г. по делу N А75-440/2013.

Срок рассмотрения жалобы, поданной на действия (бездействие) продавца и (или) организатора торгов по продаже государственного или муниципального имущества, отличается от общего срока, установленного ч. 14 комментируемой статьи, и составляет пять рабочих дней.

20. По итогам рассмотрения жалобы на действия (бездействие) продавца и (или) организатора продажи государственного или муниципального имущества антимонопольный орган вправе выдавать предписания об устранении установленных нарушений процедуры проведения продажи такого имущества. Однако необходимо обратить внимание на то, что предписание не может быть выдано в случае, если действия (бездействие) указанных лиц обжалуются до окончания срока подачи заявок на участие в процедуре продажи государственного или муниципального имущества путем проведения торгов, а также публичного предложения или продажи без объявления цены.

21. Срок подачи жалоб на действия (бездействие) продавца и (или) организатора продажи государственного или муниципального имущества, связанные с признанием претендентов участниками процедуры продажи такого имущества или с отказом в таковом признании, установленный в п. 4 ч. 25 комментируемой статьи, исчисляется в порядке, указанном в комментарии к п. 1 ч. 25 данной статьи.

Кроме того, необходимо отметить, что комментируемый пункт ч. 25 ст. 18.1 Закона о защите конкуренции закрепляет отсутствие возможности на обжалование действий указанных лиц за пределами установленного пятидневного срока.

Глава 5. ПРЕДОСТАВЛЕНИЕ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ИЛИ МУНИЦИПАЛЬНЫХ ПРЕФЕРЕНЦИЙ

Статья 19. Государственные или муниципальные преференции

Комментарий к статье 19

1. Впервые в РФ нормы, запрещающие государственным и муниципальным органам ограничивать конкуренцию на товарном рынке путем предоставления преимуществ отдельным хозяйствующим субъектам, были закреплены в Законе о конкуренции 1991 г. Данный Закон признавал незаконным необоснованное предоставление отдельному хозяйствующему субъекту или нескольким хозяйствующим субъектам льгот, ставящих их в преимущественное положение по отношению к другим хозяйствующим субъектам, работающим на рынке того же товара (ст. 7). Однако какого-либо специального регулирования оснований и порядка предоставления данных льгот Закон не содержал.

Пришедший на смену Закону о конкуренции 1991 г. Закон о защите конкуренции закрепил отдельное регулирование предоставления публичными органами преимуществ хозяйствующим субъектам в гл. 5. При этом в первоначальной редакции Закон оперировал термином "государственная и муниципальная помощь". В 2009 г. в рамках второго антимонопольного пакета данный термин был заменен на ныне используемый термин

"государственная и муниципальная преференция", а также были уточнены основания и порядок предоставления преференций.

2. Пункт 20 ч. 1 ст. 4 Закона о защите конкуренции определяет **государственные или муниципальные преференции** как предоставление федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями отдельным хозяйствующим субъектам преимущества, которое обеспечивает им более выгодные условия деятельности, путем передачи государственного или муниципального имущества, иных объектов гражданских прав либо путем предоставления имущественных льгот, государственных или муниципальных гарантий.

На основании этого определения и материалов судебной практики можно выделить следующие основные признаки государственной и муниципальной преференции:

- адресный и индивидуальный характер: так, судебной практикой не признается государственной и муниципальной преференцией согласие уполномоченного органа на распоряжение имуществом государственного или муниципального унитарного предприятия, предоставленное данному предприятию, если такое имущество закреплено за предприятием, а согласие уполномоченного органа не является адресным и позволяет реализовать имущество любому лицу <1>;

<1> См., напр.: Постановления АС СКО от 28 января 2016 г. [N Ф08-10157/2015](#) по делу N А63-3333/2015; ФАС ПО от 30 ноября 2012 г. по делу [N А72-9172/2011](#), от 12 июля 2012 г. по делу [N А55-19169/2011](#).

- безвозмездный характер со стороны получателя преференции: судебная практика не квалифицирует в качестве государственной или муниципальной помощи заключение уполномоченным органом с хозяйствующим субъектом договора аренды, по которому арендатор обязуется уплачивать арендную плату на общих условиях без предоставления каких-либо льгот <1>;

<1> См., напр.: Постановления ФАС СКО от 13 мая 2011 г. по делу [N А32-19364/2010](#), ФАС ДО от 16 декабря 2011 г. [N Ф03-5756/2011](#) по делу N А59-6514/2009.

- предоставление преимущества по сравнению с другими хозяйствующими субъектами. Наличие конкуренции на рынке является обязательным условием для квалификации действия государственного или муниципального органа как предоставление преференции: если на рынке действует только один хозяйствующий субъект, то предоставление ему каких-либо льгот не будет считаться преференцией, так как он не ставится в преимущественное положение по отношению к другим субъектам ввиду их отсутствия <1>.

<1> См., напр.: Постановления ФАС ВВО от 21 января 2013 г. по делу [N А82-17579/2011](#), ФАС СКО от 24 ноября 2010 г. по делу [N А15-397/2010](#).

3. Как следует из этого определения, государственные и муниципальные преференции могут быть предоставлены следующими субъектами:

- федеральными органами исполнительной власти;

- органами государственной власти субъектов РФ - по сравнению с определением государственной и муниципальной помощи данный круг органов был расширен: в действующей редакции [Закона](#) о защите конкуренции к ним относятся как исполнительные, так и законодательные органы субъектов РФ <1>. В качестве примера такого рода преференций можно привести предоставление субсидий из бюджета Краснодарского края НАО "Центр передачи технологий строительного комплекса Краснодарского края "Омега" на возмещение затрат, связанных с проведением российского этапа чемпионата мира FIA "Формула 1" и автомобильных гонок международной серии GP2 и GP3 <2>;

<1> **Письмо** ФАС России от 14 августа 2009 г. N ПС/27405 "Разъяснения по вопросам изменений, внесенных в Федеральный закон от 26.07.2006 N 135-ФЗ "О защите конкуренции", в части контроля предоставления и использования государственных и муниципальных преференций". В связи с этим, однако, встает вопрос о согласовании предоставления преференций законодательными органами с ФАС России, так как такое согласование не соответствует конституционному принципу разделения властей как допускающее контроль органа исполнительной власти над органами законодательной власти.

<2> Постановление главы администрации (губернатора) Краснодарского края от 24 августа 2015 г. N 757.

- органами местного самоуправления - например, Совет депутатов г. Белгорода принял решение о предоставлении муниципальной преференции ГБУК "Белгородский государственный историко-художественный музей-диорама "Курская битва. Белгородское направление" в виде понижающего коэффициента при расчете арендной платы за занимаемое музеем помещение до конца 2015 г. <1>;

<1> Решение Совета депутатов г. Белгорода от 28 апреля 2015 г. N 222.

- иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями.

Государственные и муниципальные преференции могут быть предоставлены путем:

- передачи государственного или муниципального имущества. В соответствии со **ст. 128** ГК РФ в данную группу входят вещи (движимые и недвижимые), включая наличные деньги и документарные ценные бумаги, иное имущество, в том числе безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги, имущественные права;

- передачи иных объектов гражданских прав. В данную группу включаются объекты, не относящиеся к имуществу, т.е. результаты работ и оказание услуг, охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность). При этом некоторые объекты гражданского права не могут быть предметом государственной и муниципальной преференции - к ним относятся нематериальные блага <1>, личные неимущественные права авторов произведений литературы, науки и искусства и т.п.;

<1> **Письмо** ФАС России от 12 сентября 2007 г. N ИА/16263 "Разъяснения по некоторым вопросам применения главы 5 Закона о конкуренции".

- предоставления имущественных льгот (в том числе льгот по арендной плате <1>);

<1> **Письмо** ФАС России от 14 августа 2009 г. N ПС/27405 "Разъяснения по вопросам изменений, внесенных в Федеральный закон от 26.07.2006 N 135-ФЗ "О защите конкуренции", в части контроля предоставления и использования государственных и муниципальных преференций".

- предоставления государственных или муниципальных гарантий. Понятие **государственных и муниципальных гарантий** предусмотрено Бюджетным **кодексом** РФ. Они являются видом долгового обязательства, в силу которого соответственно РФ, субъект РФ, муниципальное образование (гарант) обязаны при наступлении предусмотренного в гарантии события (гарантийного случая) уплатить лицу, в пользу которого предоставлена гарантия (бенефициару), по его письменному требованию определенную в обязательстве денежную сумму за счет средств соответствующего бюджета согласно условиям даваемого гарантом обязательства отвечать за исполнение третьим лицом (принципалом) его обязательств перед бенефициаром.

Ранее к способам предоставления государственных и муниципальных преференций относилось предоставление права доступа к информации в приоритетном порядке, но с изменениями 2009 г. это положение

утратило силу, и перенесено в [ст. 15](#) Закона в качестве самостоятельного антимонопольного запрета для органов государственной власти и местного самоуправления.

Часть 4 ст. 19 Закона о защите конкуренции устанавливает перечень видов имущества, предоставление которых не является государственной и муниципальной преференцией. Такое исключение обусловлено либо существованием отдельного регулирования определенных отношений и отсутствием необходимости в его усложнении (предоставление имущества в рамках размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд; предоставление имущества на основании федерального закона или на основании вступившего в законную силу решения суда; закрепление государственного или муниципального имущества за хозяйствующими субъектами на праве хозяйственного ведения или оперативного управления, предоставление государственных или муниципальных гарантий, имущественных прав по концессионному соглашению), либо чрезвычайным характером данного предоставления (передача имущества отдельным лицам в целях ликвидации последствий чрезвычайных ситуаций, военных действий, проведения контртеррористических операций), либо отсутствием эксклюзивности в предоставленном преимуществе (предоставление имущества в равной мере каждому участнику товарного рынка <1>).

<1> Данное положение также было подтверждено Президиумом ВАС РФ: он указал, что к преференциям в любом случае не относятся меры, равным образом улучшающие положение всех тех хозяйствующих субъектов одного или нескольких товарных рынков, чье положение может быть улучшено без нарушения требований законодательства. Также не подпадают под понятие преференций положения нормативных актов, действующие в отношении неопределенного круга лиц, если не будет доказано, что их применение фактически приводит к избирательному предоставлению льгот по произвольному усмотрению органов власти лишь отдельным хозяйствующим субъектам, действующим на одном рынке ([Постановление Президиума ВАС РФ от 11 сентября 2012 г. N 4290/12](#)).

4. Предоставление государственных и муниципальных преференций возможно исключительно в целях, перечисленных в [ч. 1 комментируемой статьи](#).

Рассмотрим те цели, для достижения которых возможно предоставление органом власти преференций хозяйствующим субъектам.

Обеспечение жизнедеятельности населения в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях. [Перечень](#) районов Крайнего Севера и приравненных к ним местностей утвержден Постановлением Совета Министров СССР от 10 ноября 1967 г. N 1029 (в редакции от 3 марта 2012 г.). Содержание понятия "обеспечение жизнедеятельности населения" ФАС России разъяснила как: а) установление гарантий и компенсаций населению этих регионов; б) поддержку (предоставление компенсаций, кредитов, льгот) организаций, обеспечивающих государственные нужды в необходимой в этих регионах продукции, а также участвующих в решении социальных задач; в) содействие сохранению и развитию традиционных образа жизни, природопользования, форм социальной организации коренных малочисленных народов этих регионов; г) меры государственного воздействия (в том числе предоставление субсидий, ссуд, кредитов) с целью оптимизации численности населения в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностей <1>.

<1> [Письмо](#) ФАС России от 31 мая 2011 г. N ИА/16692 "О разъяснении пункта 1 части 1 статьи 19 Федерального закона от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции".

Развитие образования и науки. Если ориентироваться на программные документы федерального уровня, то данная цель может включать:

а) создание и распространение структурных и технологических инноваций в среднем профессиональном и высшем образовании; б) развитие современных механизмов и технологий общего образования; в) создание инфраструктуры, обеспечивающей условия подготовки кадров для современной экономики <1>; г) развитие фундаментальных научных исследований; д) формирование современной материально-технической базы сектора исследований и разработок; е) создание опережающего научно-технологического задела на

приоритетных направлениях научно-технологического развития; ж) институциональное развитие сектора исследований и разработок, интеграцию науки и образования <2> и др.

<1> Федеральная целевая **программа** развития образования на 2016 - 2020 годы, утвержденная Постановлением Правительства РФ от 23 мая 2015 г. N 497.

<2> Государственная **программа** РФ "Развитие науки и технологий" на 2013 - 2020 гг.

Проведение научных исследований. Федеральный **закон** от 23 августа 1996 г. N 127-ФЗ "О науке и государственной научно-технической политике" определяет **научно-исследовательскую деятельность** как деятельность, направленную на получение и применение новых знаний, и выделяет три вида научных исследований: а) **фундаментальные научные исследования** - экспериментальная или теоретическая деятельность, направленная на получение новых знаний об основных закономерностях строения, функционирования и развития человека, общества, окружающей среды; б) **прикладные научные исследования** - исследования, направленные преимущественно на применение новых знаний для достижения практических целей и решения конкретных задач; в) поисковые **научные исследования** - исследования, направленные на получение новых знаний в целях их последующего практического применения и (или) на применение новых знаний и проводимые путем выполнения научно-исследовательских работ. Данный перечень видов научных исследований не является исчерпывающим. До внесения изменений в комментируемую **статью** в 2009 г. преференции могли быть предоставлены только в целях осуществления фундаментальных научных исследований, новая же редакция расширила сферу применения данного **пункта**.

Защита окружающей среды. Хотя отраслевое законодательство содержит понятие охраны, а не защиты окружающей среды, иные нормативные акты фактически их отождествляют <1>. Данная цель включает в себя: а) сохранение и восстановление природной среды; б) рациональное использование и воспроизводство природных ресурсов; в) предотвращение негативного воздействия хозяйственной и иной деятельности на окружающую среду и ликвидацию ее последствий.

<1> Федеральный **закон** от 10 января 2002 г. N 7-ФЗ "Об охране окружающей среды"; **ГОСТ Р 52104-2003**. Национальный стандарт РФ. Ресурсоснабжение. Термины и определения (утвержден Постановлением Госстандарта РФ от 3 июля 2003 г. N 215-ст).

Сохранение, использование, популяризация и государственная охрана объектов культурного наследия (памятников истории и культуры) народов РФ. К объектам культурного наследия народов РФ относятся объекты недвижимого имущества (включая объекты археологического наследия) и иные объекты с исторически связанными с ними территориями, со связанными с ними произведениями живописи, скульптуры, декоративно-прикладного искусства, объектами науки и техники и иными предметами материальной культуры, возникшие в результате исторических событий, представляющие собой ценность с точки зрения истории, археологии, архитектуры, градостроительства, искусства, науки и техники, эстетики, этнологии или антропологии, социальной культуры и являющиеся свидетельством эпох и цивилизаций, подлинными источниками информации о зарождении и развитии культуры <1>. **Сохранением** объекта культурного наследия являются меры, направленные на обеспечение физической сохранности объекта культурного наследия, ремонтно-реставрационные работы, в том числе консервация объекта культурного наследия, ремонт памятника, реставрация памятника или ансамбля, приспособление объекта культурного наследия для современного использования, также научно-исследовательские, изыскательские, проектные и производственные работы, научное руководство проведением работ по сохранению объекта культурного наследия, технический и авторский надзор за проведением этих работ <2>. К **государственной охране** объектов культурного наследия относятся, в частности, проведение историко-культурной экспертизы, разработка проектов зон охраны объектов культурного наследия, контроль за состоянием объектов культурного значения, установкой на объектах культурного наследия информационных надписей и обозначений <3>. Понятие "использование" в отраслевом законе не определено, однако исходя из его структуры и терминологии использование не следует отождествлять с владением, пользованием и распоряжением объектом культурного наследия как видом недвижимого имущества. Если проводить аналогию с иными законодательными актами, то под "использованием" следует понимать непосредственно эксплуатацию объекта для извлечения из него пользы.

Понятие "популяризация" в законе также не поясняется - скорее всего, его следует понимать в соответствии с его общепринятым смыслом.

<1> [Статья 3](#) Федерального закона от 25 июня 2002 г. N 73-ФЗ "Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации".

<2> Там же. [Статья 40](#).

<3> Там же. [Статья 33](#).

Развитие культуры, искусства и сохранения культурных ценностей. Под культурными ценностями понимаются нравственные и этические идеалы, нормы и образцы поведения, языки, диалекты и говоры, национальные традиции и обычаи, исторические топонимы, фольклор, художественные промыслы и ремесла, произведения культуры и искусства, результаты и методы научных исследований культурной деятельности, имеющие историко-культурную значимость здания, сооружения, предметы и технологии, уникальные в историко-культурном отношении территории и объекты <1>. Сохранение и развитие культуры согласно программным документам федерального уровня, в частности, включают: а) сохранение российской культурной самобытности и создание условий для обеспечения равной доступности культурных благ, развития и реализации культурного и духовного потенциала каждой личности; б) создание условий для повышения качества и разнообразия услуг, предоставляемых в сфере культуры и искусства, модернизация работы учреждений культуры; в) информатизация отрасли; г) модернизация системы художественного образования и подготовки кадров в сфере культуры и искусства, отвечающей сохранению традиций лучших российских школ и требованиям современности; д) выявление, охрана и популяризация культурного наследия народов РФ <2>.

<1> [Основы](#) законодательства РФ о культуре, утвержденные Верховным Советом РФ 9 октября 1992 г. N 3612-1.

<2> Федеральная целевая [программа](#) "Культура России (2012 - 2018 годы)", утвержденная Постановлением Правительства РФ от 3 марта 2012 г. N 186.

Развитие физической культуры и спорта. Согласно программным документам федерального уровня, данная цель включает в себя, в частности: а) развитие инфраструктуры физической культуры и спорта, строительство и реконструкцию спортивных объектов шаговой доступности; б) развитие материально-технической базы для спорта высших достижений для подготовки спортсменов; в) создание условий для подготовки и совершенствования спортсменов и тренеров; г) создание условий для формирования, подготовки и сохранения спортивного резерва; (д) развитие спортивной инфраструктуры <1>.

<1> Федеральная целевая [программа](#) "Развитие физической культуры и спорта в Российской Федерации на 2016 - 2020 годы", утвержденная Постановлением Правительства РФ от 21 января 2015 г. N 30.

Обеспечение обороноспособности страны и безопасности государства. Под обороной понимается система политических, экономических, военных, социальных, правовых и иных мер по подготовке к вооруженной защите и вооруженная защита РФ, целостности и неприкосновенности ее территории <1>. Соответственно, к обеспечению обороноспособности следует относить деятельность, направленную на реализацию данных мер. К деятельности по обеспечению безопасности относятся, в частности: а) прогнозирование, выявление, анализ и оценка угроз безопасности; б) разработка и применение комплекса оперативных и долговременных мер по выявлению, предупреждению и устранению угроз безопасности, локализации и нейтрализации последствий их проявления; в) разработка, производство и внедрение современных видов вооружения, военной и специальной техники, а также техники двойного и гражданского назначения в целях обеспечения безопасности; г) организация научной деятельности в области обеспечения безопасности <2>.

<1> Федеральный [закон](#) от 31 мая 1996 г. N 61-ФЗ "Об обороне".

<2> Федеральный [закон](#) от 28 декабря 2010 г. N 390-ФЗ "О безопасности".

Производство сельскохозяйственной продукции. Сельскохозяйственным товаропроизводителем является организация или индивидуальный предприниматель, осуществляющие производство сельскохозяйственной продукции, ее первичную и последующую (промышленную) переработку и реализацию этой продукции при условии, что в доходе сельскохозяйственных товаропроизводителей от реализации товаров (работ, услуг) доля дохода от реализации этой продукции составляет не менее чем 70% за календарный год <1>. [Перечень](#) сельскохозяйственной продукции, производство и переработку которой осуществляют сельскохозяйственные товаропроизводители, утвержден Постановлением Правительства РФ от 11 июня 2008 г. N 446. ФАС России также разъяснила, что виды продукции и услуг, в том числе по производству сельскохозяйственной продукции, можно установить с помощью Общероссийского классификатора видов экономической деятельности <2>.

<1> Федеральный [закон](#) от 29 декабря 2006 г. N 264-ФЗ "О развитии сельского хозяйства".

<2> [Письмо](#) ФАС России от 12 сентября 2007 г. N ИА/16263 "Разъяснения по некоторым вопросам применения главы 5 Закона о конкуренции".

Социальное обеспечение населения. До поправок третьего антимонопольного пакета данная цель формулировалась как "социальная защита населения". Данное понятие включает в себя как экономические, правовые меры, направленные на преодоление ограничений жизнедеятельности, на создание равных возможностей участия в жизни общества <1>, так и различные меры социальной поддержки, предусматривающие предоставление разных видов льгот, преимуществ и помощи <2>. Понятие "социальное обеспечение" легально не закреплено, однако в доктрине оно определяется как материальное обеспечение определенных категорий граждан с целью выравнивания их социального положения по сравнению с остальными членами общества <3>. Этот вывод подтверждается и некоторыми международными документами <4>.

<1> Федеральный [закон](#) от 24 ноября 1995 г. N 181-ФЗ "О социальной защите инвалидов в Российской Федерации".

<2> См., напр.: Федеральный [закон](#) от 12 января 1995 г. N 5-ФЗ "О ветеранах", Федеральный [закон](#) от 7 ноября 2000 г. N 136-ФЗ "О социальной защите граждан, занятых на работах с химическим оружием", [Закон](#) РФ от 15 мая 1991 г. N 1244-1 "О социальной защите граждан, подвергшихся воздействию радиации вследствие катастрофы на Чернобыльской АЭС".

<3> См.: Право социального обеспечения: Учебник / Отв. ред. К.Н. Гусов. М., 2001. С. 10.

<4> См., напр.: [Конвенция](#) МОТ от 28 июня 1952 г. N 102 "О минимальных нормах социального обеспечения"; Европейская [конвенция](#) от 14 декабря 1972 г. "О социальном обеспечении" (БТЗ N 78).

Охрана труда. Трудовой [кодекс](#) РФ определяет охрану труда как систему сохранения жизни и здоровья работников в процессе трудовой деятельности, включающую в себя правовые, социально-экономические, организационно-технические, санитарно-гигиенические, лечебно-профилактические, реабилитационные и иные мероприятия. Непосредственные требования охраны труда устанавливаются государственной нормативной документацией применительно к отдельным отраслям.

Охрана здоровья граждан. Охрана здоровья граждан определяется как система мер политического, экономического, правового, социального, научного, медицинского, в том числе санитарно-противоэпидемического (профилактического) характера, осуществляемых в целях профилактики заболеваний, сохранения и укрепления физического и психического здоровья каждого человека, поддержания его долголетней активной жизни, предоставления ему медицинской помощи <1>. Конкретные мероприятия по охране здоровья содержатся в отраслевом законодательстве.

<1> Федеральный [закон](#) от 21 ноября 2011 г. N 323-ФЗ "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации".

Поддержка субъектов малого и среднего предпринимательства. Категории и критерии субъектов малого и среднего предпринимательства и определение, что является их поддержкой, установлены Федеральным [законом](#) от 24 июля 2007 г. N 209-ФЗ "О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации". Данный [Закон](#) определяет поддержку субъектов малого и среднего предпринимательства как деятельность органов государственной власти РФ, органов государственной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления, организаций, образующих инфраструктуру поддержки субъектов малого и среднего предпринимательства, осуществляемую в целях развития малого и среднего предпринимательства в соответствии с государственными программами (подпрограммами) РФ и субъектов РФ и муниципальными программами (подпрограммами), содержащими мероприятия, направленные на развитие малого и среднего предпринимательства, а также деятельность акционерного общества "Федеральная корпорация по развитию малого и среднего предпринимательства" в качестве института развития в сфере малого и среднего предпринимательства. Поддержка включает в себя финансовую, имущественную, информационную, консультационную поддержку, поддержку в области подготовки, переподготовки и повышения квалификации работников, поддержку в области инноваций и промышленного производства, ремесленничества, поддержку субъектов малого и среднего предпринимательства, осуществляющих сельскохозяйственную или внешнеэкономическую деятельность. Условия и порядок оказания поддержки субъектам малого и среднего предпринимательства устанавливаются государственными программами (подпрограммами) РФ, государственными программами (подпрограммами) субъектов РФ, муниципальными программами (подпрограммами), содержащими мероприятия, направленные на развитие субъектов малого и среднего предпринимательства. Наличие данных программ (подпрограмм), определяющих условия и порядок оказания поддержки данным субъектам, является необходимым условием при предоставлении преференции. При предоставлении преференции в соответствии с данными программами (подпрограммами) не требуется согласия антимонопольного органа. При отсутствии соответствующих программ (подпрограмм) предоставление преференций субъектам малого и среднего предпринимательства возможно в иных целях, установленных [ч. 1 комментируемой статьи](#) с согласия антимонопольного органа <1>.

<1> См.: [письмо](#) ФАС России от 5 июля 2013 г. N АК/26062/13 "О направлении Методических рекомендаций по антимонопольному контролю за предоставлением государственных или муниципальных преференций".

Поддержка социально ориентированных некоммерческих организаций. Социально ориентированными некоммерческими организациями признаются некоммерческие организации (за исключением государственных корпораций, государственных компаний, политических партий), осуществляющие деятельность, направленную на решение социальных проблем, развитие гражданского общества в РФ, а также осуществляющие перечисленные в законе виды деятельности (например, социальную поддержку и защиту граждан, охрану окружающей среды и защиту животных, охрану и содержание объектов и территорий, имеющих историческое значение, деятельность по защите прав и свобод человека и гражданина, благотворительную деятельность и т.д.) <1>. Перечень социально ориентированных видов деятельности может быть дополнен законами субъектов РФ и нормативными правовыми актами представительных органов муниципальных образований.

<1> См.: [ст. ст. 2, 31.1](#) Федерального закона от 12 января 1996 г. N 7-ФЗ "О некоммерческих организациях".

При этом в силу положений [п. п. 5 и 20 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции преференция может быть предоставлена только таким некоммерческим организациям, которые являются хозяйствующими субъектами, то есть осуществляют деятельность, приносящую им доход.

Согласно [ст. 31.1](#) Федерального закона от 12 января 1996 г. N 7-ФЗ "О некоммерческих организациях" поддержка социально ориентированных некоммерческих организаций включает в себя финансовую, имущественную, информационную, консультационную поддержку, поддержку в области подготовки, дополнительного профессионального образования работников и добровольцев, предоставление юридическим

лицам, оказывающим социально ориентированным некоммерческим организациям материальную поддержку, льгот по уплате налогов и сборов в соответствии с законодательством о налогах и сборах.

Цели, определяемые другими федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента РФ и нормативными правовыми актами Правительства РФ. Примером данных целей является развитие инновационных кластеров, особых экономических зон, зон территориального развития, технопарков и промышленных парков <1>.

<1> [Постановление](#) Правительства РФ от 30 декабря 2012 г. N 1487 "О предоставлении государственных гарантий субъектов Российской Федерации и муниципальных гарантий по кредитам либо облигационным займам".

При определении соответствия цели предоставления преференции целям, установленным [Законом](#) о защите конкуренции, необходимо анализировать положения отраслевого законодательства: не только нормативных правовых актов федерального уровня, но и нормативных правовых актов субъектов РФ и органов местного самоуправления, принятых в пределах их полномочий по данным направлениям <1>.

<1> [Письмо](#) ФАС России от 12 сентября 2007 г. N ИА/16263 "Разъяснения по некоторым вопросам применения главы 5 Закона о конкуренции".

5. [Часть 2 комментируемой статьи](#) устанавливает, что государственная и муниципальная преференция может быть использована только в целях, указанных в заявлении в ФАС России о даче согласия на предоставление преференции. Из этого следует, что преференция может использоваться исключительно лицом, которому была предоставлена преференция: изменение субъектного состава получателей преференции (например, передача имущества, переданного в форме преференции, его получателем в субаренду, безвозмездное пользование и т.д.) может привести к изменению цели предоставления преференции (осуществлять деятельность с имуществом будет уже иной хозяйствующий субъект) <1>. Другим случаем нарушения цели предоставления преференции является использование помещения, полученного на праве аренды, не в тех целях, в которых оно изначально предоставлялось, например, извлечение дохода от сдачи данного помещения в субаренду вместо осуществления в нем социально полезной деятельности (например, социального обслуживания населения) <2>. В случае нарушения данного правила наступают последствия, предусмотренные [ст. 21](#) Закона о защите конкуренции.

<1> [Постановление](#) ФАС СЗО от 30 января 2013 г. по делу N А56-20339/2012.

<2> [Постановление](#) АС УО от 28 марта 2016 г. N Ф09-1300/16 по делу N А47-1630/2015.

6. По общему правилу, установленному [ч. 3 комментируемой статьи](#), государственная или муниципальная преференция предоставляется с предварительного письменного согласия антимонопольного органа. При этом изменение лица, которому предоставлялась государственная или муниципальная преференция, путем уступки прав и передачи обязанностей по договору, в свою очередь, является государственной или муниципальной преференцией и требует нового согласования с антимонопольным органом <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ВСО от 18 октября 2010 г. по делу N А33-294/2010.

Однако [ч. 3 комментируемой статьи](#) предусматривает и исключения из этого правила.

Не требуют согласия антимонопольного органа:

- **преференции, предоставленные на основании актов высших федеральных органов власти.** Не требуют предварительного согласования государственные преференции, предоставленные на основании

федеральных законов, правовых актов Президента РФ и Правительства РФ;

- **преференции, предоставляемые на основании закона о бюджете и бюджетного законодательства.** Предварительного согласования не требуют государственные преференции, предоставленные на основании закона субъекта РФ о бюджете или нормативного правового акта органа местного самоуправления о бюджете, если они содержат либо устанавливают порядок определения размера преференции и ее конкретного получателя. Преференции, устанавливаемые на основании иных законов субъектов и нормативных правовых актов органов местного самоуправления (например, акт органов местного самоуправления, регулирующий предоставление субсидий <1>), подлежат согласованию с антимонопольным органом. По этому же основанию предварительному согласованию не подлежит преференция, предоставленная путем направления на финансовое обеспечение непредвиденных расходов средств резервных фондов;

<1> [Постановление](#) АС ПО от 31 марта 2015 г. N Ф06-21550/2013 по делу N А65-17673/2014.

- **преференции в размере, не превышающем предельного размера расчетов наличными деньгами по одной сделке**, если такая преференция предоставляется не чаще чем один раз в год одному лицу. Данная предельная величина установлена в настоящее время в размере 100 тыс. руб. <1>;

<1> [Указание](#) ЦБ РФ от 7 октября 2013 г. N 3073-У "Об осуществлении наличных расчетов".

- **преференции, предоставленные в соответствии с государственными программами (подпрограммами) РФ, государственными программами (подпрограммами) субъектов РФ и муниципальными программами (подпрограммами), содержащими мероприятия, направленные на развитие малого и среднего предпринимательства.** Об этом подробнее см. [п. 3 комментария к настоящей статье](#).

Статья 20. Порядок предоставления государственной или муниципальной преференции

Комментарий к [статье 20](#)

1. Комментируемая [статья](#) устанавливает процедуру дачи антимонопольным органом согласия на предоставление государственной или муниципальной преференции. В деталях эта процедура регламентируется Административным [регламентом](#) ФАС России по исполнению государственной функции по рассмотрению заявлений о даче согласия на предоставление государственной или муниципальной преференции <1>.

<1> Утвержден [Приказом](#) ФАС России от 16 декабря 2009 г. N 841.

[Часть 1 комментируемой статьи](#) устанавливает, что процедура дачи согласия на предоставление преференции начинается с подачи заявления и документов, установленных данной нормой, в антимонопольный орган. От типа заявителя зависит выбор антимонопольного органа, который будет рассматривать заявление:

- федеральные органы исполнительной власти, органы и организации, осуществляющие их функции, - Центральный аппарат ФАС России;

- территориальные органы федеральных органов исполнительной власти, органы государственной власти субъектов, органов местного самоуправления, органы и организации, осуществляющие их функции, - территориальные органы ФАС России по месту нахождения органа, имеющего намерение предоставить преференцию <1>.

<1> [Пункты 3.2 и 3.3](#) Административного регламента ФАС России по исполнению государственной функции по рассмотрению заявлений о даче согласия на предоставление государственной или муниципальной

преференции, утвержденного Приказом ФАС России от 16 декабря 2009 г. N 841.

При этом ФАС России вправе принять к рассмотрению заявление о даче согласия на предоставление преференции от любого органа или организации, указанных в [ч. 1 ст. 19](#) Закона о защите конкуренции.

В заявлении, помимо прочего, должна быть указана цель предоставления преференции со ссылкой на соответствующий пункт [ч. 1 ст. 19](#) Закона о защите конкуренции.

К заявлению также должен быть приложен проект акта, которым предусмотрено предоставление преференции. При этом отдельное заявление и соответствующий пакет документов должны быть предоставлены в отношении каждого объекта преференции.

2. [Часть 2 комментируемой статьи](#) регулирует срок рассмотрения антимонопольным органом заявления о даче согласия на предоставление государственной или муниципальной преференции. [Часть 2 предусматривает](#) следующие сроки:

- месяц с даты получения заявления и документов - срок рассмотрения заявления и принятия по нему решения; [части 3 комментируемой статьи](#) устанавливает, что данный срок может быть продлен не более чем на два месяца при необходимости получить дополнительную информацию <1>;

<1> Антимонопольный орган может принять решение о продлении срока рассмотрения заявления, если придет к выводу, что предоставление преференции может привести к устранению или недопущению конкуренции либо предоставление преференции не соответствует цели, указанной в [ст. 19](#) Закона о защите конкуренции, но окончательный вывод без получения дополнительной информации сделать нельзя. Например, антимонопольный орган может запросить у заявителя документы и информацию об обосновании предоставления хозяйствующему субъекту преференции.

- 10 дней со дня получения заявления - срок для принятия антимонопольным органом: а) мотивированного решения о несоответствии заявления и документов требованиям закона; б) решения о том, что согласие антимонопольного органа на предоставление преференции не требуется (так как предоставление преференцией не является);

- 14 дней с даты получения заявителем уведомления о несоответствии заявления и документов требованиям закона и возвращения заявления - срок хранения антимонопольным органом представленных документов, в течение которого заявитель вправе их истребовать.

3. [Часть 3 комментируемой статьи](#) устанавливает виды решений, которые принимает антимонопольный орган по результатам рассмотрения заявления о даче согласия на предоставление преференции. При этом [Закон](#) предусматривает два случая, когда антимонопольный орган может отказать в своей согласии <1> на предоставление преференции:

<1> Хотя [п. 3 ч. 3](#) сформулирован "об отказе в предоставлении государственной и муниципальной преференции", речь идет об отказе в даче согласия на предоставление преференции.

- если преференция не соответствует целям, указанным в [ст. 19](#) Закона о защите конкуренции;

- если предоставление преференции может привести к устранению или недопущению конкуренции. Факт того, что преференция приводит к устранению или недопущению конкуренции, должен быть доказан антимонопольными органами: так, улучшение положения по сравнению с иными хозяйствующими субъектами товарного рынка не может быть расценено как устранение или недопущение конкуренции и сам факт наличия на товарном рынке иных хозяйствующих субъектов не может свидетельствовать о том, что предоставление государственной преференции в данном случае может привести к устранению или недопущению конкуренции <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ВСО от 14 августа 2013 г. по делу N A58-3679/2012.

В [п. 3 ч. 3 комментируемой статьи](#) следует читать "об отказе в даче согласия на предоставление", а не "об отказе в предоставлении государственной или муниципальной преференции", так как решение о предоставлении преференции принимается органом власти, а антимонопольный орган принимает решение о согласовании либо об отказе в согласовании предоставления преференции.

4. Принимая решение о даче согласия на предоставление государственной или муниципальной преференции, антимонопольный орган может ввести в ее отношении ограничения. Введение ограничений должно быть обосновано и направлено на обеспечение соблюдения установленных [ст. 19](#) Закона о защите конкуренции целей и уменьшение негативного воздействия предоставления преференции на конкуренцию. Судебные органы также подчеркивают, что в решении антимонопольного органа должно быть указано мотивированное обоснование введенного ограничения <1>.

<1> См.: [Постановление](#) ФАС СЗО от 10 декабря 2010 г. по делу N A05-4327/2010.

Антимонопольный орган может предусмотреть следующие ограничения в отношении государственных и муниципальных преференций:

- **ограничение предельного срока предоставления преференции.** Данные ограничения наиболее распространены при предоставлении преференции в виде передачи государственного или муниципального имущества (объекта недвижимости) в аренду на длительный срок. В этом случае антимонопольный орган может установить разумный срок предоставления преференции для уменьшения негативного воздействия на конкуренцию, исходя в том числе из достижения хозяйствующим субъектом окупаемости капитальных вложений в объект недвижимости в случае их осуществления;

- **ограничение круга лиц, которому может быть предоставлена государственная или муниципальная преференция** (подробнее об этом см. [комментарий к ст. 19](#) Закона о защите конкуренции). Антимонопольные органы могут отдельно указывать в решении о даче согласия на предоставление преференции, что она может использоваться исключительно лицом, которому она предоставлена;

- **ограничение размера государственной или муниципальной преференции.** Данные ограничения наиболее применимы при предоставлении преференции в виде передачи государственного или муниципального имущества или имущественных льгот, так как их размер можно точно измерить;

- **ограничение целей предоставления государственной или муниципальной преференции.** Антимонопольный орган может указать конкретные, более частные цели в рамках цели, указанной в [ст. 19](#) Закона о защите конкуренции, для достижения которых предоставляется преференция <1>.

<1> [Пункты 3.19](#) Административного регламента ФАС России по исполнению государственной функции по рассмотрению заявлений о даче согласия на предоставление государственной или муниципальной преференции, утвержденного Приказом ФАС России от 16 декабря 2009 г. N 841.

Перечень ограничений является открытым, и антимонопольный орган вправе установить иные ограничения в отношении предоставления преференций.

В случае принятия решения о введении ограничений орган, предоставивший преференцию, в соответствии с [ч. 4 комментируемой статьи](#) должен представить документы, подтверждающие соблюдение данных ограничений в течение месяца с даты предоставления преференции.

В случае поступления в антимонопольный орган заявления о нарушении органом власти антимонопольного законодательства при предоставлении хозяйствующему субъекту преференции антимонопольный орган обязан рассмотреть заявление в порядке, установленном [Законом](#) о защите конкуренции, даже в случае, если предоставление данной преференции было согласовано с антимонопольным органом.

Статья 21. Последствия нарушения требований настоящего Федерального закона при предоставлении и (или) использовании государственной или муниципальной преференции

Комментарий к [статье 21](#)

1. Согласно комментируемой [статье](#) последствия нарушения требований Закона о защите конкуренции при предоставлении и (или) использовании государственной или муниципальной преференции наступают в случае, если при осуществлении контроля за предоставлением и использованием государственной или муниципальной преференции антимонопольный орган в порядке, установленном федеральным антимонопольным органом, выявит факты предоставления преференций в нарушение порядка, установленного [ст. 20](#) Закона о защите конкуренции, или несоответствие ее использования заявленным в заявлении целям.

Указанные полномочия антимонопольный орган реализует путем проведения проверок, а также рассмотрения заявлений, материалов и возбуждения дел о нарушении антимонопольного законодательства.

Порядок проведения проверок установлен [Приказом](#) ФАС России от 25 мая 2012 г. N 340 "Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства Российской Федерации" (зарегистрирован в Минюсте России 18 июня 2012 г. N 24593).

Порядок рассмотрения заявлений, материалов, дел установлен [Приказом](#) ФАС России от 25 мая 2012 г. N 339 "Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства Российской Федерации". При этом рассмотрение дел о нарушении антимонопольного законодательства осуществляется в порядке, установленном [гл. 9](#) Закона о защите конкуренции.

Антимонопольный орган по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, как правило, принимает решение о нарушении положений [п. 7 ч. 1 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции, устанавливающих запрет на предоставление государственной или муниципальной преференции в нарушение требований, установленных [гл. 5](#) комментируемого Закона.

При этом круг субъектов, на которых распространяется установленный [п. 7 ч. 1 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции запрет, сужен по сравнению с субъектами, на которых распространяются остальные положения [ст. 15](#) Закона о защите конкуренции. Это объясняется тем, что согласно [ч. 1 ст. 19](#) Закона о защите конкуренции правом предоставления преференции обладают не все поименованные в [ч. 1 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции субъекты, а именно федеральные органы исполнительной власти, органы государственной власти субъекта РФ, органы местного самоуправления, иные осуществляющие функции указанных органов органы или организации.

2. Комментируемая [статья](#) закрепляет последствия выявления антимонопольным органом при осуществлении контроля за предоставлением и использованием государственной или муниципальной преференции следующих нарушений:

а) предоставление преференции в нарушение порядка, установленного [ст. 20](#) Закона о защите конкуренции (нарушения при предоставлении преференции), или

б) несоответствие использования преференции заявленным в заявлении о предоставлении такой преференции целям (нецелевое использование преференции).

3. Одним из наиболее распространенных на практике нарушений антимонопольного законодательства, квалифицируемых как предоставление преференции в нарушение порядка, установленного [ст. 20](#) Закона о защите конкуренции, является предоставление в пользование находящихся в государственной или муниципальной собственности помещений и иного имущества без проведения торгов в отсутствие соответствующего согласия антимонопольного органа (см. Постановления Президиума ВАС РФ от 11 марта 2014 г. N 16034/13, АС СКО от 13 февраля 2015 г. по делу N A53-17626/2012, ФАС УО от 28 мая 2014 г. по делу N A47-9069/2013, ФАС ПО от 14 марта 2012 г. по делу N A57-2689/2011, ФАС ДО от 19 сентября 2012 г. по делу N A16-1280/2011, решение Приморского УФАС России от 29 августа 2013 г. по делу N 46/08-2013).

Так, в [Постановлении](#) ФАС ПО от 14 марта 2012 г. по делу N A57-2689/2011 суд кассационной инстанции

отметил следующее:

"В силу того что законных оснований для применения положений [статей 19 и 20](#) Закона о защите конкуренции, дающих возможность заключения на новый срок договоров аренды без проведения конкурсов и аукционов, в данном случае не имелось, возобновление указанных договоров на новый срок должно было совершаться только по результатам проведения конкурса или аукциона либо при условии согласия антимонопольного органа на предоставление муниципальной преференции в форме передачи в безвозмездное пользование имущества без проведения торгов.

Однако комитетом данные требования закона не были выполнены...

Таким образом, передача комитетом обществу... муниципального имущества посредством продления договоров аренды недвижимого имущества на новый срок и заключение договора аренды без проведения торгов создало преимущественные условия для деятельности общества, как хозяйствующего субъекта по отношению к другим хозяйствующим субъектам, осуществляющим свою деятельность на территории муниципального образования город... и могло привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, что является нарушением [ч. 1 ст. 15](#) и [ч. 1 ст. 20](#) Закона о защите конкуренции".

Достаточно распространено и предоставление без согласования с антимонопольным органом хозяйствующим субъектам преимуществ финансового характера.

Так, в споре, рассмотрение которого завершилось вынесением [Определения](#) ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. N ВАС-1192/14 (дело N А33-762/2013), суды всех инстанций признали предоставление субсидий организациям топливно-энергетического и коммунального хозяйства для подготовки к отопительному периоду нарушением [ч. 1 ст. 15](#) Закона и отказали в признании незаконным соответствующего решения антимонопольного органа.

Основанием для данного вывода судов и антимонопольного органа послужило то, что в решении представительного органа местного самоуправления о бюджете была указана лишь общая сумма расходов бюджета по данному виду бюджетных ассигнований. Случаи и порядок предоставления такой субсидии, а также категории и (или) критерии отбора получателей субсидии, цели ее получения указанным решением предусмотрены не были.

Соответствующие вопросы были урегулированы нормативным актом местной администрации, что противоречило [п. 1 ч. 3 ст. 19](#) Закона о защите конкуренции и требовало согласования предоставления "субсидий" (преференций) с антимонопольным органом.

В другом случае суды вышестоящих инстанций признали нарушением [п. 1 ч. 3 ст. 19](#) Закона о защите конкуренции предоставление без согласования с антимонопольным органом субсидии муниципальному унитарному предприятию. Вывод судов основывался на неправомерности субсидирования предприятия на основании распоряжений мэра, при том что нормативный правовой акт представительного органа местного самоуправления не содержал положений, устанавливающих порядок определения размера муниципальной преференции (субсидии) ([Постановление](#) ВС РФ от 8 октября 2015 г. N 302-АД15-12590 по делу N А69-3311/2014).

4. Необходимо отметить, что достаточно распространенным в настоящее время способом устранения нарушений в виде предоставления хозяйствующим субъектам преференций без согласования с антимонопольными органами являются иски прокуроров о признании недействительными сделок, оформляющих предоставление таких преференций.

Так, уже упомянутым выше [Постановлением](#) Президиума ВАС РФ от 11 марта 2014 г. N 16034/13 было признано обоснованным удовлетворение иска заместителя прокурора Ростовской области о признании недействительным заключенного между муниципалитетом и хозяйствующим субъектом договора безвозмездного хранения имущества (водопроводных труб) с правом его эксплуатации хозяйствующим субъектом в целях обеспечения абонентов и потребителей услугами по водоснабжению и водоотведению, а также дополнительного соглашения к этому договору.

Договор был заключен без проведения торгов и согласования с антимонопольным органом. Факт нарушения местной администрацией [ч. 1 ст. 15](#), [ч. 1 ст. 17.1](#) Закона подтверждался решением и предписанием антимонопольного органа.

Отменяя постановление кассационной инстанции об отказе в иске, Президиум ВАС РФ сделал следующие принципиально важные и поддерживаемые в последующей практике судов выводы:

"Ссылаясь на наличие в [ст. 21](#) Закона о защите конкуренции специальных последствий, предусмотренных в случае нарушения порядка предоставления муниципальной преференции, суд кассационной инстанции не учел, что последствия, предусмотренные этой нормой, не исключают возможность признания спорных сделок ничтожными в порядке [статьи 168](#) Гражданского кодекса...

Наделение антимонопольного органа правом выдать предписание о принятии мер по возврату имущества, иных объектов гражданских прав или о принятии мер по прекращению использования преимущества хозяйствующим субъектом, получившим государственную или муниципальную преференцию, направлено на устранение обстоятельств, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции. Между тем вопрос действительности сделки, заключенной в нарушение указанных норм, исследуется самостоятельно. Признание спорных договоров ничтожными обусловлено наличием в [части 1 статьи 17.1](#), [статьях 19, 20](#) Закона явно выраженного императивного запрета на заключение подобных сделок, адресованного участникам оборота".

В свою очередь, в другом случае [Постановлением](#) 4 ААС от 19 сентября 2014 г. по делу N А78-3331/2014 было отменено решение суда первой инстанции и удовлетворен иск заместителя прокурора Забайкальского края, поданный в интересах городского поселения, о признании недействительным договора ипотеки.

В данном случае администрацией городского поселения было принято постановление о передаче объекта муниципального имущества (нежилого здания) в залог в качестве обеспечения исполнения хозяйствующим субъектом обязательств по кредитному договору. В дальнейшем между банком и хозяйствующим субъектом был подписан договор ипотеки данного здания. Актом проверки УФАС Забайкальского края было установлено, что администрация городского поселения в антимонопольный орган за дачей согласия на предоставление данной муниципальной преференции не обращалась.

Разрешая спор, суд апелляционной инстанции также сослался на приведенную выше позицию Президиума ВАС РФ.

5. Нецелевым использованием преференции на практике признавались, например, следующие ситуации.

В целях поддержки субъектов малого предпринимательства орган местного самоуправления предоставил индивидуальному предпринимателю в аренду без проведения торгов помещения муниципального нежилого фонда для использования под офис. По акту приема-передачи имущество передано для использования арендатору в удовлетворительном состоянии.

Предоставление преференции было согласовано территориальным антимонопольным органом.

В дальнейшем антимонопольным органом в рамках осуществления контроля за предоставлением и использованием муниципальных преференций установлено, что арендованное имущество арендатором не используется, здание с помещениями разрушено, земельный участок под зданием, а также смежные с ним земельные участки огорожены металлическим ограждением, за которым ведутся строительные работы.

В результате органу местного самоуправления было выдано предписание о принятии мер по возврату переданных в аренду помещений, оставленное в силе [Постановлением](#) 19 ААС от 16 июля 2014 г. по делу N А35-9574/2013.

В другом случае муниципалитет предоставил хозяйствующему субъекту для целей социальной защиты населения в аренду нежилые помещения на условиях внесения арендной платы по минимальным ставкам. Однако хозяйствующий субъект передал эти помещения в субаренду для организации торговли, при этом компания не смогла обосновать в суде, что такое использование помещений позволяло достичь цель предоставления преференции.

Суд не принял во внимание в том числе доводы хозяйствующего субъекта о наличии согласия Комитета по управлению муниципальным имуществом на передачу помещений в субаренду, поскольку такое согласие не было признано изменением цели предоставления преференции (см. [Постановление](#) ФАС СКО от 1 октября 2012 г. по делу N А63-11046/2011).

Статья 21 Закона о защите конкуренции предусматривает конкретные меры реагирования, которые применяют антимонопольные органы при выявлении нарушений порядка предоставления преференций или несоответствия ее использования целям, указанным в заявлении о даче согласия на предоставление преференции.

При установлении указанных нарушений антимонопольный орган в зависимости от формы предоставления преференции выдает хозяйствующему субъекту, которому предоставлена такая преференция, федеральному органу исполнительной власти, органу исполнительной власти субъекта РФ, органу местного самоуправления, иным осуществляющим функции указанных органов органам или организациям, предоставившим такую преференцию, следующие предписания:

а) о принятии мер по возврату имущества, иных объектов гражданских прав при условии, что преференция была предоставлена путем передачи государственного или муниципального имущества, иных объектов гражданских прав, либо

б) о принятии мер по прекращению использования преимущества хозяйствующим субъектом, получившим преференцию, при условии, что такая преференция была предоставлена в иной форме.

Это специальные виды предписаний, которые могут выдаваться антимонопольным органом при установлении факта нарушения **Закона** о защите конкуренции при предоставлении и использовании преференции.

Таким образом, адресатами предписания могут выступать как получатели преференций, так и органы (организации), их предоставившие.

При этом необходимо учитывать, что закон не связывает напрямую выдачу предписания органу государственной власти или местного самоуправления о принятии мер по возврату имущества, переданного в качестве муниципальной преференции, с признанием такого органа нарушившим антимонопольное законодательство (прежде всего **ст. 15** Закона).

В случае если антимонопольным органом установлен факт несоответствия использования муниципальной преференции заявленным целям, антимонопольный орган выдает (без рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства) как хозяйствующему субъекту, которому предоставлена такая преференция, так и органу власти, предоставившему ее, предписание о принятии мер по возврату имущества (Постановления 19 ААС от 18 июля 2014 г. по делу **N A35-9158/2013**, от 23 июля 2014 г. по делу **N A35-9780/2013**).

В то же время в зависимости от обстоятельств дела выдаче предписания может сопутствовать установление нарушения антимонопольного законодательства со стороны предоставившего преференцию органа власти. В частности, можно привести следующий пример из практики.

При рассмотрении дела об обжаловании органом власти решения антимонопольного органа о признании данного органа власти нарушившим **ч. 1 ст. 15, ч. 2 ст. 19** Закона суды признали спорное решение правомерным.

При этом судами было установлено, что ООО получило муниципальное имущество (нежилые помещения) в безвозмездное пользование в виде муниципальной преференции в целях социального обслуживания населения (для использования под мастерскую для организации реабилитационной работы с инвалидами в целях социального обеспечения населения). Однако ООО вместо согласованного использования предоставляло данные помещения в пользование по договорам аренды третьим лицам и, таким образом, осуществляло деятельность, приносящую доход.

Учитывая, что обязанность контроля за использованием спорного имущества лежала на данном органе власти и принимая во внимание, что последний, обладая информацией о нецелевом использовании ООО имущества, не принял надлежащих мер по его возвращению, суды пришли к выводу о наличии в действиях органа власти нарушений **ч. 1 ст. 15, ч. 2 ст. 19** Закона (**Постановление** АС УО от 28 марта 2016 г. по делу **N A47-1630/2015**).

6. Исполнение таких предписаний может осуществляться путем отмены органами власти принятых ими актов и осуществления действий по возврату имущества или имущественных прав в соответствии с

положениями, установленными для сторон договорных отношений, предусмотренных [ГК РФ](#).

Невыполнение в установленный срок выданного антимонопольным органом по факту выявленного нарушения предписания влечет административную ответственность по [ч. 2.1 ст. 19.5 КоАП РФ](#). Эта норма устанавливает для должностных лиц - нарушителей административные штрафы в размере от 18 тыс. до 20 тыс. руб. либо дисквалификацию на срок до трех лет; на юридических лиц - в размере от 300 тыс. до 500 тыс. руб.

7. Также внимания заслуживает вопрос о том, образует ли предоставление преференции с нарушением установленного порядка или несоответствие использования преференции заявленным в заявлении о предоставлении такой преференции целям состав административного правонарушения.

По нашему мнению, существующая редакция [КоАП РФ](#) позволяет ответить на этот вопрос следующим образом.

В случае нарушения органом власти (предоставляющей преференцию организацией) установленного порядка предоставления преференции должностные лица такого органа (организации) могут быть привлечены к административной ответственности по [ст. 14.9 КоАП РФ](#).

[Часть 1 этой статьи](#) предусматривает наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 15 тыс. до 30 тыс. руб., а [ч. 2](#) (применяется к должностным лицам, которые были ранее подвергнуты административному наказанию за аналогичное административное правонарушение) - наложение штрафа от 30 тыс. до 50 тыс. руб. либо применение дисквалификации на срок до трех лет.

Согласно [ч. 2 ст. 23.1 КоАП РФ](#) должностное лицо антимонопольного органа может передать дело об административном правонарушении по [ч. 2 ст. 14.9 КоАП РФ](#) на рассмотрение суда. В силу [ч. 3 ст. 23.1 КоАП РФ](#) переданные таким образом дела рассматривает арбитражный суд.

В качестве примера привлечения должностного лица к ответственности по [ч. 1 ст. 14.9 КоАП РФ](#) можно привести постановление руководителя Дагестанского УФАС России от 26 февраля 2014 г. о наложении штрафа по делу N 20А об административном правонарушении в отношении главы местной администрации.

В указанном постановлении отмечается, что "муниципальная преференция была предоставлена Администрацией... с нарушением [п. 7 ч. 1 ст. 15](#), [ч. ч. 1, 3 ст. 19](#), [ч. 1 ст. 20](#) Федерального закона от 26.07.2006 N 135-ФЗ "О защите конкуренции", без предварительного согласия антимонопольного органа.

Должностным лицом, допустившим данное правонарушение, является бывший глава администрации ГО "...".

Факт совершения Х. (на момент издания распоряжения от 4 октября 2011 г. N 472, которым ООО "..." была предоставлена муниципальная преференция, исполнял обязанности главы администрации ГО "...") правонарушения, предусмотренного [ч. 1 ст. 14.9 КоАП РФ](#), подтверждается материалами дела.

Ответственность за нарушение [ст. ст. 15, 19, 20](#) ФЗ "О защите конкуренции" предусмотрена [ч. 1 ст. 14.9 КоАП РФ](#).

В результате антимонопольный орган привлек главу местной администрации к административной ответственности в виде штрафа в размере 20 тыс. руб.

В качестве примеров привлечения к ответственности по [ч. 2 ст. 14.9 КоАП РФ](#) можно привести уже упоминавшееся [Постановление ВС РФ](#) от 8 октября 2015 г. N 302-АД15-12590 по делу N А69-3311/2014 и [Постановление ФАС ВСО](#) от 23 октября 2013 г. по делу N А69-1213/2013.

Так, данным [Постановлением ВС РФ](#) установлено, что решением Тывинского УФАС России мэрия города признана нарушившей [п. 7 ч. 1 ст. 15](#), [ст. ст. 19 и 20](#) Закона в части предоставления муниципальной преференции муниципальному автотранспортному предприятию в виде бюджетных субсидий на возмещение затрат (недополученных доходов) за оказание услуг населению по перевозке пассажиров на внутригородских маршрутах. Субсидии предоставлялись на основании постановлений мэрии города без предварительного согласования с антимонопольным органом.

Указанное решение послужило основанием для возбуждения дела об административном правонарушении о совершении мэром действий, недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством и способных привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции. Антимонопольным органом в суд на основании [ч. 3 ст. 23.1 КоАП РФ](#) направлено заявление о привлечении мэра к административной ответственности по [ч. 2 ст. 14.9 КоАП РФ](#).

Признав, что в данном случае мэрией не были выполнены условия для возможности предоставления субсидии без согласования с антимонопольным органом, а мэр города ранее привлекался судом к административной ответственности за аналогичное правонарушение, суд пришел к выводу о совершении мэром административного правонарушения, ответственность за которое установлена [ч. 2 ст. 14.9 КоАП РФ](#). Установив, что процессуальные нарушения при производстве по делу об административном правонарушении допущены не были, срок давности привлечения к административной ответственности не истек, оснований для признания совершенного правонарушения малозначительным не имеется, суд апелляционной инстанции назначил мэру административное наказание в виде штрафа в размере 30 тыс. руб.

В свою очередь, в указанном Постановлении ФАС ВСО, в частности, отмечается следующее: "Антимонопольным органом по факту нарушения мэром [п. 7 части 1 статьи 15, части 3 статьи 19 и статьи 20 Закона о защите конкуренции](#), выразившегося... в предоставлении муниципальной преференции муниципальному унитарному предприятию... в виде субсидии на благоустройство города... без согласования с антимонопольным органом, составлен протокол от 24.05.2013 N А15-14.9/13 об административном правонарушении, ответственность за которое предусмотрена [частью 2 статьи 14.9 КоАП РФ](#).

В соответствии с [частью 3 статьи 23.1 КоАП РФ](#) антимонопольный орган обратился в арбитражный суд с заявлением о привлечении мэра к административной ответственности, предусмотренной [частью 2 статьи 14.9 КоАП РФ](#).

Арбитражными судами установлено совершение мэром недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством действий, а именно предоставление на основании постановлений мэра субсидий лицу (муниципальному унитарному предприятию), которое не являлось получателем субсидий местного бюджета, факт наличия в действиях мэра вменяемого состава правонарушения подтверждается материалами дела и мэром не оспаривается.

Учитывая, что Постановлениями антимонопольного органа от 10.05.2012 N А06-14.9/12 и N 07-14.9/12 мэр ранее привлекался к административной ответственности, предусмотренной [частью 1 статьи 14.9 КоАП РФ](#) с назначением административного наказания в виде штрафа, суды обоснованно пришли к выводу о наличии в действиях мэра состава правонарушения, предусмотренного [частью 2 статьи 14.9 Кодекса](#)".

8. В то же время несоответствие использования преференции заявленным в заявлении о предоставлении такой преференции целям (нецелевое использование преференции) может влечь для получателя преференции неблагоприятные гражданско-правовые последствия, включая утрату возможности использования такой преференции.

Одним из эффективных инструментов контроля за соответствием использования преференции целям ее предоставления является применение антимонопольным органом ограничений в отношении предоставления преференций в соответствии с [п. 4 части 3 ст. 20 Закона о защите конкуренции](#).

В соответствии с [ч. 4 ст. 20 Закона о защите конкуренции](#) в случае, если решение о даче согласия на предоставление преференции дано с введением соответствующих ограничений, заявитель обязан представить документы, подтверждающие соблюдение установленных ограничений, перечень которых устанавливается антимонопольным органом, в месячный срок с даты предоставления преференции.

Такие ограничения могут касаться и целей использования преференции.

В целях исполнения данной нормы антимонопольные органы в своих решениях указывают на практике на то, что заявителю (субъекту права предоставления преференции) необходимо представить в антимонопольный орган копию соответствующего акта о предоставлении преференции, а также копии документов, которые подтверждают соблюдение установленных антимонопольным органом ограничений.

Например, в актах о предоставлении преференции, соответствующих договорах о предоставлении

преференции, приложениях к таким договорам должны содержаться сведения об установленных антимонопольным органом ограничениях, устанавливаться обязанность хозяйствующего субъекта по соблюдению введенных ограничений и санкции (в том числе договорные штрафы) за их несоблюдение.

На практике несоответствие использования преференции указанным в заявлении о даче согласия на предоставление данной преференции целям наряду с антимонопольным органом могут выявить и федеральные органы исполнительной власти, органы государственной власти субъекта РФ, органы местного самоуправления, иные осуществляющие функции указанных органов органы или организации, предоставившие такую преференцию, как стороны договорных правоотношений, связанных с предоставлением преференции.

Такие органы и организации вправе обратиться в антимонопольный орган с заявлением о нарушении антимонопольного законодательства и (или) с иском в арбитражный суд о расторжении договора, предусматривающего предоставление преференции, и, соответственно, возврате государственного или муниципального имущества, предоставленного в виде преференции (см. [Постановление](#) ФАС СКО от 1 октября 2012 г. по делу N A63-11046/2011), о взыскании установленных за нецелевое использование преференции договорных санкций.

В качестве примера можно привести также Постановления ФАС ВСО от [10 апреля 2014 г.](#), 3 ААС от [5 февраля 2014 г.](#) по делу N A33-11429/2013:

Департамент муниципального имущества и земельных отношений администрации города обратился в арбитражный суд с иском к ООО о взыскании задолженности по арендной плате и пени, расторжении договора аренды нежилых зданий и об обязании вернуть нежилые здания.

Иск был удовлетворен, договор аренды расторгнут. Суды обязали ответчика возвратить истцу арендованное имущество, взыскали основной долг по арендной плате и пени.

При этом судами было установлено, что на основании распоряжения администрации города в целях поддержки субъектов малого предпринимательства в рамках предоставления муниципальной преференции между департаментом (арендодателем) и ООО (арендатором) был заключен договор аренды, по условиям которого арендатору во временное пользование для использования под производство и хранение произведенных овощей и продукции питомников, а также размещения весовой и проходной были переданы несколько зданий. Предоставление имущества осуществлялось на льготных условиях (пониженная арендная ставка). Предоставление преференции было согласовано с антимонопольным органом.

Вместе с тем в дальнейшем департамент установил и подтвердил актом проверки (данный акт был предусмотрен договором аренды как доказательство ненадлежащего исполнения арендатором договорных обязательств) и фотоматериалами нецелевое использование арендованного имущества. В частности, было установлено, что объекты, переданные ответчику по договору аренды в рамках предоставления муниципальной преференции, использовались под склады, гаражные боксы, под изготовление теплиц, металлических изделий, мягкой мебели, бетонных изделий (бордюров, тротуарной плитки, брусчатки).

Доначисление (пересчет) арендных платежей в данном случае основывалось на применении департаментом к арендатору более высокого коэффициента арендной платы по сравнению с тем, который использовался бы при выполнении арендатором условий предоставления преференции.

Необходимо отметить, что возможность ограничения арендатора в направлениях использования арендованного имущества установлена также [п. 1 ст. 615](#) ГК РФ, согласно которому арендатор обязан пользоваться арендованным имуществом в соответствии с условиями договора аренды.

Правоприменительная практика подтверждает возможность ограничения арендатора в направлениях использования арендуемого имущества (в том числе здания, помещения) и применения при нарушении данных ограничений штрафных санкций, а также расторжения договора ([Определение](#) ВС РФ от 28 августа 2015 г. N 305-ЭС15-9969, [Постановление](#) АС ВВО от 17 марта 2015 г. по делу N A28-6381/2014, и др.).

9. В определенных случаях заключение органом власти и хозяйствующим субъектом соглашения о предоставлении преференции, при реализации которого преференция используется нецелевым образом, может служить основанием для привлечения как органа власти, так и получателя преференции к административной ответственности по [ч. 3 ст. 14.32](#) КоАП РФ.

Глава 6. ФУНКЦИИ И ПОЛНОМОЧИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ОРГАНА

Статья 22. Функции антимонопольного органа

Комментарий к [статье 22](#)

1. В соответствии с Постановлениями Правительства РФ от 7 апреля 2004 г. [N 189](#) "Вопросы Федеральной антимонопольной службы" и от 30 июня 2004 г. [N 331](#) "Об утверждении Положения о Федеральной антимонопольной службе" функции антимонопольного органа реализуются ФАС России и ее территориальными органами.

Учитывая предмет регулирования [Закона](#) о защите конкуренции, комментируемая [статья](#) определяет основные функции антимонопольного органа, связанные непосредственно с осуществлением деятельности по контролю за соблюдением антимонопольного законодательства.

Вместе с тем в указанных актах Правительства РФ установлены также иные функции антимонопольного органа - по контролю за соблюдением законодательства в сфере деятельности субъектов естественных монополий, в сфере государственного регулирования цен (тарифов) на виды товаров (услуг), подлежащих государственному регулированию, рекламы, по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, по контролю в сфере государственного оборонного заказа, в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд и в сфере закупок товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц, а также по согласованию закрытых способов определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей).

Несмотря на то что данные функции антимонопольного органа непосредственно не относятся к контролю за соблюдением антимонопольного законодательства, они тесно с ним связаны. Так, функция по контролю за деятельностью субъектов естественной монополии и регулированию тарифов связана с предупреждением злоупотребления доминирующим положением естественными монополиями и регулируемыми компаниями, функция по контролю за рекламой - с предупреждением недобросовестной конкуренции, функция по контролю в сфере государственных закупок - с антимонопольным контролем над торгами. Функция по контролю за иностранными инвестициями в стратегические отрасли является смежной с функцией контроля за экономической концентрацией.

2. Функции антимонопольного органа в некоторых случаях пересекаются с функциями других государственных органов.

Так, некоторые вопросы размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд относятся к сфере ведения Министерства экономического развития РФ. В частности, оно определяет условия допуска товаров, происходящих из иностранных государств, для целей осуществления закупок, обеспечивает мониторинг закупок товаров, работ, услуг для государственных и муниципальных нужд ^{<1>}. Но данная функция Минэкономразвития России не охватывает вопросы контроля за соблюдением процедуры размещения заказа и прав его участников, которые отнесены к функциям ФАС России.

^{<1>} [Постановление](#) Правительства РФ от 5 июня 2008 г. [N 437](#) "О Министерстве экономического развития Российской Федерации".

Функции ЦБ РФ и ФАС России являются смежными в части контроля за экономической концентрацией, осуществляемой финансовыми организациями: ЦБ РФ уполномочен давать предварительное согласие на совершение ряда сделок кредитных организаций ^{<1>}. Однако получение предварительного согласия ЦБ РФ не отменяет необходимость получать согласие антимонопольного органа на совершение сделки, если существуют соответствующие основания.

^{<1>} [Статья 61](#) Федерального закона от 10 июля 2002 г. [N 86-ФЗ](#) "О Центральном банке Российской Федерации".

Федерации (Банке России)".

Ранее функции ФАС России пересекались также с функциями ФСТ и Федеральной службы по оборонному заказу. Однако с их упразднением и передачей их функций ФАС России этот вопрос более не является актуальным <1>.

<1> **Указы** Президента РФ от 21 июля 2015 г. N 373 "О некоторых вопросах государственного управления и контроля в сфере антимонопольного и тарифного регулирования", от 8 сентября 2014 г. N 613 "О некоторых вопросах государственного управления и контроля в сфере государственного оборонного заказа вооружения, военной, специальной техники и материальных средств".

3. **Дорожной картой** "Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики" <1> предусматривалось включение функций по развитию конкуренции в приоритеты деятельности органов исполнительной власти. Во исполнение данного положения в августе 2013 г. Правительством РФ были внесены изменения в акты о полномочиях федеральных органов исполнительной власти. Изменения заключались в появлении у них дополнительного полномочия по разработке и реализации мер по развитию конкуренции на товарных рынках, включая выполнение соответствующих ведомственных целевых программ, в установленной сфере деятельности. Данное полномочие получили Министерство транспорта, Министерство энергетики, Министерство связи и массовых коммуникаций, Министерство экономического развития, Министерство промышленности и торговли, Министерство сельского хозяйства, Федеральная служба по регулированию алкогольного рынка, Министерство образования и науки, Министерство культуры, Министерство здравоохранения.

<1> **Распоряжение** Правительства РФ от 28 декабря 2012 г. N 2579-р "Об утверждении плана мероприятий ("дорожной карты") "Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики" и отмене распоряжений Правительства РФ от 19 мая 2009 г. N 691-р и от 17 декабря 2010 г. N 2295-р". Документ утратил силу с 6 февраля 2016 г.

Функция развития конкуренции федеральными органами исполнительной власти является дополнением к соответствующей функции ФАС России. Она нацелена на усиление отраслевого воздействия на конкуренцию и, как указывают представители антимонопольного органа, ее реализация позволит сократить количество нарушений законодательства о защите конкуренции со стороны самих государственных органов <1>.

<1> <http://www.rg.ru/2013/08/27/fas.html>

4. В **п. 1 комментируемой статьи** выделен круг субъектов, а также отдельные сферы деятельности, на которые распространяется действие антимонопольного законодательства.

При этом в качестве таких субъектов не указан ЦБ РФ, однако вывод о распространении антимонопольного законодательства на его деятельность следует из содержания других положений **Закона** о защите конкуренции (например, **ст. 3** и положений **гл. 3**).

Антимонопольное регулирование в сфере природных ресурсов осуществляется с учетом положений нормативных правовых актов, регламентирующих отношения в указанной сфере.

5. **Пункт 2 комментируемой статьи** определяет правоохранительную функцию антимонопольного органа, которая состоит в выявлении, пресечении и привлечении к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства. Реализация данной функции осуществляется в соответствии с **гл. 9** Закона о защите конкуренции.

6. **Пункт 3 комментируемой статьи** выделяет превентивную функцию антимонопольного органа. Здесь в качестве основного средства предупреждения нарушения антимонопольного законодательства, в частности монополистической деятельности, следует выделить механизм направления антимонопольным органом

предостережений о недопустимости совершения действий, которые могут привести к нарушению антимонопольного законодательства, и предупреждений о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства, в порядке, предусмотренном [ст. ст. 25.7 и 39.1](#) Закона о защите конкуренции соответственно.

Кроме того, в качестве формы реализации превентивной функции антимонопольного органа можно выделить подготовку и публикацию антимонопольным органом разъяснений и методических рекомендаций по порядку применения антимонопольного законодательства, в том числе по результатам рассмотрения обращений физических и юридических лиц, выступления должностных лиц антимонопольных органов на конференциях и семинарах и иные действия, направленные на адвокатирование конкуренции. Также эта функция будет осуществляться коллегиальными органами ФАС России при рассмотрении ими материалов изучения и обобщения практики применения антимонопольного законодательства и выпуска разъяснений по вопросам его применения в соответствии с [ч. 4 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции.

7. [Пункт 4 комментируемой статьи](#) относит к функциям антимонопольного органа также государственный контроль за **экономической концентрацией** (в том числе при проведении торгов), которая определяется как сделки, иные действия, осуществление которых оказывает влияние на состояние конкуренции. Порядок реализации данной функции регламентирован [гл. 7](#) Закона о защите конкуренции.

Здесь так же, как и в [п. 1 комментируемой статьи](#), необходимо отметить, что государственный контроль за экономической концентрацией в сфере использования природных ресурсов осуществляется с учетом положений нормативных правовых актов, регламентирующих отношения в указанной сфере, некоторые из которых используют обратную отсылку к [Закону](#) о защите конкуренции [<1>](#), а некоторые предусматривают самостоятельное регулирование данных отношений [<2>](#).

[<1>](#) См., напр.: Лесной [кодекс](#) РФ, Федеральный [закон](#) от 20 декабря 2004 г. N 166-ФЗ "О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов".

[<2>](#) [Статья 40](#) Водного кодекса РФ определяет, что порядок осуществления государственного контроля за экономической концентрацией в области использования водных объектов устанавливается Правительством РФ. Данный порядок установлен [Постановлением](#) Правительства РФ от 8 апреля 2009 г. N 314.

8. В судебной практике ссылка на функции антимонопольного органа часто используется в качестве исходной точки для дальнейшего правового анализа. Так, встречается ссылка на функцию контроля за экономической концентрацией [<1>](#), функцию контроля за соблюдением антимонопольного законодательства [<2>](#), правоохрнительную функцию [<3>](#), превентивную функцию [<4>](#) по отдельности или на комбинацию этих функций, а также ссылка на все функции антимонопольного органа в совокупности [<5>](#).

[<1>](#) См., напр.: [Постановление](#) ФАС ВСО от 9 октября 2012 г. по делу N A19-6645/2012.

[<2>](#) См., напр.: [Постановление](#) ФАС МО от 6 февраля 2014 г. по делу N A40-49279/13-33-472.

[<3>](#) См., напр.: [Постановление](#) ФАС ДО от 2 декабря 2013 г. по делу N A73-3221/2013.

[<4>](#) См., напр.: [Постановление](#) ФАС ВВО от 11 сентября 2013 г. по делу N A79-11462/2012.

[<5>](#) См., напр.: [Постановление](#) ФАС ВВО от 22 ноября 2013 г. по делу N A43-30686/2012.

Статья 23. Полномочия антимонопольного органа

Комментарий к [статье 23](#)

1. Полномочия антимонопольного органа являются производными от его функций, закрепленных в [ст. 22](#) Закона о защите конкуренции, и необходимы для осуществления указанных функций.

При этом полномочия антимонопольного органа, установленные комментируемой [статьей](#), можно разделить на восемь групп:

- возбуждение и рассмотрение дел о нарушениях антимонопольного законодательства;
- выдача предупреждений, предостережений, предложений и предписаний, направленных на недопущение или прекращение совершения действий (бездействия), нарушающих антимонопольное законодательство или создающих угрозу такого нарушения;
- привлечение к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства;
- обращение в суд с исками, заявлениями о нарушении антимонопольного законодательства;
- ведение реестра лиц, привлеченных к административной ответственности;
- размещение в открытом доступе решений и предписаний, затрагивающих интересы неопределенного круга лиц;
- установление доминирующего положения хозяйствующих субъектов;
- пересмотр решений и предписаний территориальных антимонопольных органов.

Перечень полномочий антимонопольного органа, указанных в комментируемой [статье](#), исходя из [п. 13 ч. 1 данной статьи](#) является открытым.

Наряду с полномочиями, указанными в [ст. 23](#) Закона о защите конкуренции, антимонопольный орган осуществляет иные полномочия, предусмотренные [Законом](#) о защите конкуренции, другими федеральными законами, указами Президента РФ, постановлениями Правительства РФ.

2. Полномочие возбуждать и рассматривать дела о нарушениях антимонопольного законодательства является одним из ключевых и реализуется антимонопольным органом через коллегиальную процедуру рассмотрения таких дел и принятия по ним решений ([гл. 9](#) Закона о защите конкуренции).

Сроки и последовательность административных процедур, направленных на реализацию полномочия антимонопольного органа возбуждать и рассматривать дела о нарушениях антимонопольного законодательства, установлены Административным [регламентом](#) ФАС России по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства РФ, утвержденным Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 339.

Для рассмотрения каждого дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган создает комиссию по рассмотрению дела, которая правомочна рассматривать дело в присутствии не менее чем 50% общего числа членов комиссии, но не менее чем трех членов комиссии, без права воздерживаться от голосования при решении вопросов, возникающих в ходе рассмотрения дела ([ст. 40](#) Закона о защите конкуренции). Данный порядок подчеркивает важность указанного полномочия в первую очередь с точки зрения правовых последствий принимаемых комиссией решений.

Рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства завершается принятием комиссией решения ([ст. 41](#) Закона о защите конкуренции).

3. Если на момент вынесения комиссией решения по делу нарушение антимонопольного законодательства не прекращено, ответчику по делу выдается обязательное для исполнения предписание, неисполнение которого влечет за собой административную ответственность, не освобождая лицо, которому выдано предписание, от исполнения предписания.

Предписание по делу о нарушении антимонопольного законодательства изготавливается одновременно с решением. Копия предписания немедленно направляется или вручается лицу, которому предписывается совершить определенные решением действия. Предписание по делу о нарушении антимонопольного законодательства подлежит исполнению в установленный им срок.

Антимонопольный орган осуществляет контроль за исполнением выданных предписаний.

Неисполнение (уклонение от исполнения), в том числе в какой-то части (частичное исполнение), включая срок исполнения (несвоевременное исполнение) предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства, влечет за собой административную ответственность в виде административного штрафа на должностных лиц в размере от 18 тыс. до 20 тыс. руб. либо дисквалификацию на срок до трех лет; на юридических лиц - от 300 тыс. до 500 тыс. руб. ([ч. 2.1 ст. 19.5 КоАП РФ](#)).

Лицо, чьи действия (бездействие) признаны монополистической деятельностью или недобросовестной конкуренцией и являются недопустимыми в соответствии с антимонопольным законодательством, по предписанию антимонопольного органа обязано перечислить в федеральный бюджет доход, полученный от таких действий (бездействия). В случае неисполнения этого предписания доход, полученный от монополистической деятельности или недобросовестной конкуренции, подлежит взысканию в федеральный бюджет по иску антимонопольного органа.

Решение или предписание антимонопольного органа могут быть обжалованы в течение трех месяцев со дня принятия решения или выдачи предписания в судебном порядке или в административном порядке в коллегиальные органы ФАС России в течение месяца. В случае подачи заявления в суд или арбитражный суд исполнение предписания антимонопольного органа приостанавливается до вступления решения суда в законную силу.

Пленум ВАС РФ в [п. 14 Постановления](#) N 30 отмечает, что антимонопольный орган в соответствии с полномочиями, перечисленными в [п. 2 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции, вправе включить в предписание указание на совершение конкретных действий, выполнение которых лицом, нарушившим антимонопольное законодательство, позволит восстановить права других лиц, нарушенные вследствие злоупотребления доминирующим положением, ограничения конкуренции или недобросовестной конкуренции, в необходимом для этого объеме. При этом в случае нарушения антимонопольного законодательства одним из членов группы лиц предписание может быть дано и иным членам группы в случае, если они способны обеспечить устранение нарушения.

Предписание антимонопольного органа обладает следующими свойствами:

- официальность - выносится от имени государства;
- властный характер - обеспечено силой государственного принуждения;
- правоустанавливающее значение - оценивается правомерность действий или бездействия различных субъектов и признается существование определенных фактов;
- конкретность - адресовано определенным лицам;
- подконтрольность - может быть обжаловано как в судебном, так и в административном порядке.

Выдаваемые антимонопольным органом на основании решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства обязательные для исполнения предписания различаются по составу лиц, на которых они направлены, и делятся на предписания, выдаваемые хозяйствующим субъектам, органам власти, организаторам торгов, конкурсным или аукционным комиссиям, продавцам государственного или муниципального имущества, организаторам продажи.

Предписания, выдаваемые хозяйствующим субъектам, чаще содержат конкретные требования, но могут содержать и указание на недопущение антиконкурентных действий (бездействия), обеспечение конкуренции путем указания на установленное решением по делу нарушение, совмещенного с требованием устранения такого нарушения и его последствий.

[Пунктом 2 ч. 1 комментируемой статьи](#) установлен закрытый перечень действий, которые могут быть включены в предписание хозяйствующему субъекту. В то же время положения [подп. "д" и "ж" п. 2 ч. 1 комментируемой статьи](#) фактически делают данный перечень действий открытым, предусматривая выдачу хозяйствующему субъекту предписания о недопущении действий, которые могут являться препятствием для возникновения конкуренции и (или) могут привести к ограничению, устранению конкуренции и нарушению

антимонопольного законодательства, предписания о прекращении иных нарушений антимонопольного законодательства, а также предписания о совершении действий, направленных на восстановление конкуренции.

Так, в предписании может содержаться указание на необходимость установления (регламентации) порядка товарооборота (оказания услуг, выполнения работ), обоснованного технологически и (или) экономически.

В п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ N 30 указано, что антимонопольный орган, установив факт нарушения антимонопольного законодательства (например злоупотребления хозяйствующим субъектом доминирующим положением), принимает меры по прекращению соответствующего нарушения, обеспечению условий конкуренции, а также привлечению нарушителей к административной ответственности.

Однако необходимо учитывать, что, прекращая нарушение антимонопольного законодательства, антимонопольный орган не вправе в рамках своей компетенции разрешать гражданско-правовые споры хозяйствующих субъектов. В частности, он не полномочен защищать субъективные гражданские права потерпевшего от такого нарушения путем вынесения предписания нарушителю об уплате контрагенту задолженности или о возмещении понесенных убытков.

Пункт 6 Постановления Пленума ВАС РФ N 30 содержит пояснение о наличии у антимонопольного органа, на основании подп. "и" п. 2 ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции, права (при наличии соответствующего ходатайства) по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, допущенном при заключении конкретного договора, вынести предписание об изменении условий заключенного договора или о его расторжении.

При этом Пленум ВАС РФ указывает, что если установлено, что с иными лицами заключены договоры, содержащие аналогичные условия, антимонопольный орган при отсутствии ходатайств этих лиц вправе обязать хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, направить предложение своим контрагентам об изменении или о расторжении таких договоров.

Подпункт "к" п. 2 ч. 1 комментируемой статьи предусматривает выдачу хозяйствующим субъектам предписаний о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства. В случае неисполнения этого предписания доход, полученный от монополистической деятельности или недобросовестной конкуренции, подлежит взысканию в федеральный бюджет по иску антимонопольного органа.

При этом, как указано в Постановлении КС РФ от 24 июня 2009 г. N 11-П, положения Закона о защите конкуренции, регламентирующие взыскание в федеральный бюджет дохода, полученного группой хозяйствующих субъектов в связи с нарушением антимонопольного законодательства, в их конституционно-правовом истолковании исходят из необходимости определения подлежащей взысканию суммы дохода персонально с каждого из этих субъектов пропорционально незаконно полученному.

Фактическая открытость перечня действий, на осуществление которых может быть указано в предписании, выдаваемом хозяйствующему субъекту, обусловлена открытостью перечня действий (бездействия), которые могут быть квалифицированы как нарушения антимонопольного законодательства.

4. Предписания, выдаваемые в соответствии с п. 3 ч. 1 комментируемой статьи органам власти (федеральным органам исполнительной власти, органам исполнительной власти субъектов РФ, органам местного самоуправления, иным осуществляющим функции указанных органов органам или организациям, а также государственным внебюджетным фондам), их должностным лицам, за исключением случаев, установленных п. 4 ч. 1 комментируемой статьи, могут содержать следующие требования:

а) об отмене или изменении актов, нарушающих антимонопольное законодательство;

б) о прекращении или об изменении соглашений, нарушающих антимонопольное законодательство;

в) о прекращении иных нарушений антимонопольного законодательства, в том числе о принятии мер по возврату имущества, иных объектов гражданских прав, переданных в качестве государственной или муниципальной преференции;

г) о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции.

При этом, как указано в [Определении](#) КС РФ от 3 апреля 2012 г. N 630, предписание об изменении нормативного акта, нарушающего антимонопольное законодательство, может использоваться антимонопольным органом только в целях исключения из такого акта не соответствующих антимонопольному законодательству положений и не должно содержать требований о внесении в него дополнений. КС РФ в [Определении](#) от 27 октября 2015 г. N 2531-О подтвердил, что сами по себе предписания антимонопольного органа об отмене или изменении нарушающих антимонопольное законодательство актов силой принудительного исполнения не обладают.

Иное означало бы неправомерное вмешательство антимонопольного органа в компетенцию органов или организаций, принявших нормативный акт и обладающих правом по своему усмотрению определять способы (варианты) изменения содержащихся в таком акте положений, включая устранение имеющихся в нем пробелов, в целях приведения в соответствие с требованиями антимонопольного законодательства, а применительно к муниципальным нормативным правовым актам свидетельствовало бы также об отступлении от гарантированной [ст. 12 Конституции РФ](#) самостоятельности местного самоуправления.

В [Обзоре](#) практики ВС РФ отражен вывод о том, что из [подп. "д" п. 2 ч. 1 ст. 23 Закона](#) о защите конкуренции следует, что антимонопольный орган в рамках рассмотрения дел по [ч. ч. 1 и 2 ст. 15 Закона](#) о защите конкуренции полномочен вынести предписание о пресечении выявленного нарушения лишь в том случае, когда оно привело либо могло привести к нарушению охраняемого законом баланса экономических интересов хозяйствующих субъектов, осуществляющих деятельность на одном и том же рынке в соответствующих географических границах. При этом ВС РФ указал, что данный вывод согласуется с содержанием [п. 8 Постановления](#) Пленума ВАС РФ N 30.

В [Определении](#) от 7 декабря 2015 г. N 306-КГ15-10666 ВС РФ также указал, что обязательные для исполнения предписания антимонопольного органа об отмене актов, нарушающих антимонопольное законодательство, а также о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции, должны быть направлены на реальное восстановление конкурентной среды, претерпевшей негативное воздействие со стороны указанных органов, и обладать признаком исполнимости.

Следует отметить, что [п. 3 ч. 1 комментируемой статьи](#) содержит положения ([подп. "в" и "г" и "д" и "ж" п. 2 ч. 1 комментируемой статьи](#)), делающие перечень предписываемых органам власти действий открытым, позволяя максимально гибко реагировать на нарушения антимонопольного законодательства.

5. Предписания, выдаваемые в соответствии с [п. 3.1 ч. 1 комментируемой статьи](#), направлены на случаи выявления нарушений антимонопольного законодательства при организации и проведении конкурентных процедур (торгов, иных способов), связанных с выбором потенциального контрагента. Такие предписания выдаются организатору торгов, конкурсной или аукционной комиссии, продавцу государственного или муниципального имущества, организатору продажи. Антимонопольный орган выдает обязательные для исполнения предписания о совершении действий, направленных на устранение нарушений порядка организации, проведения торгов, продажи государственного или муниципального имущества (далее по тексту комментария к настоящей статье - торги), порядка заключения договоров по результатам торгов или в случае признания торгов несостоявшимися, в том числе предписания об отмене протоколов, составленных в ходе проведения торгов, о внесении изменений в документацию о торгах, извещение о проведении торгов, об аннулировании торгов.

Положения комментируемого [пункта](#) коррелируют с [п. 2 ч. 22 ст. 99 Закона](#) о ФКС, согласно которому при выявлении в результате проведения контрольным органом в сфере закупок плановых и внеплановых проверок, а также в результате рассмотрения жалобы на действия (бездействие) заказчика, уполномоченного органа, уполномоченного учреждения, специализированной организации, оператора электронной площадки или комиссии по осуществлению закупок нарушений законодательства РФ и иных нормативных правовых актов о контрактной системе в сфере закупок контрольный орган в сфере закупок вправе выдавать обязательные для исполнения предписания об устранении таких нарушений в соответствии с законодательством РФ, в том числе об аннулировании определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей).

Кроме того, анализ данной нормы свидетельствует о том, что такие предписания антимонопольного органа

могут быть направлены в том числе на организаторов торгов по реализации арестованного имущества в соответствии с Федеральным [законом](#) от 2 октября 2007 г. N 229-ФЗ "Об исполнительном производстве", что подтверждается позицией, изложенной в [Определении](#) ВАС РФ от 24 мая 2013 г. по делу N А40-112560/2012, а также [Обзоре](#) практики ВС РФ.

Также в [Обзоре](#) практики ВС РФ Суд, опираясь на материалы практики Президиума ВАС РФ, АС ПО и АС УО, обратил внимание на то, что поскольку федеральным законодательством предусмотрена возможность обращения в антимонопольный орган с жалобами на действия (бездействие) организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной или аукционной комиссии, которые нарушают установленный нормативными правовыми актами порядок организации и проведения торгов, и в [Законе](#) не содержится изъятий в отношении торгов, проводимых в ходе проведения банкротных процедур, следовательно, антимонопольный орган полномочен выносить предписания организаторам торгов, в том числе конкурсным управляющим, об устранении нарушений законодательства о защите конкуренции, допущенных при организации и проведении торгов в рамках банкротства.

6. [Пунктом 3.2 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции антимонопольный орган наделен полномочием выдавать предупреждения о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства, в случаях, указанных в [Законе](#) о защите конкуренции ([ст. 39.1](#) Закона о защите конкуренции).

Предупреждения выдаются в целях пресечения действий (бездействия), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции и (или) ущемлению интересов других лиц (подробнее см. [комментарий к ст. 39.1](#) Закона о защите конкуренции).

7. [Пункт 4 ч. 1 комментируемой статьи](#) предоставляет антимонопольному органу право направлять в ЦБ РФ предложения о приведении в соответствие с антимонопольным законодательством принятых им актов и (или) прекращении действий в случае, если такие акты и (или) действия нарушают антимонопольное законодательство.

В данном случае предложение не носит обязательного для исполнения характера, поскольку адресовано специальному субъекту регулирования в лице ЦБ РФ, на который с 1 сентября 2013 г. Федеральным [законом](#) от 23 июля 2013 г. N 251-ФЗ также возложены и полномочия по регулированию, контролю и надзору в сфере финансовых рынков.

Однако необязательность исполнения предложения компенсируется (при необходимости) полномочием антимонопольного органа на обращение в арбитражный суд с соответствующим иском, заявлением о нарушении антимонопольного законодательства, закрепленным в [п. 6 ч. 1 комментируемой статьи](#).

8. Более близким по своей природе к предупреждению является предостережение, полномочием по направлению которого антимонопольный орган наделен [п. 4.1 ч. 1 комментируемой статьи](#).

Согласно указанной норме антимонопольный орган направляет в письменной форме за подписью руководителя или заместителя руководителя антимонопольного органа предостережения о недопустимости нарушения антимонопольного законодательства должностным лицам хозяйствующих субъектов, публично заявляющим о планируемом поведении на товарном рынке, если такое поведение может привести к нарушению антимонопольного законодательства.

Механизм реализации данного полномочия установлен [ст. 25.7](#) Закона о защите конкуренции (см. [комментарий к ней](#)).

9. [Пункт 4.2 ч. 1 комментируемой статьи](#) наделяет антимонопольный орган полномочием рассматривать жалобы на нарушение процедуры обязательных в соответствии с законодательством РФ торгов, продажи государственного или муниципального имущества. Данное полномочие тесно связано [п. 3.1 ч. 1 комментируемой статьи](#), но относится к порядку рассмотрения жалоб на нарушения процедурного характера.

Сам порядок реализации данного полномочия антимонопольного органа раскрывается в [ст. 18.1](#) Закона о защите конкуренции (см. [комментарий к ней](#)).

10. Одним из наиболее важных полномочий антимонопольного органа является полномочие привлекать к

ответственности за нарушение антимонопольного законодательства коммерческие и некоммерческие организации, их должностных лиц, должностных лиц федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления, иных осуществляющих функции указанных органов органов или организаций, а также должностных лиц государственных внебюджетных фондов, физических лиц, в том числе индивидуальных предпринимателей, в случаях и в порядке, которые установлены законодательством РФ (см. [комментарий к ст. 37](#) Закона о защите конкуренции).

11. Помимо указанных полномочий, антимонопольным органам предоставлено право обращаться в арбитражный суд с исками, заявлениями о нарушении антимонопольного законодательства.

Данное полномочие антимонопольных органов закреплено в [п. 6 ч. 1 комментируемой статьи](#).

Перечень исков и заявлений о нарушении антимонопольного законодательства, с которыми антимонопольный орган вправе обращаться в арбитражный суд, является открытым и предусматривает в том числе иски и заявления:

- о признании недействующими либо недействительными полностью или частично противоречащих антимонопольному законодательству, в том числе создающих необоснованные препятствия для осуществления предпринимательской деятельности, ненормативных актов федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления, иных осуществляющих функции указанных органов органов или организаций, а также государственных внебюджетных фондов, ЦБ РФ;

- о признании недействительными полностью или частично договоров, не соответствующих антимонопольному законодательству;

- об обязательном заключении договора;

- об изменении или о расторжении договора;

- о ликвидации юридических лиц в случаях, предусмотренных антимонопольным законодательством;

- о взыскании в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства;

- о привлечении к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства лиц, допустивших такое нарушение;

- о признании торгов недействительными;

- о понуждении к исполнению решений и предписаний антимонопольного органа.

При этом, как указано в [п. 23](#) Постановления Пленума ВАС РФ N 30, право антимонопольного органа обращаться в арбитражный суд с исками, заявлениями о понуждении к исполнению своих решений и предписаний не может рассматриваться как предоставляющее указанному органу возможность заявлять требования о подтверждении законности своего решения и (или) о выдаче исполнительного листа.

Это право предполагает в случае неисполнения лицом выданного ему предписания, помимо привлечения данного лица к административной ответственности, право антимонопольного органа обратиться в арбитражный суд с самостоятельным требованием к нарушителю, связанным с исполнением решения и направленным на устранение и (или) предотвращение нарушения антимонопольного законодательства, в рамках полномочий антимонопольного органа, определенных [п. 6 ч. 1 комментируемой статьи](#).

Так, могут быть заявлены требования о признании недействительными полностью или частично договоров, не соответствующих антимонопольному законодательству, об обязательном заключении договора, об изменении или о расторжении договора, о признании торгов недействительными и др.

В [Определении](#) от 23 мая 2016 г. N 302-КГ16-4289 ВС РФ подтвердил правомерность действий антимонопольного органа при реализации полномочия, закрепленного в [подп. "б" п. 6 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции, на обращение в арбитражный суд с иском о признании недействительными заключенных

договоров, указав следующее: "При рассмотрении настоящего спора суды, учитывая установленные в рамках дела N А33-24852/2014 Арбитражного суда Красноярского края обстоятельства, согласно которым спорные действия заявителя направлены на получение преимуществ на рынке оказываемых услуг, что является проявлением недобросовестной конкуренции, которая в силу [п. 2 части 1 статьи 14](#) Закона о защите конкуренции не допускается, руководствуясь положениями [статьи 69](#) Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, [статей 12, 166, 168](#) Гражданского кодекса Российской Федерации, [статей 14 и 23](#) Закона о защите конкуренции, Федерального [закона](#) от 18.07.2011 N 223-ФЗ "О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц", пришли к выводу о наличии правовых оснований для признания оспариваемых договоров от 13.03.2014 недействительными".

Дела об оспаривании нормативных правовых актов рассматриваются в ВС РФ.

12. Полномочие антимонопольного органа, указанное в [п. 6 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции, тесно связано с полномочием антимонопольного органа, закрепленным в [п. 7 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции, согласно которому антимонопольный орган участвует в рассмотрении судом или арбитражным судом дел, связанных с применением и (или) нарушением антимонопольного законодательства.

При этом [п. 21](#) Постановления Пленума ВАС РФ N 30 содержит указание на то, что, помимо права на обращение в арбитражный суд с исками, заявлениями о нарушении антимонопольного законодательства ([п. 6 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции), антимонопольный орган в силу [п. 7 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции имеет право участвовать в рассмотрении судами дел, связанных с применением и (или) нарушением антимонопольного законодательства, возбужденных на основании исков, заявлений иных лиц. Поэтому, рассматривая дела, возбужденные на основании исков, заявлений иных лиц, арбитражный суд должен известить антимонопольный орган для обеспечения возможности его участия. При этом процессуальный статус антимонопольного органа определяется исходя из характера рассматриваемого спора.

13. ФАС России в соответствии с [подп. "б" п. 8 ч. 1 комментируемой статьи](#) ведет реестр лиц, привлеченных к административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства. Сведения, включенные в указанный реестр, не подлежат опубликованию в средствах массовой информации и размещению в информационно-телекоммуникационной сети Интернет.

Порядок формирования и ведения указанного реестра установлен [Постановлением](#) Правительства РФ от 23 апреля 2012 г. N 378, в развитие которого Приказом ФАС России от 30 мая 2012 г. N 356 утверждена [форма](#) реестра лиц, привлеченных к административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства РФ.

Реестр ведется в отношении должностных лиц федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления, иных осуществляющих функции должностных лиц органов или организаций, государственных внебюджетных фондов, привлеченных антимонопольными органами и судами к административной ответственности в соответствии со [ст. 14.9](#) КоАП РФ, а также в целях применения [ст. 178](#) УК РФ должностных лиц хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение на товарном рынке, привлеченных антимонопольными органами и судами к административной ответственности в соответствии со [ст. ст. 14.31 и 14.31.1](#) КоАП РФ.

14. Важным полномочием антимонопольных органов, направленным на повышение открытости их деятельности, является закрепленное в [п. 9 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции полномочие по размещению на сайте антимонопольного органа в информационно-телекоммуникационной сети Интернет решения и предписания, затрагивающих интересы неопределенного круга лиц.

Порядок размещения указанной информации и в целом информации о деятельности антимонопольных органов регламентирован [Положением](#) об информационной политике ФАС России и ее территориальных органов, утвержденным Приказом ФАС России от 11 июля 2011 г. N 507.

15. Антимонопольный орган в соответствии с полномочием, предоставленным [п. 10 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции, устанавливает доминирующее положение хозяйствующего субъекта при рассмотрении заявлений, материалов, дел о нарушении антимонопольного законодательства и при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией.

Понятие доминирующего положения закреплено в [ст. 5](#) Закона о защите конкуренции (см. [комментарий к](#)

ней).

Комментируемым [пунктом](#) определен перечень процедур, в рамках которых антимонопольный орган может реализовывать полномочие по установлению доминирующего положения:

- рассмотрение заявлений и (или) материалов, указывающих на наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства ([ч. 2 ст. 39](#) Закона о защите конкуренции);
- рассмотрение дел о нарушении антимонопольного законодательства;
- осуществление государственного контроля за экономической концентрацией.

Порядок реализации данного полномочия определен соответственно положениями [гл. 7](#) "Государственный контроль за экономической концентрацией" и [гл. 9](#) "Рассмотрение дел о нарушении антимонопольного законодательства" Закона о защите конкуренции. Также данный вопрос урегулирован Административным [регламентом](#) ФАС России по исполнению государственной функции по установлению доминирующего положения хозяйствующего субъекта при рассмотрении заявлений, материалов, дел о нарушении антимонопольного законодательства и при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией, утвержденным Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 345.

16. [Пунктом 11 ч. 1 комментируемой статьи](#) антимонопольному органу предоставлено полномочие проводить проверку соблюдения антимонопольного законодательства коммерческими организациями, некоммерческими организациями, федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, физическими лицами, получать от них необходимые документы и информацию, объяснения в письменной или устной форме, в установленном законодательством РФ порядке обращаться в органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, с просьбой о проведении оперативно-розыскных мероприятий.

Проведение проверок антимонопольным органом регламентировано положениями [ст. ст. 25.1 - 25.6](#) Закона о защите конкуренции (см. [комментарий к ним](#)).

В [Обзоре](#) практики ВС РФ Суд напомнил, что реализация закрепленного в [п. 11 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции полномочия антимонопольного органа по проведению внеплановых проверок ограничена необходимостью соблюдения установленных [Законом](#) о защите конкуренции требований, служащих гарантией прав и законных интересов проверяемого лица.

17. В соответствии с [п. 12 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции антимонопольный орган осуществляет контроль за деятельностью юридических лиц, обеспечивающих организацию торговли на рынках определенных товаров, например на рынке электрической энергии (мощности), в условиях прекращения государственного регулирования цен (тарифов) на такие товары, а также осуществляет контроль за манипулированием ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности).

В настоящее время данный вопрос урегулирован Административным [регламентом](#) ФАС России по исполнению государственной функции по осуществлению контроля за действиями субъектов оптового и розничных рынков в части установления случаев манипулирования ценами на электрическую энергию на оптовом и розничных рынках электрической энергии (мощности), утвержденным Приказом ФАС России от 26 июня 2012 г. N 413, и Административным [регламентом](#) ФАС России по исполнению государственной функции по осуществлению контроля за соблюдением стандартов раскрытия информации субъектами оптового и розничных рынков электрической энергии, утвержденным Приказом ФАС России от 26 июня 2012 г. N 414.

18. В [ч. 2 комментируемой статьи](#) дополнительно определен перечень полномочий федерального антимонопольного органа, которые осуществляются им наряду с полномочиями, указанными в [ч. 1 комментируемой статьи](#).

ФАС России является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по принятию нормативных правовых актов, контролю и надзору за соблюдением антимонопольного законодательства, законодательства в сфере деятельности субъектов естественных монополий, в сфере государственного регулирования цен (тарифов) на товары (услуги), рекламы, контролю за осуществлением

иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, контролю (надзору) в сфере государственного оборонного заказа, в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд и в сфере закупок товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц, а также по согласованию применения закрытых способов определения поставщиков (подрядчиков, исполнителей).

ФАС России создана в соответствии с [Указом](#) Президента РФ от 9 марта 2004 г. N 314. [Положение](#) о ФАС России принято Правительством России 30 июня 2004 г.

ФАС России - федеральный орган исполнительной власти, руководство деятельностью которого осуществляет Правительство РФ.

ФАС России уполномочена принимать следующие нормативные правовые акты:

1) утверждает формы представления в антимонопольный орган сведений при осуществлении сделок и (или) действий, предусмотренных [ст. 32](#) Закона о защите конкуренции;

2) утверждает по согласованию с ЦБ РФ методику определения необоснованно высокой и необоснованно низкой цены услуги кредитной организации. На основании данного положения издан [Приказ](#) ФАС России от 24 августа 2012 г. N 548 "Об утверждении Методики определения необоснованно высокой и необоснованно низкой цены услуги кредитной организации";

3) утверждает порядок проведения анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта и выявления иных случаев недопущения, ограничения или устранения конкуренции (порядок проведения анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения финансовой организации, поднадзорной ЦБ РФ, утверждается федеральным антимонопольным органом по согласованию с ЦБ РФ. В настоящее время действует [Порядок](#) анализа товарных рынков.

Также в целях обеспечения проведения анализа товарных и финансовых рынков Приказом ФАС России от 3 октября 2006 г. N 249 создана Комиссия ФАС России по проведению анализа товарных и финансовых рынков;

4) издает нормативные правовые акты, предусмотренные [Законом](#) о защите конкуренции;

5) дает разъяснения по вопросам применения антимонопольного законодательства. В настоящее время данный вопрос урегулирован Административным [регламентом](#) ФАС России по предоставлению государственной услуги по выдаче разъяснений по вопросам применения федеральным антимонопольным органом антимонопольного законодательства РФ, утвержденным Приказом ФАС России от 20 января 2012 г. N 22.

Примером таких разъяснений являются [разъяснения](#) "О необходимости подачи в антимонопольный орган уведомлений в связи с принятием Федерального закона от 28 декабря 2013 г. N 423-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "О защите конкуренции".

ВС РФ [решением](#) от 7 сентября 2015 г. N АКПИ15-725 и Апелляционным [определением](#) от 8 декабря 2015 г. N АПЛ15-531 подтвердил законность разъяснений ФАС России, указав, что в силу [п. 5 ч. 2 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции ФАС России правомочна давать разъяснения по вопросам применения антимонопольного законодательства, если они не выходят за рамки адекватного истолкования положений антимонопольного законодательства и не влекут изменения правового регулирования соответствующих правоотношений;

6) дает в установленном порядке заключения о последствиях воздействия специальных защитных, антидемпинговых и компенсационных мер, последствиях изменения ставок таможенных пошлин на конкуренцию на товарном рынке России. В настоящее время порядок заключения о последствиях воздействия специальных защитных, антидемпинговых и компенсационных мер, последствиях изменения ставок таможенных пошлин на конкуренцию на товарном рынке России установлен Федеральным [законом](#) от 8 декабря 2003 г. N 165-ФЗ "О специальных защитных, антидемпинговых и компенсационных мерах при импорте товаров".

Участие ФАС России в расследовании заключается в разработке и представлении им заключения о последствиях воздействия специальной защитной, антидемпинговой или компенсационной меры на конкуренцию на рынке РФ и обязательно в случаях, если в течение двух лет, непосредственно предшествующих дню начала расследования: а) на одного российского производителя, поддержавшего заявление, на основании

которого расследование было начато, приходится более 35% производства в РФ непосредственно конкурирующего или аналогичного товара либо б) если общий объем импорта товара, являющегося объектом расследования, составляет менее 25% от общего объема реализации данного и непосредственно конкурирующего товара или данного и аналогичного товара на рынке РФ;

7) вносит в лицензирующие органы предложения об аннулировании, отзыве лицензий на осуществление хозяйствующими субъектами, нарушающими антимонопольное законодательство, отдельных видов деятельности или о приостановлении действия таких лицензий. Это полномочие закреплено также в п. 5.3.11 Положения о ФАС России, утвержденного Постановлением Правительства РФ от 30 июня 2004 г. N 331.

Здесь речь идет только о внесении предложений об аннулировании или отзыве лицензий, потому что аннулирование или отзыв лицензий уполномочены осуществлять только лицензирующие органы;

8) осуществляет сотрудничество с международными организациями, государственными органами иностранных государств, принимает участие в разработке и реализации международных договоров РФ, в работе межправительственных или межведомственных комиссий, координирующих международное сотрудничество РФ, в осуществлении международных программ и проектов по вопросам защиты конкуренции.

ФАС России активно сотрудничает с международными организациями и зарубежными ведомствами в области антимонопольной политики, борьбы с недобросовестной конкуренцией и государственного регулирования естественных монополий.

Международная деятельность ФАС России направлена на содействие интеграции экономики России в мировое экономическое пространство; реализацию международных обязательств РФ по вопросам, относящимся к компетенции ФАС России; участие в процессе формирования концепции общего европейского экономического пространства; защиту российских интересов посредством участия в профильных международных организациях; внедрение в российскую практику передового зарубежного опыта, повышение квалификации специалистов ФАС России; подготовку и реализацию проектов технического содействия со стороны международных организаций в интересах ФАС России. Международную деятельность ФАС России осуществляет Управление международного экономического сотрудничества.

ФАС России участвует в Международной конкурентной сети (МКС), которая представляет собой объединение антимонопольных органов разных стран мира, ориентированное на реализацию отдельных проектов, действующее на основе консенсуса, нацеленное на усовершенствование правоприменительной практики, а также на выработку предложений по реальной конвергенции в процедурных вопросах для достижения лучших практических результатов. Основным мероприятием МКС являются ежегодные конференции, проводимые каждый год конкурентными ведомствами в разных государствах-членах. На конференциях подробно рассматривается роль конкурентного законодательства в экономическом росте и развитии, международный опыт антимонопольного регулирования, существующие проблемы и способы повышения результативности правоприменительной практики. Конференции МКС проходили в Неаполе (Италия, 2002 г.), Мериде (Мексика, 2003 г.), Сеуле (Республика Корея, 2004 г.), Бонне (Германия, 2005 г.), Кейптауне (ЮАР, 2006 г.), Москве (Россия, 2007 г.), Киото (Япония, 2008 г.), Цюрихе (Швейцария, 2009 г.), Стамбуле (Турция, 2010 г.), Гааге (Нидерланды, 2011 г.); Австралии (2015);

9) обобщает и анализирует практику применения антимонопольного законодательства, разрабатывает рекомендации по его применению. Так, например, 30 июля 2010 г. вступил в силу [Закон](#) о государственных и муниципальных услугах, который закрепил ряд важных норм, обеспечивающих права граждан и юридических лиц при получении государственных услуг. После этого Методический совет ФАС России утвердил Методические [рекомендации](#) по осуществлению антимонопольного контроля предоставления государственных (муниципальных) услуг (Протокол от 8 декабря 2010 г. N 13). Целью данных Методических [рекомендаций](#) является формирование единой правоприменительной практики антимонопольных органов в рамках рассмотрения обращений хозяйствующих субъектов, связанных с предоставлением государственных и муниципальных услуг;

10) ежегодно представляет в Правительство РФ доклад о состоянии конкуренции в России и размещает его на своем сайте в сети Интернет. Доклад о состоянии конкуренции в РФ разрабатывается ФАС России ежегодно, с активным привлечением к его разработке других заинтересованных участников, в том числе представителей предпринимательского сообщества.

Доклад содержит комплексную характеристику важнейших аспектов российской политики по защите и развитию конкуренции и базируется:

- на анализе данных, которые доступны ФАС России и характеризуют состояние конкуренции в экономике страны и на отдельных товарных рынках;
- на результатах комплекса мер, которые осуществила ФАС России по восстановлению и развитию конкуренции на отдельных товарных рынках;
- на предложениях, которые направлены на защиту и развитие конкуренции и были внесены ФАС России при разработке проектов федеральных законов и иных законодательных актов федерального уровня, а также в инициативном порядке направлялись в Правительство РФ, Федеральное Собрание РФ, федеральные министерства и ведомства.

Важной новеллой, введенной в действие с января 2016 г. четвертым антимонопольным **пакетом**, является развитие "квазисудебных" полномочий в части дополнения полномочий центрального аппарата ФАС России формировать коллегиальные органы, призванные осуществлять "надзор" за деятельностью региональных ФАС в части единообразия правоприменительной практики. Также коллегиальные органы ФАС России осуществляют нормативное толкование норм антимонопольного законодательства, изучают и обобщают правоприменительную практику. Надо отметить явное сходство данных институций с аналогичными надзорными и высшими инстанциями в судебной системе России. Сами коллегиальные органы действуют в соответствии с **ч. 16 комментируемой статьи** и **Приказом** ФАС России от 7 апреля 2016 г. N 422/16 "О порядке работы коллегиальных органов Федеральной антимонопольной службы".

В соответствии с данным **Приказом**, развившим положения комментируемой **статьи**, коллегиальные органы ФАС России рассматривают важнейшие вопросы, отнесенные к ведению ФАС России, а именно:

- 1) рассматривают материалы изучения и обобщения практики применения антимонопольными органами антимонопольного законодательства и дают разъяснения по вопросам его применения;
- 2) пересматривают решения и (или) предписания территориальных антимонопольных органов по делам о нарушении антимонопольного законодательства в случае, если такие решения и (или) предписания нарушают единообразие в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Процессуальное регулирование пересмотра решений и (или) предписаний территориальных антимонопольных органов по делам о нарушении антимонопольного законодательства коллегиальными органами ФАС России определяется соответствующим регламентом, утвержденным ФАС России. Согласно **проекту** данного документа <1> основанием для пересмотра коллегиальными органами ФАС России решений и (или) предписаний территориальных антимонопольных органов по делам о нарушении антимонопольного законодательства (далее - решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа) является нарушение единообразия в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства. Пересмотр решений и (или) предписаний территориальных органов может быть осуществлен по жалобе лица, участвовавшего в деле, по результатам рассмотрения которого территориальным антимонопольным органом вынесено обжалуемое решение и (или) выдано обжалуемое предписание.

<1> **Проект** Приказа ФАС России "Об утверждении Регламента пересмотра коллегиальными органами Федеральной антимонопольной службы решений и (или) предписаний территориальных антимонопольных органов по делам о нарушении антимонопольного законодательства" (по состоянию на 24 ноября 2015 г.) // <http://www.regulation.gov.ru/> (подготовлен ФАС России).

Жалоба на решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа представляется в ФАС России. Жалоба оформляется в письменном виде в произвольной форме и должна быть подписана заявителем или его представителем по доверенности. Заявитель не вправе представлять доказательства, которые ранее не были представлены в материалы дела о нарушении антимонопольного законодательства, по результатам рассмотрения которого территориальным антимонопольным органом принято оспариваемое решение и (или) выдано оспариваемое предписание. Решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа может быть обжаловано в ФАС России в течение одного месяца со дня принятия

решения или выдачи предписания.

Решение по жалобе на решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа принимается коллегиальным органом в течение двух месяцев со дня ее получения ФАС России. Указанный срок может быть продлен в случае выявления необходимости дополнительного исследования документов (информации), необходимых для рассмотрения жалобы, но не более чем на один месяц. Определение о продлении срока рассмотрения жалобы подлежит размещению на официальном сайте федерального антимонопольного органа в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, в срок, не превышающий трех рабочих дней с момента его вынесения.

Правовое управление ФАС России рассматривает жалобу на решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа на предмет наличия основания пересмотра исходя из доводов, содержащихся в жалобе, а также исходя из содержания оспариваемых решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа. При наличии основания для пересмотра соответствующий коллегиальный орган выносит определение о пересмотре решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа, с указанием даты и времени пересмотра, подлежащее размещению на официальном сайте ФАС России в сети Интернет, в срок, не превышающий трех рабочих дней с момента его вынесения.

При отсутствии оснований для пересмотра выносится определение об отказе в пересмотре решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа, подлежащее размещению на официальном сайте ФАС России в сети Интернет, в срок, не превышающий трех рабочих дней с момента его вынесения.

Лица, участвовавшие в деле о нарушении антимонопольного законодательства, территориальный антимонопольный орган вправе принять участие в заседании коллегиального органа по пересмотру решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа, в том числе путем использования систем видеоконференц-связи при условии заявления ими ходатайства об этом и при наличии в соответствующем территориальном антимонопольном органе технической возможности осуществления видеоконференц-связи. Выступление каждого из лиц, участвующих в деле, в заседании коллегиального органа должно быть кратким, не превышать установленной в начале заседания продолжительности.

По итогам рассмотрения жалобы на решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа коллегиальный орган вправе:

- оставить жалобу без удовлетворения;
- отменить решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа;
- изменить решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа;
- передать рассмотрение жалобы в Президиум ФАС России.

Также руководитель ФАС России вправе вынести определение о передаче жалобы в Президиум ФАС России для пересмотра решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа.

Решение Президиума ФАС России, принятое по результатам пересмотра решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа, подписывается руководителем ФАС России.

По итогам рассмотрения жалобы на решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа Президиум ФАС России вправе:

- оставить жалобу без удовлетворения;
- отменить решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа;
- изменить решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа.

Статья 24. Права работников антимонопольного органа при осуществлении контроля за соблюдением антимонопольного законодательства

Комментарий к [статье 24](#)

1. Комментируемая [статья](#) Закона о защите конкуренции во многом дублирует положения [ст. 25.2](#) Закона, регламентирующей порядок доступа членов инспекции антимонопольного органа на территорию или в помещение проверяемого лица для проведения там проверки.

Но в отличие от указанной нормы комментируемая [статья](#) закрепляет полномочия сотрудников антимонопольного органа по беспрепятственному доступу при проведении проверки на территорию любого хозяйствующего субъекта или органа власти (помимо жилища физического лица), а не только в помещение, занимаемое самим проверяемым лицом.

Наличие такого права необходимо, в частности, в случае, когда занимаемое проверяемым лицом помещение находится на территории или в здании другого лица и, соответственно, доступ в такое помещение невозможен без беспрепятственного прохождения через территорию (помещения) третьих лиц.

При этом данное право не предоставляет должностным лицам антимонопольного органа полномочия по проведению контрольных мероприятий (осмотр помещений, территории и др.) в отношении субъектов, не являющихся проверяемыми лицами. Такие мероприятия должны проводиться только в отношении самого проверяемого лица.

2. Необходимо отметить, что обязанность проверяемого лица предоставить проводящим проверку должностным лицам доступ в свои здания, помещения, на территорию предусмотрена также [ч. 5 ст. 12](#) Закона о проверках.

В свою очередь, [ч. 4 ст. 1](#) указанного Закона устанавливает, что особенности организации и проведения проверок в части, касающейся вида, предмета, оснований проведения проверок, сроков и периодичности их проведения, уведомлений о проведении внеплановых выездных проверок и согласования проведения внеплановых выездных проверок с органами прокуратуры, могут устанавливаться другими федеральными законами при осуществлении государственного контроля за соблюдением антимонопольного законодательства РФ, за исключением государственного контроля за экономической концентрацией.

Таким "другим федеральным законом" является [Закон](#) о защите конкуренции. На это прямо указывают суды при рассмотрении дел.

Например, в [Постановлении](#) АС ДО от 13 августа 2015 г. по делу N А59-5861/2014 суд указал следующее.

"Следует учитывать положения [п. 1 части 4 статьи 1](#) Закона о проверках, согласно которому особенности организации и проведения проверок в части, касающейся вида, предмета, оснований проведения проверок, сроков и периодичности их проведения, уведомлений о проведении внеплановых выездных проверок и согласования проведения внеплановых выездных проверок с органами прокуратуры, касающиеся государственного контроля за соблюдением антимонопольного законодательства РФ, могут устанавливаться другими федеральными законами, которым, применительно к рассматриваемому случаю, является [Закон](#) о защите конкуренции".

Аналогичные выводы содержатся и в судебных актах по другим делам, например, в [Постановлении](#) 5 ААС от 25 декабря 2015 г. по делу N А59-5606/2014.

Из процитированных положений [Закона](#) о проверках можно сделать вывод, что применение этого [Закона](#) к отношениям по антимонопольному контролю исключается далеко не полностью.

В частности, согласно [ч. 2 ст. 1](#) указанного Закона он регулирует не только порядок организации и проведения проверок, но и порядок взаимодействия органов, уполномоченных на осуществление государственного контроля (надзора), муниципального контроля, при организации и проведении проверок; права и обязанности органов, уполномоченных на осуществление государственного контроля (надзора), муниципального контроля, их должностных лиц при проведении проверок; права и обязанности юридических лиц, индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора), муниципального контроля, меры по защите их прав и законных интересов.

В связи с этим судами сформирована позиция, что в части отношений, не отнесенных к регулированию [Законом](#) о защите конкуренции, к контролю за соблюдением антимонопольного законодательства РФ применяются правила [Закона](#) о проверках.

Так, при рассмотрении спора ФАС ЦО в [Постановлении](#) от 5 февраля 2014 г. по делу N А35-12820/2012 пришел к аналогичным выводам в следующей ситуации.

Занимающий доминирующее положение на рынке услуг хозяйствующий субъект злоупотреблял им, создавая дискриминационные условия при оказании этих услуг. Антимонопольным органом было выдано предписание о прекращении нарушения антимонопольного законодательства, которое было обжаловано в суде.

Суд первой инстанции удовлетворил заявленные требования, посчитав, что при проведении проверки антимонопольный орган допустил грубое нарушение [Закона](#) о проверках в части срока уведомления хозяйствующего субъекта о проведении проверки, в связи с чем результаты проверки не могут являться доказательствами нарушения обязательных требований и подлежат отмене судом.

Суды вышестоящей инстанции признали такую позицию ошибочной и указали следующее: "В силу [п. 1 ч. 4 ст. 1](#) Закона о проверках особенности организации и проведения проверок в части, касающейся вида, предмета, оснований проведения проверок, сроков и периодичности их проведения, уведомлений о проведении внеплановых выездных проверок и согласования проведения внеплановых выездных проверок с органами прокуратуры, могут устанавливаться другими федеральными законами при осуществлении в том числе государственного контроля за соблюдением антимонопольного законодательства Российской Федерации, за исключением государственного контроля за экономической концентрацией.

Данным Законом в [ч. 12 ст. 9](#) установлено, что о проведении плановой проверки юридическое лицо, индивидуальный предприниматель уведомляются органом государственного контроля (надзора), органом муниципального контроля не позднее чем в течение трех рабочих дней до начала ее проведения посредством направления копии распоряжения или приказа руководителя, заместителя руководителя органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля о начале проведения плановой проверки заказным почтовым отправлением с уведомлением о вручении или иным доступным способом.

Обстоятельства дела позволяют суду сделать правильный вывод о том, что предприятие было уведомлено антимонопольным органом о предстоящей проверке в соответствии с требованиями [ч. 12 ст. 9](#) Закона о проверках".

К аналогичным выводам суды пришли в Постановлениях ФАС ЦО от 6 сентября 2013 г. по делу N [А35-12448/2012](#) и от 23 мая 2014 г. по делу N [А35-13302/2012](#).

При этом нужно отметить, что отсутствие в [Законо](#) о проверках прямого указания на право доступа проверяющих на территорию лиц, не являющихся проверяемыми субъектами, не означает, что данное право не могло быть предусмотрено [Законом](#) о защите конкуренции (в том числе для случаев, когда такой доступ осуществляется до возбуждения антимонопольного дела).

Это связано в том числе с тем, что данный вопрос выходит за пределы защиты прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля, поскольку он касается не отношений проверяющего органа с проверяемым лицом, а отношений такого органа с третьими лицами, чьи права проверкой затрагиваться не должны.

Последнее, разумеется, не освобождает антимонопольный орган от ответственности за ущерб, вред (например, имущественный), который может быть противоправно причинен такому третьему лицу при доступе на его территорию.

3. Комментируемая [статья](#) предусматривает, что работники антимонопольного органа при осуществлении контроля за соблюдением антимонопольного законодательства имеют право беспрепятственного доступа в федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов РФ, органы местного самоуправления, иные осуществляющие функции указанных органов органы или организации, а также в государственные внебюджетные фонды, коммерческие организации, некоммерческие организации для получения необходимых антимонопольному органу документов и информации.

Содержание права работников антимонопольного органа на беспрепятственный доступ в помещения (на территорию) самого проверяемого лица более детально раскрывается в [ст. 25.2](#) Закона о защите конкуренции, а также в Административном [регламенте](#) ФАС России по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства РФ, утвержденном Приказом ФАС

России от 25 мая 2012 г. N 340 (далее по тексту комментария к настоящей статье - Административный регламент).

Согласно Административному [регламенту](#) должностные лица антимонопольного органа при осуществлении государственного контроля имеют право на беспрепятственный доступ на территорию и (или) в помещение, здание проверяемого лица (за исключением жилища проверяемого лица) при предъявлении ими служебных удостоверений и приказа руководителя антимонопольного органа о проведении проверки.

Таким образом, в Административном [регламенте](#), как и в [ст. 25.2](#) Закона о защите конкуренции, прямо указывается, что работникам антимонопольного органа предоставлено право на беспрепятственный доступ на территорию проверяемого лица, за исключением жилища. Это полностью соответствует и смыслу комментируемой [статьи](#) Закона о защите конкуренции, которая также не наделяет работников антимонопольного органа правом на доступ в жилище физического лица. Тем самым гарантируется неприкосновенность жилища. Этот запрет полностью распространяется и на доступ инспекции антимонопольного органа в жилища субъектов, не являющихся проверяемыми лицами.

4. Согласно комментируемой [статье](#) право работников антимонопольного органа на беспрепятственный доступ в помещения (на территорию) ограничено следующими рамками:

а) во-первых, данное право предоставлено работникам антимонопольного органа только в процессе осуществления контроля за соблюдением антимонопольного законодательства (при проведении проверки соблюдения антимонопольного законодательства), но не в ходе выполнения иных возложенных на антимонопольные органы функций;

б) во-вторых, работники антимонопольного органа могут реализовать данное право только при предъявлении служебных удостоверений и приказа руководителя антимонопольного органа о проведении проверки соблюдения антимонопольного законодательства.

Следовательно, если эти условия не соблюдаются, перечисленные в комментируемой [статье](#) субъекты вправе не допускать сотрудников антимонопольного органа на свою территорию.

Обязанность сотрудников антимонопольного органа предъявлять при осуществлении контроля за соблюдением антимонопольного законодательства приказ о проведении проверки и служебные удостоверения сотрудников закреплена также в [п. п. 1.5, 1.6, 3.35, 3.42](#) Административного регламента.

Незаконность гипотетического требования инспекции антимонопольного органа о получении доступа в помещения проверяемого или иного указанного в комментируемой [статье](#) лица без предъявления приказа о проведении проверки подтверждается и судебной практикой.

Так, например, в [Постановлении](#) ФАС СЗО от 27 марта 2008 г. N А56-14679/2007 отмечается, что приказ о проведении проверки "является необходимой предпосылкой возникновения права работников антимонопольного органа на беспрепятственный доступ в органы и организации ([статья 24](#) Закона)".

В свою очередь, в [Постановлении](#) ФАС МО от 6 февраля 2014 г. по делу N А40-49279/2013 указывается, что "издавая приказ, антимонопольный орган в предусмотренном законом порядке оформляет проведение проверки соблюдения антимонопольного законодательства".

При этом на практике (например, при одновременном проведении проверки в отношении нескольких подразделений хозяйствующего субъекта или органа власти) у антимонопольного органа может отсутствовать возможность предъявления оригинала приказа о проведении проверки для получения доступа на территорию, в помещения хозяйствующего субъекта или органа власти.

Полагаем, что в данном случае для осуществления такого доступа может быть использована надлежащим образом заверенная копия этого приказа. Надлежаще заверенной будет считаться копия, имеющая дату ее заверения, надпись "копия верна", оригинал оттиска печати антимонопольного органа с подписью и расшифровкой подписи лица, уполномоченного в соответствии с должностным регламентом на заверение подобных документов (см. также [п. 3.26](#) ГОСТ Р 6.30-2003 "Унифицированные системы документации. Унифицированная система организационно-распорядительной документации. Требования к оформлению документов", утвержденного Постановлением Госстандарта России от 3 марта 2003 г. N 65-ст), либо копия,

заверенная нотариусом или судом.

Отметим, что возможность предоставления (вручения) проверяемому лицу именно заверенной копии приказа о проведении проверки предусмотрена и [ч. 3 ст. 14](#) Закона о проверках.

Форма приказа о проведении проверки соблюдения антимонопольного законодательства содержится в приложении 3 к Административному регламенту.

5. Судебная коллегия ВС РФ обращает внимание на то, что издание приказа о проведении проверки является предметом судебного контроля и может быть оспорено в арбитражном суде.

В [п. 2](#) Обзора практики ВС РФ отмечается, что реализация предоставленных антимонопольному органу полномочий по проведению внеплановых проверок ограничена необходимостью соблюдения установленных [Законом](#) о защите конкуренции требований, служащих гарантией прав и законных интересов проверяемого лица.

Таким образом, при ознакомлении с приказом руководителя антимонопольного органа о проведении проверки целесообразно оценить, издан ли приказ в пределах компетенции антимонопольного органа ([ст. 23](#) Закона о защите конкуренции, [п. 1.4](#) Административного регламента) и в пределах сферы действия Закона о защите конкуренции ([ст. 3](#)). В случае если приказ издан с нарушением данных норм, он может быть оспорен.

6. Очевидно, что закрепленное в комментируемой [статье](#) Закона о защите конкуренции право сотрудников антимонопольного органа на беспрепятственный доступ на территорию (в помещения) должно быть гарантировано действенной санкцией за нарушение этого права.

Как разъясняется в [п. п. 3.45, 3.46](#) Административного регламента, при воспрепятствовании доступу должностных лиц антимонопольного органа, проводящих проверку, на территорию или в помещение проверяемого лица руководитель инспекции (которая формируется из сотрудников антимонопольного органа специально для проведения проверки) предупреждает лиц, препятствующих проведению проверки, о совершении ими административного правонарушения.

В случае если соответствующие лица продолжают препятствовать доступу на их территорию или в помещение, должностные лица антимонопольного органа составляют акт о воспрепятствовании доступу должностного лица на территорию (в помещение) проверяемого лица ([приложение N 6](#) к Административному регламенту). Далее, руководитель инспекции составляет протокол об административном правонарушении, ответственность за которое предусмотрена [ст. 19.4.1](#) КоАП РФ ("Воспрепятствование законной деятельности должностного лица органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля"), и сообщает в органы внутренних дел о факте правонарушения и необходимости его пресечения.

В целях пресечения совершения выявленного административного правонарушения прибывшие по сообщению руководителя инспекции сотрудники полиции вправе, в рамках установленных законом полномочий, принять меры к виновным в совершении правонарушения лицам (см., в частности, [Приказ](#) МВД России и ФАС России от 30 декабря 2004 г. N 878/215 "Об утверждении Положения о порядке взаимодействия Министерства внутренних дел Российской Федерации и Федеральной антимонопольной службы").

7. Однако действующее законодательство устанавливает не только ответственность проверяемых субъектов. [Пункт 3.37](#) Административного регламента предусматривает, что при проведении проверок должностные лица антимонопольного органа несут ответственность, предусмотренную законодательством РФ.

Полагаем, что в случае нарушения должностными лицами антимонопольного органа при проведении проверки требований законодательства РФ такие лица могут быть привлечены к административной ответственности, установленной [ст. 19.6.1](#) КоАП РФ ("Несоблюдение должностными лицами органов государственного контроля (надзора), органов муниципального контроля требований законодательства о государственном контроле (надзоре), муниципальном контроле").

В соответствии с [ч. 1 указанной статьи](#) КоАП РФ нарушением является несоблюдение должностными лицами федеральных органов исполнительной власти, уполномоченных на осуществление государственного контроля (надзора), требований законодательства о государственном контроле (надзоре), выразившееся в проведении проверки при отсутствии оснований для ее проведения, нарушении сроков проведения проверки, отсутствии согласования внеплановой выездной проверки с органами прокуратуры, привлечении к проведению

мероприятий по контролю не аккредитованных в установленном порядке граждан или организаций либо проведении плановой проверки, не включенной в ежегодный план проведения плановых проверок.

Статья 25. Обязанность представления информации в антимонопольный орган

Комментарий к [статье 25](#)

1. Комментируемая [статья](#) устанавливает обязанность указанных в ней лиц по представлению информации в антимонопольный орган.

Законодательно установленное право антимонопольного органа на получение информации и корреспондирующая с ним обязанность указанных лиц ее представить по требованию данного органа в соответствии с возложенными на него полномочиями не означает произвольный характер действий должностных лиц антимонопольного органа по истребованию данных сведений; такие действия в любом случае прямо ограничены пределами нормативно установленных полномочий органа государственной власти - они обуславливаются необходимостью осуществления возложенных на него задач и функций, а само требование о представлении сведений должно быть мотивированным ^{<1>}, т.е. основанием для возникновения обязанности по предоставлению информации является мотивированное требование антимонопольного органа.

^{<1>} [Определение](#) КС РФ от 20 ноября 2014 года N 2634-О.

Закон не раскрывает, в каких случаях требование является мотивированным. Судебная практика исходит из того, что "указание в запросе на объективную необходимость представления запрашиваемых документов и информации для рассмотрения конкретных дел свидетельствует о соблюдении антимонопольным органом требований [ч. 1 ст. 25](#) Закона о защите конкуренции о мотивированности запроса. Таким образом, запросы, содержащие указание на процессуальный повод истребования информации (например, ссылку на конкретное дело) и нормативно-правовое основание ([статья 25](#) Закона о защите конкуренции) являются мотивированными" ^{<1>}.

^{<1>} [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 27 ноября 2012 г. N 8039/12; аналогичный подход отражен в [Постановлении](#) ФАС УО от 20 декабря 2012 г. N Ф09-12438/12.

При этом "при анализе мотивов направленного антимонопольным органом запроса необходимо учитывать, что положения [Закона](#) N 135-ФЗ не обязывают компетентное лицо в своем запросе детально раскрывать цели и обстоятельства проводимых проверок, а также вопросы, возникшие при рассмотрении дел.

Исходя из [части первой статьи 25](#) Закона N 135-ФЗ мотивирование требования антимонопольного органа не означает, что перед лицом, которому направлен соответствующий запрос, должна быть раскрыта полная информация о существе дела, целях и задачах истребования документов. Объем запрашиваемых сведений, порядок и сроки их представления определяются антимонопольным органом в каждом конкретном случае в зависимости от предмета проверки и иных существенных обстоятельств.

Указание в запросе на объективную необходимость представления запрашиваемых документов и информации для рассмотрения конкретных дел свидетельствует о соблюдении антимонопольным органом требований [части первой статьи 25](#) Закона N 135-ФЗ о мотивированности запроса. Таким образом, запросы, содержащие указание на процессуальный повод истребования информации и нормативно-правовое основание, являются мотивированными" ^{<1>}. Аналогичный подход демонстрирует и ВС РФ при рассмотрении конкретных дел.

^{<1>} [Постановление](#) АС СЗО от 7 октября 2014 г. по делу N А56-78826/2013 (данное [Постановление](#) оставлено без изменения [Постановлением](#) ВС РФ от 9 июня 2015 г. N 307-АД14-6359 и [Постановлением](#) ВС РФ от 16 февраля 2015 г. N 307-АД14-6359).

Так, при рассмотрении одного из дел суд указал, что законодательство не содержит указания на обязанность ФАС России при направлении запроса сведений раскрывать полную информацию о существе дела, целях и задачах истребования документов и информации <1>.

<1> [Постановление](#) ВС РФ от 16 февраля 2015 г. по делу N А40-14916/2014.

В целом сходная позиция отражена в [п. 14](#) Обзора практики ВС РФ, в котором Суд указал на следующее.

Запрос антимонопольного органа о представлении хозяйствующим субъектом необходимой информации, документов, объяснений по возбужденному в отношении его делу о нарушении антимонопольного законодательства признается мотивированным при указании в нем на процессуальный повод истребования информации, нормативно-правовое основание истребования информации и положение [Закона](#) о защите конкуренции, которое, по мнению антимонопольного органа, могло быть нарушено хозяйствующим субъектом.

Антимонопольный орган в рамках рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства на основании [ст. 25](#) Закона о защите конкуренции запросил у общества необходимые ему документы, объяснения и информацию.

[Статья 25](#) Закона о защите конкуренции не обязывает антимонопольный орган детально раскрывать в запросе цели и обстоятельства проводимых проверок, а также вопросы, возникшие при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства. Мотивирование требования антимонопольного органа не означает, что перед лицом, которому направлен соответствующий запрос, должна быть раскрыта полная информация о существе дела, целях и задачах истребования документов. Объем запрашиваемых сведений, порядок и сроки их представления определяются антимонопольным органом в каждом конкретном случае в зависимости от предмета проверки и иных существенных обстоятельств.

Запрос, содержащий указание на объективную необходимость представления запрашиваемых документов и информации, на процессуальный повод истребования информации (например, ссылку на конкретное дело), нормативно-правовое основание ([ст. 25](#) Закона о защите конкуренции) и положение [Закона](#) о защите конкуренции, которое, по мнению антимонопольного органа, могло быть нарушено хозяйствующим субъектом, является мотивированным. Так, например, если хозяйствующий субъект подозревается в совершении нарушения, предусмотренного [ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, то в запросе антимонопольного органа должно содержаться указание на действие (бездействие) хозяйствующего субъекта, которое приводит или может привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции и (или) ущемлению интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей.

Вместе с тем нетрудно заметить, что ВС РФ связывает мотивированность требования с необходимостью указания на конкретную статью [Закона](#) о защите конкуренции, которая была нарушена субъектом, и на конкретные действия этого субъекта, в которых имеются признаки нарушения [Закона](#). Не вызывает сомнений, что эти разъяснения следует применять только в ситуации, когда запрос о представлении информации направляется в связи с совершенным правонарушением.

2. Правом подписи требования о представлении информации обладает в соответствии с [п. п. 1.6 и 1.10](#) Регламента, утвержденного Приказом ФАС России от 9 апреля 2007 г. N 105, руководитель ФАС России либо его заместитель, если круг запрашиваемой информации входит в круг обязанностей соответствующего заместителя в соответствии с приказом ФАС России о распределении обязанностей между руководителем ФАС России и заместителями руководителя ФАС России. Этот вывод подтверждается судебной практикой <1>.

<1> Постановления Президиума ВАС РФ от 2 ноября 2010 г. [N 8124/10](#), ФАС ВВО от 14 апреля 2010 г. по делу [N А29-11232/2009](#).

Полномочия руководителя территориального органа ФАС России на подписание запросов о представлении информации следуют из [п. 8](#) Положения о территориальном органе ФАС. Заместители руководителя территориального органа вправе подписывать требования только на основании приказа о временном возложении на них обязанностей руководителя.

В случае если требование о предоставлении информации направляется проверяемому хозяйствующему субъекту в рамках проводимой проверки соблюдения антимонопольного законодательства, то в соответствии с Административным [регламентом](#) ФАС России по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства РФ, утвержденным Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 340, указанное требование может быть подписано руководителем инспекции, осуществляющей проверку <1>.

<1> Подробнее об этом см.: [комментарий к ст. 25.4](#).

3. [Закон](#) о защите конкуренции не содержит специальных требований к наименованию требования о предоставлении информации. В этой связи указанное требование может именоваться "запрос", "запрос информации", "требование о предоставлении информации" или вообще не иметь наименования.

Исключение составляют "требования о предоставлении документов (информации)", направляемые проверяемому лицу в ходе плановых и внеплановых проверок, в соответствии со [ст. 25.4](#) Закона о защите конкуренции. Указанные требования о предоставлении документов (информации) не могут носить иного наименования, так как направляются проверяемому лицу в соответствии с типовой [формой](#), содержащейся в приложении N 7 к Административному регламенту ФАС России по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства Российской Федерации, утвержденному Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 340 (далее по тексту комментария к настоящей статье - Регламент).

Сказанное подтверждается судебной практикой.

По одному из дел суды указали, что запрашиваемые документы могут быть перечислены в определении о назначении к рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства либо об отложении <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ВВО от 30 октября 2012 г. по делу N A82-16712/2011.

В другом деле был сделан вывод о том, что ссылка общества на то, что антимонопольный орган не истребовал информацию в виде мотивированного требования, необоснованна, поскольку истребование информации в определении об отложении не противоречит нормам [ст. 25](#) Закона о защите конкуренции <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ПО от 28 марта 2013 г. по делу N A12-18224/2012.

4. Комментируемая [статья](#) формулирует общую норму об обязательности представления информации по мотивированному запросу антимонопольного органа, если эти сведения необходимы антимонопольному органу в соответствии с возложенными на него полномочиями. То есть антимонопольные органы наделены полномочиями по направлению мотивированных требований, например, в рамках возбужденных дел о нарушении антимонопольного законодательства; в рамках рассмотрения заявлений в порядке [ст. 44](#) Закона о защите конкуренции; в рамках проверок, проводимых антимонопольным органом по собственной инициативе; в рамках согласования сделок экономической концентрации и др.

По одному из дел суд указал, что с учетом возложенных на антимонопольный орган функций реализация полномочий на получение необходимых документов и информации от организаций и органов не обязательно связана с производством по конкретному делу о нарушении антимонопольного законодательства, административным производством в этой сфере <1>.

<1> [Определение](#) ВАС РФ от 2 июля 2014 г. N ВАС-8422/14 по делу N A31-8032/2013.

В другом деле суды обоснованно указали, что [Закон](#) о защите конкуренции не ограничивает

антимонопольный орган определенной стадией, этапом проверки, в пределах которого он вправе запрашивать в установленном порядке документы. Кроме того, полномочия антимонопольного органа, определенные в [ст. 25](#) Закона о защите конкуренции, не могут быть ограничены полномочиями комиссии Управления, созданной для рассмотрения конкретного дела <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ВВО от 17 марта 2014 г. по делу N A29-353/2013.

Следует согласиться также с выводами судов, сделанными при рассмотрении следующего дела, когда суды указали, что любой хозяйствующий субъект, независимо от того, ограничивает он конкуренцию или нет, обязан представлять антимонопольному органу информацию, необходимую ему для осуществления своих функций, включая контроль за экономической концентрацией на соответствующем товарном рынке. Довод заявителя относительно того, что информация может быть представлена только в рамках проверки, суд кассационной инстанции признает ошибочным. Обеспечение антимонопольного контроля проводится как посредством проверок в соответствии со [ст. 23](#) Закона о защите конкуренции, так и путем постоянного наблюдения за хозяйственными процессами на товарных рынках, в том числе оценки состояния конкурентной среды с целью недопущения (предупреждения) монополистической деятельности и ограничения конкуренции <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ПО от 29 сентября 2011 г. по делу N A65-411/2011.

У хозяйствующих субъектов, получивших указанные требования, возникает обязанность представить информацию, обозначенную в запросе, независимо от того, является ли их деятельность предметом проверки. То обстоятельство, что запрос содержит требование представить информацию о деятельности другого хозяйствующего субъекта, не освобождает получателя запроса от обязанности на него ответить, при наличии у него такой информации.

При отсутствии у запрашиваемого лица требуемой информации ему необходимо сообщить о ее отсутствии в установленный в запросе срок. Судебная практика исходит из того, что если хозяйствующий субъект не сообщил антимонопольному органу о невозможности представления информации, то такой субъект может быть привлечен к ответственности за непредставление информации.

В одном из дел был сделан вывод, что общество не воспользовалось предоставленным ему правом и не сообщило в антимонопольный орган о невозможности представления указанных документов либо о представлении таких документов в иные сроки, нежели установлены в направленном запросе <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС МО от 13 января 2012 г. по делу N A40-55579/11-153-483.

В другом деле судами было установлено, что ООО "Каспийская Энергия Проекты" не уведомило УФАС об отсутствии у истребуемых документов, о причинах невозможности представления запрашиваемой информации в установленный в определении срок, ходатайства о продлении срока представления запрашиваемой информации также не заявлялось <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ПО от 13 ноября 2013 г. по делу N A06-1947/2013.

В следующем деле суды указали в решении, что поскольку представление запрашиваемой антимонопольным органом информации является обязательным в соответствии со [ст. 25](#) Закона о защите конкуренции, то если у лица, у которого запрашивается информация, соответствующая информация отсутствует, то оно обязано проинформировать об этом антимонопольный орган в указанный в запросе срок. Вместе с тем в ответе на запрос от 23 декабря 2010 г. общество прямо указало на отсутствие необходимости представления информации, а не на какие-либо иные основания <1>.

<1> [Там же](#).

Судебная практика подтверждает вывод о том, что антимонопольный орган вправе затребовать информацию, необходимую для выполнения его задач и функций без ограничений по составу, срокам и объему <1>.

<1> Постановления ФАС ЗСО по делу от 8 августа 2011 г. [N A45-2108/2011](#), от 22 июня 2012 г. по делу [N A72-9037/2011](#).

Срок исполнения требования о представлении информации устанавливается в самом запросе. При наличии уважительных причин невозможности исполнения требования в установленный срок адресат требования должен подать в антимонопольный орган ходатайство о продлении срока и обосновать в нем причины невозможности исполнения требования в установленный срок.

Судебная практика обоснованно признает незаконным привлечение хозяйствующего субъекта к ответственности за непредставление информации, если установленный в запросе срок является неоправданно коротким.

Так, по одному из дел суд апелляционной инстанции также принял во внимание срок, установленный антимонопольным органом для представления заверенных копий документов в соответствии с запросом, - один день, и признал такой срок недостаточным <1>.

<1> [Определение](#) ВАС РФ от 23 июля 2012 г. [N ВАС-9311/12](#) по делу [N A69-1199/2011-14](#).

К аналогичным выводам суд пришел и при рассмотрении иного дела. В этом деле было указано, что исследовав материалы дела, суды первой и апелляционной инстанций установили, что материалами дела подтвержден факт получения запроса от антимонопольного органа только 7 марта 2013 г., а срок исполнения был установлен 11 марта 2013 г., т.е. с учетом праздничных и выходных дней у общества отсутствовала объективная возможность представить какие-либо пояснения по содержащимся в запросе требованиям <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ЦО от 27 декабря 2013 г. по делу [N A36-1636/2013](#).

5. Закон не регулирует вопрос о том, каким образом запрос о представлении информации может быть направлен адресату. Судебная практика признает законность направления запроса по факсу <1>.

<1> Постановления ФАС ВВО от 10 декабря 2013 г. по делу [N A79-3426/2013](#), от 28 апреля 2012 г. по делу [N A79-5769/2011](#).

В одном из дел, рассматривая тот же самый вопрос, суды установили, что запрос Управления от 8 апреля 2010 г. о представлении соответствующей информации, который содержал реквизиты антимонопольного органа, основания его направления, перечень истребуемых документов и информации, необходимые антимонопольному органу для решения вопросов, отнесенных к его компетенции, получен ОАО "Газпромбанк" 9 апреля 2010 г. по номеру факса, указанному на его фирменном бланке, а также на его официальном сайте, и зарегистрирован как входящая корреспонденция; у Общества не имелось сомнений о направлении УФАС указанного запроса <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ВВО от 10 марта 2011 г. по делу [N A79-6814/2010](#).

В следующем деле судами было установлено, что запрос о представлении документов и информации,

направленный по юридическому адресу общества 8 июня 2012 г. курьерской службой ООО "Кызылский курьер", согласно уведомлению вручен 9 июня 2012 г. Ондар Л.В., с отметкой "лично". Общество отрицает факт получения запроса и указывает на отсутствие у него такого работника. Согласно выписке из ЕГРЮЛ, законным представителем общества на тот период являлся Чульдум А.Д., который являлся единственным работником общества, как видно из справки от 11 октября 2012 г.

Оценив уведомление ООО "Кызылский курьер", учитывая, что данное уведомление не содержит указания на наличие доверенности для совершения действий по получению корреспонденции общества, что ООО "Кызылский курьер" при вручении корреспонденции не проверил полномочия Ондар Л.В. на получение корреспонденции от имени общества, суды двух инстанций обоснованно признали отсутствующими доказательства того, что отправление было вручено работнику общества либо лицу, уполномоченному на получение корреспонденции от имени общества <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ВСО от 13 мая 2013 г. по делу N A69-1988/2012.

При рассмотрении другого дела было установлено, что запрос антимонопольного органа о представлении информации вручен жене учредителя общества Лавлинского Ю.А. Лавлинской Е.В., которая официально зарегистрирована по вышеуказанному адресу, в связи с чем правильным является вывод суда о том, что данное лицо не может являться "случайным" человеком, который получил адресованную обществу корреспонденцию по адресу, являющемуся местом нахождения общества <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ВСО от 9 февраля 2012 г. по делу N A58-3304/2011.

Аналогичным образом в другом деле судом апелляционной инстанции на основании исследования и оценки материалов дела установлено, что запрос антимонопольного органа о предоставлении информации 18 апреля 2011 г. вручен жене предпринимателя. Письмо Управления от 14 апреля 2011 г. N 4-697 вручено совершеннолетнему лицу, проживающему совместно с предпринимателем (жене), под расписку с указанием даты вручения, что является надлежащим вручением <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ВСО от 29 декабря 2011 г. по делу N A69-1327/2011.

6. Адресатами мотивированного требования являются любые органы государственной власти, органы местного самоуправления, юридические и физические лица.

При этом комментируемая [статья](#) не делает исключений для тех лиц, которые вообще не ведут никакой деятельности на товарных рынках. Например, антимонопольный орган вправе запросить информацию у иностранных лиц, которые не владеют имуществом на территории РФ, а также не ведут на товарных рынках в границах РФ никакой деятельности. И такое законодательное регулирование следует признать правильным, поскольку адресат требования, не ведущий деятельности на товарном рынке РФ, вполне может обладать информацией, необходимой антимонопольному органу для осуществления возложенных на него функций.

Между тем в судебной практике можно встретить дела, в которых суды придерживаются другой точки зрения.

Так, ФАС МО пришел к выводу о том, что иностранная компания, которая не совершала действий и не заключала соглашений (которые в силу [ч. 2 ст. 3](#) Закона о защите конкуренции оправдывают применение российского антимонопольного законодательства к иностранным лицам), не может являться адресатом требования антимонопольного органа <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС МО от 23 января 2012 г. по делу N A40-152378/10-106-1052. [Определением](#) ВАС РФ от 5 июля 2012 г. N ВАС-6064/12 было отказано в передаче указанного дела в Президиум ВАС РФ.

Основываясь на тех же аргументах, к таким же выводам пришел суд и при рассмотрении другого дела <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС МО от 4 марта 2014 г. N Ф05-145/2014 по делу N А40-93451/2013.

В следующем деле суды отметили, что, отклоняя ссылки компании о неприменении к ее деятельности положений [Закона](#) о защите конкуренции, суды указали, что требование о представлении сведений направлено ФАС России в адрес компании в рамках осуществления контроля за экономической концентрацией при рассмотрении уведомления входящих в одну группу лиц ООО "Эллада Трейд" и ООО "АВТОБАЛТИКА МОТОРС". Как показали контрольные мероприятия, единственным участником названных обществ является ООО "Автотор групп", 99,99% доли в уставном капитале которого принадлежит ООО "Международный фонд частных инвестиций". В свою очередь, компания является основным участником ООО "Международный фонд частных инвестиций" с долей в уставном капитале, равной 99,16%.

Согласно [ч. 2 ст. 3](#) Закона о защите конкуренции положения данного [Закона](#) применяются к достигнутым за пределами территории РФ соглашениям между российскими и (или) иностранными лицами либо организациями, а также к совершаемым ими действиям, если такие соглашения или действия оказывают влияние на состояние конкуренции на территории РФ.

Применив вышеуказанную норму [Закона](#) о защите конкуренции, суды обоснованно отметили, что компания, являясь участником российского юридического лица, оказывает влияние на состояние конкуренции на территории РФ.

Таким образом, сфера правового регулирования [Закона](#) о защите конкуренции в рассматриваемом случае распространяется на деятельность компании <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС МО от 20 марта 2014 г. N Ф05-1421/2014 по делу N А40-66537/13.

Представляется, что подобная практика является ошибочной. Ссылки на [ч. 2 ст. 3](#) Закона о защите конкуренции в данном случае едва ли уместны, поскольку эта норма регулирует вопросы применения российского антимонопольного закона к действиям и соглашениям, совершенным за границей, но не касается полномочий антимонопольного органа запрашивать информацию. Полагаем, что обладание иностранным лицом информацией, необходимой антимонопольному органу для осуществления возложенных на него функций, является достаточным основанием для направления ему запроса.

7. Комментируемая [статья](#) устанавливает самый широкий круг сведений, которые могут быть запрошены антимонопольным органом. При рассмотрении одного из дел ВС РФ указал, что закон не содержит ограничений по кругу лиц, составу и объему запрашиваемой информации, необходимой для осуществления антимонопольным органом его задач и функций <1>.

<1> [Постановление](#) ВС РФ от 20 мая 2015 г. по делу N А20-2392/2014.

Вместе с тем в судебной практике встречаются случаи, когда суды признают, что часть сведений, запрошенных антимонопольным органом, представлена быть не может в силу тех или иных причин.

Так, по одному из дел суды установили, что, запросив информацию, УФАС обязало ОАО "Хлеб" указать должностное лицо, виновное в совершении административного правонарушения, со ссылкой и приложением копий приказа, должностной инструкции и других документов в отношении данного лица; представить декларацию и справку о доходах должностного лица, виновного в совершении административного правонарушения, за 2008, 2009 годы и копию паспорта указанного лица.

Порядком производства по делу об административном правонарушении, предусмотренным в [КоАП](#) РФ, обязанность по установлению лица, виновного в совершении административного правонарушения, возлагается на административный орган.

При таких обстоятельствах суд апелляционной инстанции обоснованно указал на некорректность требуемой в оспариваемом запросе Управления информации и правомерно согласился с позицией суда первой инстанции о том, что в данной части запрос антимонопольного органа не может быть признан законным <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ВВО от 18 августа 2011 г. по делу N А79-25/2011.

При этом антимонопольный орган вправе как запрашивать уже имеющиеся у лица документы (акты, договоры, справки, деловая корреспонденция), так и обязать лицо создать новый документ, содержащий интересующую антимонопольный орган информацию. Это следует из того, что в силу прямого указания [ч. 1 ст. 25](#) Закона о защите конкуренции антимонопольный орган вправе запросить любую информацию, а также любые объяснения.

В судебной практике можно встретить примеры, когда суды приходили к выводу о том, что антимонопольный орган не вправе требовать представления информации в определенной форме.

Так, ФАС ПО указал, что "Определением от 11 сентября 2007 г. антимонопольный орган затребовал представить информацию в новой форме - табличном сводном варианте. Обязанность заявителя по проведению анализа представляемой информации, а также по предоставлению информации в определенной форме действующим законодательством не предусмотрена" <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ПО от 22 мая 2008 г. N А65-30137/07-СА3-43. [Определением](#) ВАС РФ от 7 августа 2008 г. N 9913/08 отказано в передаче дела на рассмотрение Президиума ВАС РФ.

Аналогичным образом в другом деле суды, анализируя положения [ч. 1 ст. 25](#), [ч. 2 ст. 25.4](#) Закона о защите конкуренции, [п. п. 3.35, 3.55](#) Административного регламента N 340, пришли к выводу о том, что требование о представлении документов в электронном виде может носить только рекомендательный характер и не может являться обязательным, за исключением тех документов и материалов, которые изначально выполнены в форме цифровой записи или в форме записи на электронных носителях <1>.

<1> [Постановление](#) АС ДО от 13 августа 2015 г. N Ф03-3148/2015 по делу N А59-5861/2014.

К похожему выводу суды пришли и при рассмотрении следующего дела. Судами было установлено, что в ответ на вышеуказанный запрос антимонопольного органа ОАО "Нижнекамскнефтехим" сопроводительным письмом от 29 марта 2013 г. N 10280-Исх.П представило набор материалов (документов). Однако представление информации о физических лицах, входящих в группу лиц общества, не в виде оформленной таблицы, а в виде приложения соответствующих документов (выписок из ЕГРЮЛ и уставов), УФАС по РТ признало представлением недостоверных сведений и документов. Установив, что сведения, содержащиеся в представленных документах, позволяли получить истребованную информацию, суды пришли к выводу, что запрос антимонопольного органа был исполнен обществом надлежащим образом <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ПО от 15 января 2014 г. по делу N А65-11342/2013.

Такой подход судов можно встретить и в других делах <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ПО от 19 марта 2012 г. по делу N А65-20371/2011.

Также в судебной практике встал и был разрешен вопрос, сходный с только что описанным.

Антимонопольный орган привлек хозяйствующего субъекта к ответственности за ненадлежащее

предоставление сведений в связи с тем, что организация представила более расширенную информацию, чем была запрошена, вследствие чего антимонопольный орган должен был потратить дополнительные силы и время для того, чтобы получить нужную ему информацию. Суды признали привлечение субъекта к ответственности незаконным, поскольку указание в таблице расширенных сведений, возможность корректировки которых впоследствии не препятствовала антимонопольному органу в выполнении возложенных на него полномочий, не свидетельствует о противоправном и виновном поведении заявителя, который от представления информации в УФАС не уклонялся и не сообщал антимонопольному органу недостоверных сведений <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС СЗО от 27 января 2012 г. по делу N А56-28773/2011.

Требования о представлении документов и информации, которая у адресата отсутствует, также признаются судами незаконными.

Так, по одному из дел было установлено, что по факту непредставления Обществом требуемых документов (сметных расчетов и обоснования по лотам N 2 и 3) УФАС 15 февраля 2011 г. составлен протокол об административном правонарушении и 21 февраля 2011 г. вынесено постановление о привлечении ОАО "Нарьян-Марокргаз" к административной ответственности по [ч. 5 ст. 19.8](#) КоАП в виде 300 тыс. руб. штрафа.

В данном случае судами установлено и материалами дела подтверждается, что ОАО "Нарьян-Марокргаз" принимало участие в открытом аукционе на право заключения муниципального контракта на выполнение работ по прокладке и замене газопровода в поселке Искателей по лотам N 1, 2 и 3. При этом документацией об аукционе не предусмотрена подача участником размещения заказа в составе заявки на участие в аукционе сметных расчетов стоимости по каждому лоту.

Ссылаясь на гипотетическую возможность Общества на этапе подачи заявок "просчитать экономический эффект от участия в аукционе посредством составления сметных расчетов", УФАС не представило в материалы дела каких-либо доказательств как реального существования таковых сметных расчетов стоимости по лотам N 2 и N 3, так и их неправомерного непредставления заявителем по требованию административного органа.

Установив, что такой документ, как "расчетно-сметное обоснование" при определении стоимости строительных работ не применяется и образец составления расчетно-сметного обоснования отсутствует, суды первой и апелляционной инстанций также сочли невыполнимым и требование УФАС о предъявлении заявителем расчетно-сметных обоснований по лотам N 2 и 3 <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС СЗО от 31 октября 2011 г. по делу N А05-4030/2011.

Также в судебной практике встал вопрос о праве антимонопольного органа запрашивать персональную информацию.

По одному из дел, проверяя наличие у антимонопольного органа оснований для привлечения кооператива к административной ответственности по [ч. 5 ст. 19.8](#) КоАП РФ, суд установил, что кооператив не исполнил требование антимонопольного органа в полном объеме. Ссылка кооператива на то, что запрошенные сведения о членах кооператива, их месте жительства являются персональными данными и не могут быть представлены без согласия членов кооператива, не основана на действующем законодательстве <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ДО от 9 апреля 2013 г. по делу N А51-20080/2012.

Однако в другом деле со схожими (но не идентичными) фактическими обстоятельствами УФАС запрошена у общества информация об абоненте определенного телефонного номера, а именно полное фирменное наименование и адрес хозяйствующего субъекта - абонента или фамилия, имя, отчество и адрес места регистрации (фактического проживания) абонента - физического лица. Информацию предложено представить в срок до 25 июня 2010 г.

Запрос управления получен обществом 19 июля 2010 г., однако информация к указанному в нем сроку в антимонопольный орган представлена не была. При этом в своем ответе общество сослалось на [ст. ст. 53, 63](#) Федерального закона от 7 июля 2003 г. N 126-ФЗ "О связи" (далее - Закон о связи) и [ст. ст. 9, 16](#) Федерального закона от 27 июля 2006 г. N 152-ФЗ "О персональных данных" (далее - Закон о персональных данных).

В силу [ст. 64](#) Закона о связи операторы связи обязаны предоставлять информацию об абонентах только уполномоченным государственным органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность или обеспечение безопасности РФ.

Антимонопольный орган не относится к органам, уполномоченным осуществлять оперативно-розыскную деятельность, [Закон](#) о защите конкуренции не содержит прямого указания на полномочие антимонопольного органа запрашивать у операторов связи сведения об абонентах - физических лицах.

Кроме того, сведения об абонентах содержат персональные данные. Поскольку доступ к сведениям об абонентах - физических лицах и их персональным данным ограничен названными федеральными законами, то в силу [ст. 9](#) Федерального закона от 27 июля 2006 г. N 149-ФЗ "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" соблюдение конфиденциальности такой информации является обязательным.

Так как действующее законодательство не предоставляет антимонопольному органу право получать персональные данные, в том числе сведения о номере телефона абонента без его согласия, а также не предусматривает полномочий антимонопольного органа по обработке персональных данных, то суд апелляционной инстанции правильно указал на отсутствие в действиях общества состава вменяемого административного правонарушения <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС УО от 18 мая 2011 г. по делу N А50-26132/2010.

8. Объяснением следует считать выраженное в письменной или устной форме изложение фактов или причин событий, данное за подписью уполномоченного лица адресата требования либо за подписью того лица, которому требование специально адресовано.

В отличие от объяснения, под информацией в контексте комментируемой [ст.](#) следует понимать сведения о фактах, содержащиеся в различных документах. Антимонопольный орган, как правило, запрашивает подобную информацию в тех случаях, когда точно идентифицировать документы, содержащие эту информацию, невозможно или затруднительно либо когда информация содержится в очень большом массиве документов, которые в остальной части антимонопольному органу не нужны. Например, антимонопольный орган может запросить информацию об объемах поставки с разбивкой по различным видам, типам товаров или потребовать представить информацию об объемах поставок за определенный период.

9. В отношении такого адресата, как ЦБ РФ, [ч. 2 комментируемой статьи](#) установлены особые правила направления запросов о предоставлении информации <1>.

<1> В авторском коллективе нет единства во мнениях по поводу права территориальных органов ФАС России запрашивать информацию у ЦБ РФ. С точки зрения Г.П. Чернышова, территориальные органы таким правом не обладают. На это указывают следующие обстоятельства. [Пункт 15 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции различает федеральный антимонопольный орган и его территориальные подразделения, объединяя их в понятие "антимонопольный орган". Следовательно, когда закон говорит об антимонопольном органе, то под этим подразумевается федеральный антимонопольный орган и его территориальные подразделения. А когда закон говорит о федеральном антимонопольном органе, то имеется в виду только Центральный аппарат ФАС России, но не территориальные подразделения. [Часть 2 ст. 25](#) говорит о праве федерального антимонопольного органа истребовать информацию у ЦБ РФ, а [ч. 1 этой статьи](#) говорит об обязанности всех прочих организаций представить информацию по требованию антимонопольного органа. Следовательно, территориальные подразделения не имеют права запрашивать информацию у ЦБ РФ.

Во-первых, запрос в ЦБ РФ в обязательном порядке должен быть облечен в письменную форму. В отношении других адресатов [Закон](#) о защите конкуренции не требует обязательной письменной формы запроса.

Во-вторых, информация от ЦБ РФ может быть затребована только для целей проведения анализа состояния конкуренции на рынке услуг, оказываемых поднадзорными ЦБ РФ финансовыми организациями.

Здесь следует отметить, что [ст. 23](#) Закона о защите конкуренции, устанавливая полномочия антимонопольного органа, не предусматривает такого полномочия, как контроль за состоянием конкуренции, и не раскрывает его содержания. В ходе дальнейшего совершенствования антимонопольного законодательства следует раскрыть понятие контроля за состоянием конкуренции.

В-третьих, у ЦБ РФ нельзя истребовать информацию, составляющую банковскую тайну. В отличие от ЦБ РФ, коммерческий банк обязан представить по требованию антимонопольного органа информацию, составляющую банковскую тайну, что подтверждается судебной практикой <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС МО от 2 октября 2012 г. N А40-128442/11-144-1158.

Понятие банковской тайны раскрывается в [ч. 1 ст. 857](#) ГК РФ, в силу которой "банк гарантирует тайну банковского счета и банковского вклада, операций по счету и сведений о клиенте". Отсюда можно заключить, что банковская тайна включает в себя сведения о банковском счете и банковском вкладе, а также об операциях по счету и о клиенте банка.

Вместе с тем [ст. 26](#) Федерального закона "О банках и банковской деятельности" предусматривает более широкое понятие банковской тайны, говоря о том, что "кредитная организация, Банк России, организация, осуществляющая функции по обязательному страхованию вкладов, гарантируют тайну об операциях, о счетах и вкладах своих клиентов и корреспондентов. Все служащие кредитной организации обязаны хранить тайну об операциях, о счетах и вкладах ее клиентов и корреспондентов, а также об иных сведениях, устанавливаемых кредитной организацией, если это не противоречит федеральному закону".

Как видно, понятие банковской тайны, данное [Законом](#) о банках и банковской деятельности, отличается от понятия, данного [ГК](#) РФ, в двух отношениях.

Во-первых, [Закон](#) о банках и банковской деятельности к сведениям, составляющим банковскую тайну, относит также сведения о корреспондентах банка, а не только о его клиентах.

Во-вторых, [Закон](#) о банках и банковской деятельности позволяет банку устанавливать иные сведения, которые будут составлять банковскую тайну, если это не противоречит федеральному закону.

Полагаем, что сведения о банках-корреспондентах должны быть отнесены к банковской тайне, поскольку раскрытие сведений о корреспонденте может привести к раскрытию сведений о клиенте корреспондента, а эти сведения, вне всякого сомнения, охватываются понятием банковской тайны.

Что касается права банка установить иные сведения, которые будут составлять банковскую тайну, то это право не должно влиять на право антимонопольного органа истребовать эти сведения, поскольку действия частных лиц не могут определять круг полномочий органа публичной власти. Полномочия органа публичной власти определяются законом, а не действиями частных лиц.

Круг операций, которые входят в банковскую тайну, должен определяться [ст. 848](#) ГК РФ. Банковские операции, перечисленные в [ст. 5](#) Закона о банках и банковской деятельности, не должны входить в круг сведений, составляющих банковскую тайну, поскольку по смыслу этого понятия в банковскую тайну входят лишь сведения о клиенте или об операциях по счетам или вкладам клиента, а не сделки самого банка. Такой подход находит поддержку в судебной практике <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ЗСО от 20 ноября 2002 г. N Ф04/4244-959/А46-2002.

10. [Часть 3 ст. 25](#) Закона о защите конкуренции устанавливает правило о том, что информация, составляющая охраняемую законом тайну, представляется в антимонопольный орган в соответствии с требованиями, установленными федеральными законами.

Это означает, что запрашиваемая антимонопольным органом информация, составляющая охраняемую законом тайну, не может быть основанием для ее непредставления, что подтверждается судебной практикой.

Так, в деле N А56-78826/2013 суд пришел к выводу, что "в целях осуществления своих полномочий антимонопольный орган вправе запрашивать у хозяйствующих субъектов необходимую ему информацию. У получателя подобного запроса имеется обязанность предоставить затребованные сведения, в том числе содержащие коммерческую, служебную, иную охраняемую законом тайну (документы, объяснения и пр.).

Непредставление в срок или представление заведомо недостоверных сведений и информации, истребуемых в порядке, установленном названным Федеральным [законом](#), влечет за собой ответственность, установленную законодательством РФ ([ч. 4 ст. 25.4 Закона о защите конкуренции](#)) <1>.

<1> [Постановление](#) АС СЗО от 7 октября 2014 г. по делу N А56-78826/2013 (данное [Постановление](#) оставлено без изменения Постановлениями ВС РФ от 9 июня 2015 г. [N 307-АД14-6359](#) и от 16 февраля 2015 г. [N 307-АД14-6359](#)).

Из толкования этой нормы следует как минимум два вывода.

Во-первых, если сведения для того, чтобы составлять охраняемую законом тайну, должны быть оформлены особым образом, то заявитель несет риск нарушения требований к форме таких сведений. Так, например, в силу [п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона о коммерческой тайне](#), информация составляет коммерческую тайну только в том случае, если в отношении ее обладателем введен режим коммерческой тайны. В силу [ч. 4 ст. 6](#) указанного Закона на документах, содержащих коммерческую тайну, должен быть нанесен гриф "Коммерческая тайна" с указанием ее обладателя. Если лицом, представившим коммерческую тайну в антимонопольный орган, не соблюдены указанные выше требования, то информация не будет считаться коммерческой тайной.

Во-вторых, антимонопольный орган несет обязанности по сохранению конфиденциальности полученной информации, составляющей охраняемую законом тайну. В частности, представление коммерческой тайны другим государственным органам, в том числе судам, возможно в соответствии с [ч. 3 ст. 6 Закона о коммерческой тайне](#). А представление такой информации иным хозяйствующим субъектам, в том числе участникам дела о совершении антимонопольного правонарушения, не допускается.

Аналогичный подход должен применяться и к другим разновидностям охраняемой законом тайны.

При этом нужно иметь в виду, что перечень видов охраняемой законом тайны, приведенный в комментируемой [статье](#), не является исчерпывающим. Если антимонопольный орган станет обладателем иной охраняемой законом тайны (например, тайны усыновления, тайны личной жизни), то такая информация не должна разглашаться.

Из анализа [Инструкции](#) о порядке учета, обращения и хранения документов, содержащих служебную информацию ограниченного распространения в Центральном аппарате ФАС России, утвержденной Приказом ФАС России от 10 апреля 2014 г. N 240/14 (далее - Инструкция), можно сделать общий вывод, что информация, содержащая коммерческую или иную тайну, должна храниться отдельно от остальных материалов дела и к ней может быть предоставлен доступ только тем должностным лицам антимонопольного органа, в производстве которых находится рассматриваемый материал. При наличии у документа грифа секретности ознакомление с ним осуществляется через Управление защиты государственной тайны ФАС России или ее территориальных органов и только лицами, имеющими оформленный допуск к секретным сведениям по соответствующей форме.

В соответствии с [Инструкцией](#) документам, содержащим коммерческую, служебную, налоговую или иную охраняемую законом тайну (помимо государственной или военной тайны), присваивается гриф "Для служебного пользования", который свидетельствует об ограниченном допуске к этим сведениям и определяет описанный выше особый порядок использования указанных документов и содержащейся в них информации. Данный порядок исключает утечку содержания этих документов и соответствует требованиям законодательства РФ, предъявляемым к хранению, обработке и использованию в интересах расследования и рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства информации, составляющей коммерческую, служебную, налоговую, нотариальную или иную охраняемую законом тайну.

Таким образом, информация, содержащая коммерческую или служебную тайну, должна быть представлена по требованию антимонопольного органа в том же порядке, что и любая другая информация, предусмотренная [ст. 25](#) Закона о защите конкуренции.

Обязанность антимонопольного органа по соблюдению коммерческой, служебной или иной охраняемой законом тайны, а также виды ответственности за ее разглашение, установлены [ст. 26](#) Закона о защите конкуренции.

В соответствии с [ч. 5 ст. 19.8](#) КоАП РФ непредставление в федеральный антимонопольный орган, его территориальный орган сведений (информации), предусмотренных антимонопольным законодательством РФ, в том числе непредставление сведений (информации) по требованию указанных органов, за исключением случаев, предусмотренных [ч. ч. 3 и 4 настоящей статьи](#), а равно представление в федеральный антимонопольный орган, его территориальный орган заведомо недостоверных сведений (информации) влечет наложение административного штрафа на юридических лиц в размере от 50 тыс. до 500 тыс. руб. <1>.

<1> [Постановление](#) АС СЗО от 7 октября 2014 г. по делу N А56-78826/2013 (данное [Постановление](#) оставлено без изменения Постановлениями ВС РФ от 9 июня 2015 г. [N 307-АД14-6359](#) и от 16 февраля 2015 г. [N 307-АД14-6359](#)).

Статья 25.1. Проведение проверок антимонопольным органом

Комментарий к [статье 25.1](#)

1. Комментируемая [статья](#) устанавливает процедуру проведения проверок антимонопольным органом, виды проверяемых организаций, предмет и правовые основания проверок, их возможные формы и пределы полномочий сотрудников антимонопольного органа при их проведении, а также требования к оформлению приказа о проведении проверки.

Согласно [п. 4 ст. 1](#) Закона о проверках особенности организации и проведения проверок при осуществлении антимонопольного контроля в части, касающейся вида, предмета, оснований проверок, сроков и периодичности их проведения, уведомления о проведении внеплановой выездной проверки, могут устанавливаться другими федеральными законами. Таким образом, Закон о защите конкуренции устанавливает в комментируемой [статье](#) особый порядок проверок, проводимых антимонопольным органом, по сравнению с общими нормами, установленными [Законом](#) о проверках.

[Закон](#) о проверках применяется к проведению проверок антимонопольными органами лишь в части, не противоречащей [Закону](#) о защите конкуренции. Так, в частности, внеплановые проверки, проводимые в соответствии с комментируемой [статьей](#), не требуют предварительного согласования с органами прокуратуры.

Процедура проведения проверок антимонопольным органом регламентирована также Административным [регламентом](#) ФАС России по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства РФ, утвержденным Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 340 (далее по тексту комментария к настоящей статье - Регламент).

2. [Часть 1 комментируемой статьи](#) устанавливает виды проверок, проводимых антимонопольным органом, - плановые и внеплановые.

Проверки могут проводиться в отношении всех хозяйствующих субъектов, в соответствии с определением этого понятия, содержащегося в [п. 5 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции. Определенные ограничения наложены только в части пределов проведения проверок в отношении некоммерческих организаций.

Так, [ч. 1 комментируемой статьи](#) предусмотрено, что проверка соблюдения антимонопольного законодательства в отношении некоммерческих организаций может осуществляться в части соответствия требованиям конкретных положений [Закона](#) о защите конкуренции при осуществлении ими предпринимательской деятельности либо координации экономической деятельности иных хозяйствующих субъектов. Комментируемая [статья](#) и [п. 1.4](#) Регламента устанавливают, что проверки некоммерческих организаций могут проводиться только на предмет соблюдения ими положений [ст. ст. 10, 11, 14 - 17.1, 19 - 21](#)

Закона о защите конкуренции.

На стадии принятия решения о необходимости проведения проверки в целях изучения сведений о признаках нарушения антимонопольного законодательства в действиях некоммерческой организации антимонопольный орган может не располагать сведениями о том, осуществляет ли такое лицо предпринимательскую деятельность. Исходя из смысла положений [ч. 1 комментируемой статьи](#), на момент принятия решения о проведении проверочных мероприятий в отношении некоммерческих организаций антимонопольный орган должен установить лишь наличие у лица организационно-правовой формы некоммерческой организации, а равно определить предмет проверки, исходя из установленных [Законом](#) о защите конкуренции ограничений. Наличия у антимонопольного органа доказательств ведения некоммерческой организацией предпринимательской деятельности или осуществления координации на момент издания приказа о проведении проверки [Закон](#) не требует.

Соответственно, ведение предпринимательской деятельности или осуществление координации экономической деятельности проверяемым лицом должно рассматриваться не как условие проведения проверки, а как пределы ее проведения.

Также [ч. 1 комментируемой статьи](#) устанавливает дополнительное ограничение пределов проведения проверок антимонопольным органом некоммерческих организаций: не могут проводиться проверки соответствия деятельности таких организаций целям деятельности, предусмотренным их учредительными документами. Однако это не означает, что в случае, если учредительные документы некоммерческой организации (например, Устав) содержат положения, запрещенные или противоречащие нормам антимонопольного законодательства, то эти положения не могут быть предметом проверки антимонопольного органа.

Комментируемая норма не позволяет проверять право лица на осуществление той или иной деятельности, но не ограничивает полномочия проверяющего в части выявления несоответствия этой деятельности и закрепляющих ее положений учредительных документов антимонопольному законодательству.

При этом необходимо подчеркнуть, что основания проверок некоммерческих организаций предусмотрены комментируемым [Законом](#) и не отличаются от оснований для проведения проверок коммерческих организаций.

Этот вопрос получил разрешение в следующем деле, где суды указали, что в отношении некоммерческих организаций антимонопольный орган вправе проводить внеплановые проверки при наличии оснований, предусмотренных в [п. 4 ст. 25.1](#) Закона о защите конкуренции. При этом такая проверка некоммерческих организаций осуществляется с учетом только тех вопросов, которые прямо указаны в [п. 1 ст. 25.1](#) Закона о защите конкуренции.

Довод Учреждения о том, что [п. 4 названной статьи](#) не распространяется на порядок проведения антимонопольным органом внеплановых проверок некоммерческих организаций, судом кассационной инстанции отклоняется как не основанный на нормах действующего законодательства. Каких-либо исключений в отношении оснований проверок именно некоммерческих организаций [ст. 25.1](#) Закона о защите конкуренции не предусматривает. Исключения предусмотрены в отношении тех вопросов, которые подлежат проверке.

В связи с этим довод подателя жалобы о том, что поводом для проведения внеплановой проверки Учреждения являются только те обстоятельства, которые предусмотрены [п. 2 ст. 10](#) Закона N 294-ФЗ, ошибочен. Названные в [п. 2 ст. 10](#) Закона N 294-ФЗ общие основания для проведения внеплановой проверки в силу [п. 4 ст. 1](#) этого же Закона не исключают возможность проведения внеплановых проверок и по специальным основаниям, указанным в [п. 4 ст. 25.1](#) Закона о защите конкуренции <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС СЗО от 23 июня 2011 г. по делу N А56-55628/2010.

3. [Часть 1 комментируемой статьи](#) устанавливает две формы, в которых может осуществляться проверка: документарную и выездную. Основным отличием выездной проверки от документарной является то, что при выездной проверке проверяющий сам прибывает к месту проверки, имеет полномочия произвести осмотр территории, помещений и документов проверяемого лица, истребовать недостающую для проведения всесторонней и объективной проверки информацию.

Таким образом, даже если значительная часть анализа полученной информации проводилась в помещении антимонопольного органа, но получение информации, установление ее объемов, а также получение хотя бы части необходимых документов происходило по месту нахождения проверяемого лица или в месте осуществления им своей хозяйственной деятельности, то такая проверка является выездной. Если же проверка проводилась по месту нахождения антимонопольного органа, по информации, предоставленной самим проверяемым и полученной из других источников, но без выезда на место осуществления деятельности проверяемого, то такая проверка является документарной.

4. **Части 2 и 3 комментируемой статьи** устанавливают основания для проведения плановой проверки, периодичность ее проведения, а также ее предмет.

В отличие от внеплановых проверок плановые проверки антимонопольного органа требуют согласования с органами прокуратуры и включаются в ежегодный план проверок, составляемый антимонопольным органом и утверждаемый прокуратурой субъекта РФ по месту нахождения антимонопольного органа до 1 ноября года, предшествующего году проведения плановых проверок, в порядке, установленном **ч. ч. 6.1 - 6.4 ст. 9** Закона о проверках.

Порядок подготовки, согласования и утверждения ежегодных планов проверок в антимонопольном органе установлен **п. п. 3.11 - 3.21** Регламента.

Плановая проверка одного хозяйствующего субъекта проводится не чаще чем один раз в три года. При этом количество хозяйствующих субъектов, в отношении которых могут быть проведены плановые проверки, ограничено только временем, имеющимся в сводном плане плановых проверок, который составляется и ведется органами прокуратуры.

Координирующая роль прокуратуры при составлении указанного плана, очевидно, состоит в том, чтобы плановая проверка антимонопольного органа не совпала по времени и проверяемому лицу с плановой проверкой другого надзорного органа.

В судебной практике получил освещение и правильное разрешение вопрос о том, возможно ли проведение внеплановой проверки за тот же период, за который была проведена плановая проверка. Суд кассационной инстанции ответил на этот вопрос положительно, что следует считать правильным, поскольку **ст. 25.1** не устанавливает запрета на проведение внеплановой проверки за тот же период, за которой в организации проводилась плановая проверка <1>.

<1> **Постановление** ФАС ДО от 28 декабря 2011 г. N Ф03-6238/2011 по делу N A24-1049/2011.

5. Предметом плановой проверки является соблюдение требований антимонопольного законодательства проверяемым лицом при осуществлении им своей деятельности. При этом речь идет о всей хозяйственной деятельности проверяемого, а не только о его предпринимательской деятельности, так как отдельные виды хозяйственной деятельности могут не являться предпринимательством, но при этом быть запрещены нормами **Закона** о защите конкуренции. Примером может служить координация экономической деятельности хозяйствующих субъектов, запрещенная **ч. 5 ст. 11** Закона.

Плановой проверке подлежит вся хозяйственная деятельность проверяемого лица на соответствие всем нормам **Закона** о защите конкуренции.

6. **Часть 4 комментируемой статьи** устанавливает основания для проведения внеплановой проверки.

Внеплановая проверка практически всегда осуществляется путем включения в нее одного или нескольких выездных мероприятий. Это означает, что в подавляющем большинстве случаев антимонопольным органом принимается решение о проведении выездной внеплановой проверки.

Комментируемая **статья** содержит пять оснований для проведения внеплановой проверки, и все они подразумевают указание на конкретные события или действия проверяемого лица, которые могут содержать признаки нарушения антимонопольного законодательства. То есть в отличие от плановой проверки внеплановая проверка всегда проводится в связи с имеющейся у антимонопольного органа информацией о признаках

нарушения антимонопольного законодательства.

В практике арбитражных судов имеются примеры, когда проверки признавались недействительными потому, что отсутствовали надлежащие основания для их проведения.

Так, по одному из дел суды пришли к выводу о том, что электронные письма, содержащие обращения граждан, не содержали признаков нарушения антимонопольного законодательства на рынке оптовых поставок жидкой каустической соды. Кроме того, в них отсутствовали достоверные и достаточные сведения о направивших эти сообщения лицах, позволяющие провести их идентификацию, в связи с чем у антимонопольного органа в силу [ст. 23, п. 2 ч. 4 ст. 25.1](#) Закона о защите конкуренции, [ч. ч. 1 и 3 ст. 7](#) Закона от 2 мая 2006 N 59-ФЗ "О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации", [п. 3.4](#) Административного регламента ФАС России по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства, утвержденного Приказом ФАС России от 24 февраля 2010 г. N 89 и действовавшего в период проведения оспариваемых проверок (в настоящее время утратил силу), [п. п. 1, 10, 11 и 11.1 ст. 2, п. 2 ст. 10](#) Федерального закона от 27 июля 2006 г. N 149-ФЗ "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" отсутствовали основания для проведения оспариваемых внеплановых проверок, в связи с чем данные проверки являются незаконными <1>.

<1> [Постановление](#) АС МО от 30 апреля 2015 г. N Ф05-3535/2015 по делу N А40-161484/12.

Антимонопольный орган вправе проводить внеплановые проверки не только до, но и в ходе рассмотрения уже возбужденного дела о нарушении антимонопольного законодательства. Данная позиция подтверждена судебной практикой.

В частности, ФАС УО по одному из дел отменил решение суда первой инстанции о том, что внеплановые проверки возможны только до возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства <1>. Коллегия судей ВАС РФ по делу N 18002/12 также подтвердила эту позицию, указав, что [ст. 23](#) Закона о защите конкуренции не противопоставляет полномочия антимонопольного органа, не препятствует возможности одновременного их осуществления и не предопределяет их очередность и последовательность реализации <2>.

<1> [Постановление](#) ФАС УО от 1 октября 2012 г. по делу N А47-7950/2011.

<2> [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 12 ноября 2013 г. N 18002/12.

7. В числе оснований для проведения внеплановой проверки стоит отметить положение [п. 5 ч. 4 комментируемой статьи](#), где говорится, что внеплановая проверка может быть проведена на основании обнаружения самим антимонопольным органом признаков нарушения антимонопольного законодательства. Это не означает, что внеплановая проверка может быть проведена антимонопольным органом без наличия информации о конкретных признаках нарушения антимонопольного законодательства. Именно эта информация и является главным основанием для проведения любой внеплановой проверки. Но в данном случае источником этой информации будут служить не материалы, поступившие в антимонопольный орган извне, а собственные сведения, полученные в ходе рассмотрения дела, проведения других контрольных мероприятий, полученные иными не запрещенными законом способами. Примерами получения информации из иных источников могут быть, например, действия по мониторингу сотрудниками антимонопольного органа интернет-сайта, на котором размещалась информация о проведении торгов.

Рассматривая эту ситуацию, суды решили, что антимонопольный орган имеет право проводить внеплановую проверку документации заказчика, приложенной к извещению о проведении открытого аукциона на право заключения государственного контракта, в целях защиты публичных интересов и реализации максимально широких контрольных полномочий для обеспечения честной конкуренции в сфере размещения государственных заказов <1>.

<1> [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 27 сентября 2011 г. N 3913/11 по делу N А51-7722/2010.

Аналогичный вывод был сделан в другом деле, когда суды указали, в частности, что мониторинг официального сайта, на котором размещается информация для публичного ознакомления, производился сотрудником Управления в соответствии с Приказом от 15 июля 2011 г. N 523а "О проведении контрольных мероприятий", изданным ФАС России <1>. Можно сослаться и на другие дела, в которых рассматривался и получил аналогичное разрешение схожий вопрос <2>.

<1> [Постановление](#) ФАС ВВО от 14 января 2014 г. по делу N А38-2001/2013.

<2> [Постановление](#) ФАС ВВО от 21 июня 2012 г. по делу N А79-7629/2011.

8. [Часть 5 комментируемой статьи](#) устанавливает предмет внеплановой проверки. Следует подчеркнуть, что предметы плановой и внеплановой проверок в целом совпадают - соблюдение антимонопольного законодательства проверяемым лицом при осуществлении им своей деятельности. Отличие между видами проверок заключается не в предмете, а в основании их проведения, а также в процедуре оформления и извещения о ее проведении проверяемого лица.

Предмет внеплановой проверки не ограничен проверкой той информации, которая явилась основанием для проведения внеплановой проверки. В противном случае произойдет смешение основания проверки и ее предмета.

Соответственно, антимонопольный орган при проведении внеплановой проверки не может и не должен ограничиваться только изучением тех документов и информации, которая имеет непосредственное отношение к основанию проведения проверки.

9. [Части 6 и 7 комментируемой статьи](#) устанавливают требования к приказу о проведении проверки.

В частности, [ч. 6](#) говорит о том, что проверка, независимо от ее формы и характера (плановая или внеплановая), проводится в соответствии с приказом руководителя антимонопольного органа. Это означает, что проверка может быть проведена только на основании приказа, имеющего письменную форму, подписанного руководителем антимонопольного органа и зарегистрированного надлежащим образом в системе документооборота антимонопольного органа.

Под антимонопольным органом в комментируемой [статье](#), как и в других нормах [Закона](#) о защите конкуренции, понимается в настоящий момент ФАС России и ее территориальные органы, соответственно, приказы о проведении проверок должны быть подписаны руководителем ФАС России или руководителем территориального органа либо исполняющими их обязанности лицами. Издание приказов за подписью начальников структурных подразделений ФАС России (отделов) или отделов территориальных управлений, их заместителей и других должностных лиц антимонопольных органов не допускается.

Приказ о проведении проверки устанавливает временные, пространственные, документальные пределы проведения проверки. Выход за эти пределы проверяющими будет являться превышением их полномочий. Таким образом, приказ о проведении проверки является актом, распространяющим свое действие исключительно на лиц, поименованных в приказе, порождающим у них обязанность осуществить проверочные мероприятия в установленные сроки, в определенном объеме и в отношении лица, указанного в качестве проверяемого.

В судебной практике возник вопрос о возможности обжаловать приказ о проведении проверки в судебном порядке в качестве ненормативного правового акта.

Практика по данному вопросу складывается неоднозначно.

Так, в одном из дел суд кассационной инстанции на основании того, что приказ управления служит основанием для проведения в отношении заявителя внеплановой проверки, которая напрямую затрагивает экономические интересы общества в сфере предпринимательской деятельности, а также влечет возникновение для общества предусмотренных законом обязанностей, неисполнение которых создает для заявителя юридические последствия - наступление установленной законодательством РФ ответственности, постановил, что апелляционный суд пришел к обоснованному выводу о том, что оспариваемый приказ является

ненормативным правовым актом, затрагивающим права и законные интересы общества, который может быть предметом обжалования в арбитражном суде.

Также суд указал, что вывод судов основан на правильном применении норм процессуального права и согласуется со сложившейся судебной практикой по аналогичным делам (Определения ВАС РФ от 2 апреля 2014 г. [N 3304/14](#), ВС РФ от 19 января 2015 г. [N 302-КГ14-6859](#)), которую учитывали суды при рассмотрении настоящего дела <1>.

<1> [Постановление](#) АС ДО от 28 мая 2015 г. N Ф03-1957/2015 по делу N А59-5606/2014.

Возможность обжаловать приказ в самостоятельном процессе следует из другого дела, которое было предметом рассмотрения ВС РФ <1>.

<1> [Определение](#) ВС РФ от 20 января 2015 г. N 310-КГ14-6832 по делу N А36-6246/2013.

Существует и иная позиция, которая основана на том, что само по себе издание приказа о проведении проверки напрямую не затрагивает интересов проверяемого, так как не порождает у него никаких дополнительных прав или обязанностей, не накладывает на него никаких ограничений. Приказ не устанавливает факта нарушения проверяемым антимонопольного законодательства и не предопределяет субъекта ответственности, а оформляет в предусмотренном законом порядке начало процессуальных действий по проведению проверки в целях осуществления контроля за соблюдением антимонопольного законодательства.

Поскольку приказ сам по себе не влечет юридически значимых последствий, затрагивающих права и законные интересы проверяемого, т.е. не отвечает основным признакам ненормативного правового акта, он не может быть предметом самостоятельного судебного обжалования, поскольку является процессуальным, внутриорганизационным документом <1>. Аналогичные выводы были сделаны судами и в другом деле <2>. Можно найти и другие примеры в практике, когда суды констатировали отсутствие возможности обжаловать приказ в самостоятельном процессе <3>, <4>.

<1> Постановления Президиума ВАС РФ от 17 февраля 2009 г. по делу [N А65-3732/2008](#); 3 ААС по делу от 28 января 2010 г. [N А33-18504/2009](#) (в вышестоящих инстанциях этот судебный акт не обжаловался).

<2> [Определение](#) ВС РФ от 2 ноября 2015 г. N 303-КГ15-14310 по делу N А59-5605/2014.

<3> [Постановление](#) ФАС МО от 6 февраля 2014 г. N Ф05-18040/2013 по делу N А40-49279/13-33-472.

<4> [Постановления](#) АС ПО от 30 июня 2015 г. N Ф06-23472/2015, Ф06-24607/2015 по делу N А65-22233/2014.

Как представляется, наиболее сбалансированная позиция по рассматриваемому вопросу выражена в последних актах ВС РФ, где констатировано, что если издан приказ о проведении проверки в отношении хозяйствующего субъекта либо органа власти по вопросу, выходящему за пределы компетенции антимонопольного органа, это должно являться предметом судебного контроля. Иной вывод противоречит [ст. 46](#) Конституции РФ и процессуальному законодательству, а также не обеспечивает восстановления нарушенных прав лица, обратившегося за судебной защитой <1>. Аналогичная позиция выражена в Обзоре практики ВС РФ.

<1> [Определение](#) ВС РФ от 22 января 2016 г. N 309-КГ15-12204 по делу N А50-19907/2014.

10. [Часть 7 комментируемой статьи](#) устанавливает перечень сведений, которые в обязательном порядке должен содержать приказ о проведении проверки. Отсутствие в нем хотя бы одного из пунктов, перечисленных в комментируемой норме, влечет как недействительность самого приказа, так и недопустимость доказательств,

полученных в ходе проверки, проведенной на его основании.

Вместе с тем в судебной практике можно встретить дела, где суды пришли к выводу о том, что отсутствие всех необходимых сведений в приказе не является безусловным основанием для оспаривания проверки, если допущенные нарушения не влияют на права проверяемого лица.

Так, по одному из дел арбитражным судом установлено, что Приказ от 15 апреля 2010 г. N 49 не содержит всех необходимых реквизитов, указанных в [п. 7 ст. 25.1](#) Закона о защите конкуренции, вместе с тем отсутствие некоторых пунктов не привело к нарушению прав Общества в ходе проведения проверки <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ЗСО от 23 августа 2011 г. по делу N A02-939/2010.

Однако этот перечень не является закрытым, а устанавливает лишь обязательный минимум сведений, наличие которых в приказе строго обязательно. Предусмотренный комментируемой нормой перечень может быть расширен, если такая необходимость обусловлена целями и задачами проверки. Например, [п. 3.24](#) Регламента содержит более полный перечень сведений, которые должны быть указаны в приказе о проведении проверки.

11. [Часть 8 комментируемой статьи](#) устанавливает, что антимонопольный орган утверждает типовую форму приказа о проведении проверки. В настоящее время такая [форма](#) утверждена в виде приложения 3 к Регламенту.

В соответствии с [ч. 7 комментируемой статьи](#) приказ о проведении проверки должен содержать наименование антимонопольного органа, издавшего приказ, а также фамилии, имена, отчества должностных лиц, являющихся членами инспекции. Проверка может проводиться исключительно лицами, поименованными в приказе. В случае привлечения к проверке эксперта или представителя экспертной организации его данные также указываются в приказе.

В приказе указываются наименование, юридический и фактический адрес места нахождения юридического лица или фамилия, имя, отчество индивидуального предпринимателя и адрес его места жительства. Также рекомендуется указать ИНН и ОГРН (ОГРНИП). Кроме того, желательно указать место нахождения филиалов, представительств или мест осуществления хозяйственной деятельности проверяемого, в случае если в ходе выездной проверки инспекция будет осуществлять выезд по этим адресам.

В приказе указывается адрес места нахождения проверяемого лица, содержащийся в его учредительных документах, на основании данных, имеющихся в налоговом органе по месту его регистрации. При этом выездная проверка может производиться по месту фактического осуществления проверяемым своей деятельности. Полагаем, что в приказе нет необходимости указывать фактические адреса ведения проверяемым лицом хозяйственной деятельности, по которым могут быть осуществлены проверочные мероприятия. Достаточно лишь указать адрес места нахождения проверяемого лица, соответствующий адресу места нахождения, указанному в учредительных документах проверяемого лица и данных ЕГРЮЛ.

На практике при осуществлении одновременной проверки нескольких хозяйствующих субъектов на каждого из проверяемых антимонопольным органом издается отдельный приказ о проведении проверки, хотя необходимость этого прямо из закона не следует.

В случае проведения проверки в отношении ИП, осуществляющего свою деятельность по месту своего жительства, следует исходить из ограничений, содержащихся в [ст. 24](#) Закона о защите конкуренции, о запрете проникновения в жилище проверяемого. Таким образом, выездная проверка по месту жительства ИП будет невозможна, и в этом случае может быть издан приказ только о проведении документарной проверки.

Полагаем, что в ходе дальнейшего реформирования антимонопольного законодательства это ограничение нужно скорректировать, уполномочив антимонопольный орган на доступ в жилище ИП при условии получения санкции суда.

12. Цели, задачи и срок проведения внеплановой проверки устанавливаются исходя из особенностей информации о возможных нарушениях, имеющейся у антимонопольного органа до проведения проверки. Срок проведения проверки может совпадать с датой начала и окончания проведения проверочных мероприятий.

Предмет проверки указывается в соответствии с [ч. 5 комментируемой статьи](#). В случае проведения внеплановой выездной проверки, при проверке соблюдения требований [ст. ст. 11 и 16](#) Закона о защите конкуренции, предмет должен быть уточнен до проверки соблюдения только указанных статей, поскольку указанные проверки проводятся без предварительного уведомления проверяемого лица. Требование делать в приказе ссылки на конкретную часть [ст. 11](#) Закона о защите конкуренции в законодательстве отсутствует.

13. Правовыми основаниями проведения проверки являются [п. 11 ч. 1 ст. 23](#), а также [ст. ст. 24, 25, 25.1](#) Закона о защите конкуренции.

Сроки проведения и перечень мероприятий по контролю, необходимых для достижения целей и задач проверки, как правило, указываются максимально широко, с целью дальнейшего уточнения списка истребуемых у проверяемого документов и информации уже в ходе проверочных мероприятий.

Отдельно в приказе о проведении проверки описывается перечень административных регламентов, которые подлежат применению в ходе проведения проверки.

14. [Части 9 и 10 комментируемой статьи](#) устанавливают требования к срокам проведения проверки и условиям их продления.

Срок проведения проверки составляет не более чем один календарный месяц с даты начала ее проведения. Даты начала и окончания проверки указываются в приказе о ее проведении, и дата издания самого приказа может не совпадать (и, как правило, не совпадает) с датой начала проверки.

[Закон](#) о защите конкуренции не содержит правил исчисления сроков, что может создать серьезные трудности на практике.

[Закон](#) не дает ответа на вопрос о том, с какого дня начинает течь месячный срок проверки: непосредственно со дня, указанного в приказе как дата начала проведения проверки, или на следующий день после этой даты. Не дает [Закон](#) ответа и на вопрос о том, в какую конкретную дату проверка должна завершиться.

Полагаем, что из смысла [Закона](#) о защите конкуренции вытекает следующее решение этих вопросов. Проверка должна быть завершена в ту дату, которая указана в приказе в качестве даты окончания проверки. Такой вывод можно сделать из толкования [п. п. 3.81 - 3.83](#) Регламента, в которых говорится о том, что последний день срока проведения проверки указывается в приказе, из чего можно сделать вывод о том, что в приказе должна быть указана дата, после которой проверка проводиться не может. Кроме того, поскольку [Закон](#) не дает ответа на вопрос о том, что делать, если последний день проверки выпадает на выходной день, то это тоже свидетельствует о том, что законодатель имел в виду установить правило о том, что проверка должна завершиться в дату, указанную в приказе. Точно так же датой начала проверки является дата, указанная в приказе о ее проведении в качестве первого дня осуществления проверочных мероприятий.

15. Поскольку срок проведения проверки составляет один календарный месяц, следует заключить, что в этот срок включаются выходные и праздничные дни. Такое регулирование означает, что фактически антимонопольный орган имеет в своем распоряжении меньше 30 календарных дней на проведение проверки. А если проверка начата в феврале, то меньше 20 календарных дней.

Следует признать, что определение срока проведения проверки как календарный месяц является неудачным решением законодателя. Календарным месяцем является промежуток времени с начала и до окончания каждого месяца. Поэтому определить календарный месяц, если проверка началась, например, 10 числа, невозможно в принципе. В этой связи полагаем, что срок проверки следует считать равным одному месяцу, а не одному календарному месяцу.

Поскольку в российском календаре не существует месяца, который длился бы более 31 дня, то срок проведения проверки не может ни при каких обстоятельствах превышать 31 день. В этой связи, учитывая данное выше понимание правил исчисления месячного срока, в приказе о проведении проверки дату окончания проверки следует определять как дату следующего за изданием приказа месяца минус один день.

16. Проверка считается оконченной в момент вручения или направления по почте проверяемому лицу акта проверки. В соответствии с [п. п. 3.81, 3.83, 3.84](#) Регламента руководитель инспекции при проведении выездной

проверки не позднее последнего дня срока проведения проверки, указанного в приказе о ее проведении, вручает акт проверки руководителю, иному должностному лицу или уполномоченному представителю проверяемого лица для подписания.

При невозможности вручения акта проверки или отказа от подписания и получения акта проверки руководитель инспекции не позднее следующего рабочего дня направляет один экземпляр акта проверки проверяемому лицу заказным почтовым отправлением. При проведении документарной проверки сроки окончания проверки будут соблюдены, если акт проверки направлен по почте проверяемому лицу не позднее даты окончания проверки, указанной в приказе. Дата осуществления указанных действий будет являться датой окончания проверки.

Таким образом, **Регламент** устанавливает обязанность антимонопольного органа, проводившего выездную проверку, в сроки, отведенные для проведения проверки, вручить акт проверки проверяемому лицу. Полагаем, что указанная норма не исключает возможности направления акта по почте. Но обязанность по вручению акта будет исполненной (а проверка завершенной) только после вручения акта проверяемому лицу. Дата направления акта по почте в случае проведения выездной проверки является надлежащим окончанием проверки только в том случае, если: а) этот акт направлен в следующий рабочий день после обнаружения антимонопольным органом обстоятельств невозможности вручения акта или отказа проверяемого лица от получения акта и б) если вручить акт оказалось невозможно или проверяемое лицо отказалось от его получения.

Невозможность вручения акта означает, что акт не был вручен в результате любого обстоятельства, не зависящего от антимонопольного органа, при условии что антимонопольный орган предпринял все меры, необходимые для вручения акта, за исключением активных действий проверяемого лица по отказу от получения акта. Примерами невозможности вручения могут служить, в частности, перемена адреса местонахождения проверяемого лица в ходе проверки без уведомления об этом антимонопольного органа; отсутствие в момент вручения акта уполномоченных лиц проверяемого лица. Полагаем, что если антимонопольный орган отправил акт по почте с учетом нормативного пробега почты, но отправление не было доставлено получателю по вине организации почтовой связи или по причине невозможности вручения (но не в связи с отказом получателя), то это также свидетельствует о невозможности вручения акта <1>.

<1> Среди членов авторского коллектива отсутствует единство во мнениях по вопросу о том, необходимо ли повторное направление акта о выездной проверке по почте, если антимонопольный орган решил осуществить вручение акта, также направив его по почте, но вручение по каким-либо причинам оказалось невозможным. По мнению Г.П. Чернышова, в этом случае также подлежат применению положения **п. п. 3.81 и 3.83** Регламента, в силу которых при невозможности вручения акта он подлежит направлению по почте и дата направления акта по почте будет являться датой окончания проверки.

17. В случаях, перечисленных в **ч. 10 комментируемой статьи**, срок проведения проверки может быть продлен на два месяца. Несмотря на точное указание в **Законе** о защите конкуренции именно на двухмесячный срок возможного продления, подразумевается, что срок проведения проверки может быть продлен и на меньшее количество дней, но не более чем на два месяца.

Анализ **ч. 10 комментируемой статьи** приводит к выводу о том, что основания для продления срока проведения проверки имеют, по сути, неограниченный характер, поскольку **Закон** о защите конкуренции говорит, что проверка может быть продлена для проведения любых мероприятий, без которых невозможно оценить соответствие деятельности проверяемого лица требованиям антимонопольного законодательства.

Вместе с тем полагаем, что столь широкое регулирование оснований для продления проверки не является чрезмерно обременительным для российского бизнеса, поскольку сроки проведения проверочных мероприятий антимонопольными регуляторами развитых стран несоизмеримо более длительные. В этой связи в ходе дальнейшего реформирования антимонопольного законодательства целесообразно задуматься над удлинением сроков проведения проверок.

Решение о продлении срока проведения проверки выносится руководителем того же антимонопольного органа, который вынес приказ о ее проведении. Порядок продления срока проверки установлен **п. п. 3.68 - 3.70**

Регламента. В случае отказа руководителя антимонопольного органа в продлении срока проведения проверки она подлежит прекращению по истечении последнего дня срока проведения проверки, установленного приказом о ее проведении. Общий срок проверки не может, таким образом, превышать трех месяцев.

18. **Часть 11 комментируемой статьи** устанавливает право антимонопольного органа проверять деятельность структурных подразделений, в том числе филиалов и представительств юридического лица. Смысл введения данной **части** в ст. 25.1 объяснить сложно, поскольку любое структурное подразделение является частью юридического лица и если антимонопольный орган вправе проверять юридическое лицо в целом, то отсюда логически следует и право антимонопольного органа проверять часть юридического лица. Видимо, законодатель счел нужным указать на право антимонопольного органа проверять структурные подразделения юридического лица, чтобы подчеркнуть, что такая проверка может проводиться на основании приказа о проверке деятельности самого юридического лица, а перечислять в приказе структурные подразделения и указывать адреса их местонахождения не требуется.

Каких-либо особенностей процедуры проведения либо оформления результатов проверки филиала или представительства действующее законодательство не предусматривает.

19. **Части 12 - 14 комментируемой статьи** устанавливают в соответствии с **п. 4 ст. 1** Закона о проверках порядок уведомления проверяемых лиц о проводимых антимонопольным органом проверках. Значение уведомления проверяемого лица о проводимой проверке заключается в том, что все проверочные мероприятия проводятся не ранее момента, с которого проверяемое лицо считается уведомленным о проведении проверки.

В зависимости от формы и вида проверок установлены следующие сроки уведомления.

О проведении плановой проверки проверяемое лицо уведомляется не менее чем за три рабочих дня до начала ее проведения путем направления копии приказа о проведении проверки или иным доступным способом ^{<1>}. Полагаем, что сам факт направления копии приказа не означает, что обязанность по уведомлению выполнена антимонопольным органом. Эта обязанность будет считаться выполненной, только если проверяемое лицо получит копию приказа, направленную по почте, не позднее чем за три рабочих дня до проведения проверки. При этом риск поздней доставки или недоставки корреспонденции лежит на антимонопольном органе. Если, однако, проверяемое лицо уклоняется от получения направленной ему почтовой корреспонденции или отказывается от ее получения, то обязанность по уведомлению проверяемого лица считается исполненной.

^{<1>} **Постановление** ФАС ЦО от 6 сентября 2013 г. по делу N А35-12448/2012.

О проведении внеплановой проверки проверяемое лицо должно быть уведомлено не менее чем за 24 часа до начала ее проведения любым доступным способом.

Следует отметить, что уведомление о проведении внеплановой проверки не предполагает в обязательном порядке направления проверяемому лицу приказа о проведении проверки. Достаточно просто довести до сведения проверяемого лица информацию о том, что в отношении него будет проводиться проверка соблюдения антимонопольного законодательства, а также указать дату начала проведения проверки.

Нарушение норм об уведомлении проверяемого лица является основанием для признания действий по проведению проверок незаконными.

Так, по одному из дел суды установили, что приказ о проведении в отношении администрации внеплановой выездной проверки уполномоченному представителю администрации не вручен. Представленное сопроводительное письмо о вручении названного приказа правомерно отклонено судами в качестве надлежащего доказательства, поскольку неизвестно, кто конкретно получил это письмо, является ли это лицо работником администрации, подпись учинена без расшифровки, не указано должностное положение лица, фамилия, имя, отчество лица, получившего это письмо. Отсутствует оттиск штампа администрации и не указан номер входящей корреспонденции. Иных надлежащих доказательств, подтверждающих вручение приказа, антимонопольный орган не представил. Следовательно, материалами дела подтверждено, что копия приказа администрации надлежащим образом не вручалась, руководитель (глава или иное уполномоченное лицо) с приказом не ознакомлен.

Суды также установили, что приказ о продлении срока проведения проверки не вручен представителю администрации. Отметка о получении, имеющаяся на приказе, не подтверждает факт его вручения, поскольку письмо получило неустановленное лицо, неизвестно, является ли это лицо работником администрации, подпись учинена без расшифровки, не указано должностное положение лица, фамилия, имя, отчество лица, получившего это письмо. Отсутствует отпечаток штампа администрации и не указан номер входящей корреспонденции. Иных надлежащих доказательств, подтверждающих вручение приказа, антимонопольный орган не представил <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС СКО от 19 мая 2014 г. по делу N A15-2220/2013.

Таким образом, суды пришли к верному выводу о том, что антимонопольный орган надлежащим образом не уведомил администрацию о проведении проверки и продлении срока проведения внеплановой проверки.

20. [Части 12 и 13 комментируемой статьи](#) устанавливают возможность уведомления проверяемого лица "иным доступным способом".

Полагаем, что под "иным способом" подразумевается любой способ, который позволит антимонопольному органу получить доказательство получения уведомления о проведении проверки. В качестве иных способов уведомления проверяемого лица могут выступать, например, уведомление по факсу с предоставлением отчета об отправке факсимильного сообщения; уведомление по электронной почте с предоставлением нотариального акта осмотра электронного ящика отправителя либо акта осмотра электронного ящика, составленного самим отправителем. Полагаем, что возможна и передача телефонограммы с составлением отчета о передаче телефонограммы.

При использовании иных способов уведомления антимонопольный орган должен совершить все действия, которые являются необходимыми для обеспечения доведения информации о предстоящей проверке до сведения уполномоченного лица проверяемой организации.

21. Уведомление о проведении внеплановой проверки по [ст. ст. 11 и 16](#) Закона о защите конкуренции не допускается. При этом отметим, что антимонопольный орган не только вправе не уведомлять проверяемое лицо о проверке по [ст. ст. 11 и 16](#) Закона о защите конкуренции, но для антимонопольного органа установлен запрет на такое уведомление.

Этот подвид проверок обычно называется "внезапной проверкой", а иногда встречается заимствованный из зарубежного законодательства термин "рейд на рассвете" (от англ. **dawn raid**).

22. В случае воспрепятствования проведению проверки, в том числе отдельных ее мероприятий, виновное в таком воспрепятствовании лицо несет ответственность по [ст. 19.4.1](#) КоАП РФ.

Статья 25.2. Доступ должностных лиц антимонопольного органа на территорию или в помещение для проведения проверки

Комментарий к [статье 25.2](#)

1. Комментируемая [статья](#) определяет порядок доступа членов инспекции антимонопольного органа на территорию или в помещение проверяемого лица в ходе проведения выездной проверки. Документарная форма проверки не подразумевает необходимости доступа в помещение проверяемого. По общему правилу члены инспекции имеют беспрепятственный доступ на территорию, в помещение, офис проверяемого лица, но при соблюдении ряда условий.

2. Помещение, территория, на которую имеют право доступа члены инспекции, могут не обозначаться в приказе о проведении проверки, поскольку закон требует указывать лишь адрес местонахождения лица, в отношении которого проводится проверка, но не конкретное место, где будет проводиться проверка.

3. Доступ должностных лиц антимонопольного органа на территорию или в помещение проверяемого лица осуществляется только при предъявлении ими оригинала служебного удостоверения и приказа руководителя антимонопольного органа о проведении проверки. Поскольку проверка может проводиться по нескольким

адресам одновременно, для осуществления доступа на территорию проверяемого лица может быть использована надлежащим образом заверенная копия этого приказа. Надлежаще заверенной будет считаться копия, имеющая надпись "копия верна", оригинал оттиска печати антимонопольного органа с подписью лица, уполномоченного в соответствии с должностным регламентом на заверение подобных документов.

4. Доступ должностных лиц антимонопольных органов в жилище проверяемого лица с целью проведения проверочных мероприятий запрещен. Сотрудники правоохранительных органов, привлекаемые в качестве членов инспекции антимонопольного органа, осуществляют доступ в жилище в порядке и на основании норм [УПК](#) РФ, Федерального [закона](#) "О полиции" и только в рамках проведения собственных мероприятий (обысков, выемок и т.д.). Документы и информация, полученные ими в ходе этих мероприятий, не могут являться частью материалов проверки антимонопольного органа.

5. Комментируемая [статья](#) не дает ответа на вопрос, в каком порядке и на каком основании осуществляется доступ на территорию или в помещение проверяемого лица специалистов и экспертов, которых антимонопольный орган может привлекать, например, для проведения осмотра ([ст. 25.3](#) Закона о защите конкуренции). Полагаем, что таким лицам должен быть обеспечен доступ на территорию или в помещение проверяемого лица при наличии оригинала или надлежащим образом заверенной копии документа, на основании которого к проведению контрольных мероприятий привлечен эксперт или специалист, а также оригинала удостоверения личности эксперта или специалиста.

6. Комментируемая [статья](#) не раскрывает понятие "территория или помещение проверяемого лица". Полагаем, что территория или помещение являются территорией или помещением проверяемого лица в том случае, если в этом помещении или на этой территории проверяемое лицо хотя бы частично ведет свою деятельность. При этом доказательства наличия вещных или обязательственных прав проверяемого лица на данную территорию или помещение не требуются.

Подтверждением ведения проверяемым лицом деятельности на данной территории или в данном помещении может быть, в частности, нахождение работников, сырья, готовой продукции, документов проверяемого лица. Таким доказательством могут служить также данные сайта проверяемого лица из сети Интернет, а также вывеска, говорящая о том, что в данном помещении или на данной территории ведется деятельность проверяемым лицом. Вне всякого сомнения, таким доказательством могут быть также данные ЕГРЮЛ о местонахождении органа управления проверяемого лица в данном помещении или на данной территории. Вывод о ведении проверяемым лицом деятельности на определенной территории или в определенном помещении может быть сделан антимонопольным органом и из других сведений, например, из копии договора, где в качестве адреса получения продукции проверяемого лица будет указан определенный адрес.

7. Антимонопольный орган не вправе применять силовые методы проникновения на территорию или в помещение проверяемого лица. Если антимонопольному органу чинятся препятствия такому доступу, то об этом членами инспекции составляется акт. [Форма](#) данного акта утверждена Административным регламентом ФАС России по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства РФ, утвержденным Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 340 (далее - Регламент), - приложение 6.

В соответствии с [п. 3.46](#) Регламента в случае, если лица продолжают препятствовать доступу на территорию или в помещение проверяемого лица, руководитель инспекции составляет протокол об административном правонарушении, ответственность за которое предусмотрена [ст. 19.4.1](#) КоАП РФ, и сообщает в органы внутренних дел о факте правонарушения и необходимости его пресечения.

В соответствии с [п. 4.2.1](#) Положения о порядке взаимодействия Министерства внутренних дел РФ и ФАС России (утв. Приказом МВД России N 878 и ФАС России N 215 от 30 декабря 2004 г.) МВД России выделяет сотрудников органов внутренних дел для оказания практической помощи работникам ФАС России в проведении мероприятий по проверке коммерческих и некоммерческих организаций, для пресечения противоправных действий, препятствующих исполнению служебных обязанностей работниками ФАС России.

В целях пресечения совершения выявленного административного правонарушения прибывшие по вызову сотрудники полиции вправе в рамках полномочий принять меры к виновным в совершении правонарушения лицам.

8. В соответствии с [п. 3.29](#) Регламента возможно проведение совместных проверок антимонопольного органа и органов прокуратуры, а также иных правоохранительных органов. Это подразумевает возможность включения должностных лиц правоохранительных органов в состав инспекции антимонопольного органа, осуществляющей проверку. Указанные сотрудники пользуются всеми правами и несут все обязанности, установленные [Законом](#) о защите конкуренции и [Регламентом](#), и не могут выходить за их пределы. Однако даже наличие в составе инспекции сотрудников правоохранительных органов не дает членам инспекции права насильственного проникновения в помещение или на территорию проверяемого, а также вскрытия замков, дверей, хранилищ. Данные действия могут быть осуществлены только сотрудниками правоохранительных органов самостоятельно, в рамках имеющихся у них собственных полномочий на проведение своих мероприятий, формально не связанных с проводимой проверкой антимонопольного органа (например, при наличии постановления следователя о производстве обыска по этому же адресу с поручением осуществить его сотрудникам полиции, входящим в инспекцию).

Статья 25.3. Осмотр

Комментарий к [статье 25.3](#)

1. Осмотр территории и помещений предполагает фактическое нахождение членов инспекции антимонопольного органа в помещении или на территории проверяемого лица и ознакомление со всеми находящимися там предметами и документами, за исключением личных вещей, принадлежащих физическим лицам, и предметов, принадлежащих другим юридическим лицам, не используемых в хозяйственной деятельности проверяемого.

2. [Часть 1 комментируемой статьи](#) не называет среди объектов осмотра электронные носители информации. Вместе с тем [ч. 3 комментируемой статьи](#) различает документы и электронные носители информации. Полагаем, что поскольку [ч. 3 комментируемой статьи](#) предоставляет должностным лицам антимонопольного органа право снимать копии с электронных носителей информации, то это подразумевает и право осматривать электронные носители информации, которые, очевидно, следует отнести к предметам проверяемого лица.

Вместе с тем документы, полученные с электронных носителей информации, в соответствии с [ч. 4 ст. 45.1](#) Закона о защите конкуренции отнесены к письменным доказательствам.

Судебная практика изначально в отношении электронных носителей информации пошла по ошибочному пути.

"В частности, указывая на непредставление доказательств заключения соглашения об обмене электронными документами между ассоциацией и ее членами и на отсутствие электронной цифровой подписи в документах, исходящих (по утверждению общества "Ринг+" и ФАС России) от ассоциации, суды сочли, что представленные обществом "Ринг+" в ФАС России документы нельзя признать копиями оригиналов документов, в связи с чем посчитали их доказательствами, полученными с нарушением закона, ссылаясь на [ч. ч. 1 и 2 ст. 64, ст. 68, ч. 6 ст. 71](#) АПК РФ. К данным выводам суды пришли на основании применения положений Федеральных законов от 27 июля 2006 г. [N 149-ФЗ](#) "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" (далее - Закон об информации) и от 10 января 2002 г. [N 1-ФЗ](#) "Об электронной цифровой подписи" (далее - Закон об ЭЦП)" <1>.

<1> Решение АС Оренбургской области от 30 марта 2012 г. по делу N А47-7950/2011; Постановления 18 ААС от [14 июня 2012 г.](#) и ФАС УО от [1 октября 2012 г.](#) по тому же делу.

В дальнейшем Президиум ВАС РФ исправил эту позицию судов, резюмируя, что: "Отсутствие соглашения об обмене электронными документами между сторонами переписки, а равно отсутствие электронной цифровой подписи в отправляемых и получаемых документах (даже при наличии такого соглашения) не является нарушением требований закона (в смысле [части 2 статьи 50](#) Конституции РФ и [части 3 статьи 64](#) АПК РФ) при доказывании неправомерных действий, в связи с чем не влечет безусловную невозможность использования соответствующих документов и материалов в качестве доказательств.

Суды в рассматриваемом случае неправильно применили к представленным ФАС России доказательствам требования [Закона](#) об ЭЦП и [Закона](#) об информации, сфера действия [Закона](#) об ЭЦП ими не учтена. Согласно [п. 2 статьи 1](#) Закона об ЭЦП его действие распространяется на отношения, возникающие при совершении гражданско-правовых сделок и в других предусмотренных законодательством РФ случаях. Однако в данном случае доказывается не гражданско-правовая сделка, а запрещенная законом координация, отношения по которой, как и порядок оформления таких отношений, не могут быть предусмотрены законом в силу прямого запрета на ее осуществление" <1>.

<1> [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 12 ноября 2013 г. N 18002/12 по делу N A47-7950/2011.

Копии документов на электронных носителях приобщаются к протоколу осмотра в виде приложений на опечатанных оптических или съемных жестких дисках, флеш-накопителях и прочих носителях цифровых данных, а не в виде распечатанных документов с электронного носителя-оригинала.

3. Осмотр проводят исключительно должностные лица, проводящие проверку. Это означает, что эти лица должны быть указаны в приказе руководителя антимонопольного органа о проведении проверки и иметь при себе оригиналы служебных удостоверений.

4. Жилище проверяемого лица недопустимо осматривать ни при каких обстоятельствах, даже если жилище используется индивидуальным предпринимателем для осуществления предпринимательской деятельности. Полагаем, что это правило должно быть изменено в ходе дальнейшего реформирования антимонопольного законодательства. Антимонопольный орган должен иметь доступ в жилище проверяемого лица, используемого для осуществления им хозяйственной деятельности, при условии получения на это санкции суда.

5. В силу [ч. 2 комментируемой статьи](#) проверяемое лицо имеет право участвовать в осмотре. Это означает, что антимонопольный орган, придя на территорию или в помещение проверяемого лица, осуществляя полномочия по осмотру, не имеет права препятствовать любому количеству представителей проверяемого лица присутствовать при проведении осмотра. Однако отсутствие таких представителей не может являться препятствием для осуществления осмотра, так как в силу специфики данного мероприятия оно не может причинить вред или ущерб конституционным правам проверяемого. Если осмотр проводится в рамках внезапной проверки, т.е. без предварительного уведомления проверяемого лица, то члены инспекции должны предоставить ему разумное время для приглашения уполномоченного представителя для участия в осмотре. Ожидание такого представителя не может являться препятствием для начала проведения осмотра, если уполномоченный представитель проверяемого лица получил копию приказа о проведении внезапной проверки непосредственно до проведения осмотра. [Закон](#) не наделяет проверяемое лицо правом требовать, чтобы при проведении осмотра присутствовал определенный представитель. Поэтому, если приказ о проведении внезапной проверки вручен какому-либо представителю проверяемого непосредственно перед проведением осмотра, то представитель имеет возможность присутствовать при проведении осмотра.

Антимонопольный орган вправе привлекать к осмотру любых лиц, участие в осмотре которых, по мнению антимонопольного органа, является необходимым.

6. Законодатель особо выделяет участие в осмотре специалиста и (или) эксперта. Вместе с тем [Закон](#) о защите конкуренции не раскрывает процессуальный статус эксперта и, в частности, отличие эксперта от специалиста. Равным образом закон не регламентирует порядок привлечения специалиста или эксперта к участию в осмотре, не раскрывает права и обязанности специалиста или эксперта в ходе осмотра, права лиц, участвующих в осмотре по отношению к специалисту и эксперту, гарантии независимости и беспристрастности специалиста и эксперта. В этой связи возникают вопросы, связанные с порядком выбора специалиста и эксперта, их процессуальным статусом.

Представляется, что различий между специалистом и экспертом комментируемая [статья](#) и иные статьи [Закона](#) о защите конкуренции провести не позволяют. В этой связи и специалистом, и экспертом является лицо, обладающее специальными знаниями в определенной области. На тождество эксперта и специалиста косвенно указывает также [п. 2 ч. 7 ст. 25.1](#) Закона о защите конкуренции, который не указывает, что в приказе должны быть указаны фамилия, имя и отчество специалиста, в отличие от эксперта.

Понятие эксперта и экспертной организации в целях осуществления государственного контроля (надзора) приведено в **Законе** о проверках: "Эксперты - граждане, не являющиеся индивидуальными предпринимателями, имеющие специальные знания, опыт в соответствующей сфере науки, техники, хозяйственной деятельности и аттестованные в установленном Правительством РФ порядке в целях привлечения органами, уполномоченными на осуществление государственного контроля (надзора), органами муниципального контроля к проведению мероприятий по контролю" <1>.

<1> **Пункт 9 ст. 2 Закона о проверках.**

"Экспертные организации - юридические лица, которые аккредитованы в соответствии с законодательством Российской Федерации об аккредитации в национальной системе аккредитации и привлекаются органами, уполномоченными на осуществление государственного контроля (надзора), органами муниципального контроля к проведению мероприятий по контролю. В целях настоящего Федерального **закона** к экспертным организациям приравниваются индивидуальные предприниматели, которые аккредитованы в соответствии с законодательством Российской Федерации об аккредитации в национальной системе аккредитации и привлекаются органами, уполномоченными на осуществление государственного контроля (надзора), органами муниципального контроля к проведению мероприятий по контролю" <1>.

<1> **Пункт 7 ст. 2 Закона о проверках.**

Полагаем, что, поскольку **Закон** не содержит обязанности экспертной организации или эксперта принять участие в назначении антимонопольного органа по проведению проверки, основанием для привлечения эксперта должен быть государственный контракт, заключенный в предусмотренной законом процедуре между антимонопольным органом и экспертом (экспертной организацией), либо согласие эксперта участвовать в проверке, а также приказ руководителя антимонопольного органа. Однако это не означает, что экземпляр государственного контракта должен быть приложен к приказу о проведении проверки и вручен проверяемому лицу при его уведомлении о проверке в качестве основания для включения эксперта в список участвующих в проверке лиц. Проверяемому достаточно знать, что такой-то эксперт включен в список лиц, участвующих в проверке в соответствии с приказом о ее проведении. Дальнейшее установление законности оснований привлечения эксперта к проведению проверки производится надзорным или судебным органом в случае соответствующего обжалования действий антимонопольного органа.

7. **Закон** не регламентирует права и обязанности эксперта при проведении проверки, а также права и обязанности проверяемого лица по отношению к эксперту. В этой связи полагаем, что эксперт не обладает какими-либо правами и не несет никаких обязанностей по отношению к проверяемому лицу. В частности, эксперт не вправе требовать предоставления документов, ответов на его вопросы и пр. Все эти действия вправе совершать антимонопольный орган, который впоследствии вправе предоставить соответствующую информацию эксперту.

8. **Закон** не дает проверяемому лицу права заявить отвод эксперту по какому-либо основанию.

9. **Часть 3 комментируемой статьи** дает право антимонопольному органу фиксировать результаты осмотра путем фото-, киносъемки, видеозаписи. При этом **Закон** не говорит о праве антимонопольного органа производить аудиозапись. Поскольку в процессе видеозаписи и киносъемки осуществляется также и аудиозапись, полагаем, что антимонопольный орган вправе осуществлять аудиозапись осмотра.

10. **Часть 3 комментируемой статьи** дает право антимонопольному органу снимать копии с документов, а также делать копии электронных носителей информации. По смыслу комментируемой **статьи**, снятие копий осуществляется при помощи технических средств, которые антимонопольный орган принес с собой для проведения проверки. Перечень этих средств, с указанием их основных идентифицирующих характеристик, указывается в протоколе осмотра. Если антимонопольный орган требует снятия копий от проверяемого лица, то это осуществляется в порядке **ст. 25.4** комментируемого Закона.

Воспрепятствование в ходе осмотра представителем проверяемого лица или иным присутствующим при осмотре лицом снятию копий с находящихся в месте проведения осмотра документов, предметов, электронных

носителей информации образует состав правонарушения, ответственность за которое предусмотрена [ст. 19.4.1 КоАП РФ](#).

Снятие копий с электронных носителей информации означает право антимонопольного органа копировать любые носители, на которых информация записана в электронном виде.

Полагаем, что это право антимонопольного органа распространяется только на носители информации, принадлежащие проверяемому лицу. Это следует из того, что копии электронных носителей информации могут сниматься только в ходе осмотра. А осмотр возможен только в отношении предметов проверяемого лица, но не в отношении предметов, принадлежащих другим лицам.

Исключением будут являться случаи, когда предметы, принадлежащие другим лицам, фактически используются проверяемым лицом для осуществления своей хозяйственной деятельности.

Также для целей дальнейшей идентификации информации и документов в протоколе осмотра, составляемом в соответствии с [ч. 4 комментируемой статьи](#) и со [ст. 25.5](#) Закона о защите конкуренции, должны содержаться не только указания на копируемые в ходе осмотра предметы и документы, но и источник их нахождения (компьютер генерального директора, стол главного бухгалтера и т.д.). [Форма](#) указанного протокола утверждена Административным регламентом ФАС России по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства РФ, утвержденным Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 340 (далее - Регламент), - приложение 5 "Отчет об исследовании документов (информации), содержащихся на электронном носителе информации".

В данном документе должны быть указаны:

- основания получения электронного носителя информации;
- наименование и адрес лица, у которого получен электронный носитель информации;
- тип электронного носителя информации, на котором содержится исследуемая информация;
- хэш-код md5 (при его наличии);
- дата копирования;
- перечень технических средств, использованных при копировании и анализе информации с указанием реквизитов сертификата соответствия, реквизитов патентов и т.д. или технических характеристик использованных устройств;
- наименование использованного общего и специализированного программного обеспечения, и периферийного оборудования, используемого в исследовании;
- подробный ход исследования электронного носителя информации;
- электронные доказательства, полученные в ходе исследования электронных носителей информации (распечатанная копия которых приводится в приложении к Отчету об исследовании документов (информации), содержащихся на электронном носителе информации).

11. При осмотре в порядке [ст. 25.3](#) Закона о защите конкуренции необходимо присутствие понятых. В соответствии с [п. 3.44](#) Регламента в качестве понятых могут быть вызваны любые не заинтересованные в исходе дела физические лица. Эти лица должны обладать полной дееспособностью (совершеннолетние граждане, чья дееспособность не ограничена), их личность должна быть установлена документом, удостоверяющим личность, с возможным внесением реквизитов этого документа в протокол, составляемый по итогам осмотра. Поскольку реквизиты документа, удостоверяющего личность, являются персональными данными понятого, внесение этих данных в протокол осмотра допускается только в случае дачи понятым согласия на использование и обработку своих персональных данных.

12. Ознакомление и работа с документами проверяемого лица, содержащими сведения, составляющие государственную тайну, осуществляются членами инспекции, имеющими допуск к указанной информации, при

предъявлении ими документов, подтверждающих наличие допуска к сведениям соответствующей степени секретности (п. 3.47 Регламента). Работа с документами, содержащими коммерческую тайну, осуществляется в общем порядке, в соответствии с Инструкцией о порядке учета, обращения и хранения документов, содержащих служебную информацию ограниченного распространения в Центральном аппарате ФАС России, утвержденной Приказом ФАС России от 10 апреля 2014 г. N 240/14 и разработанными на ее основе соответствующими инструкциями территориальных органов. Таким образом, наличие у осматриваемых документов статуса коммерческой или даже государственной тайны не является препятствием для их осмотра при соблюдении вышеуказанных условий и порядка работы с ними.

Статья 25.4. Истребование документов и информации при проведении проверки

Комментарий к статье 25.4

1. **Часть 1 комментируемой статьи** закрепляет за должностными лицами, проводящими проверку, право на истребование документов и информации, которые необходимы для проведения проверки, а также устанавливает порядок направления или вручения мотивированного требования о предоставлении информации.

В отличие от общего порядка представления документов и информации по запросу антимонопольного органа комментируемая **статья** предусматривает следующие особенности.

2. Во-первых, правом направления или вручения мотивированного требования наделен не только руководитель федерального антимонопольного органа или его заместитель (руководитель территориального органа), но и руководитель инспекции, осуществляющей проверку (см. утвержденную форму требования, указанную в п. 3 **настоящего комментария**). Иные лица антимонопольного органа не вправе истребовать документы и информацию в порядке комментируемой **статьи**.

3. Во-вторых, требование должно соответствовать утвержденной форме. **Форма** требования утверждена приложением 7 к Регламенту. Суды исходят из того, что соблюдение этой **формы** является обязательным.

Так, по одному из дел было установлено, что УФАС не направляло и не вручало проверяемому лицу, его законному представителю под роспись мотивированное требование о предоставлении документов и информации по установленной **форме**. При этом запрос документов, сделанный в устной форме должностным лицом Управления при проведении проверки, не может считаться таким мотивированным требованием о предоставлении документов и информации по установленной форме <1>.

<1> **Постановление** ФАС ВВО от 11 апреля 2012 г. по делу N A79-4618/2011.

К аналогичным выводам суды пришли и при рассмотрении иного дела, в котором был сделан вывод, что запрос информации по **ст. 25.4** Закона о защите конкуренции осуществляется по специально установленной форме в виде требования (но не определением антимонопольного органа по делу о нарушении антимонопольного законодательства) и предусматривает ряд предварительных процедур по уведомлению о намерении провести документарную либо выездную проверку <1>.

<1> **Постановление** ФАС ПО от 4 сентября 2012 г. по делу N A72-1096/2012.

Однако по другому делу суды пришли к выводу, что запрос информации может содержаться в приказе о проведении проверки. Арбитражные суды установили, что на основании заявления открытого акционерного общества "Электроаппарат" от 15 апреля 2010 г., а также на основании п. 11 ч. 1 **ст. 23, ст. ст. 24, 25, 25.1** Закона о защите конкуренции в соответствии с Приказом ФАС России от 9 июля 2010 г. N 395 "О проведении внеплановой проверки" в период с 12 июля 2010 г. по 12 августа 2010 г. должностными лицами антимонопольного органа была проведена проверка ОАО ОмПО "Радиозавод им. А.С. Попова" (РЕЛЕРО).

Согласно вышеуказанному приказу антимонопольным органом у Общества были истребованы необходимые для проверки документы, перечень которых указан в п. 8 Приказа ФАС России от 9 июля 2010 г. N

395 "О проведении внеплановой проверки".

По итогам проведенной должностными лицами антимонопольного органа проверки 15 июля 2010 г. составлен акт о непредставлении проверяемым лицом истребуемых документов и информации.

Суды первой и апелляционной инстанции исходили из того, что в данном случае отсутствовали основания для признания Общества виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного [ч. 5 ст. 19.8](#) КоАП РФ за непредставление документов (информации), поскольку мотивированное требование о необходимости представления таких документов, [форма](#) которого утверждена антимонопольным органом, антимонопольным органом в адрес Общества не направлялось. При этом суды не признали полученный представителем Общества приказ антимонопольного органа от 9 июля 2010 г. N 395 надлежащим требованием о предоставлении документов и информации, и указали на отсутствие у Общества оснований для представления запрашиваемых документов и информации.

Из [Приказа](#) ФАС России от 24 февраля 2010 г. N 89 "Об утверждении Административного регламента ФАС России по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства" следует, что в приказах о проведении внеплановой или плановой проверки указывается также перечень документов, необходимость представления которых возможно определить до начала проведения проверки.

Из материалов дела следует, что в п. 8 Приказа от 9 июля 2010 г. N 395 "О проведении внеплановой проверки" антимонопольный орган подробно указал, какая информация и документы необходимы ФАС России до начала проверки.

Данный Приказ был получен Обществом 12 июля 2011 г., о чем свидетельствует подпись юрисконсульта Общества Яковенко И.А. (т. 1, л.д. 131).

Таким, образом, вывод судов о том, что в адрес Общества антимонопольным органом мотивированное требование о предоставлении необходимых документов и информации не направлялось, не соответствует имеющимся в деле доказательствам <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ЗСО от 11 октября 2011 г. по делу N A46-15280/2010.

Но в другом деле суды пришли к другому выводу по этому вопросу - если документы запрошены в приказе, то предусмотренный комментируемой [статьей](#) сокращенный срок предоставления ответа не применяется. В судебном акте суда кассационной инстанции было отмечено, что, как правомерно отметил апелляционный суд, [приложением 4](#) к Административному регламенту ФАС России (ФАС) по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований антимонопольного законодательства, утвержденному Приказом ФАС от 24 февраля 2010 г. N 89 (далее - Регламент), определены этапы проведения проверки: издание приказа о проведении проверки, уведомление проверяемого лица о проведении проверки, получение документов и информации по требованию предоставления документов и информации. Таким образом, выставление требования о предоставлении документов является самостоятельным этапом проведения проверки.

Сведения, которые должны быть отражены в приказе о проведении проверки, предусмотрены [п. 7 ст. 25.1](#) Закона; из него не следует, что в приказе о проведении проверки должен быть указан срок предоставления документов. В свою очередь, порядок и срок предоставления документов предусмотрен [ст. 25.4](#) Закона <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС СЗО от 1 сентября 2011 г. по делу N A21-387/2011.

В следующем деле суды пришли к аналогичным выводам - если требование не соответствует утвержденной [форме](#), то это не означает, что у адресата отсутствует обязанность исполнить это требование. Правовым последствием несоблюдения формы требования является то, что запрос в таком случае подчиняется правилам [ст. 25](#), а не [ст. 25.4](#). Следовательно, ответ на такой запрос должен быть предоставлен в срок, указанный в запросе, а не в трехдневный срок. Как указано в Определении ВАС РФ, удовлетворяя заявленное

требование, суды первой и апелляционной инстанций, руководствуясь [ч. 1 ст. 25.4](#) Закона о защите конкуренции, исходили из того, что требование от 6 апреля 2011 г. N 0431/04-08 получено обществом только по электронной почте, но оно не содержало подписей должностных лиц (в том числе цифровую электронную подпись), в связи с чем не принято обществом к исполнению.

Отменяя решение суда первой инстанции и постановление суда апелляционной инстанции и отказывая в удовлетворении заявленного требования, суд кассационной инстанции с учетом конкретных обстоятельств дела сделал вывод о соблюдении антимонопольным органом требований [ч. 1 ст. 25](#) Закона о защите конкуренции в части доведения до общества мотивированного требования и возникновении у общества обязанности по его исполнению в порядке и сроки, которые установлены в требовании, что обществом не исполнено <1>.

<1> [Определение](#) ВАС РФ от 28 мая 2012 г. N ВАС-6292/12 по делу N А80-163/2011.

4. В-третьих, предусмотрен особый порядок направления или вручения требования - заказным письмом с уведомлением о вручении или под роспись представителю проверяемого лица. Принять требование под роспись может любое лицо, уполномоченное на прием входящей корреспонденции или имеющее доверенность на представление интересов проверяемого. Предпочтительно зафиксировать на подтверждающем вручение экземпляре входящий номер, а также строго обязательно указание даты получения требования и фамилии лица, принявшего его.

Вопрос о надлежащем вручении требования подчас вызывает сложности в судебной практике.

Так, по одному из дел судами было установлено, что антимонопольной службой на основании [п. 11 ч. 1 ст. 23, ст. 25.4](#) Закона о защите конкуренции в соответствии с Приказом ФАС России от 4 февраля 2013 г. N 61/13 "О проведении внеплановой выездной проверки" представителю общества Вороновой Н.В., находящейся в командировке в г. Москве (для участия в рассмотрении административного дела), вручено требование от 13 мая 2013 г. N 22/18369/13 о представлении обществом ряда документов (информации) в течение трех дней с момента получения соответствующего запроса.

Поскольку требование получено представителем общества 14 мая 2013 г., срок его исполнения истекал 17 мая 2013 г.

Представитель общества Воронова Н.В., известив антимонопольную службу о невозможности исполнения требования от 13 мая 2013 г. N 22/18369/13, указала, что находится в командировке в г. Москве и предложила направить данное требование по факсу в адрес юридического лица, находящегося в г. Санкт-Петербурге, либо доставить его иным способом.

Суд, признавая незаконным и подлежащим отмене Постановление антимонопольной службы от 21 ноября 2013 г. N 4-19.8-953/00-22-13 о привлечении общества к административной ответственности, предусмотренной [ч. 5 ст. 19.8](#) КоАП РФ, исходил из отсутствия в действиях общества субъективной стороны вменяемого административного правонарушения, поскольку требование антимонопольной службы о представлении сведений (информации) не доведено до общества надлежащим образом.

Поскольку требование о представлении документов вручено только представителю общества, который вплоть до окончания срока исполнения данного требования находился в командировке в г. Москве, о чем антимонопольная служба была уведомлена, и иным доступным способом по юридическому и (или) фактическому адресу общества требование не направлялось, суд пришел к обоснованному выводу о недоказанности виновных действий общества <1>.

<1> [Постановление](#) ВС РФ от 18 февраля 2015 г. по делу N А56-78834/2013.

5. В-четвертых, установлен срок представления документов и информации, который составляет три рабочих дня с момента получения требования. Также установлен порядок продления данного срока.

Продление срока представления информации по требованию осуществляется лицом, направившим требование, только при наличии объективных причин, по которым запрашиваемая информация не может быть

представлена в установленный срок. Об этих причинах проверяемое лицо должно сообщить в антимонопольный орган не позднее одного дня, следующего за последним днем срока представления информации. Также само проверяемое лицо должно сообщить тот срок, в который оно готово представить информацию. Этот срок должен быть установлен в виде конкретной даты и не может исчисляться как условие наступления какого-либо события. Например, нельзя обуславливать представление информации получением сведений от третьих лиц, получением разъяснений от самого антимонопольного органа.

В обязанность получившего требование лица входит представление информации в таком виде, как это указано в требовании. В свою очередь, требование о представлении документов и информации должно быть сформулировано четко и недвусмысленно, во избежание любых разночтений у лица, исполняющего требование.

Должностное лицо антимонопольного органа, получившее уведомление о продлении срока, в течение двух дней с момента его получения принимает решение об установлении нового срока представления информации или решение об отказе в продлении срока. Во втором случае лицо, получившее требование, считается не выполнившим его и должно быть привлечено к административной ответственности по [ч. 5 ст. 19.8 КоАП РФ](#).

6. В случае непредставления информации по требованию либо отказа от ее представления (как в устной, так и в письменной форме), а также в случае представления заведомо ложной информации лицо несет ответственность, предусмотренную [ч. 5 ст. 19.8 КоАП РФ](#).

При рассмотрении одного из дел суды столкнулись с вопросом о том, обязано ли общество давать ответ на требование о представлении документов, если эти документы были сфотографированы антимонопольным органом в ходе проверки. Суд апелляционной инстанции признал ошибочным вывод суда первой инстанции об отсутствии в рассматриваемом случае объективной стороны административного правонарушения, предусмотренного [ч. 5 ст. 19.8 КоАП РФ](#), по тому мотиву, что в ходе проведения осмотра все затребованные документы были сфотографированы должностными лицами антимонопольного органа и в фотокопиях имеются в материалах административного дела. Как указал суд кассационной инстанции, данное суждение основано на правильном применении [ст. 25 Закона о защите конкуренции](#), которой предусмотрено право антимонопольного органа истребовать представление надлежащим образом заверенных копий документов <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ВСО от 10 мая 2012 г. по делу N A19-14668/2011.

7. В соответствии с [Инструкцией](#) о порядке учета, обращения и хранения документов, содержащих служебную информацию ограниченного распространения в Центральном аппарате ФАС России, утвержденной Приказом ФАС России от 10 апреля 2014 г. N 240/14, документам, содержащим коммерческую, служебную, налоговую или иную охраняемую законом тайну (помимо государственной или военной тайны), присваивается гриф "Для служебного пользования", который определяет особый порядок использования указанных документов и содержащейся в них информации. Данный порядок исключает утечку содержания этих документов к третьим лицам и соответствует требованиям законодательства РФ, предъявляемым к хранению, обработке и использованию в интересах расследования и рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства информации, составляющей коммерческую, служебную, налоговую, нотариальную или иную охраняемую законом тайну. Порядок обращения с такими документами также описывается в Методических [рекомендациях](#) по обращению с документами, содержащими сведения конфиденциального характера (ДСП), в территориальных органах ФАС России, утвержденных Приказом ФАС России от 30 декабря 2010 г. N 759.

Таким образом, информация, содержащая коммерческую или служебную тайну, должна быть представлена по требованию антимонопольного органа в том же порядке, что и любая другая информация, представляемая в порядке [ст. 25.4 Закона о защите конкуренции](#), что подтверждается судебной практикой.

Так, в деле N A56-78826/2013 суд пришел к выводу, что "в целях осуществления своих полномочий антимонопольный орган вправе запрашивать у хозяйствующих субъектов необходимую ему информацию. У получателя подобного запроса имеется обязанность предоставить затребованные сведения, в том числе содержащие коммерческую, служебную, иную охраняемую законом тайну (документы, объяснения и пр.).

Непредставление в срок или представление заведомо недостоверных сведений и информации, истребуемых в порядке, установленном названным Федеральным [законом](#), влечет за собой ответственность, установленную законодательством РФ ([ч. 4 ст. 25.4 Закона о защите конкуренции](#)) <1>.

<1> [Постановление](#) АС СЗО от 7 октября 2014 г. по делу N А56-78826/2013 (данное [Постановление](#) оставлено без изменения Постановлениями ВС РФ от 9 июня 2015 г. [N 307-АД14-6359](#) и от 16 февраля 2015 г. [N 307-АД14-6359](#)).

В соответствии с [ч. 5 ст. 19.8](#) КоАП РФ непредставление в федеральный антимонопольный орган, его территориальный орган сведений (информации), предусмотренных антимонопольным законодательством РФ, в том числе непредставление сведений (информации) по требованию указанных органов, за исключением случаев, предусмотренных [ч. ч. 3 и 4 настоящей статьи](#), а равно представление в федеральный антимонопольный орган, его территориальный орган заведомо недостоверных сведений (информации) влечет наложение административного штрафа на юридических лиц в размере от 50 тыс. до 500 тыс. руб."

Статья 25.5. Общие требования, предъявляемые к протоколу, составленному при проведении действий по осуществлению антимонопольного контроля

Комментарий к [статье 25.5](#)

1. [Часть 1 комментируемой статьи](#) устанавливает правило о необходимости составления протокола при проведении действий по осуществлению антимонопольного контроля в случаях, предусмотренных законодательством.

Понятие антимонопольного контроля в этой [статье](#) не раскрывается. В этой связи возникает вопрос о соотношении этого понятия с понятием контроля за соблюдением антимонопольного законодательства ([ст. 24](#) Закона о защите конкуренции), а также с понятием контроля за состоянием конкуренции ([ч. 2 ст. 25](#) Закона о защите конкуренции).

Учитывая, что [ст. 24](#) Закона о защите конкуренции связывает проведение контроля за соблюдением антимонопольного законодательства с проведением проверки, а комментируемая [статья](#) входит в число статей, описывающих полномочия антимонопольного органа при проведении проверок, полагаем, что понятие контроля за соблюдением антимонопольного законодательства и антимонопольного контроля являются синонимами.

2. Федеральный [закон](#) предусматривает только один случай составления протокола при проведении проверок. Имеется в виду [ст. 25.3](#) Закона о защите конкуренции, говорящая о том, что по итогам осмотра составляется протокол.

3. Комментируемая [статья](#) не устанавливает правило о том, кто и в каком порядке утверждает форму протокола. В отличие от этой [статьи ст. 25.3](#) наделяет федеральный антимонопольный орган правом утверждения формы протокола. [Статья 23](#) Закона о защите конкуренции также не наделяет федеральный антимонопольный орган правом утверждать форму протокола. Вместе с тем полагаем, что, поскольку в [ст. 25.3](#) такое право федерального антимонопольного органа содержится, а эта [статья](#) устанавливает частный случай составления протокола в развитие общего правила, закрепленного в комментируемой [статье](#), следует прийти к выводу о наличии у федерального антимонопольного органа права утверждать форму протокола совершения действий по осуществлению антимонопольного контроля.

[Форма](#) протокола установлена Регламентом - приложение 4. Также указанным Регламентом утверждена [форма](#) отчета об исследовании документов (информации), содержащихся на электронном носителе информации (приложение 5 к Регламенту). По своей сущности данный отчет является формой протокола осмотра электронных носителей информации. Однако, поскольку [Закон](#) о защите конкуренции не предусматривает составления подобного протокола, указанный отчет формально протоколом не является.

4. [Часть 2 комментируемой статьи](#) устанавливает требования к содержанию протокола.

5. [Части 3 и 4](#) говорят о том, что протокол прочитывается и подписывается всеми лицами, участвовавшими в проведении действий по осуществлению контроля, а также всеми присутствовавшими при проведении указанных действий лицами. При этом все указанные лица вправе делать замечания к протоколу, которые подлежат занесению в протокол.

В этой связи возникает вопрос о том, кто такие лица, присутствовавшие при проведении действий. Имел

ли в виду законодатель лишь лиц, присутствие которых при проведении действий предусмотрено в силу закона, либо вообще всех лиц, которые фактически присутствовали при проведении действий.

Представляется, что правильным является первый вариант толкования данной нормы. Такими лицами являются лишь понятые, указанные в [ст. 25.3](#) Закона о защите конкуренции, и представители проверяемого лица, участие которых зафиксировано в протоколе. Ни одна другая статья [Закона](#) о защите конкуренции не предусматривает каких-либо лиц, присутствовавших при проведении действий по осуществлению антимонопольного контроля.

6. Протокол подлежит прочитыванию и подписанию также всеми должностными лицами антимонопольного органа, проводившими проверку; проверяемым лицом и его представителем, если они участвовали в проведении действий; экспертами (специалистами), понятыми, а также иными лицами, привлеченными антимонопольным органом к проведению действий.

7. Приложения к протоколу (например, сшивки копий документов, полученных в ходе осмотра, конверты с копиями электронных носителей информации и т.д.) являются неотъемлемой частью протокола и также подписываются всеми лицами, участвовавшими в осмотре.

8. Копия протокола вручается или направляется заказным письмом с уведомлением о вручении проверяемому лицу ([п. 3.66](#) Регламента).

Статья 25.6. Оформление результатов проверки

Комментарий к [статье 25.6](#)

1. [Часть 1 комментируемой статьи](#) требует составления по результатам проверки акта проверки (далее - Акт). Поскольку [Закон](#) предусматривает лишь одну форму завершения проверки - Акт, он подлежит составлению вне зависимости от результатов проверки. В случае отсутствия выявленных признаков нарушения антимонопольного законодательства или истечения срока проверки, до того как эти признаки были установлены, в Акте фиксируется ситуация, сложившаяся на момент его составления.

Если в ходе проверки признаки нарушения антимонопольного законодательства не были установлены и это зафиксировано в Акте, и если в дальнейшем признаки нарушения удалось установить в ходе проведения иных процедур (например, рассмотрения заявления), антимонопольный орган, при решении вопроса о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства в отношении проверявшегося лица, не должен рассматривать такой Акт как препятствие для возбуждения дела, так как Акт не устанавливает юридических фактов, не констатирует нарушений антимонопольного законодательства, а лишь фиксирует наличие или отсутствие признаков нарушения антимонопольного законодательства по итогам проведенной проверки.

Процедура изготовления, вручения Акта проверяемому лицу подробно описана [Регламентом](#).

Акт подписывается всеми членами инспекции. В случае если к моменту окончания проверки некоторые члены инспекции не могут подписать Акт (например, по причине увольнения из антимонопольного органа, болезни), в Акте делается отметка о причине отсутствия указанной подписи.

Акт составляется в двух экземплярах, один из которых подлежит вручению руководителем инспекции любому должностному лицу или уполномоченному представителю проверяемого не позднее последнего дня срока проведения проверки, указанного в приказе о проведении проверки. В случае невозможности вручения данного Акта лично он подлежит направлению по почте заказным письмом с уведомлением о вручении проверяемому лицу не позднее следующего рабочего дня после окончания срока проверки. При этом нарушение сроков направления акта проверки является бездействием антимонопольного органа, которое можно признать незаконным в судебном порядке ^{<1>}.

^{<1>} [Постановление](#) АС ПО от 30 июня 2015 г. N Ф06-23472/2015, Ф06-24607/2015 по делу N А65-22233/2014.

В судебной практике возник вопрос о том, какое влияние оказывает несоставление Акта на законность решения антимонопольного органа по делу, в рамках которого проводилась проверка. Суды пришли к выводу о том, что несоставление акта по результатам проверки не является существенным нарушением процедуры рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства и не влечет признание недействительным решения антимонопольного органа, поскольку такое правовое последствие не предусмотрено [Законом](#) о защите конкуренции <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ДО от 7 марта 2012 г. N Ф03-495/2012 по делу N А59-1998/2011.

2. Содержание Акта проверки не должно содержать категорической констатации установленных фактов в части выявляемых нарушений. Также Акт не должен содержать подробного описания доказательств и анализа действий проверяемого, на основании которых инспекция приходит к выводу о наличии или об отсутствии признаков нарушения. [Пункт 3.76](#) Регламента предписывает указывать только факты, указывающие на наличие признака нарушения антимонопольного законодательства, без их оценки и анализа.

Акт содержит общие формулировки выявленных признаков нарушения или фиксирует их отсутствие. Собственно описание самого нарушения, так же как и оценка доказательств его совершения, может содержаться исключительно в решении по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

В случае выявления признаков нарушения антимонопольного законодательства и фиксации их в Акте проверки в дальнейшем должен быть решен вопрос о возбуждении или об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства. При этом ни [Законом](#), ни [Регламентом](#) не устанавливаются сроки, в течение которых после составления Акта проверки дело должно быть возбуждено.

[Пункт 3.87](#) Регламента наделяет проверяемое лицо правом направить в антимонопольный орган возражения на акт проверки в течение 15 дней с момента получения акта проверки. Эти возражения подлежат рассмотрению заместителем руководителя антимонопольного органа одновременно с самим Актом в соответствии с [п. 3.88](#) Регламента и учитываются при решении вопроса о возбуждении дела.

3. [Форма](#) Акта утверждена Регламентом и приведена в приложении 8 к Регламенту.

4. Результаты проверки, содержащие информацию, составляющую охраняемую законом тайну, оформляются с соблюдением требований, предусмотренных законодательством РФ.

В соответствии с [Инструкцией](#) о порядке учета, обращения и хранения документов, содержащих служебную информацию ограниченного распространения в Центральном аппарате ФАС России, утвержденной Приказом ФАС России от 10 апреля 2014 г. N 240/14, документам, содержащим коммерческую, служебную, налоговую или иную охраняемую законом тайну (помимо государственной или военной тайны), присваивается гриф "для служебного пользования", который определяет особый порядок использования указанных документов и содержащейся в них информации. Данный порядок исключает утечку содержания этих документов к третьим лицам и соответствует требованиям законодательства РФ, предъявляемым к хранению, обработке и использованию в интересах расследования и рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства информации, составляющей коммерческую, служебную, налоговую, нотариальную или иную охраняемую законом тайну. Порядок обращения с такими документами также описывается в Методических [рекомендациях](#) по обращению с документами, содержащими сведения конфиденциального характера (ДСП), в территориальных органах ФАС России, утвержденных Приказом ФАС России от 30 декабря 2010 г. N 759.

Таким образом, информация, содержащая охраняемую законом тайну, например коммерческую тайну проверяемого лица, не может находиться в доступе для лиц, имеющих право на ознакомление с материалами проверки, помимо лиц, проводивших проверку, и самого проверяемого лица. Такой информации присваивается гриф ДСП и она хранится отдельно.

Ознакомление с информацией, имеющей гриф "Секретно" или "Совершенно секретно" в Центральном аппарате ФАС России, допускается только через Управление защиты государственной тайны ФАС России и только лицами, имеющими соответствующую степень допуска к такой информации.

На практике трудно представить ситуацию, при которой появилась бы необходимость включать в Акт проверки секретную информацию. Учитывая, что для описания в Акте фактов, указывающих на совершение

нарушения антимонопольного законодательства, достаточно одного указания на те или иные документы, без раскрытия их содержания, необходимость в указании в Акте секретной информации отсутствует. Однако если в Акте такая информация содержится, то всему Акту присваивается соответствующий гриф и ознакомление с ним осуществляется с описанными выше ограничениями.

5. По результатам проверки, зафиксированным в Акте, руководитель или заместитель руководителя антимонопольного органа принимает решение в соответствии с п. п. 3.90 - 3.91 Регламента, а при наличии признаков нарушения антимонопольного законодательства - в соответствии со ст. 39 Закона о защите конкуренции.

Статья 25.7. Предостережение о недопустимости нарушения антимонопольного законодательства

Комментарий к статье 25.7

1. Начиная с 2012 г. после принятия третьего антимонопольного пакета у антимонопольных органов появились полномочия выдавать предостережения о недопустимости нарушения антимонопольного законодательства (далее - предостережение).

Главной целью предостережения является предупреждение возможных нарушений антимонопольного законодательства, что соответствует предмету и целям регулирования Закона о защите конкуренции, закрепленным в ст. 1 Закона о защите конкуренции.

2. Превентивная направленность рассматриваемого института предостережений имеет схожие признаки с предостережением о недопустимости нарушения закона, направляемым прокурором в соответствии со ст. 25.1 Федерального закона от 17 января 1992 г. N 2202-1 "О прокуратуре Российской Федерации", а также с предостережением о недопустимости действий, создающих условия для совершения преступлений, объявляемым органами Федеральной службы безопасности в соответствии со ст. 13.1 Федерального закона от 3 апреля 1995 г. N 40-ФЗ "О Федеральной службе безопасности".

3. До принятия четвертого антимонопольного пакета предостережение могло быть направлено исключительно должностному лицу хозяйствующего субъекта, т.е. должностному лицу коммерческой организации, некоммерческой организации, осуществляющей деятельность, приносящую ей доход, индивидуальному предпринимателю, иному физическому лицу, не зарегистрированному в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющему профессиональную деятельность, приносящую доход, в соответствии с федеральными законами на основании государственной регистрации и (или) лицензии, а также в силу членства в саморегулируемой организации (п. 5 ст. 4 Закона о защите конкуренции).

После принятия четвертого антимонопольного пакета предостережение также может быть направлено и должностному лицу федерального органа исполнительной власти, органа государственной власти субъекта РФ, органа местного самоуправления, организации, участвующей в предоставлении государственных или муниципальных услуг, государственного внебюджетного фонда, т.е. должностным лицам субъектов, запрет на ограничивающие конкуренцию акты и действия (бездействие) которых предусмотрен ст. 15 Закона о защите конкуренции.

4. Предостережение направляется, если на момент его вынесения отсутствуют основания для возбуждения и рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

5. В отличие от предупреждений (ст. 39.1 Закона о защите конкуренции) сфера применения института предостережений (по возможным составам нарушений) Законом о защите конкуренции не ограничивается.

6. Основания для выдачи предостережений различны и зависят от того, какому должностному лицу направляется предостережение. Должностному лицу хозяйствующего субъекта предостережение направляется только в том случае, когда такое лицо допустило публичное заявление о планируемом поведении на товарном рынке, если такое поведение может привести к нарушению антимонопольного законодательства и при этом отсутствуют основания для возбуждения и рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

В отношении должностного лица федерального органа исполнительной власти, органа государственной власти субъекта РФ, органа местного самоуправления, организации, участвующей в предоставлении

государственных или муниципальных услуг, государственного внебюджетного фонда предостережение может быть направлено только в случае наличия у антимонопольного органа информации о планируемых таким должностным лицом действиях (бездействии), способных привести к нарушению антимонопольного законодательства, если при этом отсутствуют основания для возбуждения и рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

7. **Закон** о защите конкуренции не содержит упоминания в отношении того, что следует понимать под публичным заявлением должностного лица. На практике под публичным заявлением должно пониматься устное или письменное заявление должностного лица хозяйствующего субъекта, содержание которого стало известно неограниченному кругу лиц, не относящихся к такому хозяйствующему субъекту (в средствах массовой информации, в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, на телевидении и радио, в выступлениях на публичных мероприятиях и т.д.).

Источники получения антимонопольным органом информации о планируемых должностным лицом федерального органа исполнительной власти, органа государственной власти субъекта РФ, органа местного самоуправления, организации, участвующей в предоставлении государственных или муниципальных услуг, государственного внебюджетного фонда также могут быть различными. Такими источниками, в частности, могут быть сообщения и заявления физических лиц, юридических лиц, сообщения средств массовой информации, информация в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, указывающие на планирование таким должностным лицом действия (бездействия), способного привести к нарушению антимонопольного законодательства, если при этом отсутствуют основания для возбуждения и рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, и другие источники.

8. Решение о направлении предостережения может быть принято только руководителем антимонопольного органа (территориального управления) или лицом, исполняющим его обязанности. Иные должностные лица антимонопольного органа не вправе принимать решения о направлении предостережения.

9. В течение двух дней со дня обнаружения или получения информации о публичном заявлении, либо информации о планируемых действиях (бездействии) <1> гражданский служащий структурного подразделения антимонопольного органа, в компетенцию которого входит контроль за соблюдением антимонопольного законодательства на соответствующем товарном рынке, осуществляет подготовку докладной записки, которая вместе с документами, материалами, в том числе выполненными в форме цифровой записи или в форме записи на электронных носителях, свидетельствующими о публичном заявлении или о планируемых действиях (бездействии), направляется на проведение внутриведомственной правовой экспертизы.

<1> **Пункт 2.1** Порядка направления предостережения о недопустимости совершения действий, которые могут привести к нарушению антимонопольного законодательства (далее - Порядок), утвержденного Приказом ФАС России от 28 декабря 2015 г. N 1318/15. Данным **Приказом** признан утратившим силу ранее действовавший **Приказ** ФАС России от 14 декабря 2011 г. N 873 и регулировавший вопросы направления антимонопольным органом предостережений.

Внутриведомственная правовая экспертиза осуществляется в центральном аппарате ФАС России - Правовым управлением, в территориальном органе ФАС России - отделом (отделами), ответственным за проведение внутриведомственной правовой экспертизы, определяемым руководителем территориального органа.

Результатом проведения внутриведомственной правовой экспертизы является заключение, подготавливаемое в срок, не превышающий трех рабочих дней со дня поступления докладной записки в подразделение антимонопольного органа, осуществляющее внутриведомственную правовую экспертизу. При подготовке заключения устанавливается наличие основания для направления предостережения и нормы антимонопольного законодательства, которые могут быть нарушены хозяйствующим субъектом, федеральным органом исполнительной власти, органом государственной власти субъекта РФ, органом местного самоуправления, организацией, участвующей в предоставлении государственных или муниципальных услуг, государственным внебюджетным фондом.

В случае получения заключения, подтверждающего наличие оснований для направления

предостережения, ответственное структурное подразделение антимонопольного органа в течение одного рабочего дня подготавливает проект предостережения, в котором должны быть указаны выводы о наличии оснований для направления предостережения, а также нормы антимонопольного законодательства, которые могут быть нарушены хозяйствующим субъектом, федеральным органом исполнительной власти, органом государственной власти субъекта РФ, органом местного самоуправления, организацией, участвующей в предоставлении государственных или муниципальных услуг, государственным внебюджетным фондом

Проект предостережения и заключение представляются руководителю антимонопольного органа для принятия решения о направлении предостережения. В случае принятия решения о направлении предостережения путем подписания соответствующего проекта предостережения такое предостережение в течение одного рабочего дня направляется должностному лицу хозяйствующего субъекта, федерального органа исполнительной власти, органа государственной власти субъекта РФ, органа местного самоуправления, организации, участвующей в предоставлении государственных или муниципальных услуг, государственного внебюджетного фонда по адресу места нахождения хозяйствующего субъекта либо федерального органа исполнительной власти, органа государственной власти субъекта РФ, органа местного самоуправления, организации, участвующей в предоставлении государственных или муниципальных услуг, государственного внебюджетного фонда.

10. По общему правилу, предусмотренному [ч. 3 ст. 25.7](#) Закона о защите конкуренции, решение о направлении предостережения принимается руководителем антимонопольного органа в срок не позднее чем в течение 10 дней со дня, когда антимонопольному органу стало известно о наличии оснований, предусмотренных [ч. ч. 2 и 2.1 ст. 25.7](#) Закона о защите конкуренции.

11. Учитывая, что направление предостережения имеет превентивный характер и направлено на недопущение нарушения антимонопольного законодательства, комментируемая [статья](#) не содержит прямого указания на конкретное нарушение [Закона](#) о защите конкуренции, которое может быть допущено в результате публичного заявления должностного лица хозяйствующего субъекта о планируемом поведении на товарном рынке либо осуществления действий (бездействия), планируемых должностным лицом федерального органа исполнительной власти, органа государственной власти субъекта РФ, органа местного самоуправления, организации, участвующей в предоставлении государственных или муниципальных услуг, государственного внебюджетного фонда.

Таким образом, предостережение может быть направлено должностному лицу хозяйствующего субъекта в случае, если его публичное заявление может спровоцировать любое нарушение [Закона](#) о защите конкуренции, в том числе злоупотребление доминирующим положением. Особое значение предостережение приобретает в случае, когда публичное заявление должностного лица хозяйствующего субъекта о планируемом поведении на товарном рынке потенциально может спровоцировать антиконкурентное поведение других участников рынка и привести, например, к запрещенным и ограничивающим конкуренцию согласованным действиям хозяйствующих субъектов <1> или запрещенной координации экономической деятельности хозяйствующих субъектов <2>.

<1> См.: [комментарий к ст. 11.1](#) Закона о защите конкуренции.

<2> См.: [комментарий к ч. 5 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции.

Применительно к должностному лицу федерального органа исполнительной власти, органа государственной власти субъекта РФ, органа местного самоуправления, организации, участвующей в предоставлении государственных или муниципальных услуг, государственного внебюджетного фонда предостережение может быть направлено в случае, если планируемые таким должностным лицом действия (бездействие) способны привести к нарушению любого из запретов, предусмотренных [ст. 15](#) Закона о защите конкуренции <1>.

<1> См.: [комментарий к ст. 15](#) Закона о защите конкуренции.

12. Сформировавшаяся судебная практика свидетельствует, что в отличие от предупреждения ([ст. 39.1](#) Закона о защите конкуренции) предостережение не может быть обжаловано в арбитражном суде.

Так, в соответствии с [Определением](#) ВС РФ от 5 августа 2015 г. N 307-КГ15-8870 заявителю отказано в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ. В рамках данного дела арбитражный суд первой инстанции удовлетворил заявленное требование о признании предостережения незаконным. Однако [Постановлением](#) суда апелляционной инстанции решение суда первой инстанции было отменено, производство по делу прекращено. АС кассационной инстанции [Постановление](#) суда апелляционной инстанции оставил без изменения. Отказывая в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в судебном заседании Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ, суд в [Определении](#) указал, что, отменяя решение суда первой инстанции и прекращая производство по делу, суды апелляционной и кассационной инстанций руководствовались положениями [ст. ст. 22, 25.7, 52](#) Закона о защите конкуренции, [статьями 29, 150, 198](#) АПК РФ и пришли к выводу о том, что оспариваемое предостережение не обладает признаками ненормативного правового акта, а потому не относится к числу ненормативных правовых актов, спор о которых подведомствен арбитражному суду.

13. [Порядок](#) направления предостережения и его [форма](#) утверждены Приказом ФАС России от 28 декабря 2015 г. N 1318/15.

Статья 26. Обязанность антимонопольного органа по соблюдению коммерческой, служебной, иной охраняемой законом тайны

Комментарий к [статье 26](#)

1. [Часть 1 комментируемой статьи](#) возлагает на антимонопольный орган обязанность по неразглашению информации, составляющей коммерческую, служебную, иную охраняемую законом тайну и полученной антимонопольным органом при осуществлении своих функций.

Отношения, связанные с отнесением информации к государственной тайне, регламентируются [Законом](#) РФ от 21 июля 1993 г. N 5485-1 "О государственной тайне". В развитие указанного [Закона](#) Указом Президента РФ от 11 февраля 2006 г. N 90 утвержден [Перечень](#) сведений, отнесенных к государственной тайне.

В соответствии с указанным [Законом](#) под государственной тайной понимаются защищаемые государством сведения в области его военной, внешнеполитической, экономической, разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельности, распространение которых может нанести ущерб безопасности РФ.

Понятие коммерческой тайны дано в [Законе](#) о коммерческой тайне - это режим конфиденциальности информации, позволяющий ее обладателю при существующих или возможных обстоятельствах увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду.

[Закон](#) о коммерческой тайне относит к информации, составляющей коммерческую тайну (секрет производства), сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и др.), в том числе сведения о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, а также о способах осуществления профессиональной деятельности, которые имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности их третьим лицам, к которым у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и в отношении которых обладателем таких сведений введен режим коммерческой тайны.

Необходимо учитывать, что режим коммерческой тайны не может быть установлен лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, в отношении следующих сведений:

- о составе имущества государственного или муниципального унитарного предприятия, государственного учреждения и об использовании ими средств соответствующих бюджетов (в то же время такое ограничение не распространяется на акционерные и иные хозяйственные общества, товарищества, производственные кооперативы);

- о загрязнении окружающей среды, о состоянии противопожарной безопасности, о санитарно-эпидемиологической и радиационной обстановке, о безопасности пищевых продуктов и других факторах, оказывающих негативное воздействие на обеспечение безопасного функционирования

производственных объектов, о безопасности каждого гражданина и безопасности населения в целом;

- о численности, о составе работников, о системе оплаты труда, об условиях труда, в том числе об охране труда, о показателях производственного травматизма и профессиональной заболеваемости и о наличии свободных рабочих мест;

- о задолженности работодателей по выплате заработной платы и по иным социальным выплатам.

Следует иметь в виду, что четвертым антимонопольным **пакетом** Закон о защите конкуренции дополнен ст. 45.2, в соответствии с **ч. 2** которой в отношении заявлений, возражений, пояснений и иных материалов, представленных по инициативе лица, участвующего в деле, в письменной или устной форме по вопросам, возникающим в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, не может быть установлен режим коммерческой тайны.

Понятие служебной и иной охраняемой законом тайны законодательно не определено, поэтому в каждом конкретном случае формируется путем анализа соответствующего правового акта, устанавливающего правила защиты информации.

Запрет на разглашение этих сведений вводится органами государственной власти, объявляющими ту или иную информацию служебной тайной. Состав сведений, являющихся служебной тайной, в каждом отдельном случае определяется государственным органом в соответствии с его полномочиями.

Согласно **Указу** Президента РФ от 6 марта 1997 г. N 188 "Об утверждении Перечня сведений конфиденциального характера" к конфиденциальным сведениям относятся:

- сведения о фактах, событиях и обстоятельствах частной жизни гражданина, позволяющие идентифицировать его личность (персональные данные), за исключением сведений, подлежащих распространению в средствах массовой информации в установленных федеральными законами случаях;

- сведения, составляющие тайну следствия и судопроизводства;

- служебные сведения, доступ к которым ограничен органами государственной власти в соответствии с **ГК** РФ и федеральными законами (служебная тайна);

- сведения, связанные с профессиональной деятельностью, доступ к которым ограничен в соответствии с **Конституцией** РФ и федеральными законами (врачебная, нотариальная, адвокатская тайна, тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных или иных сообщений и т.д.);

- сведения, связанные с коммерческой деятельностью, доступ к которым ограничен в соответствии с **ГК** РФ и федеральными законами (коммерческая тайна);

- сведения о сущности изобретения, полезной модели или промышленного образца до официальной публикации информации о них.

Следует также отметить, что существует **Положение** о порядке обращения со служебной информацией ограниченного распространения в федеральных органах исполнительной власти, утв. Постановлением Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. N 1233. Названное **Положение** определяет общий порядок обращения с документами и другими материальными носителями (фото-, кино-, видео- и аудиопленки, машинные носители информации и др.), содержащими служебную информацию ограниченного распространения, в федеральных органах исполнительной власти, а также на подведомственных им предприятиях, в учреждениях и организациях.

Согласно **п. 1.2** Положения к служебной информации ограниченного распространения относится несекретная информация, касающаяся деятельности организаций, ограничения на распространение которой диктуются служебной необходимостью, а также поступившая в организации несекретная информация, доступ к которой ограничен в соответствии с федеральными законами. **Положение** также определяет перечень информации, которая не может быть отнесена к служебной.

Сохранение в тайне служебных сведений обусловлено некоммерческими соображениями.

Возникает вопрос, что следует понимать под разглашением информации, составляющей коммерческую, служебную и иную охраняемую законом тайну.

Применительно к коммерческой тайне (как одному из наиболее распространенных видов конфиденциальной информации, фигурирующей в антимонопольных делах) понятие "разглашение информации, составляющей коммерческую тайну" дается на законодательном уровне.

Так, согласно [п. 9 ст. 3](#) Закона о коммерческой тайне разглашение информации, составляющей коммерческую тайну, определяется как действие или бездействие, в результате которых информация, составляющая коммерческую тайну, в любой возможной форме (устной, письменной, иной форме, в том числе с использованием технических средств) становится известной третьим лицам без согласия обладателя такой информации либо вопреки трудовому или гражданско-правовому договору.

Таким образом, под разглашением конфиденциальной информации, составляющей какую-либо охраняемую законом тайну (в том числе коммерческую, служебную и др.), следует, в общем виде, понимать действие (бездействие), в результате которого такая информация в устной, письменной или иной форме становится известной третьим лицам в отсутствие для этого законных оснований.

2. Обязанность по неразглашению конфиденциальной информации (например, коммерческой тайны) возлагается на антимонопольный орган, в том числе при осуществлении им функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства ^{<1>}.

^{<1>} См. также, напр.: [Постановление](#) 9 ААС от 27 октября 2011 г. по делу N А40-64577/11-94-539.

Обязанность антимонопольного органа по неразглашению конфиденциальной информации закреплена также в нормативных правовых актах ФАС России. Так, согласно [п. 1.7](#) Административного регламента ФАС России по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства РФ, утвержденного Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 339, на должностных лиц антимонопольного органа возлагается обязанность не разглашать информацию, составляющую государственную, коммерческую, служебную, иную охраняемую законом тайну, полученную антимонопольным органом, за исключением случаев, установленных законодательством РФ.

В соответствии с [ч. 3.3 ст. 45](#) Закона материалы дела о нарушении антимонопольного законодательства, содержащие сведения, составляющие государственную, коммерческую, служебную или иную охраняемую законом тайну, формируются и хранятся в соответствии с требованиями законодательства РФ в отдельном томе.

Аналогично, согласно [п. 3.86](#) названного выше Административного регламента документы и материалы, содержащие информацию, составляющую коммерческую, служебную, иную охраняемую законом тайну, помещаются в отдельные тома.

3. В случае получения антимонопольным органом информации, составляющей коммерческую тайну, антимонопольный орган при обращении с такой информацией должен руководствоваться также нормами [Закона](#) о коммерческой тайне, которые регламентируют порядок охраны конфиденциальности информации.

Так, в соответствии с [ч. 1 ст. 13](#) Закона о коммерческой тайне органы государственной власти (включая, безусловно, и антимонопольные органы) обязаны создать условия, обеспечивающие охрану конфиденциальности информации, предоставленной им юридическими лицами или индивидуальными предпринимателями.

При этом четвертый антимонопольный [пакет](#) существенно детализировал порядок обращения антимонопольного органа с конфиденциальной информацией в рамках рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства. Так, [ч. 3.1 ст. 45](#) Закона устанавливает, что дело о нарушении антимонопольного законодательства рассматривается в закрытом заседании, если рассмотрение указанного дела в открытом заседании может привести к разглашению государственной тайны, либо в случае необходимости сохранения коммерческой, служебной или иной охраняемой законом тайны, в том числе при удовлетворении ходатайства лица, участвующего в деле о нарушении антимонопольного законодательства и

ссылающегося на такую необходимость. [Часть 3.2 указанной статьи](#) определяет перечень лиц, которые могут присутствовать (участвовать) в закрытом заседании комиссии.

В свою очередь, [ч. 3 ст. 45.2](#) Закона устанавливает, что сведения, документы, которые представлены по запросу или иному требованию антимонопольного органа, в отношении которых установлен режим коммерческой тайны и которые являются материалами дела о нарушении антимонопольного законодательства, могут быть представлены для ознакомления лицам, участвующим в деле, под расписку с согласия обладателя таких сведений, документов. Указанное согласие обладателя информации, составляющей коммерческую тайну, на ознакомление лиц, участвующих в деле, с такой информацией представляется в комиссию в письменной форме в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства и приобщается к материалам дела ([ч. 4 ст. 45.2](#) Закона).

4. Таким образом, [Закон](#) устанавливает важные механизмы защиты интересов обладателей конфиденциальной информации в рамках деятельности антимонопольных органов. В связи с этим отказ хозяйствующего субъекта предоставить информацию по запросу антимонопольного органа на том основании, что запрашиваемая информация составляет коммерческую тайну, является неправомерным. Арбитражные суды отмечают, что антимонопольные органы вправе запрашивать и получать информацию, составляющую коммерческую тайну, поскольку они обязаны обеспечивать охрану конфиденциальности информации <1>.

<1> См.: Постановления 1 ААС от 8 февраля 2016 г. по делу [N А43-26591/2015](#), 13 ААС от 13 июня 2012 г. по делу [N А56-7226/2011](#).

В силу [ч. 2 ст. 13](#) Закона о коммерческой тайне должностные лица антимонопольных органов без согласия обладателя информации, составляющей коммерческую тайну, не вправе разглашать или передавать другим лицам, органам государственной власти, иным государственным органам, органам местного самоуправления ставшую известной им в силу выполнения должностных (служебных) обязанностей информацию, составляющую коммерческую тайну, за исключением случаев, предусмотренных [ст. 6](#) Закона о коммерческой тайне, а также не вправе использовать эту информацию в корыстных или иных личных целях.

Случаи, когда антимонопольные органы, получившие информацию, составляющую коммерческую тайну, обязаны передать указанную информацию третьим лицам, закреплены в [ч. 3 ст. 6](#) Закона о коммерческой тайне. Согласно названной норме органы государственной власти (а следовательно, и антимонопольные органы), получившие информацию, составляющую коммерческую тайну, в рамках исполнения своих функций обязаны представить эту информацию по запросу судов, органов предварительного следствия, органов дознания по делам, находящимся в их производстве.

5. Следует отметить, что на практике применение [ч. 1 комментируемой статьи](#) Закона о защите конкуренции может вызывать спорные ситуации.

Так, в одном из дел антимонопольный орган отказал лицу, в отношении которого рассматривалось антимонопольное дело, в предоставлении материалов антимонопольного дела, содержащих коммерческую тайну. Указанное лицо обжаловало действия антимонопольного органа в суде, указав, что отказ в ознакомлении со всеми материалами антимонопольного дела нарушает закрепленные [ст. 43](#) Закона о защите конкуренции права участника дела о нарушении антимонопольного законодательства, в том числе право на ознакомление со всеми материалами дела и всеми имеющимися доказательствами.

При этом, по мнению заявителя, [ст. 43](#) Закона о защите конкуренции не содержит никаких ограничений права на ознакомление с материалами антимонопольного дела, в том числе в отношении материалов, содержащих охраняемую законом тайну.

Суды всех инстанций согласились с позицией антимонопольного органа. Они отметили, что, поскольку [ч. 1 комментируемой статьи](#) возлагает на антимонопольные органы обязанность по неразглашению информации, составляющей охраняемую законом тайну, отказ антимонопольного органа в предоставлении лицу тех материалов антимонопольного дела, которые содержат коммерческую тайну, является правомерным <1>.

<1> См.: [Постановление](#) ФАС МО от 28 ноября 2011 г. по делу N А40-7263/11-145-84. [Определением](#) ВАС РФ от 9 апреля 2012 г. N 3391/12 отказано в передаче этого дела в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора.

Отметим, что заявитель по указанному делу N А40-7263/11-145-84 обжаловал норму [ч. 1 комментируемой статьи](#) в КС РФ. По мнению заявителя, [ч. 1 комментируемой статьи](#) по смыслу, придаваемому ей правоприменительной практикой, фактически упраздняет право ответчика по делу о нарушении антимонопольного законодательства на ознакомление с материалами дела, содержащими информацию, составляющую коммерческую и служебную тайну и полученную антимонопольным органом при осуществлении своих полномочий, и не соответствует [ст. ст. 24 \(ч. 2\), 45, 46 \(ч. ч. 1 и 2\), 55 \(ч. 3\) и 56 \(ч. 3\)](#) Конституции РФ.

Однако КС РФ в [Определении](#) от 21 декабря 2011 г. N 1773-О-О подтвердил конституционность нормы [ч. 1 комментируемой статьи](#) Закона о защите конкуренции и пришел к выводу, что рассматриваемая норма закрепляет гарантии защиты информации, составляющей коммерческую, служебную, иную охраняемую законом тайну и полученной антимонопольным органом при осуществлении своих полномочий.

Необходимо отметить, что на данный момент этот вопрос более подробно урегулирован применительно к коммерческой тайне [ст. 45.2](#) Закона, которая закрепляет безусловное право участников дела о нарушении антимонопольного законодательства знакомиться со всеми заявлениями, возражениями, пояснениями и иными материалами, представленными по инициативе лица, участвующего в деле, в письменной или устной форме по вопросам, возникающим в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Отказ антимонопольного органа в предоставлении участнику дела возможности ознакомиться с такими документами может быть признан незаконным в судебном порядке <1>.

<1> См.: [Постановление](#) АС ВВО от 9 февраля 2016 г.; [Постановление](#) 1 ААС от 4 апреля 2016 г. по делу N А79-2293/2015.

Ознакомление же с содержащими коммерческую тайну сведениями и документами, которые представлены по запросу или иному требованию антимонопольного органа, допускается, как уже отмечалось, с согласия обладателя данной конфиденциальной информации. В отсутствие такого согласия соответствующие лица могут получить доступ к данным сведениям и документам только при судебном обжаловании решения антимонопольного органа и с учетом положений [ст. 11](#) АПК РФ.

При этом следует иметь в виду, что обязанность доказывания оснований отказа в ознакомлении с материалами дела ввиду того, что они содержат сведения, составляющие охраняемую законом тайну, возложена на антимонопольный орган.

Так, в [Постановлении](#) АС СКО от 10 октября 2014 г. по делу N А53-2953/2014 сделан следующий вывод: суд обоснованно признал, что отказ антимонопольного органа в ознакомлении с материалами дела влечет за собой невозможность обоснования заявителем своих требований и возражений без изучения позиций сторон в деле, которые положены в основу обжалуемого ненормативного акта, что свидетельствует о нарушении названным отказом права заявителя на своевременное и мотивированное оспаривание действий заказчика (или антимонопольного органа) в судебном порядке.

Антимонопольный орган в указанном деле не доказал наличие в запрашиваемой обществом информации сведений, составляющих государственную или коммерческую тайну ([ст. 65](#) АПК РФ).

6. В [ч. 2 комментируемой статьи](#) установлена ответственность работников антимонопольных органов за разглашение информации. Эта норма сформулирована как бланкетная (отсылочная), поскольку конкретные санкции за ее нарушение предусмотрены другими законодательными актами.

Так, в результате нарушения режима конфиденциальности информации у лица - обладателя конфиденциальной информации могут возникнуть имущественные потери, убытки. Следовательно, гражданско-правовая ответственность за разглашение информации регламентируется прежде всего нормами [ГК](#) РФ о возмещении убытков.

Более детально о способах защиты, которые могут быть применены к виновным лицам в случае разглашения конфиденциальной информации, говорится в [ст. 17](#) Федерального закона от 27 июля 2006 г. N 149-ФЗ "Об информации, информационных технологиях и о защите информации".

Согласно данной норме лица, чьи права были нарушены в связи с разглашением информации ограниченного доступа, вправе обратиться в установленном порядке за судебной защитой своих прав, в том числе **с исками о возмещении убытков, компенсации морального вреда, защите чести, достоинства и деловой репутации**. Кроме того, в данной [статье](#) делается оговорка, что требование о возмещении убытков не может быть удовлетворено в случае предъявления его лицом, не принимавшим мер по соблюдению конфиденциальности информации или нарушившим установленные законодательством РФ требования о защите информации, если принятие этих мер и соблюдение таких требований являлись обязанностями данного лица.

Кроме того, в [ст. 17](#) Федерального закона "Об информации, информационных технологиях и о защите информации" за нарушение положений данного Федерального [закона](#) предусмотрена дисциплинарная ответственность, о чем не упоминается в комментируемой [статье](#) Закона о защите конкуренции.

Так, нарушение должностными лицами антимонопольного органа положений комментируемой [статьи](#) может привести к нарушению [ст. 15](#) Федерального закона от 27 июля 2004 г. N 79-ФЗ "О государственной гражданской службе Российской Федерации" и применению к ним в том числе соответствующих мер дисциплинарного взыскания в порядке, установленном указанным Федеральным [законом](#).

За разглашение конфиденциальной информации установлена также административная ответственность. В соответствии со [ст. 13.14](#) КоАП РФ разглашение информации, доступ к которой ограничен федеральным законом (за исключением случаев, если разглашение такой информации влечет уголовную ответственность), лицом, получившим доступ к такой информации в связи с исполнением служебных или профессиональных обязанностей, за исключением случаев, предусмотренных [ч. 1 ст. 14.33](#) КоАП ("Недобросовестная конкуренция"), влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от 500 до 1 тыс. руб.; на должностных лиц - от 4 тыс. до 5 тыс. руб. Наконец, разглашение информации, составляющей охраняемую законом тайну, может в отдельных случаях являться уголовно наказуемым деянием. Уголовная ответственность предусмотрена за разглашение сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну ([ч. 4 ст. 2 - 4 ст. 183](#) УК РФ), за разглашение сведений, составляющих государственную тайну ([ст. 283](#) УК РФ). Санкции варьируются в зависимости от тяжести совершенного преступления.

7. [Часть 3 комментируемой статьи](#), по сути, воспроизводит норму [ст. 1069](#) ГК РФ, в которой закрепляется, что вред, причиненный государственными органами и их должностными лицами, возмещается соответственно за счет казны РФ, казны субъекта РФ. Эти нормы исключают возможные споры о том, за чей счет подлежит возмещению причиненный антимонопольным органом вред.

Кроме того, указанная норма имеет также еще и превентивный эффект. Она призвана повысить чувство ответственности работников антимонопольного органа при обращении с информацией, составляющей охраняемую законом тайну. Понимание того, что антимонопольный орган может быть привлечен к ответственности за причинение вреда, а возмещение такого вреда будет осуществляться за счет казны, должно исключить халатное обращение сотрудников антимонопольных органов (как и любых других государственных органов) с конфиденциальной информацией.

При предъявлении исков о возмещении вреда, причиненного в результате разглашения антимонопольным органом либо его должностными лицами информации, составляющей коммерческую, служебную, иную охраняемую законом тайну, важно учитывать разъяснения, которые содержатся в информационном [письме](#) Президиума ВАС РФ от 31 мая 2011 г. N 145 "Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о возмещении вреда, причиненного государственными органами, органами местного самоуправления, а также их должностными лицами".

Согласно [п. 4](#) информационного письма тот факт, что решение или действия (бездействие) государственного органа не были признаны в судебном порядке незаконными, сам по себе не является основанием для отказа в иске о возмещении вреда, причиненного таким решением или действиями (бездействием). В названном случае суд оценивает законность решения или действий (бездействия) государственного органа (должностного лица) при рассмотрении иска о возмещении вреда.

В то же время в п. 5 информационного письма закреплено положение, касающееся распределения бремени доказывания по данной категории дел: требуя возмещения вреда, причиненного государственным органом (или его должностным лицом), истец обязан представить доказательства, обосновывающие противоправность решения или действий (бездействия) такого органа (должностного лица). При этом бремя доказывания обстоятельств, послуживших основанием для принятия такого решения либо для совершения таких действий (бездействия), лежит на ответчике (т.е. на государственном, в данном случае антимонопольном, органе).

Глава 7. ГОСУДАРСТВЕННЫЙ КОНТРОЛЬ ЗА ЭКОНОМИЧЕСКОЙ КОНЦЕНТРАЦИЕЙ

Статья 26.1. Сделки, иные действия, подлежащие государственному контролю

Комментарий к статье 26.1

1. Комментируемая [статья](#) в наиболее общем виде описывает сделки и действия, приводящие к экономической концентрации на товарном рынке и подлежащие контролю со стороны антимонопольных органов (далее - **сделки экономической концентрации**).

Необходимость в этом вызвана широкой формулировкой понятия "**экономическая концентрация**", установленного в п. 21 ст. 4 Закона о защите конкуренции. В соответствии с легальным определением экономической концентрации являются любые сделки, иные действия, осуществление которых оказывает влияние на состояние конкуренции. Данное определение является широким, поскольку из него не вполне ясно, какие именно сделки и действия считаются экономической концентрацией и чем они отличаются от нарушений антимонопольного законодательства, также оказывающих влияние на состояние конкуренции.

Законодательные требования в отношении совершения сделок и действий должны быть достаточно определенными; для того, чтобы хозяйствующие субъекты знали о своих обязанностях, и была принята комментируемая [статья](#). В ней детализируется понятие экономической концентрации путем перечисления сделок и действий, требующих согласования с антимонопольными органами. Полный же перечень сделок экономической концентрации, подлежащих контролю со стороны антимонопольных органов, приведен в [ст. ст. 27 - 29](#) Закона о защите конкуренции.

2. [Часть 1 комментируемой статьи](#) имеет важное значение с точки зрения толкования положений [ч. 2 ст. 3](#) Закона о защите конкуренции применительно к сделкам экономической концентрации. Данное положение устанавливает общий принцип **экстерриториального применения** российского антимонопольного законодательства к достигнутым за пределами территории РФ соглашениям между российскими и (или) иностранными лицами либо организациями, а также к совершаемым ими действиям, если такие соглашения или действия оказывают влияние на состояние конкуренции на территории РФ.

Как и понятие экономической концентрации, данный принцип сформулирован широко, и для создания определенности в правоприменении в части требований к сделкам экономической концентрации потребовалось его уточнение.

Требования российского законодательства о согласовании сделок экономической концентрации применяются к следующим отношениям с участием иностранных лиц:

- сделки, иные действия в отношении голосующих акций (долей) российских хозяйственных обществ;
- сделки, иные действия в отношении находящихся на территории РФ основных производственных средств и (или) нематериальных активов;
- сделки, иные действия в отношении активов российских финансовых организаций;
- сделки, иные действия, касающиеся прав в отношении российских коммерческих и некоммерческих организаций (в том числе права косвенно контролировать их деятельность);
- сделки, иные действия, касающиеся прав в отношении иностранных лиц, осуществляющих поставки товаров на территорию РФ в сумме более чем 1 млрд. руб. в течение года, предшествующего дате

осуществления сделки, иного действия, подлежащих государственному контролю;

- соглашения между конкурентами об их совместной деятельности на территории РФ.

Таким образом, не подлежат согласованию с российскими антимонопольными органами сделки экономической концентрации, которые не имеют какой-либо связи с находящимся в России имуществом (активами), созданными или осуществляющими деятельность в России организациями или не связаны с осуществлением деятельности в России.

3. Особое внимание следует уделить такому основанию для согласования сделок экономической концентрации, как приобретение прав в отношении иностранных лиц, осуществляющих поставки товаров на территорию РФ в сумме более чем 1 млрд. руб. Данное основание корреспондирует с [п. 9 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции](#) и раскрывается в [комментарии к соответствующей статье](#). Здесь же следует остановиться на порядке расчета показателя в размере 1 млрд. руб., при превышении которого соответствующая сделка может потребовать согласования с российским антимонопольным органом.

В [Законо](#) о защите конкуренции указывается, что этот показатель представляет собой сумму поставок товаров на территорию РФ, подразумевая под этим совокупную договорную стоимость товаров, поставленных на территорию РФ соответствующим иностранным лицом. Данный показатель близок, но не эквивалентен выручке (доходу от реализации), получаемой иностранным лицом в РФ. В частности, при расчете данного показателя следует учитывать не только поступления от товаров, реализованных российским контрагентом, но и договорную стоимость товаров, поставленных в РФ, но еще не оплаченных, и договорную стоимость товаров, законтрактованных, но еще фактически не доставленных на территорию РФ.

Спорным является вопрос о том, имеет ли значение для расчета рассматриваемого показателя такое условие договора поставки, как место перехода права собственности на товар (базис поставки). Представляется, что даже если базис поставки находится за пределами территории РФ (т.е. право собственности на товар переходит от иностранного лица российскому покупателю за пределами таможенной территории), стоимость такого товара следует учитывать, если в конечном итоге товары окажутся на территории РФ.

Сложными являются ситуации, при которых поставка товара осуществляется не напрямую российским контрагентом, а косвенно - через третьих лиц (дистрибьюторов). Очевидно, что если непосредственным контрагентом иностранной компании, в отношении которой предполагается приобретение контроля, является дистрибьютор, который не входит в одну группу лиц ни с этой компанией, ни с российскими контрагентами, которым он впоследствии перепродает товар, то выручка такого независимого дистрибьютора от реализации товара российским контрагентом не должна учитываться при расчете показателя в 1 млрд. руб. В этом случае такой дистрибьютор представляет собой полностью самостоятельного участника рынка, и соответствующая выручка от операций с российскими контрагентами должна относиться к нему, а не к иностранной компании, которая поставляет ему товар. Однако если дистрибьютор входит в одну группу лиц с каким-либо российским покупателем, выручка от реализации товара такому дистрибьютору должна учитываться как выручка от операций в России. Это может иметь место, например, в ситуации, когда российский контрагент использует для приобретения товара, предназначенного для последующего ввоза в Россию, свои офшорные или иные находящиеся за рубежом компании. Предложенный подход связан с тем, что группа лиц для целей антимонопольного законодательства представляет собой единый хозяйствующий субъект (см. [комментарий к ст. 9 Закона о защите конкуренции](#)), и даже если в рамках одной группы лиц совершается несколько хозяйственных операций, это не влияет на вывод о "российском" происхождения выручки, если конечным результатом действий компаний, входящих в группу лиц, является ввоз товара в Россию.

Еще одна сложная для толкования ситуация возникает, когда иностранная компания, в отношении которой предполагается приобретение контроля, не имеет "российской" выручки, превышающей 1 млрд. руб., однако в группу лиц с ней входят иные иностранные компании, имеющие операции с российскими контрагентами, и совокупная выручка от российских операций этой иностранной компании и входящих с ней в группу компаний превышает 1 млрд. руб. В таком случае представляется необходимым применять подход, аналогичный тому, который закреплен в [ч. 3 ст. 28 Закона о защите конкуренции](#) применительно к расчету суммарной стоимости активов участников сделки экономической концентрации (см. соответствующий [комментарий](#)). В частности, при расчете активов не учитываются активы лица, продающего (отчуждающего) акции (доли) или права в отношении лица, являющегося объектом экономической концентрации (продающего лица), и его группы лиц, в случае, если

в результате сделки продающее лицо и его группа лиц утрачивают права, позволяющие определять условия осуществления предпринимательской деятельности лицом, являющимся объектом экономической концентрации. Исходя из этого, при расчете размера "российской" выручки для целей применения [ч. 1 ст. 26.1](#) Закона о защите конкуренции следует принимать во внимание только поставки товаров, осуществляемых иностранной компанией и контролируемыми ею лицами (для этих целей представляется допустимым использовать понятие контроля, закрепленное в [ч. 8 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции, см. соответствующий [комментарий](#)).

Показатель суммы поставок товаров рассчитывается за последний финансовый год, предшествующий дате приобретения акций (прав) в отношении иностранного лица. Комментируемую норму можно было бы понять в том смысле, что сумму поставок товаров следует рассчитывать за календарный год, предшествующий дате осуществления сделки (например, если сделку планируется осуществлять 15 ноября 2016 г., то сумму поставок следовало бы определять за период с 15 ноября 2015 г. по 15 ноября 2016 г.). Однако [ч. 1 комментируемой статьи](#) не конкретизирует, о каком именно годе - календарном или финансовом - идет речь. В этой связи представляется целесообразным использовать данные по выручке именно за финансовый год (т.е. в вышеуказанном примере сумма поставок должна рассчитываться за 2015 г.). Данный подход соответствует порядку определения выручки согласно бухгалтерской отчетности и позволяет антимонопольным органам перепроверять данные, представленные хозяйствующими субъектами.

В последнее время наметилась тенденция существенных колебаний валютно-обменных курсов в течение одного финансового года: например, разница между курсами обмена валют на начало, середину и конец года может существенно различаться. В этой связи представляется правильным использовать обменный курс на дату окончания соответствующего финансового года, за который производится подсчет выручки.

4. Четвертым антимонопольным [пакетом](#) было введено новое основание для согласования сделок экономической концентрации - заключение между конкурентами соглашения о совместной деятельности на территории России (см. [п. 8 ч. 1 ст. 27](#) Закона о защите конкуренции и [комментарий к ней](#)). Таким образом, если совместную деятельность планируется осуществлять на территории России, то соответствующее соглашение подпадает под требования российского законодательства. Под совместной деятельностью на территории России следует понимать не только деятельность, требующую физического присутствия в России (например, строительство производственных мощностей на территории России), но и иную деятельность, которая связана с операциями с российскими контрагентами (например, маркетинговые мероприятия по привлечению внимания российских контрагентов).

На практике может возникнуть вопрос о том, подпадает ли под требования российского законодательства соглашение между конкурентами, при заключении которого стороны еще не знают, будут ли они осуществлять совместную деятельность в России. Представляется, что если Россия при заключении соглашения не определена в качестве территории осуществления совместной деятельности, но впоследствии может стать таковой, сторонам необходимо согласовать свое соглашение с российским антимонопольным органом не до момента его заключения, а до момента, когда они начнут фактически осуществлять совместную деятельность в России.

Также спорным является вопрос, должны ли стороны соглашения о совместной деятельности быть конкурентами именно на российском рынке для того, чтобы их соглашение подпадало под требования российского законодательства. Представляется, что наличие на момент заключения соглашения фактических конкурентных отношений в России не должно быть определяющим, поскольку согласно закону ключевым фактором является осуществление совместной деятельности на территории России. Таким образом, на момент заключения соглашения стороны могут не быть конкурентами на территории России (но должны быть конкурентами на иных рынках), и если их планируемая совместная деятельность будет касаться России, то они подпадают под требования российского антимонопольного законодательства.

5. [Часть 2 комментируемой статьи](#) предусматривает, что не подлежат согласованию с антимонопольными органами договоры репо, которые совершаются ЦБ РФ.

В соответствии с Федеральным [законом](#) от 10 июля 2002 г. N 86-ФЗ "О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)" ЦБ РФ вправе совершать договоры репо с акциями и иными ценными бумагами на открытом рынке. Договором репо в силу [ст. 51.3](#) Федерального закона от 22 апреля 1996 г. N 39-ФЗ "О рынке ценных бумаг" признается договор, по которому одна сторона (продавец) обязуется в определенный срок

передать в собственность другой стороне (покупателю) ценные бумаги, а покупатель обязуется принять ценные бумаги и уплатить за них определенную денежную сумму (первая часть договора репо), а также по которому покупатель обязуется в определенный срок передать ценные бумаги обратно в собственность продавца, а продавец обязуется принять ценные бумаги и уплатить за них определенную денежную сумму (вторая часть договора репо).

Поскольку на ЦБ РФ в целом распространяются требования [Закона](#) о защите конкуренции (в том числе требования о согласовании сделок экономической концентрации), до введения рассматриваемого исключения в [ч. 2 комментируемой статьи](#) ЦБ РФ формально должен был согласовывать договоры репо, направленные на приобретение акций коммерческих и финансовых организаций и активов финансовых организаций. Необходимость согласования таких сделок с антимонопольным органом снизила бы эффективность и оперативность деятельности ЦБ РФ по обеспечению стабильности финансовых рынков.

В связи с принятием третьего антимонопольного пакета для хозяйствующих субъектов в целом была отменена обязанность направлять в антимонопольные органы уведомления о совершенных ими сделках экономической концентрации (соответствующая [ст. 30](#) Закона о защите конкуренции утратила силу, см. [комментарий к ней](#)). Тем не менее обязанность направлять уведомления по совершенным ЦБ РФ договорам репо сохранялась в [ч. 3 комментируемой статьи](#) вплоть до принятия четвертого антимонопольного [пакета](#). Однако после 5 января 2016 г. соответствующее требование более не применяется, поскольку [ч. 3](#) утратила силу в соответствии с четвертым антимонопольным [пакетом](#).

Статья 27. Создание и реорганизация коммерческих организаций, заключение соглашений между хозяйствующими субъектами - конкурентами о совместной деятельности с предварительного согласия антимонопольного органа

Комментарий к [статье 27](#)

1. [Часть 1 комментируемой статьи](#) устанавливает требования о необходимости получения предварительного согласия антимонопольного органа на осуществление следующих действий:

- 1) слияние коммерческих организаций;
- 2) присоединение коммерческих организаций;
- 3) слияние финансовых организаций;
- 4) создание коммерческой организации, если ее уставный капитал оплачивается акциями, долями, имуществом другой коммерческой организации;
- 5) создание коммерческой организации, если ее уставный капитал оплачивается активами финансовой организации;
- 6) присоединение финансовой организации к коммерческой организации;
- 7) присоединение коммерческой организации к финансовой организации;
- 8) заключение между хозяйствующими субъектами - конкурентами соглашения о совместной деятельности на территории РФ <1>.

<1> Порядок представления в антимонопольный орган ходатайств о создании и реорганизации коммерческих организаций (их рассмотрения) установлен Административным [регламентом](#) ФАС России по исполнению государственной функции по согласованию создания и реорганизации коммерческих организаций в случаях, установленных антимонопольным законодательством РФ, утв. Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 342.

Определение **финансовой организации** приведено в [п. 6 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции.

Необходимость предварительного согласования определяется исходя из суммарной стоимости активов участников создания (реорганизации) и их групп лиц, или их суммарной выручки от реализации товаров, если участниками таких действий являются коммерческие организации, либо, если участниками создания, реорганизации являются финансовые организации, исходя из стоимости активов финансовых организаций, как более подробно рассмотрено в настоящем комментарии ниже.

2. Согласно [п. п. 1 и 2 ч. 1 комментируемой статьи](#) с предварительного согласия антимонопольного органа осуществляется слияние коммерческих организаций (за исключением финансовых организаций), а также присоединение одной или нескольких коммерческих организаций к иной коммерческой организации (за исключением финансовых организаций).

Предварительное согласование таких действий необходимо, если:

а) суммарная стоимость активов коммерческих организаций, участвующих в слиянии или присоединении (и участников их групп лиц), по последним балансам превышает 7 млрд. руб., либо

б) суммарная выручка указанных лиц от реализации товаров за календарный год, предшествующий году слияния (присоединения), превышает 10 млрд. руб.

Под последним балансом следует понимать бухгалтерский баланс по состоянию на последнюю отчетную дату, предшествующую дате представления ходатайства. При этом необходимо отметить, что исходя из [ст. 23 НК РФ](#) с 1 января 2013 г. квартальная (промежуточная) бухгалтерская отчетность в налоговые органы не представляется. В соответствии с [подп. 5 п. 1 ст. 23 НК РФ](#) налогоплательщики обязаны представлять в налоговый орган по месту нахождения организации годовую бухгалтерскую (финансовую) отчетность не позднее трех месяцев после окончания отчетного года.

В соответствии с [ч. 1 ст. 15 Закона о бухгалтерском учете](#) отчетным периодом для годовой бухгалтерской (финансовой) отчетности (отчетным годом) является календарный год - с 1 января по 31 декабря включительно (за исключением случаев создания, реорганизации и ликвидации юридического лица).

Таким образом, для целей государственного контроля за слияниями, присоединениями и иными сделками (действиями) по экономической концентрации, перечисленными в [ст. ст. 27 - 28 Закона о защите конкуренции](#), суммарная стоимость активов участников сделок, иных действий (и участников их групп лиц) определяется по данным бухгалтерского учета за отчетный год (представляются годовые бухгалтерские балансы). При этом если [Законом о защите конкуренции](#) предусмотрена необходимость подсчета суммарных показателей активов или выручки участников сделки (действия) и их групп лиц, то учитывается стоимость активов всех участников, входящих в соответствующую группу лиц, в том числе зарегистрированных за пределами РФ.

В том случае, если в отношении экономического субъекта содержится требование составления (представления) промежуточной бухгалтерской (финансовой) отчетности ([ч. 4 ст. 13 Закона о бухгалтерском учете](#)), такими организациями в антимонопольный орган представляется промежуточная финансовая отчетность. Для расчета суммарной стоимости активов участников группы лиц необходимо суммировать стоимости активов каждого из участников такой группы лиц по состоянию на последнюю отчетную дату для каждого конкретного участника.

Согласно положениям [ст. ст. 16, 17 Закона об акционерных обществах](#), [ст. ст. 52, 53 Закона об обществах с ограниченной ответственностью](#) **слиянием обществ** признается возникновение нового общества путем передачи ему всех прав и обязанностей двух или нескольких обществ с прекращением последних. **Присоединением** <1> общества признается прекращение одного или нескольких обществ с передачей всех их прав и обязанностей другому обществу.

<1> См., напр.: Постановления ФАС ВВО от 26 июня 2015 г. по делу [N A38-6066/2014](#), ФАС ДО от 17 марта 2014 г. по делу [N A51-14603/2013](#).

Таким образом, при таких формах реорганизации юридических лиц, как слияние и присоединение, когда из двух и более организаций создается одна организация (в случае слияния), или присоединяется одна или несколько организаций, деятельность которых будет прекращена, к другой существующей организации (случай

присоединения), при соблюдении вышеуказанных условий о суммарной стоимости активов участников слияния или присоединения, либо их суммарной выручке от реализации товаров требуется получение предварительного согласия антимонопольного органа.

Необходимо отметить, что, несмотря на отсутствие прямого указания об этом в **Законе** о защите конкуренции, представляется, что вышеуказанные требования о предварительном согласовании применимы к слиянию либо присоединению коммерческих организаций, зарегистрированных на территории РФ, а не за ее пределами. При этом слияние или присоединение иностранных коммерческих организаций может потребовать предварительного согласования в случае, если в результате такого слияния или присоединения будут осуществляться приобретения, подлежащие контролю со стороны антимонопольного органа в соответствии со **ст. ст. 26.1, 28 - 29** Закона о защите конкуренции.

Также отметим, что при реорганизации юридических лиц в форме слияния или присоединения акционеры (участники) организаций, участвующих в таких слиянии или присоединении, получают соответствующие доли участия в уставном капитале организации, создаваемой в результате слияния, или в уставном капитале организации, к которой осуществляется присоединение. В свою очередь, размеры этих долей определяются условиями проводимых слияния или присоединения.

Так, согласно **п. п. 2, 3 ст. 16** Закона об акционерных обществах общества, участвующие в слиянии, заключают договор о слиянии. Договор о слиянии должен содержать в том числе наименование, сведения о месте нахождения каждого общества, участвующего в слиянии, порядок и условия слияния, порядок конвертации акций каждого общества, участвующего в слиянии, в акции создаваемого общества и соотношение (коэффициент) конвертации акций таких обществ. Например, при слиянии акционеры хозяйственных обществ, участвующих в слиянии, деятельность которых прекращается в результате такой реорганизации, становятся акционерами (участниками) вновь создаваемого общества.

Таким образом, при проведении реорганизации хозяйственных обществ в форме слияния одновременно с таким действием, подлежащим государственному контролю, акционерами участвующих в слиянии обществ приобретаются доли участия в уставном капитале создаваемого общества. В данном случае важно отметить, что такое приобретение акций (долей) участия, осуществляемое в рамках соответствующего действия, подлежащего согласованию (слияние или присоединение), не требует какого-либо дополнительного согласования со стороны антимонопольного органа, если такое приобретение акций (долей) оценивалось (оценивается) антимонопольным органом при рассмотрении соответствующего ходатайства о слиянии (присоединении) коммерческих организаций.

В отношении **момента осуществления действий по слиянию или присоединению**, до наступления которого должно быть получено предварительное согласие антимонопольного органа, следует руководствоваться правилами, установленными **ГК РФ**. Так, согласно положениям **п. 4 ст. 57** ГК РФ в случае реорганизации в форме слияния юридическое лицо считается реорганизованным с момента государственной регистрации вновь возникших юридических лиц, а в случае реорганизации в форме присоединения к юридическому лицу другого юридического лица первое из них считается реорганизованным с момента внесения в ЕГРЮЛ записи о прекращении деятельности присоединенного юридического лица. Таким образом, исходя из вышесказанного, соответствующее заявление о регистрации вновь создаваемой коммерческой организации не может быть подано в налоговые органы без получения предварительного согласия антимонопольного органа на совершение соответствующих действий (слияние или присоединение).

3. Пункт 3 ч. 1 комментируемой статьи устанавливает требование о необходимости предварительного согласования для случаев слияния финансовых организаций или присоединения <1> одной или нескольких финансовых организаций к другой финансовой организации.

<1> См., напр.: **Постановление** ФАС УО от 15 декабря 2008 г. по делу N А60-11082/08.

Согласно данной норме предварительное согласие антимонопольного органа потребуется, если суммарная стоимость активов таких финансовых организаций по последним балансам превышает величину, установленную Правительством РФ по согласованию с ЦБ РФ (при этом при слиянии или присоединении отдельных финансовых организаций такая величина устанавливается Правительством РФ) <1>.

<1> См.: Постановления Правительства РФ от 30 мая 2007 г. [N 334](#) "Об установлении величин активов лизинговых организаций в целях осуществления антимонопольного контроля" (с изменениями, внесенными Постановлением Правительства РФ от 18 октября 2014 г. [N 1071](#)); от 18 октября 2014 г. [N 1072](#) "Об установлении величин активов финансовых организаций, поднадзорных Центральному банку Российской Федерации, в целях осуществления антимонопольного контроля".

Таким образом, в том случае, если участниками действий по реорганизации являются финансовые организации, необходимость предварительного согласования определяется исходя из стоимости активов таких финансовых организаций - участников реорганизации, без учета активов участников их групп лиц.

Аналогично сказанному выше отметим, что, несмотря на отсутствие прямого указания об этом в [Законе](#) о защите конкуренции, представляется, что вышеуказанные требования о предварительном согласовании применимы к слиянию либо присоединению финансовых организаций, соответствующих определению **финансовой организации**, которое приведено в [п. 6 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции, и зарегистрированных на территории РФ, а не за ее пределами. При этом слияние или присоединение иностранных финансовых организаций может потребовать предварительного согласования в случае, если в результате такого слияния или присоединения будут осуществляться приобретения, подлежащие контролю антимонопольного органа в соответствии со [ст. ст. 26.1, 28 - 29](#) Закона о защите конкуренции.

Как указано выше, соответствующие значения величин активов финансовых организаций (в том числе кредитных), при превышении которых требуется предварительное согласие со стороны антимонопольного органа на совершение действий с участием таких финансовых организаций, приведены не в самом [Законе](#) о защите конкуренции, а в постановлениях Правительства РФ. При этом стоимость активов кредитных организаций согласно указанным постановлениям Правительства РФ определяется на основании данных бухгалтерского баланса (публикуемая форма).

4. Иные особенности осуществления слияний и присоединений, изложенные в [п. 2 настоящего комментария](#) в отношении коммерческих организаций, применимы также к слияниям и присоединениям финансовых организаций, описанным в настоящем пункте комментария. В [п. 4 ч. 1 комментируемой статьи](#) устанавливается требование о получении предварительного согласия антимонопольного органа при создании коммерческой организации <1>, если выполнены следующие условия, предусмотренные [Законом](#) о защите конкуренции:

<1> См., напр.: [Постановление](#) ФАС УО от 27 марта 2014 г. по делу N A71-6444/2013.

а) уставный капитал создаваемой коммерческой организации оплачивается акциями (долями) или имуществом (основными производственными средствами или нематериальными активами, но не денежными средствами) другой коммерческой организации;

б) создаваемая коммерческая организация приобретает в отношении передаваемых ей акций (долей) либо имущества определенные права, предусмотренные [ст. 28](#) Закона о защите конкуренции.

В [ст. 28](#) Закона о защите конкуренции определены сделки в отношении коммерческих организаций, совершение которых требует получения предварительного согласия антимонопольного органа. Кратко отметим, что это приобретения лицом (группой лиц) голосующих акций (долей) российских акционерных обществ или обществ с ограниченной ответственностью свыше определенных пороговых значений, отдельные приобретения основных средств и (или) нематериальных активов, находящихся на территории РФ, приобретение определенных прав контроля в отношении российских хозяйствующих субъектов, а также приобретения акций иностранных организаций, отвечающих определенным условиям по объему поставок товаров в РФ, или прав в отношении указанных организаций (подробнее см. [комментарий к ст. 28](#)). В том случае, если в результате создания коммерческой организации такая организация фактически осуществляет вышеупомянутые приобретения, такое создание коммерческой организации будет подлежать предварительному согласованию со стороны антимонопольного органа.

Так, например, предварительное согласие потребуется в случае внесения в уставный капитал

создаваемой коммерческой организации:

1) более 25% голосующих акций российского акционерного общества или более 1/3 долей общества с ограниченной ответственностью;

2) основных производственных средств или нематериальных активов, находящихся на территории РФ и составляющих более 20% балансовой стоимости основных производственных средств и нематериальных активов передающего лица.

В отдельных случаях предварительного согласования также может потребовать приобретение создаваемой организацией более 50% акций иностранного юридического лица, владеющего долей участия в уставном капитале российского хозяйствующего субъекта, либо иным образом его контролирующего, если в результате таких приобретений создаваемая организация получает права, позволяющие определять условия осуществления предпринимательской деятельности в отношении такого российского хозяйствующего субъекта.

Необходимо также отметить, что предварительного согласия потребует создание как российской, так и иностранной коммерческой организации, если в результате создания такая иностранная коммерческая организация приобретет указанные выше права на акции (доли) или имущество.

Отдельно отметим, что комментируемая норма ([п. 4 ч. 1 рассматриваемой статьи](#)) устанавливает в том числе требование о необходимости предварительного согласования и при приобретении создаваемой коммерческой организацией (долей) или имущества на основании передаточного акта или разделительного баланса, поскольку создание коммерческой организации также имеет место при таких формах реорганизации юридических лиц, как разделение и выделение.

Согласно [п. 1 ст. 18](#) Закона об акционерных обществах **разделением общества** признается прекращение общества с передачей всех его прав и обязанностей вновь создаваемым обществам. **Выделением общества** согласно [п. 1 ст. 19](#) Закона об акционерных обществах признается создание одного или нескольких обществ с передачей им части прав и обязанностей реорганизуемого общества без прекращения последнего. При этом при **разделении общества** все его права и обязанности переходят к двум или нескольким вновь создаваемым обществам в соответствии с разделительным балансом, как предусмотрено [п. 4 ст. 18](#) Закона об акционерных обществах. В свою очередь, при **выделении из состава общества** одного или нескольких обществ в соответствии с [п. 4 ст. 19](#) Закона об акционерных обществах к каждому из них переходит часть прав и обязанностей реорганизованного в форме выделения общества в соответствии с разделительным балансом.

Таким образом, предварительное согласие антимонопольного органа потребуется также и в том случае, если коммерческая организация, создаваемая в результате реорганизации юридических лиц в форме разделения или выделения, приобретет указанные выше права на акции (доли) или имущество иных коммерческих организаций на основании разделительного баланса.

Предварительное согласие ФАС России на создание коммерческой организации при соблюдении вышеописанных условий необходимо, если суммарная стоимость активов по последним балансам или суммарная выручка от реализации товаров за последний календарный год учредителей создаваемой организации (и участников их групп лиц) и лиц, чьи акции (доли) или имущество которых вносятся в уставный капитал создаваемой организации (и участников их групп лиц), превышает соответственно 7 и 10 млрд. руб.

Вышеупомянутая организация, чьи акции (доли) или имущество которой вносятся в качестве вклада в уставный капитал создаваемой организации, по сути, может рассматриваться в качестве **лица, являющегося объектом экономической концентрации** (по смыслу [ст. 28](#) Закона о защите конкуренции). При установлении необходимости предварительного согласования сделок, предусмотренных [ст. 28](#) Закона о защите конкуренции, определение суммарной балансовой стоимости активов **лица, являющегося объектом экономической концентрации** (и его группы лиц), осуществляется с учетом правила, предусмотренного [ч. 3 ст. 28](#) Закона о защите конкуренции, которое подробно описано в [комментарии к указанной статье](#) (ст. 28). Здесь же отметим, что при определении суммарной балансовой стоимости активов участников создания указанное правило, установленное [ч. 3 ст. 28](#) Закона о защите конкуренции, не подлежит применению.

5. В [п. 5 ч. 1 комментируемой статьи](#) устанавливается требование о необходимости предварительного согласования для случаев создания коммерческой организации, если ее уставный капитал оплачивается акциями (долями) или активами финансовой организации (за исключением случаев оплаты уставного капитала

такими активами финансовых организаций, как денежные средства).

Необходимость предварительного согласования создания коммерческой организации определяется [п. 5 ч. 1 комментируемой статьи](#) с учетом особенностей, установленных законодателем для действий с участием финансовых организаций.

Прежде всего, как указывалось выше, необходимость такого согласования определяется исходя из величин стоимости активов финансовой организации, акции (доли) или активы которой передаются создаваемой коммерческой организации в качестве вклада в ее уставный капитал. Данные величины, при превышении которых требуется получение предварительного согласия антимонопольного органа, определены вышеуказанными Постановлениями Правительства РФ [N 334](#) и [N 1072](#).

Кроме этого, необходимость предварительного согласования зависит от приобретения создаваемой коммерческой организацией определенных прав, предусмотренных [ст. 29](#) Закона о защите конкуренции, в отношении передаваемых ей акций (долей) или активов финансовой организации. Данной [статьей](#) определяется круг сделок, подлежащих согласованию со стороны антимонопольного органа в отношении финансовых организаций (подробно указанные сделки описаны в [комментарии к ст. 29](#) Закона о защите конкуренции).

Иные особенности согласования создания коммерческой организации, описанные в [п. 4 настоящего комментария](#), применимы также и к случаям создания коммерческой организации (с оплатой ее уставного капитала активами финансовой организации), изложенным в настоящем пункте комментария.

6. В [п. п. 6 - 7 ч. 1 комментируемой статьи](#) устанавливаются требования о необходимости предварительного согласования для двух случаев: 1) присоединения финансовой организации к коммерческой организации и 2) присоединения коммерческой организации к финансовой организации.

Как и для иных действий с участием финансовых организаций, необходимость такого согласования определяется исходя из стоимости активов финансовых организаций, установленных указанными Постановлениями Правительства РФ [N 334](#) и [N 1072](#). Подробно вопросы антимонопольного контроля при присоединении юридических лиц описаны в [п. 2 комментария к настоящей статье](#).

7. В [п. 8 ч. 1 комментируемой статьи](#) устанавливается требование о необходимости предварительного согласования заключения соглашений о совместной деятельности. Данное требование было внесено четвертым антимонопольным [пакетом](#), вступившим в силу 5 января 2016 г.

Заключение упомянутого выше соглашения потребует предварительного согласования антимонопольного органа, если выполнены следующие условия, предусмотренные [Законом](#) о защите конкуренции:

- а) соглашение представляет собой "соглашение о совместной деятельности";
- б) соглашение заключается между хозяйствующими субъектами - конкурентами;
- в) соглашение заключено в отношении совместной деятельности на территории РФ.

Предварительное согласие ФАС России на заключение соглашения о совместной деятельности при соблюдении вышеописанных условий необходимо, если суммарная стоимость активов сторон соглашения (их групп лиц) по последним балансам превышает 7 млрд. руб. либо если суммарная выручка таких хозяйствующих субъектов (их групп лиц) от реализации товаров за календарный год, предшествующий году заключения соглашения, превышает 10 млрд. руб.

В российском законодательстве отсутствует определение соглашения о совместной деятельности.

Вместе с тем следует отметить, что в 2013 г. ФАС России были подготовлены [разъяснения](#) по порядку и методике анализа соглашений о совместной деятельности (далее - разъяснения), которые опубликованы на сайте ФАС России [<1>](#). Указанные [Разъяснения](#) касались прежде всего оценки допустимости соглашений о совместной деятельности, содержащих положения об отказе от конкуренции (так называемые **non-compete clauses**). Однако в самих Разъяснениях ([ст. 1 гл. I](#)) указано, что они разработаны в целях определения единых подходов к осуществлению анализа соглашений о совместной деятельности, требующих получения предварительного согласия антимонопольного органа в соответствии со [ст. 27](#) Закона о защите конкуренции

(после соответствующего внесения поправок в [ст. 27](#) Закона о защите конкуренции, предусматривающих необходимость получения предварительного согласия антимонопольного органа на заключение соглашений о совместной деятельности).

<1> См.: [разъяснения](#) по порядку и методике анализа соглашений о совместной деятельности от 2013 г., опубликованные на сайте ФАС: <http://fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=1041>.

С практической точки зрения представляется более правильным ориентироваться на более широкое определение соглашения о совместной деятельности, содержащееся в указанных [разъяснениях](#). Так, согласно [ст. 2 гл. I](#) разъяснений **соглашения о совместной деятельности** - это заключенные по российскому или зарубежному праву соглашения между хозяйствующими субъектами (в том числе фактическими или потенциальными конкурентами на товарном рынке), включая соглашения, предусматривающие создание нового юридического лица или совместное участие сторон в существующем юридическом лице (далее такое юридическое лицо именуется "совместное предприятие" или "СП"), и иные соглашения, опосредующие совместную деятельность сторон и предполагающие, что:

- 1) стороны такого соглашения объединяют ресурсы для достижения целей совместной деятельности и (или) осуществляют взаимные инвестиции в целях достижения целей совместной деятельности;
- 2) стороны совместно несут риски, связанные с совместной деятельностью;
- 3) информация об осуществлении совместной деятельности или о создании СП является публичной.

[Разъяснения](#) подробно описывают, при каких условиях соблюдается каждый из вышеперечисленных критериев.

Целями совместной деятельности, согласно [разъяснениям](#), могут являться: осуществление совместного производства или реализации товара, объединение усилий по продвижению товаров или услуг на рынке (совместный маркетинг) или создание единой логистической системы, т.е., иными словами, опосредование совместной деятельности сторон такого соглашения **на рынке**.

Учитывая вышеизложенное, представляется, что корпоративные договоры опосредуют "технические" вопросы реализации прав сторон по голосованию в рамках общества, в котором они участвуют, включая круг вопросов для такого голосования и применимые пороги голосования, а также регулирующие финансовые вопросы оплаты акционерами либо участниками общества своих вкладов в общество, в отсутствие положений, касающихся непосредственно деятельности сторон соглашения **на рынке в рамках продвижения товаров, работ или услуг**. Аналогичным образом, синдицированные кредитные договоры (в части регулирования взаимных прав и обязанностей кредиторов) и договоры управления залогом <1> не опосредуют деятельность сторон **на рынке**. Указанные договоры не отвечают иным критериям **соглашения о совместной деятельности**, перечисленным в [Разъяснениях](#), в частности, не предусматривают **взаимных инвестиций сторон соглашения в активы (производственные мощности, технологии и проч.) друг друга или создаваемого ими СП** (которое в таких договорах попросту отсутствует). На основании изложенного, указанные договоры, а также иные договоры, не отвечающие соответствующим критериям **соглашения о совместной деятельности**, перечисленным в [Разъяснениях](#), не должны считаться **соглашениями о совместной деятельности**, подлежащими предварительному согласованию с ФАС России в соответствии с комментируемой нормой ([п. 8 ч. 1 ст. 27](#) Закона о защите конкуренции).

<1> К указанным договорам согласно закону применяются требования о договорах простого товарищества. Так, согласно [ч. 6 ст. 356](#) ГК РФ, "в части, не урегулированной настоящей [статьей](#), если иное не вытекает из существа обязательств сторон, к обязанностям управляющего по договору управления залогом, не являющегося залогодержателем, применяются правила о договоре поручения, а **к правам и обязанностям залогодержателей по отношению друг к другу применяются правила о договоре простого товарищества, заключаемом для осуществления предпринимательской деятельности**".

В отношении установления того, заключено ли соглашение о совместной деятельности между

хозяйствующими субъектами - конкурентами, также представляется правильным руководствоваться положениями [Разъяснений](#). Как следует из приведенного выше определения соглашения о совместной деятельности, содержащегося в [Разъяснениях](#), такое соглашение может быть заключено как между фактическими, так и между потенциальными конкурентами на товарном рынке. "Товарный рынок" в данном случае будет оцениваться в соответствии с [Порядком](#) анализа товарных рынков, утвержденным ФАС России, и может быть определен как рынок РФ (в целом или отдельная часть), или более широко и включать в себя также и рынки иных государств. Применительно к определению наличия конкуренции между сторонами соглашения о совместной деятельности представляется необходимым оценивать деятельность всей группы лиц соответствующей стороны соглашения, а не только самой стороны соглашения, тем более что таковой может формально являться холдинговая компания группы, сама по себе не ведущая деятельности на товарном рынке.

Наконец, в отношении "совместной деятельности на территории РФ" - таковая будет иметь место, к примеру, в таких случаях, когда:

а) в соответствии с соглашением о совместной деятельности на территории РФ создается совместное общество или осуществляется приобретение акций (долей) в существующем российском обществе (к примеру, принадлежащем на момент приобретения одной из сторон соглашения);

б) стороны соглашения о совместной деятельности создают (либо приобретают) акции (доли) в существующем иностранном обществе, которое имеет в РФ дочернее общество, ведущее деятельность на товарном рынке, на котором планируется заключить соглашение, при условии что указанное общество будет тем или иным образом участвовать в совместной деятельности сторон соглашения (будет являться их СП либо будет взаимодействовать с их СП);

в) стороны соглашения о совместной деятельности создают (либо приобретают) акции (доли) в существующем иностранном обществе, которое не имеет дочернего общества в РФ, но для которого деятельность на территории РФ, в соответствии с условиями соглашения, будет являться основной (к примеру, такое общество может планировать поставлять в РФ товары, являющиеся результатом совместной деятельности).

В отношении **момента заключения соглашения о совместной деятельности**, до наступления которого должно быть получено предварительное согласие антимонопольного органа, следует руководствоваться правилами, установленными [ГК РФ](#). Так, в соответствии с [ч. 1 ст. 432 ГК РФ](#) договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. В соответствии с [ч. 1 ст. 433 ГК РФ](#) договор признается заключенным в момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта. Ввиду изложенного представляется, что предварительное согласие ФАС России должно быть получено к моменту согласования всех основных условий и подписания соглашения о совместной деятельности, а не к моменту его фактического вступления в силу после выполнения отлагательных условий, к примеру, получения согласований, помимо ФАС России, также и антимонопольных органов других стран.

Если в рамках планируемой совместной деятельности будут осуществляться приобретения, подлежащие контролю со стороны антимонопольного органа в соответствии со [ст. ст. 26.1, 28 - 29 Закона](#) о защите конкуренции, такие приобретения потребуют отдельного согласия ФАС России. При этом в соответствии с [ч. 8 ст. 32 Закона](#) о защите конкуренции заключение соглашения о совместной деятельности и соответствующие приобретения подлежат согласованию в рамках одного ходатайства.

Следует отметить, что требование о получении предварительного согласия антимонопольного органа не распространяется на соглашения о совместной деятельности на территории РФ, заключенные до вступления в силу четвертого антимонопольного [пакета](#) (до 5 января 2016 г.). При этом внесение изменений в такие соглашения потребует предварительного согласия антимонопольного органа в соответствии со [ст. 27 Закона](#) о защите конкуренции в случае превышения указанных в [п. 8 ч. 1 данной статьи](#) пороговых значений.

8. В [ч. 2 комментируемой статьи](#) установлено исключение из требования о получении предварительного согласия антимонопольного органа в отношении действий, перечисленных в [п. п. 1 - 8 ч. 1 комментируемой статьи](#), если такие действия осуществляются:

а) лицами, входящими в одну **группу лиц** в соответствии с [п. 1 ч. 1 ст. 9 Закона](#) о защите конкуренции;

б) в порядке, предусмотренном [ст. 31 Закона](#) о защите конкуренции;

в) на основании актов Президента РФ или Правительства РФ.

В соответствии с **критерием "а"**, указанным выше, от предварительного согласования с антимонопольными органами освобождаются действия, в которых, как предусмотрено **п. 1 ч. 1 ст. 9** Закона о защите конкуренции, одна сторона имеет более чем 50% общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли) другой стороны, участвующей в соответствующем действии (например, случай присоединения дочернего хозяйственного общества к основному обществу). Данное исключение применяется также для случаев, когда действия осуществляются между лицами, входящими в одну группу лиц по указанному основанию не напрямую, а опосредованно через иных участников группы <1>, объединенных между собой по данному основанию (например, случаи присоединения к материнской компании ее косвенного дочернего общества или слияние дочерних обществ, в которых одна и та же материнская компания имеет более 50% общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли).

<1> См., напр.: **Постановление** ФАС ДО от 28 февраля 2014 г. по делу N А51-12389/2013.

Критерий "б", указанный выше, подробно описан в **комментарии к ст. 31** Закона о защите конкуренции.

В отношении **критерия "в"**, указанного выше, необходимо отметить, что в указанном случае речь идет только об актах Президента РФ или Правительства РФ, но не об актах федеральных органов исполнительной власти и других органов государственной власти.

Статья 28. Сделки с акциями (долями), имуществом коммерческих организаций, правами в отношении коммерческих организаций с предварительного согласия антимонопольного органа

Комментарий к **статье 28**

1. В **ч. 1 комментируемой статьи** перечислены сделки, которые должны осуществляться с предварительного согласия антимонопольного органа, а также условия (пороговые значения активов/выручки) для установления необходимости получения такого согласия в отношении конкретной сделки. Такие сделки можно условно разделить на следующие группы:

- сделки с акциями (долями) российских хозяйственных обществ;
- сделки с имуществом (основными производственными средствами и (или) нематериальными активами), находящимся на территории РФ;
- сделки с правами в отношении российских хозяйствующих субъектов;
- сделки с акциями (долями) иностранных юридических лиц, осуществляющих поставки товара на территорию РФ, а также сделки с правами в отношении таких иностранных юридических лиц <1>.

<1> Порядок представления в антимонопольный орган ходатайств о предварительном согласовании сделок, предусмотренных **ст. ст. 28, 29** Закона о защите конкуренции (их рассмотрении), установлен Административным **регламентом** ФАС России по исполнению государственной функции по согласованию приобретения акций (долей) в уставном капитале коммерческих организаций, получения в собственность или пользование основных производственных средств или нематериальных активов, приобретения прав, позволяющих определять условия ведения хозяйствующим субъектом его предпринимательской деятельности, в случаях, предусмотренных законодательством РФ, утв. Приказом ФАС России от 20 сентября 2007 г. N 294.

Закон о защите конкуренции не содержит определения "приобретатель" применительно к таким сделкам, используя лишь термин "лицо". В отсутствие такого определения представляется, что "лицом", приобретающим акции (доли), активы или права, может быть любое лицо из перечисленных в общих положениях **Закона** о защите конкуренции, в частности, в **ч. 1 ст. 3** (т.е. российское или иностранное юридическое лицо или организация, федеральный орган исполнительной власти, орган государственной власти субъекта РФ либо орган местного самоуправления, иной осуществляющий функции указанных органов орган или организация,

государственный внебюджетный фонд, ЦБ РФ, а также физическое лицо, в том числе индивидуальный предприниматель).

Лица, на приобретение акций (долей), имущества которых направлены совершаемые приобретателями сделки, именуются **лицами, являющимися объектами экономической концентрации**.

Определение данного понятия ("**лицо, являющееся объектом экономической концентрации**") приведено в [п. 22 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции.

Согласно указанной норме таковым признается лицо, чьи акции (доли), активы, основные производственные средства и (или) нематериальные активы приобретаются или вносятся в уставный капитал, и (или) лицо, права в отношении которого приобретаются в порядке, установленном [гл. 7](#) Закона о защите конкуренции.

Таким образом, **лицо, являющееся объектом экономической концентрации** - это лицо, в отношении которого осуществляются предусмотренные [Законом](#) о защите конкуренции сделки/действия (само приобретаемое общество; лицо, активы (имущество) которого приобретаются). Таковым может быть не только российское, но и иностранное юридическое лицо, осуществляющее поставки товаров на территорию РФ, если в отношении его осуществляются сделки, предусмотренные [п. 9 ч. 1 комментируемой статьи](#).

Сразу отметим, что все перечисленные в [ч. 1 комментируемой статьи](#) сделки потребуют предварительного согласия антимонопольного органа только в том случае, если превышены пороговые значения балансовой стоимости активов или выручки участников сделок, указанные в [ч. 1 рассматриваемой статьи](#).

В соответствии с [ч. 1 комментируемой статьи](#) на совершение сделок, указанных в данной [статье](#), предварительное согласие антимонопольного органа необходимо, если:

а) суммарная стоимость активов по последним балансам лица, приобретающего акции (доли), права и (или) имущество, и его группы лиц, и **лица, являющегося объектом экономической концентрации**, и его группы лиц превышает 7 млрд. руб. и при этом стоимость активов по последнему балансу лица, являющегося объектом экономической концентрации, и его группы лиц, превышает 400 млн. руб.; либо

б) суммарная выручка указанных лиц от реализации товаров за последний календарный год превышает 10 млрд. руб. и при этом стоимость активов **лица, являющегося объектом экономической концентрации**, и его группы лиц, также превышает 400 млн. руб.

Таким образом, данной [статьей](#) предусмотрено два условия, при которых сделки потребуют предварительного согласия антимонопольного органа. При этом, как отмечено выше, в совокупности с одним из приведенных выше условий ("[а](#)" или "[б](#)") всегда должна учитываться стоимость активов лица, являющегося объектом экономической концентрации, и его группы лиц (размер этой стоимости должен превышать 400 млн. руб.).

В ранее действовавшей редакции комментируемой [статьи](#) порог активов для лица, являющегося объектом экономической концентрации, составлял 250 млн. руб., однако Федеральным [законом](#) от 3 июля 2016 г. N 264-ФЗ он был увеличен до 400 млн. руб. Это позволит исключить из сферы контроля антимонопольного органа сделки в отношении малых и средних предприятий, имеющих незначительные активы.

Суммарная стоимость активов участников сделок определяется по состоянию на последнюю отчетную дату, предшествующую дате представления ходатайства (подробнее по данному вопросу см. [комментарий к ст. 27](#)). При этом учитывается стоимость активов всех участников, входящих в соответствующую группу лиц, в том числе зарегистрированных за пределами РФ.

В сделках, где приобретателями выступают лица, не являющиеся юридическими лицами (такие, к примеру, как федеральный орган исполнительной власти, орган государственной власти субъекта РФ либо орган местного самоуправления) и, следовательно, не формирующие группу с какими-либо лицами ^{<1>}, необходимо учитывать лишь стоимость активов (или размер выручки) **лица, являющегося объектом экономической концентрации**, и его группы лиц (которые должны превышать упомянутые выше суммарные показатели в 7 или 10 млрд. руб. соответственно) для определения необходимости предварительного согласия антимонопольного органа.

<1> Поскольку в соответствии с положениями **ст. 9** Закона о защите конкуренции **группой лиц** признается лишь совокупность физических лиц и (или) юридических лиц.

Также сразу необходимо отметить, что перечисленные в **п. п. 1 - 9 ч. 1 комментируемой статьи** сделки, которые будут подробно рассмотрены ниже, подлежат контролю со стороны антимонопольного органа, если они осуществляются лицом или **группой лиц**. Определение состава участников одной группы лиц осуществляется в соответствии с критериями (основаниями), перечисленными в **ст. 9** Закона о защите конкуренции.

Приобретение **группой лиц** означает, что при совершении приобретателем сделок по приобретению акций (долей), активов, иных прав в отношении **лица, являющегося объектом экономической концентрации**, необходимо также учитывать такие акции (доли), активы, иные права, принадлежащие другим участникам группы приобретателя, и определять необходимость предварительного согласования исходя из общего объема акций (долей), прав, активов, которыми в совокупности будут распоряжаться участники одной группы лиц.

Отметим также, что **Закон** о защите конкуренции не содержит законодательного закрепления того, что понимается под **моментом осуществления сделки** - момент подписания соответствующего договора или момент непосредственного получения приобретателем акций (долей), активов или прав. В разъяснениях по данному вопросу, которые опубликованы на сайте ФАС России в сети Интернет <1>, ФАС России указывает на то, что под **моментом осуществления сделки** понимается именно момент **фактического перехода к приобретателю акций (долей), активов или прав**, а не момент подписания соответствующего договора. Таким образом, сам факт подписания договора по сделке не потребует получения предварительного согласия антимонопольного органа, но оно должно быть получено к моменту фактического перехода акций (долей), активов или прав к приобретателю.

<1> См.: разъяснения ФАС России от 29 апреля 2009 г. // <http://fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=913>. Данные разъяснения были подготовлены ФАС России по вопросам представления в антимонопольные органы уведомлений о совершенных сделках, однако они также могут быть применены к вопросам предварительного согласования сделок.

2. В **п. п. 1 - 6 ч. 1 комментируемой статьи** устанавливаются требования о необходимости предварительного согласования сделок по приобретению акций (долей) российских хозяйственных обществ <1> и определяются пороговые значения количества приобретаемых акций (долей), при превышении которых требуется предварительное согласие антимонопольного органа. В соответствии с данными нормами предварительное согласие необходимо на приобретение лицом (или группой лиц):

<1> Применительно к необходимости согласования с антимонопольным органом приобретения акций (долей) российских хозяйственных обществ существует достаточно обширная судебная практика. См., напр.: **Определение** ВАС РФ от 13 февраля 2008 г. по делу N A45-3904/07-39/126; Постановления АС МО от 21 октября 2014 г. по делу N A40-141832/13, ФАС МО от 9 апреля 2014 г. по делу N A40-92557/13-106-605, ФАС ПО от 29 ноября 2011 г. по делу N A65-25267/2010.

- более 25%, 50% или 75% голосующих акций акционерного общества;

- более 1/3, 50% или 2/3 долей участия в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью.

Закон о защите конкуренции прямо предусматривает, что требование о предварительном согласовании приобретения акций (долей) не применяется в случае первоначального приобретения более 25% голосующих акций акционерного общества (или более 1/3 долей в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью соответственно) учредителями таких обществ при их создании.

Приобретения акций (долей), осуществляемые в пределах соответствующих пороговых значений, совершаются без предварительного согласия антимонопольного органа. Так, например, предварительное согласование не требуется для сделок по приобретению лицом, владеющим 29% акций акционерного общества,

15% акций данного общества, в результате которого такой приобретатель получит право распоряжаться 44% акций общества.

Вместе с тем, как указывалось выше, приобретение более 25%, 50%, 75% голосующих акций (либо более 1/3, 50%, 2/3 долей - для общества с ограниченной ответственностью) подлежит согласованию с антимонопольным органом.

В том случае, если приобретателю (группе лиц) до совершения сделки уже принадлежит более 75% голосующих акций общества (более 2/3 долей - для общества с ограниченной ответственностью) и распоряжение указанным количеством голосов (более 75% акций, более 2/3 долей) ранее согласовывалось антимонопольным органом, последующие сделки в отношении акций (долей) данного общества таким приобретателем (группой лиц) могут осуществляться без предварительного согласия антимонопольного органа.

Согласно **п. 16 ст. 4 Закона о защите конкуренции под приобретением акций (долей)** понимается покупка, а также получение иной возможности осуществления предоставленного акциями (долями) хозяйственных обществ права голоса на основании договоров доверительного управления имуществом, договоров о совместной деятельности, договоров поручения, других сделок или по иным основаниям.

Таким образом, для целей антимонопольного контроля основное значение имеет факт получения лицом (группой лиц) возможности осуществления прав голоса, воплощенных в приобретаемых акциях (долях участия) хозяйственного общества в результате совершения сделки. Соответственно, предварительного согласия антимонопольного органа требует как приобретение права собственности на акции российских акционерных обществ (переход доли или части доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью), так и приобретение права распоряжаться акциями (долями) российских хозяйственных обществ по иным основаниям.

Важно отметить, что предварительное согласие антимонопольного органа на приобретение акций (долей) требуется только в тех случаях, когда приобретатель получает возможность **самостоятельно** осуществлять права, воплощенные в приобретаемых акциях (долях). В том случае, если приобретающее акции (доли) лицо (к примеру, номинальный держатель акций, управляющий или лицо, действующее по доверенности), исходя из имеющихся у него полномочий в результате совершения сделок, не приобретает право самостоятельно распоряжаться приобретаемыми акциями (долями), а имеет право осуществлять право голоса и иные права по данным акциям (долям) только строго в соответствии с указаниями владельцев этих акций (долей), то такое лицо не является **приобретателем** акций (долей) в понимании комментируемой **статьи** и осуществляемые им приобретения не потребуют предварительного согласия антимонопольного органа. При этом такое предварительное согласие потребуют для владельца акций (долей), если пакет акций (долей), который приобретается от его имени и (или) в его интересах вышеперечисленными лицами, превышает соответствующие пороговые значения, предусмотренные в комментируемой **статье**.

В соответствии с вышесказанным предварительное согласие антимонопольного органа на приобретение акций/долей хозяйственных обществ, в результате которого превышаются указанные выше пороговые значения акций/долей, потребуется, к примеру, в случаях:

1) получения акций (долей) в результате обращения взыскания на заложенное имущество в соответствии с договором залога (как таковое заключение договора залога может потребовать предварительного согласия антимонопольного органа только в случае, если в результате заключения такого договора залогодержатель получит право распоряжаться голосующими акциями, составляющими предмет залога, например, путем осуществления права голоса по таким акциям на общем собрании акционеров акционерного общества);

2) приобретения акций (долей) в результате увеличения уставного капитала общества или выкупа (приобретения, получения) обществом собственных акций (долей) в предусмотренных законодательством случаях, если такие приобретения влекут соответствующие изменения пакетов акций (долей), принадлежащих акционерам (участникам) в уставных капиталах таких хозяйственных обществ;

3) приобретения акций (долей) доверительным управляющим или управляющей компанией на основании договора доверительного управления или соответственно договора с управляющей компанией;

4) получения права распоряжаться акциями акционерного общества на основании акционерного соглашения <1>;

<1> **Письмо** ФАС России от 1 июля 2011 г. "Акционерные соглашения, предоставляющие лицу право голосовать по чужим акциям, подлежат согласованию с антимонопольным органом" // <http://fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=30603>.

5) приобретения лицом прав в отношении акций (долей), если такому лицу выдана доверенность на распоряжение пакетом акций (долей) по своему усмотрению.

Также важно отметить, что комментируемая **статья** устанавливает обязанность получения предварительного согласия антимонопольного органа на приобретение **голосующих акций** акционерного общества. В соответствии с **п. 1 ст. 49** Закона об акционерных обществах **голосующей акцией общества** является обыкновенная акция или привилегированная акция, предоставляющая акционеру - ее владельцу право голоса при решении вопроса, поставленного на голосование. В соответствии с **п. 5 ст. 32** Закона об акционерных обществах акционеры - владельцы привилегированных акций определенного типа, размер дивиденда по которым определен в уставе общества, за исключением акционеров - владельцев кумулятивных привилегированных акций, имеют право участвовать в общем собрании акционеров с правом голоса **по всем вопросам его компетенции**, начиная с собрания, следующего за годовым общим собранием акционеров, на котором независимо от причин не было принято решение о выплате дивидендов или было принято решение о неполной выплате дивидендов по привилегированным акциям этого типа.

Данное правило необходимо учитывать при определении количества приобретаемых акций для целей установления необходимости предварительного согласия антимонопольного органа на такое приобретение.

3. В **п. 7 ч. 1 комментируемой статьи** устанавливается требование о получении предварительного согласия антимонопольного органа на приобретение лицом (или группой лиц) в собственность, пользование или во владение основных производственных средств и (или) нематериальных активов другого хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации) <1>.

<1> См., напр.: Постановления Президиума ВАС РФ от 22 ноября 2011 г. по делу **N A40-30999/10-106-135**, АС ПО от 5 апреля 2016 г. по делу **N A06-5050/2015**, ФАС УО от 25 марта 2014 г. по делу **N A60-19053/2013**.

В отношении данных сделок **Законом** о защите конкуренции установлены следующие критерии, при которых предварительное согласие антимонопольного органа необходимо:

а) балансовая стоимость имущества, составляющего предмет сделки или взаимосвязанных сделок, превышает 20% балансовой стоимости основных производственных средств и нематериальных активов хозяйствующего субъекта, осуществляющего отчуждение или передачу имущества;

б) приобретаемые основные производственные средства и (или) нематериальные активы находятся на территории РФ.

В отношении **критерия "а"**, приведенного выше, **Закон** о защите конкуренции не устанавливает промежуточных пороговых значений, аналогичных пороговым значениям для приобретений акций (долей). Исходя из этого, предварительное согласие антимонопольного органа требуется как на первоначальное приобретение имущества, балансовая стоимость которого превышает 20% балансовой стоимости основных производственных средств и нематериальных активов хозяйствующего субъекта, осуществляющего отчуждение или передачу имущества, так и на последующее приобретение тем же приобретателем у данного хозяйствующего субъекта имущества, объем которого превышает 20% балансовой стоимости основных производственных средств и нематериальных активов передающего лица.

При этом необходимо учитывать, что предварительное согласие антимонопольного органа необходимо на приобретение имущества при совершении одной сделки или ряда **взаимосвязанных сделок**, в результате которых приобретатель получает в собственность, владение или пользование более 20% основных производственных средств и нематериальных активов хозяйствующего субъекта, передающего имущество.

В соответствии с разъяснениями ФАС России, опубликованными на сайте ФАС России в сети Интернет

<1>, в отсутствие законодательно закреплённого понятия **взаимосвязанных сделок** наличие взаимосвязи между сделками определяется в каждом конкретном случае с учетом обстоятельств и условий конкретной сделки. Общими признаками взаимосвязанности сделок являются следующие:

<1> См.: разъяснения ФАС России от 2 июня 2010 г. // <http://fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=840>.

- сделки совершаются одновременно либо период времени между сделками незначителен;
- каждая сделка направлена на достижение одного результата или преследует одну и ту же цель;
- сделки заключены в отношении однородного имущества либо имущества разнородного, но предполагающего его использование по одному назначению;
- приобретателем прав по сделкам является один и тот же хозяйствующий субъект (группа лиц);
- лицом, которое отчуждает права или передает права на имущество по сделкам, является один и тот же хозяйствующий субъект;
- сделки имеют один и тот же предмет;
- сделки являются однотипными.

Показатель балансовой стоимости приобретаемого имущества рассчитывается в соответствии с последним утвержденным балансом хозяйствующего субъекта, осуществляющего отчуждение или передачу имущества.

В отношении критерия "б", приведенного выше, установление **нахождения на территории РФ** нематериальных активов может быть проблематичным. В отсутствие законодательного закрепления данного понятия представляется, что для целей установления необходимости получения предварительного согласия антимонопольного органа на сделку нематериальные активы будут считаться **находящимися на территории РФ**, если они подлежат правовой охране на территории РФ в соответствии с частью четвертой ГК РФ.

В комментируемой норме (п. 7 ч. 1 комментируемой статьи) устанавливается исключение для приобретения таких основных производственных средств, как земельные участки, объекты незавершенного строительства, а также здания, строения, сооружения, помещения и части помещений, не имеющие промышленного назначения. В соответствии с разъяснениями ФАС России, опубликованными на сайте ФАС России в сети Интернет <1>, к зданиям и объектам, имеющим промышленное назначение, следует относить в том числе: имущественные комплексы, на которых осуществляется производство продукции, включая складские помещения для хранения такой продукции; промышленные комплексы и склады промышленного назначения, являющиеся частью единого промышленного комплекса; объекты коммунальной инфраструктуры, предназначенные для газо-, тепло-, электро-, водоснабжения и водоотведения; автозаправочные станции. К зданиям и объектам, не имеющим промышленного назначения, следует относить в том числе офисные комплексы и помещения, бизнес-центры, развлекательные комплексы, объекты оптовой и розничной торговли (включая торговые и торгово-развлекательные комплексы).

<1> См.: разъяснения ФАС России от 2 июня 2010 г. // <http://fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=840>.

Имущество, относящееся к **основным средствам**, определяется в соответствии с [Положением](#) по бухгалтерскому учету "Учет основных средств" (ПБУ 6/01), утвержденным Приказом Минфина России от 30 марта 2001 г. N 26н. Имущество, относящееся к **нематериальным активам**, определяется в соответствии с [Положением](#) по бухгалтерскому учету "Учет нематериальных активов" (ПБУ 14/2007), утвержденным Приказом Минфина России от 27 декабря 2007 г. N 153н.

Дополнительно отметим, что согласно комментируемой норме ([п. 7 ч. 1 комментируемой статьи](#)) предварительному согласованию подлежат как сделки, влекущие переход права собственности в отношении передаваемого имущества, так и сделки, в результате совершения которых приобретатель получает иные правомочия собственника - право владения или пользования в отношении передаваемого имущества.

4. В [п. 8 ч. 1 комментируемой статьи](#) устанавливается требование о получении предварительного согласия антимонопольного органа на приобретение лицом (или группой лиц) в результате одной или нескольких сделок прав, позволяющих определять условия осуществления зарегистрированным на территории РФ хозяйствующим субъектом предпринимательской деятельности, или прав по осуществлению функций его исполнительного органа <1>.

<1> См., напр.: [Определение](#) ВАС РФ от 20 июля 2011 г. по делу N А40-30999/10-106-135; [Постановление](#) АС ВВО от 15 апреля 2015 г. по делу N А38-3665/2014.

[Закон](#) о защите конкуренции не содержит законодательного определения понятия **прав, позволяющих определять условия осуществления предпринимательской деятельности**. Представляется, что приобретение таких прав имеет место в случаях совершения определенных сделок, которые можно условно разделить на две группы: (1) сделки, по которым стороной выступает само российское общество как **лицо, являющееся объектом экономической концентрации**; (2) сделки, совершаемые в отношении третьих лиц, прямо или косвенно контролирующих **лицо, являющееся объектом экономической концентрации**.

К первой группе относятся, к примеру, договоры, заключаемые между основными и дочерними хозяйственными обществами, акционерные соглашения, договоры об осуществлении прав участников общества с ограниченной ответственностью и иные аналогичные договоры, на основании которых одно лицо получает право давать другому хозяйствующему субъекту обязательные для исполнения указания в отношении ведения таким хозяйствующим субъектом предпринимательской деятельности (совершить сделку, передать лицензию и др.).

Ко второй группе относятся сделки по приобретению акций (долей) либо иных прав в отношении юридических лиц (в том числе иностранных), владеющих долями участия в уставных капиталах российских хозяйствующих субъектов либо иным образом их контролирующих, если в результате таких приобретений приобретатель получает возможность косвенно влиять на условия ведения предпринимательской деятельности российских хозяйствующих субъектов. Такими приобретениями, к примеру, могут являться: приобретение более 50% акций иностранного юридического лица, являющегося единственным или мажоритарным акционером (участником) российского общества, либо приобретение менее 50% акций такого иностранного юридического лица, при условии что между приобретателем и иными акционерами юридического лица будет заключено соглашение (акционерное или иное), по которому приобретатель получит право определять условия ведения предпринимательской деятельности российского общества. Необходимо отметить, что в отдельных случаях, исходя из условий и обстоятельств совершения конкретной сделки, предварительного согласования может потребовать и приобретение прав блокирования решений органов управления российского хозяйствующего субъекта, касающихся условий осуществления его предпринимательской деятельности.

Иными словами, [п. 8 ч. 1 комментируемой статьи](#) устанавливает, среди прочего, требование о получении предварительного согласия антимонопольного органа на приобретение права косвенно распоряжаться акциями (долями) российских хозяйственных обществ, в то время как [п. п. 1 - 6 ч. 1 комментируемой статьи](#) устанавливают требования в отношении прямого (непосредственного) приобретения акций (долей) российских хозяйственных обществ.

Как отмечалось выше, [п. 8 ч. 1 комментируемой статьи](#) также устанавливает требование о получении предварительного согласия на приобретение права осуществлять **функции исполнительного органа** хозяйствующих субъектов, зарегистрированных в РФ. Такие права могут быть приобретены на основании договоров о передаче полномочий единоличного исполнительного органа российского общества управляющей организации (или управляющему).

Заключение трудового договора с генеральным директором российского общества не является **сделкой**, в результате которой приобретается вышеупомянутое право, и, соответственно, не требует предварительного

согласия антимонопольного органа.

5. В [п. 9 ч. 1 комментируемой статьи](#) устанавливается требование о получении предварительного согласия антимонопольного органа на приобретение лицом (группой лиц) более 50% голосующих акций (долей) иностранного юридического лица либо иных прав, позволяющих определять условия осуществления таким юридическим лицом предпринимательской деятельности или осуществлять функции его исполнительного органа.

Совершение сделок в отношении иностранных юридических лиц требует внимания антимонопольного органа в том случае, если такие сделки оказывают влияние на состояние конкуренции на территории РФ. Такое влияние будет иметь место в двух основных случаях: 1) если такое иностранное юридическое лицо, в отношении которого совершается сделка, имеет возможность определять решения российских хозяйствующих субъектов (например, является для них холдинговой компанией), либо 2) если такое иностранное юридическое лицо само осуществляет поставки товаров на территорию РФ в размере, указанном в [ст. 26.1](#) Закона о защите конкуренции, или контролирует лиц, осуществляющих (индивидуально или в совокупности) поставки товаров на территорию РФ в указанном размере.

Случаи приобретения акций (долей) иностранных юридических лиц, контролирующих российские юридические лица, охватываются [п. 8 ч. 1 комментируемой статьи](#), который был рассмотрен выше в [п. 4 настоящего комментария](#).

В свою очередь, комментируемой нормой ([п. 9 ч. 1 комментируемой статьи](#)) регулируется второй случай, и устанавливается требование о получении предварительного согласия антимонопольного органа для сделок по приобретению более 50% акций (долей) иностранных юридических лиц или прав определять условия осуществления такими иностранными юридическими лицами предпринимательской деятельности или осуществлять функции их исполнительных органов - если такие иностранные юридические лица осуществляли поставки товаров на российский рынок в объемах, способных оказывать влияние на состояние конкуренции.

В соответствии со [ст. 26.1](#) Закона о защите конкуренции объем таких поставок иностранного лица и (или) контролируемых им лиц должен превышать 1 млрд. руб. в течение года, предшествующего дате осуществления планируемой сделки. Таким образом, указанные в [п. 9 ч. 1 комментируемой статьи](#) сделки в отношении иностранных юридических лиц подлежат контролю со стороны антимонопольного органа, если такие лица (индивидуально или с учетом поставок контролируемых ими лиц) осуществляли поставки товаров на территорию РФ в объеме, превышающем вышеуказанный показатель, и с соблюдением остальных условий (пороговых значений), рассмотренных в [п. 1 настоящего комментария](#). В данном случае **лицом, являющимся объектом экономической концентрации**, будет являться само иностранное юридическое лицо, осуществляющее поставки товаров на территорию РФ или иностранное юридическое лицо, контролирующее лиц, которые в совокупности осуществляли указанные поставки на территорию РФ.

Представляется, что в отношении приобретения прав, позволяющих определять условия осуществления иностранным юридическим лицом предпринимательской деятельности или осуществлять функции его исполнительного органа, могут быть применимы пояснения, приведенные выше в [п. 4 комментария к ст. 28](#), и, соответственно, контролируемые приобретения будут являться:

- приобретение более 50% акций юридического лица, являющегося единственным или мажоритарным акционером иностранного лица - объекта экономической концентрации;

- приобретение менее 50% акций юридического лица, являющегося единственным или мажоритарным акционером иностранного лица - объекта экономической концентрации, если между приобретателем и иными акционерами будет заключено соглашение, на основании которого приобретатель получит право определять условия ведения предпринимательской деятельности иностранного лица - объекта экономической концентрации;

- приобретение прав на основании договоров о передаче полномочий единоличного исполнительного органа иностранного лица - объекта экономической концентрации управляющей организации (или управляющему).

6. В [ч. 2 комментируемой статьи](#) установлено исключение из требования о получении предварительного согласия антимонопольного органа в отношении сделок, перечисленных в [п. п. 1 - 9 ч. 1 комментируемой статьи](#),

если такие сделки осуществляются:

- 1) лицами, входящими в одну **группу лиц** в соответствии с [п. 1 ч. 1 ст. 9](#) Закона о защите конкуренции;
- 2) в порядке, предусмотренном [ст. 31](#) Закона о защите конкуренции;
- 3) на основании актов Президента РФ или Правительства РФ;
- 4) в отношении акций (долей) финансовой организации (поскольку требование о получении предварительного согласия антимонопольного органа для таких сделок устанавливается [ст. 29](#) Закона о защите конкуренции).

В соответствии с [критерием 1](#), указанным выше, от предварительного согласования с антимонопольными органами освобождаются сделки, в которых, как предусмотрено [п. 1 ч. 1 ст. 9](#) Закона о защите конкуренции, одна сторона имеет более чем 50% общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли) другой стороны сделки (например, сделки между основным и дочерним обществами). Данное исключение применяется также для случаев, когда сделки осуществляются между лицами, входящими в одну группу лиц по указанному основанию не напрямую, а опосредованно через иных участников группы, объединенных между собой по данному основанию (например, сделки между материнской компанией и ее косвенным дочерним обществом, или сделки между дочерними компаниями, в которых одна и та же материнская компания имеет более чем 50% общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли).

[Критерий 2](#), указанный выше, подробно описан в [комментарии к ст. 31](#) Закона о защите конкуренции.

В отношении [критерия 3](#) необходимо отметить, что в указанном случае речь идет только об актах Президента РФ или Правительства РФ, но не об актах федеральных органов исполнительной власти и других органов государственной власти.

Кроме этого, как указывалось выше в [критерии 4](#), комментируемой нормой исключается необходимость предварительного согласования сделок в отношении акций (долей) финансовых организаций, поскольку необходимость получения предварительного согласия антимонопольного органа для таких сделок устанавливается отдельной [статьей](#) Закона о защите конкуренции (см. [комментарий к ст. 29](#)).

7. В [ч. 3 комментируемой статьи](#) устанавливается правило определения суммарной балансовой стоимости активов участников сделок (и их групп лиц) для установления необходимости получения предварительного согласия антимонопольного органа на совершение сделок в соответствии с [ч. 1 комментируемой статьи](#).

Согласно этому правилу при подсчете суммарной стоимости активов не учитываются активы лица, продающего (отчуждающего) акции (доли) или права в отношении **лица, являющегося объектом экономической концентрации**, и его группы лиц (т.е. активы продавца и его группы), если в результате сделки продавец (и его группа) утрачивают **права, позволяющие определять условия осуществления предпринимательской деятельности** лицом, являющимся объектом экономической концентрации.

Представляется, что вышеупомянутые **права** будут утрачены продавцом (и его группой лиц) в отношении **лица, являющегося объектом экономической концентрации**, при отчуждении более чем 50% акций (долей) в уставном капитале такого лица либо утраты права давать такому лицу обязательные для исполнения указания, т.е. в тех случаях, когда приобретаемое общество - объект экономической концентрации в результате совершения сделки не будет относиться к составу участников группы лиц продавца, и такая продающая группа на основании иных соглашений не сохранит за собой право по определению условий осуществления предпринимательской деятельности в отношении лица, **являющегося объектом экономической концентрации**, после совершения сделки.

При этом, если в результате применения рассматриваемого исключения, предусмотренного [ч. 3 комментируемой статьи](#), суммарная стоимость активов **лица, являющегося объектом экономической концентрации**, и его группы лиц (без учета активов продающей группы) не превысит 400 млн. руб. (подробнее см. [п. 1 настоящего комментария](#)), соответствующие сделки не потребуют предварительного согласия антимонопольного органа.

Статья 29. Сделки с акциями (долями), активами финансовых организаций и правами в отношении

финансовых организаций с предварительного согласия антимонопольного органа

Комментарий к [статье 29](#)

1. Комментируемая [статья](#) устанавливает требования антимонопольного контроля сделок с акциями (долями), имуществом **финансовых организаций** и правами в отношении таких организаций. Понятие **финансовой организации** содержится в [п. 6 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции, и из буквального толкования данного понятия следует, что речь идет о российских финансовых организациях.

2. В [ч. 1 комментируемой статьи](#) перечислены сделки, которые должны осуществляться с предварительного согласия антимонопольного органа, а также пороговые значения для установления необходимости такого согласия в отношении конкретной сделки. В отличие от пороговых значений для сделок с акциями (долями), имуществом или правами в отношении коммерческих организаций, которые определены в [ст. 28](#) Закона о защите конкуренции как суммарные показатели активов (выручки) участников сделки (и их групп лиц), пороговые значения для сделок в отношении финансовых организаций определены как показатель стоимости активов по последнему балансу самой финансовой организации, в отношении которой осуществляется сделка (т.е. **лица, являющегося объектом экономической концентрации**). При этом соответствующие пороговые значения приведены не в самом [Законо](#) о защите конкуренции, а в постановлениях Правительства РФ, которые устанавливают пороговые значения для сделок в отношении финансовых организаций, поднадзорных Банку России, а также в отношении иных финансовых организаций (лизинговых компаний) <1>. Стоимость активов кредитных организаций определяется на основании данных бухгалтерского баланса (публикуемая форма), а стоимость активов иных финансовых организаций определяется на основании их соответствующих бухгалтерских балансов, в обоих случаях - последних на дату подачи ходатайства.

<1> Постановления Правительства РФ от 30 мая 2007 г. [N 334](#) "Об установлении величин активов лизинговых организаций в целях осуществления антимонопольного контроля" (с изменениями, внесенными [Постановлением](#) Правительства РФ от 18 октября 2014 г. [N 1071](#)), от 18 октября 2014 г. [N 1072](#) "Об установлении величин активов финансовых организаций, поднадзорных Центральному банку Российской Федерации, в целях осуществления антимонопольного контроля".

3. Аналогично сделкам в отношении коммерческих организаций сделки в отношении финансовых организаций, на осуществление которых необходимо предварительное согласие антимонопольного органа, можно условно разделить на следующие группы:

- сделки с акциями (долями) финансовых организаций;
- сделки с активами финансовых организаций;
- сделки с правами в отношении финансовых организаций.

Как указано в [комментарии к ст. 28](#) Закона о защите конкуренции, приобретателем в указанных сделках может выступать любое лицо из перечисленных в общих положениях [Законо](#) о защите конкуренции, в частности в [ч. 1 ст. 3](#) (т.е. российское или иностранное юридическое лицо или организация, федеральный орган исполнительной власти, орган государственной власти субъекта РФ либо орган местного самоуправления, иной осуществляющий функции указанных органов орган или организация, государственный внебюджетный фонд, ЦБ РФ, а также физическое лицо, в том числе индивидуальный предприниматель).

Финансовые организации, в отношении которых осуществляются сделки в соответствии с [п. 22 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции, именуются лицами, являющимися **объектами экономической концентрации**.

4. В [п. п. 1 - 6 ч. 1 комментируемой статьи](#) установлены пороговые значения количества приобретаемых акций (долей) для сделок с акциями (долями) российских хозяйственных обществ, являющихся финансовыми организациями, при превышении которых требуется предварительное согласие антимонопольного органа. Аналогично регулируемым сделкам в отношении коммерческих организаций в соответствии с данными подпунктами [Законо](#) о защите конкуренции предварительное согласие антимонопольного органа требуется на приобретение лицом (или группой лиц):

- более 25%, 50% или 75% голосующих акций финансовой организации - акционерного общества;

- более 1/3, 50% или 2/3 долей участия в уставном капитале финансовой организации - общества с ограниченной ответственностью.

Комментарии к п. п. 1 - 6 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции применимы по аналогии к п. п. 1 - 6 ч. 1 комментируемой статьи, устанавливающей требование о предварительном согласовании приобретений акций (долей) финансовых организаций.

5. В **п. 7 ч. 1 комментируемой статьи** устанавливается требование о получении предварительного согласия антимонопольного органа на приобретение лицом (или группой лиц) в результате одной или нескольких сделок активов финансовой организации. Пороговые значения размера приобретаемых активов как кредитных, так и иных финансовых организаций, при превышении которого требуется предварительное согласие антимонопольного органа на сделку, установлены вышеупомянутыми Постановлениями Правительства РФ **N 334** и **N 1072** и на данный момент составляют 10% стоимости активов финансовой организации по последнему балансу.

6. В **п. 7 ч. 1 комментируемой статьи** прямо предусматривается, что в понятие "активы финансовой организации" не включаются денежные средства. В остальном ни **Закон** о защите конкуренции, ни акты Правительства РФ либо ФАС России не содержат указаний на то, что понимается под "активами" финансовых организаций, а также не устанавливают и не разъясняют порядок расчета стоимости активов для целей получения предварительного согласия антимонопольного органа на сделку.

В любом случае необходимость получения предварительного согласия на приобретение активов финансовых организаций определяется по результатам сопоставления стоимости приобретаемых активов с данными о стоимости активов финансовой организации по последнему бухгалтерскому балансу.

7. Согласно **п. 7 ч. 1 комментируемой статьи** при расчете стоимости активов для целей получения предварительного согласия антимонопольного органа на сделку учитываются активы, приобретаемые в результате **одной или нескольких сделок**. Полагаем, что в данном случае это понятие аналогично понятию **взаимосвязанные сделки**, упоминаемому в **п. 7 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции** (см. **комментарий к ст. 28**).

При этом исходя из разъяснений ФАС России, опубликованных на сайте ФАС России в сети Интернет ^{<1>}, получение предварительного согласия на сделки с активами финансовых организаций требуется, если стоимость активов, приобретаемых в течение отчетного периода для соответствующей бухгалтерской отчетности, превысит 10% стоимости активов по последнему балансу финансовой организации.

^{<1>} См.: разъяснения ФАС России от 19 августа 2008 г. // <http://fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=933>.

Например, в случае если на 1 апреля 2014 г. величина активов кредитной организации по данным бухгалтерского баланса (публикуемая форма) (ежеквартальная отчетность) составляет 5 млрд. руб., то приобретателю необходимо получать предварительное согласие антимонопольного органа на приобретение 10% активов кредитной организации, в случае если стоимость приобретаемых активов кредитной организации в течение квартала (до 1 июля 2014 г.) составит более 500 млн. руб.

8. В **п. 8 ч. 1 комментируемой статьи** устанавливается требование о получении предварительного согласия антимонопольного органа на приобретение лицом (или группой лиц) в результате одной или нескольких сделок прав, позволяющих определять условия осуществления предпринимательской деятельности финансовой организации, или прав осуществлять функции ее исполнительного органа.

Комментарии к п. 8 ч. 1 ст. 28 Закона о защите конкуренции применимы по аналогии к п. 8 ч. 1 комментируемой статьи.

9. **Комментарии к ст. 28 Закона о защите конкуренции, касающиеся приобретения акций (долей), имущества или прав группой лиц**, а также касающиеся **момента осуществления сделки**, применимы по аналогии к сделкам, перечисленным в **п. п. 1 - 6 ч. 1 комментируемой статьи**.

10. В [ч. 2 комментируемой статьи](#) установлены исключения из требования о получении предварительного согласования с антимонопольным органом сделок, перечисленных в [п. п. 1 - 8 ч. 1 комментируемой статьи](#), если такие сделки осуществляются:

- а) лицами, входящими в одну **группу лиц** в соответствии с [п. 1 ч. 1 ст. 9](#) Закона о защите конкуренции;
- б) в порядке, предусмотренном [ст. 31](#) Закона о защите конкуренции;
- в) на основании актов Президента РФ или Правительства РФ.

Комментарии относительно применения данных исключений, содержащиеся в [комментарии к ст. 28](#) Закона о защите конкуренции, применимы по аналогии к [ч. 2 комментируемой статьи](#).

Статья 30. Утратила силу. - Федеральный [закон](#) от 28 декабря 2013 г. N 423-ФЗ.

Комментарий к [статье 30](#)

Ранее данной [статьей](#) устанавливалась обязанность представления соответствующими лицами уведомлений о совершенных сделках и иных действиях экономической концентрации, перечень которых был приведен в указанной [статье](#).

В настоящее время данная [статья](#) признана утратившей силу в связи с принятием Федерального [закона](#) от 28 декабря 2013 г. N 423-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "О защите конкуренции".

Таким образом, с 30 января 2014 г., со вступлением указанного Федерального [закона](#) в силу, российским антимонопольным законодательством требования представления в антимонопольные органы уведомлений устанавливаются только в одном случае - при совершении "внутригрупповых" сделок, которые осуществляются с соблюдением условий, предусмотренных [ст. 31](#) Закона о защите конкуренции (подробнее см. [комментарий к указанной статье](#)).

Для всех остальных сделок экономической концентрации, не соответствующих критериям (пороговым значениям) стоимости активов (выручки), нахождения участников сделок в предусмотренном реестре (подробнее см. [комментарий к ст. ст. 27 - 29](#)), подавать уведомления в антимонопольные органы больше не требуется.

Также необходимо отметить, что в настоящее время не требуется представлять уведомления о сделках, которые совершаются между участниками одной группы лиц, связанными по основанию [п. 1 ч. 1 ст. 9](#) Закона о защите конкуренции, и которые освобождаются от предварительного согласования согласно исключениям [ч. 2 ст. ст. 27 - 29](#) Закона о защите конкуренции (подробнее см. [комментарий к ст. ст. 27 - 29](#)). Соответствующие разъяснения по данному вопросу размещены на официальном сайте ФАС России в информационно-телекоммуникационной сети Интернет <1>.

<1> См.: разъяснения ФАС России от 5 марта 2014 г. // <http://fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=1067>.

Статья 31. Особенности государственного контроля за экономической концентрацией, осуществляемой группой лиц

Комментарий к [статье 31](#)

1. Комментируемой [статьей](#) установлены особенности контроля антимонопольного органа за экономической концентрацией, осуществляемой лицами, входящими в одну группу лиц. Как предусмотрено в [ч. 1 комментируемой статьи](#), суть этих особенностей состоит в том, что сделки или иные действия, в отношении которых [ст. ст. 27 - 29](#) Закона о защите конкуренции установлено требование о получении предварительного согласия антимонопольного органа, могут осуществляться без такого предварительного согласия, а лишь с последующим уведомлением антимонопольного органа в порядке, предусмотренном [ст. 32](#) Закона о защите конкуренции, если соблюдаются в совокупности следующие три условия:

1) сделки (действия) осуществляются лицами, входящими в группу по одному или нескольким основаниям, предусмотренным в [ч. 1 ст. 9](#) Закона о защите конкуренции;

2) не позднее чем за месяц до осуществления сделок (действий) в ФАС России был представлен перечень лиц, входящих в одну группу, составленный по [форме](#), утвержденной ФАС России [<1>](#); перечень вправе представить любое лицо, входящее в группу, сведения о которой представляются в ФАС России;

[<1>](#) Такая [форма](#) утверждена Приказом ФАС России от 20 ноября 2006 г. N 293 "Об утверждении формы представления перечня лиц, входящих в одну группу лиц".

3) перечень лиц, входящих в одну группу, остался неизменным (по сравнению с перечнем, направленным в ФАС России) на момент осуществления сделки (действия).

В отношении первого упомянутого выше условия важно отметить, что все лица, участвующие в соответствующих действиях или сделках (общества, осуществляющие слияние; присоединяющее и присоединяемое общество; приобретатель и лицо, являющееся объектом экономической концентрации, и т.п.), должны входить в одну группу лиц на момент направления в ФАС России перечня лиц, входящих в группу. Если это условие не соблюдено (например, если группа лиц только формируется между такими лицами в результате совершения сделки, а на момент совершения сделки в одну группу они не входили), положения комментируемой [статьи](#) к сделкам или действиям, совершаемым такими лицами, будут неприменимы [<1>](#).

[<1>](#) См.: [Постановление](#) ФАС МО от 12 июля 2011 г. N КА-А40/7050-11.

В отношении второго условия (перечень лиц, входящих в группу, должен быть представлен в ФАС России не позднее чем за месяц до совершения сделки) отметим, что это означает, что сделка не может быть совершена до истечения такого месячного (30-дневного) срока. Совершение сделки до истечения 30-дневного срока будет означать неприменимость комментируемой [статьи](#) к такой сделке и обязанность соответствующих лиц обратиться в антимонопольный орган с ходатайством о ее предварительном согласовании [<1>](#).

[<1>](#) См.: Постановления 9 ААС от 27 апреля 2009 г. [N 09АП-5371/2009-АК](#), ФАС МО от 13 августа 2009 г. [N КА-А40/7376-09](#), ФАС УО от 4 марта 2009 г. [N Ф09-870/09-С1](#).

Часто возникает вопрос о дате, с которой начинается течение 30-дневного срока. Дата определяется по дате регистрации канцелярией входящего письма (соответствующие номер и дата также указываются при размещении информации на официальном сайте ФАС России) и не зависит от даты фактического размещения перечня лиц, входящих в одну группу лиц, на официальном сайте ФАС России.

Примечательно, что перечень лиц, входящих в группу, направляется в федеральный антимонопольный орган (ФАС России), тогда как вышеупомянутое последующее уведомление о совершенной сделке (см. более подробно в [п. 6 настоящего комментария](#)) может быть направлено как в ФАС России, так и в конкретный территориальный орган ФАС России в соответствии с правилами подведомственности, изложенными в соответствующих административных регламентах ФАС России (перечислены в [п. 6 настоящего комментария](#)).

2. Как следует из вышеизложенного, основными обязательными условиями для освобождения сделок (действий) от предварительного согласования с антимонопольным органом являются соблюдение формы представления перечня лиц, входящих в группу, и его неизменность на момент совершения сделки. При этом необходимо отметить, что [Закон](#) о защите конкуренции не предусматривает никаких ограничений в отношении раскрытия группы лиц для целей комментируемой [статьи](#) (например, возможности ограничить состав раскрываемой группы аналогично требованиям, изложенным в [п. п. 16 - 17 ч. 5 ст. 32](#) Закона о защите конкуренции для целей направления ходатайства или уведомления в антимонопольный орган). Таким образом, соблюдение формы перечня будет означать перечисление всех юридических и физических лиц, входящих в группу по одному или нескольким основаниям, предусмотренным [ч. 1 ст. 9](#) Закона о защите конкуренции [<1>](#), а также представление по каждому лицу полной информации, предусмотренной формой (основание вхождения в

группу, юридический и фактический адрес, ИНН или его аналог, паспортные данные физических лиц и т.п.).

<1> См.: [Постановление](#) ФАС МО от 24 августа 2010 г. N КА-А40/9191-10-П.

Вместе с тем у крупных групп лиц (как международных, так и российских) на практике иногда могут возникать проблемы с выполнением данных условий. К примеру, данную информацию может быть сложно или практически невозможно собрать по всем лицам, входящим в крупную международную группу, которая состоит из множества лиц. При этом неполное раскрытие группы лиц может повлечь признание информации о группе лиц недостоверной с соответствующими последствиями, предусмотренными [ч. 5 комментируемой статьи](#).

3. Вопрос полного или ограниченного раскрытия группы лиц имеет значение также для целей выполнения условия о неизменности перечня, в соответствии с которым перечень, представленный в ФАС России не позднее чем за 30 дней до осуществления планируемой сделки (действия), и перечень на момент осуществления сделки (представленный в антимонопольный орган впоследствии в ходе подачи уведомления) должны совпадать. Изменение на момент сделки состава группы лиц по сравнению с тем, который был отражен в перечне, направленном в ФАС России до сделки, будет означать невыполнение условий [ч. 1 комментируемой статьи](#) и, как следствие, ее неприменимость к такой сделке и возникающую по этой причине обязанность соответствующих лиц обратиться в антимонопольный орган с ходатайством о предварительном согласовании сделки <1>.

<1> См.: [Постановление](#) ФАС МО от 17 февраля 2010 г. N КА-А41/218-10.

ФАС России разъяснила на сайте в сети Интернет <1>, что изменениями, имеющими значение для целей выполнения условий [ч. 1 комментируемой статьи](#), являются, по сути, только изменения состава группы лиц, но не технические изменения (такие как изменения адреса, ИНН, основания вхождения в группу и т.п.). Даже несмотря на это, у крупных групп лиц на практике могут возникать сложности с тем, чтобы отследить и (или) обеспечить отсутствие изменений в составе группы лиц, поскольку такая группа лиц (если имеется в виду полное раскрытие группы) может состоять из множества лиц, расположенных по всему миру.

<1> <http://fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=893>

4. [Частью 2 комментируемой статьи](#) установлен порядок рассмотрения ФАС России представленного перечня лиц, входящих в группу. ФАС России рассматривает его в течение 14 дней со дня его получения и:

а) размещает его на своем сайте в сети Интернет, а заявителю направляет уведомление о том, что перечень соответствует установленной форме и размещен на официальном сайте ФАС России (если по итогам рассмотрения установлено, что представленный перечень соответствует форме, утвержденной ФАС России); либо

б) направляет заявителю уведомление о нарушении формы, если перечень лиц представлен с ее нарушением, и, соответственно, о несоблюдении условий [ч. 1 комментируемой статьи](#).

Последовательность действий по рассмотрению перечней лиц, входящих в группу в соответствии с [ч. 2 комментируемой статьи](#), регулируется [Регламентом](#) ФАС России по осуществлению государственного контроля за экономической концентрацией, осуществляемой группой лиц, утвержденным Приказом ФАС России от 28 декабря 2007 г. N 457.

Следует отметить одно достаточно распространенное заблуждение заявителей в отношении того, что ФАС России выносит решение о соответствии представленных данных установленной форме на 14-й день. Это не так. ФАС России должен вынести решение в течение 14 дней. Такое решение может быть вынесено и на 3-й, и на 6-й, и на 14-й день в зависимости от того, сколько времени занимает проверка каждого конкретного пакета документов, и общей загруженности сотрудников.

Еще одно важное обстоятельство касается возможности представления информации о лицах, входящих в одну группу лиц, в электронном виде. Ряд заявителей направляют соответствующий пакет документов по электронной почте, чтобы уменьшить срок доставки корреспонденции. Это является нарушением формы. Последовательность действий по подаче в ФАС России перечней лиц, входящих в группу, а также требования к оформлению документов изложены в вышеупомянутом [Приказе](#) ФАС России от 28 декабря 2007 г. N 457.

5. [Закон](#) о защите конкуренции не содержит какого-либо правила в отношении того, как соотносятся между собой требования о 14-дневном сроке рассмотрения ФАС России представленного перечня и требования о представлении перечня в ФАС России не позднее чем за 30 дней до сделки, установленные в [ч. 1 комментируемой статьи](#), если возникает необходимость исправления перечня в случае, предусмотренном [ч. 2 комментируемой статьи](#). Исходя из системного толкования [ч. ч. 1 и 2 комментируемой статьи](#) представляется, что течение такого 30-дневного срока должно начинаться заново каждый раз, когда исправленный перечень лиц будет представляться в ФАС России после рассмотрения предыдущего варианта перечня ФАС России и установления того, что перечень не соответствует утвержденной форме. Следовательно, предполагаемая дата осуществления сделки должна также переноситься каждый раз соответствующим образом, с тем чтобы вышеупомянутый 30-дневный срок был соблюден.

6. [Частью 3 комментируемой статьи](#) установлен порядок представления в антимонопольный орган уведомления о сделках (действиях), осуществленных в соответствии с процедурой, установленной [комментируемой статьей](#). Примечательно, что в отношении сделки такое уведомление может быть направлено в антимонопольный орган **лицом, которое было заинтересовано в осуществлении сделки**, в отличие, к примеру, от ходатайств, которые в соответствии с [п. 3 ч. 1 ст. 32 Закона](#) о защите конкуренции подаются в антимонопольный орган **лицами, приобретающими акции (доли), имущество, активы или права**. Такими заинтересованными лицами могут быть как приобретатель, так и **лица, являющиеся объектами экономической концентрации**, либо продавцы акций (долей), имущества или прав. Установление такого правила, по сути, означает необходимость отслеживать выполнение данной обязанности со стороны **лица, являющегося объектом экономической концентрации**, либо продавца, поскольку в случае неподачи уведомления на них, аналогично приобретателю, может быть наложен штраф за непредставление уведомления в антимонопольный орган в соответствии с положениями [ч. 4 ст. 19.8 КоАП РФ](#). В отношении действий, регулируемых [ст. 27 Закона](#) о защите конкуренции (слияние, присоединение, создание юридического лица), осуществленных лицами, входящими в одну группу лиц, уведомление должно быть направлено лицом, которое было создано в результате осуществления соответствующих действий. Соответствующие уведомления должны быть направлены в антимонопольный орган не позднее чем через 45 дней после даты осуществления сделок (действий). Представление уведомления и его рассмотрение антимонопольным органом осуществляется в порядке, установленном [гл. 7 Закона](#) о защите конкуренции, а также регулируется, в частности, следующими подзаконными актами:

- вышеупомянутым [Регламентом](#), утвержденным Приказом ФАС России от 28 декабря 2007 г. N 457;

- Административным [регламентом](#) ФАС России по исполнению государственной функции по согласованию создания и реорганизации коммерческих организаций в случаях, установленных антимонопольным законодательством РФ, утвержденным Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 342;

- Административным [регламентом](#) ФАС России по исполнению государственной функции по согласованию приобретения акций (долей) в уставном капитале коммерческих организаций, получения в собственность или пользования основных производственных средств или нематериальных активов, приобретения прав, позволяющих определять условия ведения хозяйствующим субъектом его предпринимательской деятельности, в случаях, предусмотренных законодательством РФ, утвержденным Приказом ФАС России от 20 сентября 2007 г. N 294.

7. [Частью 4 комментируемой статьи](#) установлено, что форма представления перечня лиц, входящих в одну группу лиц, утверждается ФАС России. Как указано в [п. 1 настоящего комментария](#), такая [форма](#) была утверждена Приказом ФАС России от 20 ноября 2006 г. N 293.

8. [Частью 5 комментируемой статьи](#) предусмотрена возможность ФАС России снимать сведения о лицах, входящих в одну группу лиц, с официального сайта, на котором они были размещены, в случае установления ФАС России или судом факта недостоверности сведений, представленных в перечне. Порядок осуществления снятия ФАС России сведений о группе лиц с официального сайта в сети Интернет регулируется

вышеупомянутым [Регламентом](#), утвержденным Приказом ФАС России от 28 декабря 2007 г. N 457.

В отношении сделок, которые были совершены, когда перечень, содержащий недостоверные сведения, был размещен на официальном сайте, будут применимы последствия, предусмотренные [Законом](#) о защите конкуренции и иными нормативными правовыми актами для сделок, совершенных без предварительного согласования с антимонопольным органом.

Статья 32. Лица, представляющие в антимонопольный орган ходатайства и уведомления об осуществлении сделок, иных действий, подлежащих государственному контролю, а также документы и сведения

Комментарий к [статье 32](#)

1. Комментируемая [статья](#) устанавливает порядок подготовки и подачи ходатайств о получении предварительного согласия на совершение сделок экономической концентрации и уведомлений о совершении внутригрупповых сделок, направляемых в порядке, предусмотренном [ст. 31](#) Закона о защите конкуренции.

В [ч. ч. 1 - 3 комментируемой статьи](#) очерчивается круг заявителей, т.е. лиц, на которых лежит обязанность подавать ходатайство или направлять уведомление.

Таковыми лицами являются:

- лица, которые участвуют в слиянии или присоединении;
- конкуренты, которые намереваются заключить соглашение о совместной деятельности;
- лица (или одно из лиц), которые принимают решение о создании коммерческой организации;
- лицо, приобретающее акции (доли), имущество, активы хозяйствующих субъектов или права в отношении хозяйствующих субъектов.

При этом ходатайство или уведомление может быть направлено надлежащим образом уполномоченным представителем заявителя ([ч. 4 комментируемой статьи](#)).

Вопрос о том, кто является заявителем, имеет важное значение с точки зрения вопроса о привлечении к административной ответственности. В случае нарушения правил согласования сделок экономической концентрации к административной ответственности привлекается как раз лицо, обязанное направлять ходатайства (уведомления) в антимонопольный орган (т.е. заявитель). Судебная практика также исходит из данного подхода <1>.

<1> См., напр.: [п. 17 Постановления Пленума ВАС РФ N 30](#); [Постановления ФАС ВВО от 7 марта 2013 г. по делу N A38-3714/2012](#), [ФАС ДО от 25 июня 2012 г. по делу N A37-24/2011](#), [ФАС ЗСО от 9 апреля 2013 г. по делу N A75-5516/2012](#).

В частности, по одному из дел было признано, что группу лиц нельзя считать субъектом ответственности за непредставление ходатайства о получении в пользование определенного имущества, поскольку обязанным лицом является конкретный приобретатель (получатель) такого имущества, который и подлежит административной ответственности <1>. По другому делу была сформулирована позиция, согласно которой заявителями не должны быть (и, следовательно, не подлежат административной ответственности) учредители (собственники) реорганизуемых лиц (унитарных предприятий), а обязанность подавать ходатайство лежит на самих реорганизуемых лицах <2>.

<1> См.: [Постановление](#) ФАС ВСО от 30 марта 2012 г. по делу N A33-8344/2011.

<2> См.: [Постановление](#) ФАС ДО от 13 сентября 2010 г. по делу N A59-1332/2010.

На практике возникает вопрос о том, в какой момент следует направлять ходатайство и получать предварительное согласие антимонопольного органа: до заключения соглашения, опосредующего соответствующую сделку экономической концентрации, или до момента исполнения соответствующего соглашения. Применительно к соглашениям о передаче акций, долей, имущества или прав из формулировок [ст. 28](#) Закона о защите конкуренции следует, что получать предварительное согласие (и, следовательно, направлять ходатайство) необходимо до момента **осуществления** соответствующей сделки (см. также [комментарий к ст. 28](#) Закона о защите конкуренции). Иными словами, речь идет о моменте перехода прав на акции, доли, имущество или получение контроля, что происходит в ходе исполнения соответствующих соглашений. Зачастую моменты заключения и исполнения соглашений разнесены во времени, поэтому в таких случаях ходатайство требуется подавать, а предварительное согласие антимонопольного органа получать не до заключения соглашения, опосредующего передачу акций, долей, имущества или прав, а до момента его исполнения.

Этот подход в целом поддерживается судами ^{<1>}. Однако в судебной практике можно встретить и иную точку зрения. В частности, один из апелляционных судов занял позицию, согласно которой "использование в [ст. 28](#) Закона (о защите конкуренции) термина "осуществление" сделок не означает, что предварительное согласие может быть получено после заключения сделки, но до ее исполнения" ^{<2>}. Представляется, что такое толкование является неправомерным и не учитывает практики заключения сделок экономической концентрации и сути антимонопольного контроля за экономической концентрацией.

^{<1>} См.: [Постановление](#) ФАС СЗО от 22 октября 2009 г. по делу N А56-5745/2009.

^{<2>} См.: [Постановление](#) 17 ААС от 17 августа 2012 г. по делу N А60-14019/2012.

Важно подчеркнуть, что изложенный выше подход о соотношении момента заключения и момента исполнения соглашений неприменим к соглашениям о совместной деятельности между конкурентами, которые теперь необходимо предварительно согласовывать с антимонопольными органами вследствие вступления в силу четвертого антимонопольного [пакета](#). Это связано с тем, что [п. 8 ч. 1 ст. 27](#) Закона о защите конкуренции устанавливает требование о предварительном согласовании **заключения**, а не осуществления соглашения о совместной деятельности. Это логично, поскольку соглашение о совместной деятельности может и не воплощаться в передаче акций, долей, имущества и прав, а установленные им обязательства могут действовать с момента заключения соглашения и тем самым оказывать воздействие на состояние конкуренции. Однако представляется допустимым и вариант, при котором перед подачей ходатайства в антимонопольный орган конкуренты заключают соглашение о совместной деятельности, обязательно обуславливая его вступление в силу отлагательным условием в виде получения предварительного согласия антимонопольного органа.

2. Порядок обращения в антимонопольный орган с ходатайствами и направления в антимонопольный орган уведомлений детализирован в следующих нормативных правовых актах:

- Административном [регламенте](#) по исполнению государственной функции по согласованию создания и реорганизации коммерческих организаций в случаях, установленных антимонопольным законодательством РФ ^{<1>};

^{<1>} Утв. [Приказом](#) ФАС России от 25 мая 2012 г. N 342.

- Административном [регламенте](#) по исполнению государственной функции по согласованию приобретения акций (долей) в уставном капитале коммерческих организаций, получения в собственность или пользование основных производственных средств или нематериальных активов, приобретения прав, позволяющих определять условия ведения хозяйствующим субъектом его предпринимательской деятельности, в случаях, предусмотренных законодательством РФ ^{<1>};

^{<1>} Утв. [Приказом](#) ФАС России от 20 сентября 2007 г. N 294.

- Административном [регламенте](#) по осуществлению государственного контроля за экономической

концентрацией, осуществляемой группой лиц <1>.

<1> Утв. [Приказом](#) ФАС России от 28 декабря 2007 г. N 457.

В связи со вступлением в силу четвертого антимонопольного [пакета](#) и появлением нового вида сделок экономической концентрации, подлежащих согласованию с антимонопольными органами, - соглашений о совместной деятельности между конкурентами - требуется принятие отдельного Административного регламента, регулирующего порядок подачи и рассмотрения соответствующих ходатайств.

Важным для применения комментируемой [статьи](#) является вопрос о распределении полномочий по рассмотрению ходатайств и уведомлений по сделкам экономической концентрации между федеральным антимонопольным органом (т.е. Центральным аппаратом ФАС России) и другими антимонопольными органами (т.е. территориальными управлениями ФАС России). Данные полномочия применительно к каждому виду сделки (действия), подлежащему контролю, закреплены в [Положении](#) о территориальном органе ФАС России.

Ключевым критерием для определения подведомственности ходатайства (уведомления) является величина соответствующей сделки (действия), определяемая по общему правилу в зависимости от суммарной балансовой стоимости активов или выручки участников рассматриваемой сделки (действия) и их групп лиц. Если суммарная балансовая стоимость активов составляет менее 15 млрд. руб. или суммарная выручка составляет менее 30 млрд. руб., ходатайство (уведомление) в отношении такой сделки (действия) подлежит подаче и рассмотрению в соответствующем территориальном органе ФАС России. В противном случае сделка или действие должны рассматриваться Центральным аппаратом ФАС России. Аналогичным образом в отношении сделок (действий) с участием финансовых организаций рассмотрение ходатайств (уведомлений) производится территориальными управлениями, если установленные Правительством РФ показатели в отношении соответствующей финансовой организации (см. [ст. 29](#) Закона о защите конкуренции и [комментарий к ней](#)) превышаются не более чем в пять раз.

3. За рассмотрение ходатайства о получении предварительного согласия на совершение сделки экономической концентрации предусмотрена государственная пошлина. В настоящий момент в силу [подп. 89 п. 1 ст. 333.33](#) Налогового кодекса РФ ее размер составляет 35 тыс. руб. за рассмотрение одного ходатайства.

За рассмотрение уведомлений о совершении внутригрупповых сделок, направляемых в порядке, предусмотренном [ст. 31](#) Закона о защите конкуренции, государственная пошлина не предусмотрена.

4. Само ходатайство (уведомление) составляется в свободной форме, однако в нем рекомендуется указывать краткие сведения о рассматриваемой сделке, ее участниках, затронутых рассматриваемой сделкой товарных рынках, а также об основаниях для направления ходатайства (уведомления).

В случае если сделка (действие) требует предварительного согласия антимонопольного органа или последующего его уведомления по нескольким основаниям (из числа предусмотренных в [ст. ст. 27 - 29 и 31](#) Закона о защите конкуренции, см. соответствующие [комментарии](#)), в отношении такой сделки (действия) направляется одно ходатайство или одно последующее уведомление ([ч. 8 комментируемой статьи](#)). В данном ходатайстве (уведомлении) необходимо указать на все применимые основания, в соответствии с которыми ходатайство (уведомление) подлежало направлению. Аналогичным образом, судебная практика допускает возможность подачи одного ходатайства (уведомления) об одновременном совершении одним и тем же заявителем сделок экономической концентрации в отношении нескольких разных лиц, являющихся объектом экономической концентрации <1>.

<1> См.: [Постановление](#) 13 ААС от 2 сентября 2010 г. по делу N А56-50726/2009.

По общему правилу ходатайство (уведомление) подлежит подписанию заявителем (или его уполномоченным представителем). Однако ходатайство о получении предварительного согласия на слияние (присоединение) хозяйствующих субъектов, а также на создание коммерческой организации либо уведомление о таком создании должны в силу [ч. 6 комментируемой статьи](#) подписываться заявителем и иными участвующими в таких слиянии (присоединении) или создании лицами. В то же время уведомление о слиянии (присоединении) в порядке [ст. 31](#) Закона о защите конкуренции подписывается только заявителем. При этом в

комментируемой [статье](#) не сделано каких-либо оговорок применительно к подаче ходатайств в отношении заключения соглашений о совместной деятельности между конкурентами, в связи с чем такие ходатайства должны подписываться всеми сторонами планируемого соглашения.

5. Одновременно с ходатайством закон обязывает представлять определенный набор документов и сведений.

Полный перечень таких документов и сведений закреплен [ч. 5 комментируемой статьи](#) и носит закрытый характер.

Кроме того, в силу указания [ч. 7 комментируемой статьи](#) утверждена [форма](#) представления антимонопольному органу сведений при обращении с ходатайствами и уведомлениями, которая детализирует требования закона <1>.

<1> См.: [Приказ](#) ФАС России от 17 апреля 2008 г. N 129 "Об утверждении Формы представления антимонопольному органу сведений при обращении с ходатайствами и уведомлениями, предусмотренными статьями 27 - 31 Федерального закона "О защите конкуренции".

К ходатайству (уведомлению) следует прилагать следующие документы (сведения):

1) учредительные документы заявителя - юридического лица или данные документа, удостоверяющего личность заявителя - физического лица;

2) учредительные документы лица, являющегося объектом экономической концентрации;

3) документы и (или) сведения, определяющие предмет и содержание сделок, иных действий, подлежащих государственному контролю;

4) сведения о видах деятельности, которые осуществлялись заявителем в течение последних двух лет, а также копии документов, подтверждающих право на осуществление видов деятельности, если в соответствии с законодательством РФ для их осуществления требуются специальные разрешения (лицензии);

5) сведения о показателях экономической деятельности заявителя за последние два года;

6) сведения о показателях экономической деятельности других участников сделки (действия) за последние два года, а также копии документов, подтверждающих право на осуществление видов деятельности, если в соответствии с законодательством РФ для их осуществления требуются специальные разрешения;

7) бухгалтерский баланс заявителя по состоянию на последнюю отчетную дату;

8) сведения о суммарной балансовой стоимости активов заявителя и его группы лиц по состоянию на последнюю отчетную дату;

9) сведения о суммарной балансовой стоимости активов лица, являющегося объектом экономической концентрации, и его группы лиц по состоянию на последнюю отчетную дату;

10) финансово-экономическую и иную отчетность заявителя, представляемую в ЦБ РФ, по состоянию на последнюю отчетную дату (применимо, если заявителем является финансовая организация);

11) представляемую в ЦБ РФ финансово-экономическую и иную отчетность лица, являющегося объектом экономической концентрации, по состоянию на последнюю отчетную дату (применимо, если объектом экономической концентрации является финансовая организация);

12) перечень коммерческих организаций, более чем 5% акций (долей) которых заявитель распоряжается на любом основании, либо заявление в письменной форме о том, что заявитель не распоряжается акциями (долями) коммерческих организаций;

13) перечень коммерческих организаций, более чем 5% акций (долей) которых лицо, являющееся

объектом экономической концентрации, распоряжается на любом основании либо заявление в письменной форме о том, что указанное лицо не распоряжается акциями (долями) коммерческих организаций;

14) перечень лиц, которые распоряжаются на любом основании более чем 5% акций (долей) заявителя;

15) перечень лиц, которые распоряжаются на любом основании более чем 5% акций (долей) лица, являющегося объектом экономической концентрации;

16) перечень лиц, входящих в группу лиц с заявителем;

17) перечень лиц, входящих в группу лиц с лицом, являющимся объектом экономической концентрации, а также другими участниками сделки (действия);

18) сведения о лицах, в интересах которых осуществляется владение более чем 5% акций (долей) заявителя их номинальными держателями, в том числе о таких лицах, учрежденных в офшорных зонах;

19) перечень лицензий лица, являющегося объектом экономической концентрации, на осуществление стратегических видов деятельности (см. [ст. 6](#) Закона N 57-ФЗ);

20) документ, подтверждающий уплату государственной пошлины (в случае подачи ходатайства).

Документы должны быть представлены в оригиналах или надлежащим образом заверенных копиях. При этом документы считаются заверенными надлежащим образом, если они прошиты и заверены подписью должностного лица заявителя и печатью юридического лица или подписью его представителя (если только закон не требует представления документов в виде нотариально удостоверенных копий).

Сведения представляются в форме документов, подписанных заявителем или его уполномоченным представителем.

Важно подчеркнуть, что хозяйствующие субъекты не обязаны представлять в составе своего ходатайства документы и сведения, которые не поименованы в комментируемой [статье](#).

По одному из дел суд признал, что [ст. 32](#) Закона о защите конкуренции не предусматривает обязанности представлять в антимонопольный орган информацию о соблюдении заявителем права преимущественной покупки доли. Суд посчитал, что эта информация не относится к сведениям, определяющим предмет и содержание сделки, и, следовательно, не имеет существенного значения для рассмотрения заявленной сделки на предмет ограничения конкуренции. Кроме того, в полномочия антимонопольного органа не входят проверка действительности заявленной в ходатайстве сделки, соблюдения ее сторонами норм гражданского законодательства и выяснение вопроса о действительности намерений сторон ее заключить <1>.

<1> См.: [Постановление](#) ФАС ВВО от 21 мая 2013 г. по делу N A79-9037/2012.

Также устоявшимся в судебной практике можно признать подход, согласно которому представлять сведения о конечных бенефициарах нужно только в отношении приобретателя, но эта информация не требуется в отношении лица, являющегося объектом экономической концентрации <1>.

<1> См.: Постановления ФАС МО от 21 марта 2011 г. по делу N A40-78696/10-152-418, от 24 февраля 2011 г. по делу N A40-78662/10-144-440.

6. Определенными особенностями обладает порядок представления сведений о группе лиц заявителя и о лице, являющемся объектом экономической концентрации, и его группе лиц. Данные сведения представляются по [форме](#), утвержденной ФАС России <1>, с указанием признаков, по которым такие лица входят в эту группу.

<1> **Форма** представления перечня лиц, входящих в одну группу лиц (утв. Приказом ФАС России от 20 ноября 2006 г. N 293).

При этом допустимо раскрывать группу лиц не в полном объеме, а в усеченном виде, путем представления только тех сведений, которые имеют значение для рассмотрения ходатайства (уведомления). К числу таких сведений комментируемая **статья** относит информацию о следующих лицах:

- лицах, находящихся под контролем заявителя;
- лицах, находящихся под контролем лица, являющегося объектом экономической концентрации;
- лицах, под контролем которых находится заявитель;
- лицах, под контролем которых находится лицо, являющееся объектом экономической концентрации;
- лицах, входящих в группу лиц с заявителем и осуществляющих деятельность на тех же товарных рынках, на которых осуществляет деятельность заявитель и (или) лицо, являющееся объектом экономической концентрации, а также находящиеся под их контролем лица;
- лицах, входящих в группу лиц с лицом, являющимся объектом экономической концентрации, и осуществляющих деятельность на тех же товарных рынках, на которых осуществляет деятельность заявитель и (или) лицо, являющееся объектом экономической концентрации, а также находящиеся под их контролем лица.

В перечень лиц, входящих в группу лиц с заявителем и лицом, являющимся объектом экономической концентрации, могут не включаться физические лица, если они не являются индивидуальными предпринимателями и (или) по самостоятельным основаниям не входят в одну группу лиц с каким-либо хозяйствующим субъектом. Самостоятельными основаниями отнесения к группе лиц признаются признаки, указанные в **п. п. 1 - 3, 5, 6 и 9 ч. 1 ст. 9** Закона о защите конкуренции (см. **комментарий к ней**).

Информацию о группе лиц следует представлять по состоянию на дату подачи ходатайства или уведомления.

В частности, по одному из дел судом было признано, что заявитель не исполнил свою обязанность по представлению полной информации о своей группе лиц, поскольку он не раскрыл в составе ходатайства информацию об обществе, его доля в котором уменьшилась вследствие изменения состава участников, но эти изменения на момент подачи ходатайства не были зарегистрированы налоговым органом <1>.

<1> См., напр.: **Постановление** ФАС ПО от 21 ноября 2013 г. по делу N А65-3044/2013.

Также важно подчеркнуть, что в составе ходатайства или уведомления необходимо представлять сведения о хозяйственной деятельности (по **форме**, предусмотренной приложениями к Приказу ФАС России от 17 апреля 2008 г. N 129) не только в отношении заявителя и лица, являющегося объектом экономической концентрации, но и также в отношении лиц, входящих в их соответствующие группы лиц. Без этой информации невозможно оценить влияние заявленной сделки экономической концентрации на состояние конкуренции. Эту позицию также поддерживает и судебная практика <1>. При этом представляется допустимым с учетом изложенного выше подхода к раскрытию информации о группе лиц в составе ходатайства представлять сведения о хозяйственной деятельности только в отношении тех членов групп лиц участников сделки экономической концентрации, которые прямо поименованы в **п. п. 16, 17 ч. 5 комментируемой статьи**.

<1> См., напр.: **Постановление** ФАС СКО от 8 августа 2012 г. по делу N А63-10821/2011.

7. Непредставление в антимонопольный орган или представление недостоверных документов и сведений является согласно **п. 5 ч. 2 ст. 33** Закона самостоятельным основанием для отказа в удовлетворении ходатайства (подробнее см. **комментарий к ст. 33** Закона о защите конкуренции), а также может повлечь административную ответственность (см. **комментарий к ст. 34** Закона о защите конкуренции). При этом судебная

практика исходит из того, что заявитель обязан исполнить свою обязанность по представлению полного набора достоверных документов и сведений в момент подачи ходатайства или уведомления; "дополнение" ходатайства и уведомления после их подачи не допускается <1>.

<1> См.: [Постановление](#) 9 ААС от 17 ноября 2008 г. по делу N А40-33465/08-96-198.

Комментируемая [статья](#) также определяет, что несоблюдение требования о комплекте документов служит основанием для признания ходатайства непредставленным и не влечет обязанности антимонопольного органа рассматривать такое ходатайство по существу. В этом случае антимонопольный орган обязан лишь уведомить заявителя в 10-дневный срок об отсутствии необходимых документов.

При этом срок хранения антимонопольным органом представленных документов, в течение которого заявитель вправе истребовать их, составляет 14 дней с даты получения заявителем соответствующего уведомления.

Признание ходатайства непредставленным не препятствует заявителю обратиться снова с тем же ходатайством, дополнив комплект документов.

Следует также отметить, что комментируемая [статья](#) и [Приказ](#) ФАС России от 17 апреля 2008 г. N 129 допускают ситуацию, когда заявитель не имеет возможности представить требуемую информацию. В этом случае от него требуется указать источник, где недостающая информация может быть получена, и сведения о контактном лице (наименование, юридический и почтовый адрес, телефон). Судебная практика также поддерживает подход, согласно которому на заявителе лежит обязанность сообщить антимонопольному органу о недоступности для него тех или иных документов и сведений, обозначить причины этого и указать, у кого такие документы и сведения могут быть получены <1>. Без исполнения этой обязанности антимонопольный орган вправе вернуть ходатайство без рассмотрения либо посчитать, что уведомление не было представлено <2>.

<1> См.: Постановления ФАС ВВО от 9 апреля 2009 г. по делу N А82-13530/2008-29, 14 ААС от 28 июля 2011 г. по делу N А44-1237/2011.

<2> См.: [Постановление](#) ФАС МО от 4 августа 2011 г. по делу N А40-131351/1072-630 ([Определением](#) ВАС РФ от 2 декабря 2011 г. N ВАС-15481/11 было отказано в передаче дела в Президиум ВАС РФ для пересмотра в порядке надзора).

В отношении документов, которые имеются у других органов государственной власти (учредительные документы, бухгалтерская отчетность, лицензии и иные разрешения), допускается их непредставление вместе с ходатайством; в этом случае антимонопольный орган должен получить их по межведомственному запросу у соответствующего органа государственной власти. Следует отметить, что такая ситуация, очевидно, потребует большего времени на рассмотрение ходатайства. Поэтому тем хозяйствующим субъектам, которые хотят избежать задержек технического характера, рекомендуется представлять все имеющиеся у них документы и сведения, требуемые в соответствии с комментируемой [статьей](#), вместе со своим ходатайством, несмотря на то что какие-то из них могут быть получены антимонопольным органом самостоятельно.

8. Поправки, внесенные четвертым антимонопольным [пакетом](#), допустили возможность подачи ходатайств или уведомлений о совершении сделок экономической концентрации в электронной форме. Порядок подачи документов в электронной форме определяется федеральным антимонопольным органом, однако до настоящего момента еще не утвержден.

Также в свете более открытого подхода к деятельности органов государственной власти четвертым антимонопольным [пакетом](#) закреплена обязанность антимонопольных органов размещать сведения обо всех поступивших в антимонопольный орган ходатайствах по сделкам экономической концентрации на официальном сайте в сети Интернет. Это сделано в том числе для того, чтобы заинтересованные лица могли представить в антимонопольный орган свое мнение о влиянии на состояние конкуренции заявленной в ходатайстве сделки экономической концентрации. До четвертого антимонопольного [пакета](#) обязанность размещения информации существовала только в отношении тех ходатайств, для которых антимонопольный орган продлевал срок рассмотрения более чем на один месяц (т.е. фактически в отношении которых он приходил к выводу о том, что

заявленные в них сделки экономической концентрации могут привести к ограничению конкуренции).

Еще одним важным изменением, введенным четвертым антимонопольным **пакетом**, является возможность предварительного обсуждения с антимонопольным органом планируемого к подаче ходатайства (**ч. 10 комментируемой статьи**). Это вполне официальная процедура, которая имеет аналоги в ведущих зарубежных юрисдикциях. Ее осуществление является добровольным и формально не влияет на сроки и порядок рассмотрения ходатайств. Эту процедуру рекомендуется осуществлять в отношении тех сделок экономической концентрации, которые заведомо могут привести к ограничению конкуренции. В таком случае стороны заранее дают антимонопольному органу знать о поступлении своего ходатайства и могут начать обсуждение своих предложений по предписаниям, направленным на обеспечение конкуренции, которые может выдать антимонопольный орган по результатам рассмотрения ходатайства. Вполне возможно, что по результатам предварительных обсуждений с антимонопольным органом стороны планируемой сделки экономической концентрации скорректируют ее структуру, чтобы повысить шансы на положительный для себя исход рассмотрения формального ходатайства. Хотя антимонопольные органы не связаны такими предварительными обсуждениями при принятии решений по результатам рассмотрения ходатайств, **ч. 10 комментируемой статьи** ориентирует их на то, что они должны учитывать предварительно представленные заявителями документы и сведения при принятии окончательного решения.

Представляется, что внесенные в комментируемую **статью** изменения должны найти отражение и детализацию в Административных регламентах, регулирующих вопросы подачи и рассмотрения ходатайств по сделкам экономической концентрации (см. **п. 2 комментария к настоящей статье**).

Статья 33. Принятие антимонопольным органом решения по результатам рассмотрения ходатайства, выдача антимонопольным органом предписания лицу, представившему уведомление

Комментарий к **статье 33**

1. Комментируемая **статья** предусматривает порядок и сроки рассмотрения антимонопольными органами ходатайств о получении предварительного согласия на осуществление сделок экономической концентрации, а также устанавливает виды решений по таким ходатайствам и основания для их принятия.

Ее положения детализированы в соответствующих Административных регламентах ФАС России:

- Административном **регламенте** ФАС России по исполнению государственной функции по согласованию создания и реорганизации коммерческих организаций в случаях, установленных антимонопольным законодательством РФ (утв. Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 342); и

- Административном **регламенте** ФАС России по исполнению государственной функции по согласованию приобретения акций (долей) в уставном капитале коммерческих организаций, получения в собственность или пользование основных производственных средств или нематериальных активов, приобретения прав, позволяющих определять условия ведения хозяйствующим субъектом его предпринимательской деятельности, в случаях, предусмотренных законодательством РФ (утв. Приказом ФАС России от 20 сентября 2007 г. N 294) <1>.

<1> Необходимо отметить, что в связи с внесением изменений в **Закон** о защите конкуренции в отношении сделок экономической концентрации по приобретению акций (долей), основных производственных средств и нематериальных активов хозяйствующих субъектов подлежит принятию новый Административный регламент ФАС России (взамен Административного **регламента**, утв. Приказом ФАС России от 20 сентября 2007 г. N 294).

Что касается порядка рассмотрения уведомлений по сделкам экономической концентрации, то комментируемой **статьей** он детально не закреплён. Порядок рассмотрения уведомлений, направление которых предусмотрено **ст. 31** Закона о защите конкуренции, установлен вышеуказанными административными регламентами, а также **Регламентом** ФАС России по осуществлению государственного контроля за экономической концентрацией, осуществляемой группой лиц, утв. Приказом ФАС России от 28 декабря 2007 г. N 457.

При этом лица, на которых Законом о защите конкуренции возложена обязанность уведомлять антимонопольный орган об осуществлении сделок экономической концентрации, вправе до их осуществления представить вместо уведомления ходатайство о даче согласия на их осуществление ([ч. 9 комментируемой статьи](#)). Это связано с добровольностью процедуры, предусмотренной [ст. 31](#) Закона о защите конкуренции (см. [комментарий к ней](#)). В случае направления ходатайства вместо выполнения процедуры, предусмотренной [ст. 31](#) Закона о защите конкуренции, антимонопольный орган рассматривает данное ходатайство в порядке, предусмотренном [комментируемой статьей](#).

2. Первоначальный срок рассмотрения ходатайства в соответствии с [ч. 1 комментируемой статьи](#) составляет 30 календарных дней. При этом он начинается течь с момента подачи ходатайства, а не по истечении 10-дневного срока, отведенного на проверку комплектности ходатайства (см. [комментарий к ст. 32](#)).

Срок рассмотрения ходатайства может быть продлен, если по результатам первоначального его рассмотрения антимонопольный орган придет к выводу, что заявленная сделка экономической концентрации может привести к ограничению конкуренции. Основанием для продления срока является необходимость более детального рассмотрения ходатайства, а также получения дополнительной информации для принятия решения по нему. При этом срок представления дополнительной информации определяется антимонопольным органом исходя из существа ходатайства и содержания запрашиваемой информации <1>.

<1> См.: [п. 3.34](#) Регламента по согласованию приобретения акций (долей) в уставном капитале коммерческих организаций, получения в собственность или пользование основных производственных средств или нематериальных активов, приобретения прав, позволяющих определять условия ведения хозяйствующим субъектом его предпринимательской деятельности; [п. 3.58](#) Регламента по согласованию создания и реорганизации коммерческих организаций.

Срок, на который антимонопольный орган может продлить рассмотрение ходатайства, не должен превышать два месяца. Иными словами, с учетом первоначального 30-дневного срока максимальный срок рассмотрения ходатайства составляет три месяца.

В случае принятия решения о продлении срока рассмотрения ходатайства антимонопольный орган на своем официальном сайте в сети Интернет размещает сведения о сделке экономической концентрации, заявленной в соответствующем ходатайстве. Это делается для того, чтобы все заинтересованные лица могли узнать о сделке, которая может привести к ограничению конкуренции, и представить в антимонопольный орган свою позицию по данному вопросу.

В случае если заявленная в ходатайстве сделка экономической концентрации одновременно требует согласования Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в РФ в соответствии с [Законом](#) N 57-ФЗ, срок рассмотрения ходатайства продлевается до дня принятия Правительственной комиссией соответствующего решения в отношении заявленной сделки. Это означает, что антимонопольный орган в установленном порядке рассматривает поступившее ходатайство и после принятия Правительственной комиссией в отношении рассматриваемой сделки положительного решения в соответствии с [Законом](#) N 57-ФЗ выдает заявителю соответствующее решение согласно требованиям [Закона](#) о защите конкуренции. При этом антимонопольный орган не может принять решение об удовлетворении ходатайства, если Правительственной комиссией принимается решение об отказе в предварительном согласовании данной сделки в соответствии с [Законом](#) N 57-ФЗ (см. об этом далее).

Безусловно, приостановление рассмотрения ходатайства на основании того, что заявленная сделка требует согласования с Правительственной комиссией, не допускается, если в действительности сделка такого согласования не требует <1>.

<1> См.: [Постановление](#) ФАС МО от 16 августа 2010 г. по делу N A40-165513/09-17-1301.

3. В наиболее общем виде цель рассмотрения ходатайства состоит в оценке того, насколько заявленная сделка экономической концентрации приводит или может привести к ограничению конкуренции. Конечный результат рассмотрения ходатайства - принятие того или иного решения по нему.

По результатам рассмотрения ходатайства антимонопольный орган может принять одно из следующих решений:

- 1) об удовлетворении ходатайства;
- 2) об отказе в удовлетворении ходатайства;
- 3) об удовлетворении ходатайства и об одновременной выдаче предписания.

Судебная практика требует, чтобы в ходе анализа потенциальных негативных последствий от рассматриваемой сделки антимонопольный орган обязательно проводил анализ состояния конкуренции на товарных рынках, затронутых сделкой, в соответствии с [Порядком](#) анализа товарных рынков <1>.

<1> См.: Постановления ФАС МО от 13 мая 2013 г. по делу [N A40-101030/12-152-578](#), от 23 мая 2013 г. по делу [N A40-101224/12-153-1042](#).

4. Ходатайство подлежит удовлетворению, если заявленная в нем сделка экономической концентрации не приводит к ограничению конкуренции.

Данное решение может быть принято уже в течение первоначального 30-дневного срока рассмотрения. В некоторых случаях антимонопольному органу может потребоваться дополнительное время на принятие данного решения (см. выше в отношении оснований для продления срока рассмотрения ходатайства).

При этом возможна ситуация, при которой антимонопольный орган может выставить определенные условия, которые участники заявленной сделки экономической концентрации должны выполнить, чтобы получить предварительное согласие на нее (так называемые предварительные условия). Данная возможность существует у антимонопольного органа по любым видам сделок экономической концентрации, предусмотренным в [ст. ст. 27 - 29](#) Закона о защите конкуренции. Как правило, речь идет об условиях структурного характера: о продаже или ином отчуждении определенного имущества (активов), акций (долей) в хозяйственных обществах. Предполагается, что в результате выполнения данных предварительных условий заявленная сделка экономической концентрации больше не будет иметь антиконкурентных последствий, или они будут в значительной мере смягчены, вследствие чего антимонопольный орган может согласовать ее.

Предварительные условия могут содержать в числе прочего:

- 1) порядок доступа к производственным мощностям, инфраструктуре или информации, которыми распоряжается заявитель, а также иные участники сделки экономической концентрации;
- 2) порядок предоставления другим лицам прав на объекты охраны промышленной собственности, которыми распоряжается заявитель, а также иные участники сделки экономической концентрации;
- 3) требования к заявителю, а также к иным участникам сделки экономической концентрации о передаче имущества другому лицу, не входящему в одну группу лиц с ними, а также об уступке прав требований и (или) обязательств другому лицу, не входящему в одну группу лиц с ними;
- 4) требования к составу группы лиц, в которую входит заявитель, а также иные участники сделки экономической концентрации.

В судебной практике встречается позиция, согласно которой предварительные условия для согласования сделки должны соотноситься по своей направленности с приведенными в [ч. 5 ст. 33](#) Закона о защите конкуренции, хотя перечень предварительных условий и не является закрытым. В частности, суды посчитали недопустимым предварительное условие, касающееся формирования состава совета директоров и исполнительных органов юридического лица, в ситуации, когда антимонопольный орган не смог обосновать, каким образом особый порядок формирования органов управления повлиял бы на конкурентные отношения, учитывая, что участники экономической концентрации действовали на разных рынках <1>.

<1> См.: [Постановление](#) ФАС УО от 27 марта 2014 г. по делу N A71-6444/2013.

На выполнение предварительных условий отводится срок не более девяти месяцев. После этого заявитель представляет в антимонопольный орган документы, подтверждающие выполнение предварительных условий. Если оказывается, что предварительные условия были выполнены надлежащим образом, антимонопольный орган в течение 30 дней с момента получения от заявителя подтверждающих документов принимает решение об удовлетворении ходатайства. В случае невыполнения или ненадлежащего выполнения предварительных условий антимонопольный орган принимает решение об отказе в удовлетворении ходатайства ([ч. 6 комментируемой статьи](#)).

5. Антимонопольный орган вправе отказать в удовлетворении ходатайства в следующих случаях:

- если заявленная сделка экономической концентрации приведет или может привести к ограничению конкуренции;
- если при рассмотрении представленных документов антимонопольный орган обнаружит, что информация, содержащаяся в них и имеющая значение для принятия решения, является недостоверной;
- если заявителем по ходатайству не представлены имеющиеся у него и запрошенные антимонопольным органом сведения, при отсутствии которых не может быть принято решение об ограничении конкуренции или об отсутствии ограничения конкуренции по рассматриваемому ходатайству.

При этом каждое из данных обстоятельств может служить самостоятельным основанием для отказа в удовлетворении ходатайства <1>.

<1> См.: [п. 18](#) Постановления Пленума ВАС РФ N 30; [Постановление](#) 19 AAC от 7 октября 2008 г. по делу N A14-3648/2008/134/23.

Таким образом, антимонопольный орган вправе отказать в удовлетворении ходатайства как по сущностным основаниям (сделка приводит или может привести к ограничению конкуренции), так и по формальным основаниям (представленное ходатайство имеет дефекты с точки зрения полноты и достоверности содержащейся в нем информации).

Применительно к формальным основаниям для отказа устоявшимся в судебной практике является подход, согласно которому информация о группе лиц и конечных бенефициарах приобретателя (см. [комментарий к ст. 32](#) Закона о защите конкуренции) считается существенной для рассмотрения ходатайства, и ее непредставление служит достаточным основанием для отказа в согласовании сделки экономической концентрации <1>. При этом судебная практика считает недопустимым основанием для отказа в согласовании сделки экономической концентрации непредставление информации, подтверждающей действительность намерений заключить соответствующую сделку или ее целесообразность, поскольку в полномочия антимонопольных органов не входит проверка сугубо коммерческих аспектов сделок <2>.

<1> См.: Постановления ФАС СКО от 8 августа 2012 г. по делу [N A63-10821/2011](#), ФАС МО от 26 мая 2011 г. по делу [N A40-80742/10-146-395](#).

<2> См.: Постановления АС МО от 27 ноября 2015 г. по делу [N A40-158568/14](#), ФАС ДВО от 25 августа 2014 г. по делу [N A51-32960/2013](#).

Применительно к сущностному основанию для отказа антимонопольный орган должен установить реальную или потенциальную возможность ограничения конкуренции в результате осуществления заявленной сделки экономической концентрации. Ограничение конкуренции может выразиться в возникновении или усилении доминирующего положения заявителя либо вновь создаваемого юридического лица, а также в ином ограничении конкуренции в соответствии с признаками, установленными в [п. 17 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции. При этом возникновение или усиление доминирующего положения являются достаточными основаниями для отказа в согласовании сделки, поскольку сами по себе означают ограничение конкуренции <1>.

<1> См.: [Постановление](#) 9 ААС от 25 сентября 2009 г. по делу N А40-47853/09-109-273.

Доминирующее положение хозяйствующего субъекта, а также наличие иных ограничений конкуренции устанавливаются в порядке, предусмотренном [Порядком](#) анализа товарных рынков и соответствующим Административным [регламентом](#) ФАС России <1> (см. также [комментарии к ст. ст. 4, 5](#) Закона о защите конкуренции).

<1> Административный [регламент](#) ФАС России по исполнению государственной функции по установлению доминирующего положения хозяйствующего субъекта при рассмотрении заявлений, материалов, дел о нарушении антимонопольного законодательства и при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией (утв. Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 345).

Надлежащим основанием для отказа в согласовании сделки является случай так называемого горизонтального слияния (т.е. сделка экономической концентрации, в результате которой один конкурент получает контроль над другим конкурентом), в особенности если приобретатель до совершения сделки уже имеет существенную рыночную власть <1>.

<1> См.: Постановления ФАС СКО от 12 июля 2012 г. по делу [N А63-7457/2011](#), ФАС ПО от 1 сентября 2011 г. по делу [N А65-33803/2009](#).

В силу устоявшейся судебной практики самостоятельным и достаточным основанием для отказа в согласовании сделки является нарушение требований [ст. 6](#) Федерального закона от 26 марта 2003 г. N 36-ФЗ "Об особенностях функционирования электроэнергетики в переходный период и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "Об электроэнергетике", запрещающих совмещение монопольных и конкурентных видов деятельности в сфере электроэнергетики в рамках одного хозяйствующего субъекта или одной группы лиц <1>.

<1> См.: [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 22 ноября 2011 г. N 4558/11; см. также: Постановления ФАС МО от 12 августа 2013 г. по делу [N А40-132261/12-122-826](#); от 28 июня 2012 г. по делу [N А40-96642/11-93-851](#); ФАС СКО от 1 марта 2013 г. по делу [N А15-1856/2011](#), от 21 июня 2012 г. по делу [N А40-96539/11-121-823](#).

Также в удовлетворении ходатайства должно быть отказано, если в отношении заявленной в нем сделки экономической концентрации Правительственной комиссией принято решение об отказе в предварительном согласовании в соответствии с [Законом](#) N 57-ФЗ. В этом случае решение антимонопольного органа принимается автоматически, т.е. даже в том случае, если несогласованная Правительственной комиссией сделка не приведет к ограничению конкуренции.

Наконец, антимонопольный орган также оформляет решение об отказе в удовлетворении ходатайства, если заявитель или иные участники заявленной сделки экономической концентрации не выполняют выставленные им предварительные условия (см. об этом выше).

6. Помимо согласования сделки экономической концентрации и отказа в ее согласовании, антимонопольный орган может также принять решение об удовлетворении ходатайства и об одновременной выдаче предписания об осуществлении действий, направленных на обеспечение конкуренции. Данное решение принимается в случае, если заявленная в ходатайстве сделка экономической концентрации приведет или может привести к ограничению конкуренции ([ч. 7 комментируемой статьи](#)).

Поскольку основанием для отказа в согласовании сделки экономической концентрации также является ограничение или возможность ограничения конкуренции, возникает вопрос о том, в каких случаях допустим отказ, а в каких - согласование с выдачей предписания. Исходя из судебной практики допустимым основанием

для отказа является **значительное** ограничение конкуренции (например, в случае горизонтального слияния, в результате которого один из конкурентов, уже имеющих существенную рыночную власть, поглощает другого конкурента), тогда как менее значительные случаи ограничения конкуренции допустимо исправлять путем выдачи предписания. Например, признается допустимой выдача предписания в ситуации так называемой "вертикальной" интеграции, когда хозяйствующий субъект, действующий на одном рынке, приобретает контроль в отношении хозяйствующего субъекта, действующего на другом, но связанном рынке (например, производитель товара приобретает контроль в отношении своего покупателя) <1>. При этом, если один из участников сделки экономической концентрации обладает рыночной властью на своем рынке и, следовательно, сможет использовать свою рыночную власть для получения преимущественных условий на смежном рынке, на котором у него изначально нет рыночной власти, в удовлетворении ходатайства по такой сделке может быть отказано в силу значительного негативного эффекта для конкуренции <2>.

<1> См.: Постановления ФАС СЗО от 2 февраля 2011 г. по делу [N A56-6141/2010](#), ФАС ПО от 29 ноября 2011 г. по делу [N A65-25267/2010](#).

<2> См.: [Постановление](#) ФАС ЦО от 8 декабря 2011 г. по делу N A35-997/2011; см. также: [Постановление](#) ФАС МО от 22 декабря 2008 г. по делу N A40-22285/08-153-262 (данное дело интересно также тем, что в рамках заявленной сделки приобретался не контроль, а 49% акций, однако сначала антимонопольный орган, а потом и суд пришли к выводу о том, что даже такой неконтрольный пакет акций даст приобретателю, обладающему рыночной властью на одном рынке (рынке услуг перевозки воздушным транспортом), возможность переносить ее на смежный рынок, на котором действует приобретаемая компания (рынок аэропортовых услуг)).

В предписании, выдаваемом по результатам рассмотрения ходатайства, указываются <1>:

<1> См.: [п. 3.41](#) Регламента по согласованию приобретения акций (долей) в уставном капитале коммерческих организаций, получения в собственность или пользование основных производственных средств или нематериальных активов, приобретения прав, позволяющих определять условия ведения хозяйствующим субъектом его предпринимательской деятельности; [п. 3.62](#) Регламента по согласованию создания и реорганизации коммерческих организаций.

- причины, по которым заявленные сделки экономической концентрации привели или могут привести к ограничению конкуренции;

- описание действий, которые обязанное лицо должно осуществить в целях обеспечения конкуренции;

- срок исполнения предписания.

Исходя из перечня предписаний, которые могут выдаваться антимонопольными органами (см. [п. 2 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции), при согласовании сделок экономической концентрации антимонопольный орган вправе выдать следующие виды предписаний:

- о недопущении действий, которые могут являться препятствием для возникновения конкуренции и (или) могут привести к ограничению, устранению конкуренции и нарушению антимонопольного законодательства ([подп. "д" п. 2 ч. 1 ст. 23](#));

- о заключении договоров, об изменении условий договоров или о расторжении договоров ([подп. "и" п. 2 ч. 1 ст. 23](#));

- об изменении или ограничении использования фирменного наименования ([подп. "л" п. 2 ч. 1 ст. 23](#));

- о выполнении экономических, технических, информационных и иных требований об устранении дискриминационных условий и о предупреждении их создания ([подп. "м" п. 2 ч. 1 ст. 23](#));

- о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции ([подп. "н" п. 2 ч. 1 ст. 23](#)).

При этом [ст. 23](#) Закона о защите конкуренции содержит лишь общее описание требований, которые могут содержаться в предписаниях; антимонопольные органы вправе конкретизировать их применительно к обстоятельствам каждой рассматриваемой сделки <1>. Например, было признано законным предписание о проведении самостоятельной экономически обоснованной ценовой политики и недопустимости ценовой координации на рынке управления жилым фондом между управляющими компаниями, которые в совокупности обладали существенной рыночной властью и в результате сделки перешли бы под контроль одного и того же лица <2>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) ФАС СКО от 6 августа 2010 г. по делу N А63-19151/2009.

<2> См.: [Постановление](#) ФАС СКО от 12 июля 2012 г. по делу N А63-7457/2011.

Допустимо также обуславливать выполнение требований предписания получением объединенной компанией доли на рынке, превышающей 50% (иными словами, предписание будет действовать, как только совокупная доля сторон сделки превысит порог доминирования) <1>.

<1> См.: [Постановление](#) 9 ААС от 25 сентября 2009 г. по делу N А40-47853/09-109-273.

В судебной практике можно встретить подход, согласно которому антимонопольный орган не вправе установить в предписании требование о предварительном согласовании с ним приобретения земельного участка для строительства автозаправочной станции, поскольку у антимонопольного органа отсутствуют полномочия в области согласования предоставления земельных участков <1>. Данный подход представляется спорным, поскольку приобретение земельных участков (которое не требует согласования как сделка экономической концентрации согласно [ст. 28](#) Закона о защите конкуренции) тем не менее может оказать влияние на состояние конкуренции, поскольку предоставляет имущественную основу для усиления рыночной власти. В этой связи представляется, что предписание о предварительном согласовании приобретения земельных участков для строительства может являться требованием, налагаемым антимонопольным органом на участников сделки, которые в результате ее получают значительную рыночную власть, поскольку это требование может препятствовать еще большему усилению их рыночного положения после осуществления сделки (т.е. направлено на обеспечение конкуренции).

<1> См.: [Постановление](#) 19 ААС от 2 августа 2010 г. по делу N А64-5100/2009.

Судебной практикой также выработаны требования, которым должны соответствовать выдаваемые антимонопольными органами предписания: содержащиеся в них обязательства (помимо того что они должны быть направлены на обеспечение конкуренции) должны также отвечать критериям конкретности и исполнимости <1>. При этом в судебной практике устоявшимся является подход, согласно которому антимонопольный орган не может включать в предписание требования о регулярном представлении ему той или иной информации, поскольку они напрямую не направлены на обеспечение конкуренции, а также у антимонопольного органа есть широкие полномочия по запросу информации на основании [ст. 25](#) Закона о защите конкуренции (см. [комментарий к ней](#)) <2>.

<1> См.: Постановления ФАС СЗО от 2 февраля 2011 г. по делу [N А56-6141/2010](#), ФАС МО от 10 августа 2011 г. по делу [N А40-100422/10-94-555](#), ФАС ПО от 27 марта 2008 г. по делу [N А55-3117/2007](#).

<2> См.: Постановления ФАС МО от 3 февраля 2009 г. по делу [N А40-41009/08-147-348](#), ФАС УО от 12 февраля 2009 г. по делу [N А71-5404/08](#); Постановления ФАС ПО от 6 ноября 2009 г. по делу [N А65-4959/2009](#), от 15 октября 2009 г. по делу [N А65-7225/2009](#), от 15 октября 2009 г. по делу [N А65-7222/2009](#), от 24 сентября 2009 г. по делу [N А65-7227/2009](#), от 22 сентября 2009 г. по делу [N А65-6829/2009](#), от 22 сентября 2009 г. по делу [N А65-6376/2009](#), от 17 сентября 2009 г. по делу [N А65-7141/2009](#).

Предписание может быть выдано заявителю и (или) лицам, входящим в его группу лиц, а также лицу, являющемуся объектом экономической концентрации (см. [п. 22 ст. 4 Закона о защите конкуренции](#)), или вновь создаваемому юридическому лицу.

Предписание вступает в силу только в случае осуществления заявленной в ходатайстве сделки экономической концентрации. Иными словами, участники сделки экономической концентрации не обязаны исполнять выданное им предписание по данной сделке, если они принимают решение не осуществлять ее.

7. Решение антимонопольного органа о даче согласия на осуществление сделки экономической концентрации (с предписанием или без него) действует в течение одного года с даты его принятия и прекращает свое действие, если заявленная сделка не была осуществлена в течение данного срока ([ч. 8 комментируемой статьи](#)).

В отношении вопроса срока действия выданного антимонопольным органом предписания возможны определенные особенности.

Так, например, если выданное предписание устанавливает требования по совершению действий, предусматривающих достижение определенного результата, имеющих разовый характер, но обеспечивающих конкуренцию впоследствии, - в предписании может быть установлен срок его исполнения (например, разработка компанией правил торговой практики).

В том случае, если в предписании указывается на необходимость осуществления действий по представлению в антимонопольный орган определенной информации, сведений на регулярной основе, - в предписании может быть указан конкретный временной период (квартал, полугодие, год), по достижении которого хозяйствующим субъектом представляется необходимая информация.

Наконец, на практике встречаются случаи выдачи предписаний, содержащих так называемые поведенческие требования, обеспечивающие конкуренцию в целом и не имеющие ограничений по временному периоду (например, обеспечение недискриминационного доступа к инфраструктуре для контрагентов).

Касательно данных вопросов представляется, что в наиболее общем виде выданное предписание в любом случае должно действовать не дольше, чем срок, в течение которого заявитель или иные участники сделки экономической концентрации владеют акциями, имуществом или правами в отношении лица, являющегося объектом экономической концентрации.

Следует учитывать, что срок действия предписания является, как правило, длительным, и рыночные условия могут с течением времени измениться таким образом, что сделают предписание неэффективным, т.е. недостигающим цели обеспечения конкуренции. Также под влиянием рыночных обстоятельств лицо, которому выдано предписание, может перестать занимать доминирующее положение на товарном рынке, вследствие чего предписание будет накладывать необоснованные ограничения на его деятельность.

Исходя из этого, [ч. 11 комментируемой статьи](#) предусматривает возможность изменения предписания, выданного в рамках согласования сделки экономической концентрации. Антимонопольный орган может пересмотреть как содержание, так и порядок исполнения предписания. Основаниями для этого является возникновение существенных обстоятельств, которые наступили после вынесения предписания и исключают возможность и (или) целесообразность его исполнения полностью или в части. При этом [ч. 11 комментируемой статьи](#) относит к существенным обстоятельствам только следующие: изменение продуктовых или географических границ товарного рынка, состава продавцов или покупателей, утрату хозяйствующим субъектом доминирующего положения. Иные обстоятельства, какими бы существенными они ни были (например, изменение государственного регулирования соответствующего товарного рынка), не могут являться основанием для изменения предписания.

Важно учитывать также и то, что изменение предписания не может ухудшать положение лица, которому оно выдано, т.е. подразумевается, что введение новых требований не допускается.

Антимонопольный орган вправе изменить предписание по заявлению лица, которому оно выдано, а также по собственной инициативе. Заявление о пересмотре предписания должно быть рассмотрено антимонопольным органом в течение одного месяца со дня его поступления.

Более детально порядок пересмотра предписания, выданного по результатам рассмотрения ходатайства,

установлен [Приказом](#) ФАС России от 24 августа 2012 г. N 544. Им, в частности, установлено содержание и порядок подачи заявления о пересмотре предписания.

8. [Часть 10 комментируемой статьи](#) указывает, что если предусмотренные [ст. 31](#) Закона о защите конкуренции сделки экономической концентрации привели или могут привести к ограничению конкуренции, антимонопольный орган вправе выдать лицу, представившему соответствующее уведомление в антимонопольный орган, или его группе лиц предписание об осуществлении действий, направленных на обеспечение конкуренции. К выдаче такого предписания применяются те же правила, которые установлены для выдачи предписаний по результатам рассмотрения ходатайств о даче предварительного согласия на осуществление сделок экономической концентрации.

9. В связи со вступлением в силу четвертого антимонопольного [пакета](#) могут возникнуть вопросы применительно к порядку согласования соглашений о совместной деятельности между конкурентами. До последних изменений в [Закоме](#) о защите конкуренции соглашения о совместной деятельности между конкурентами согласовывались в добровольном порядке на основании [ст. 35](#) Закона о защите конкуренции. Теперь в случае, если суммарная стоимость активов сторон превышает 7 млрд. руб. или их суммарная выручка превышает 10 млрд. руб., соответствующее соглашение о совместной деятельности подлежит обязательному предварительному согласованию с антимонопольным органом в порядке [ст. ст. 32, 33](#) Закона о защите конкуренции. В ходе такого согласования антимонопольный орган не только оценивает потенциальные последствия соглашения для состояния конкуренции (применительно к своим полномочиям по контролю за экономической концентрацией), но и также должен оценить соответствие соглашения запретам [ст. 11](#) Закона о защите конкуренции и, по необходимости, решить вопрос о применении условий допустимости согласно [ч. 1 ст. 13](#) Закона о защите конкуренции.

Если соглашение о совместной деятельности не требует обязательного согласования из-за несоответствия сторон соглашения критериям активов и выручки, то они могут свое соглашение о совместной деятельности согласовать в добровольном порядке. В силу прямого указания новой [ч. 9.1 ст. 33](#) Закона о защите конкуренции такое согласование производится в том же порядке, что и согласование соглашений, подпадающих под требование об обязательном согласовании. Иными словами, антимонопольный орган так же, как и в случае с обязательным согласованием, должен проанализировать добровольно представленное соглашение на предмет его влияния на состояние конкуренции и соблюдения требований [ст. 11](#) Закона о защите конкуренции.

Статья 34. Последствия нарушения порядка получения предварительного согласия антимонопольного органа на осуществление сделок, иных действий, а также порядка представления в антимонопольный орган уведомлений об осуществлении сделок, иных действий, подлежащих государственному контролю

Комментарий к [статье 34](#)

1. Настоящей [статьей](#) установлены последствия нарушения правил о согласовании сделок экономической концентрации. В наиболее общем виде нарушениями признаются:

- осуществление сделки, иного действия без получения предварительного согласия антимонопольного органа;
- нарушение порядка уведомления антимонопольного органа об осуществлении сделок, иных действий;
- неисполнение предписания антимонопольного органа, выданного одновременно с решением о согласовании сделки (осуществления действия).

Последствиями данных нарушений могут быть принудительная ликвидация, принудительная реорганизация в форме разделения или выделения, а также признание сделок недействительными. Обе данные санкции реализуются исключительно в судебном порядке по иску антимонопольного органа, направляемому в арбитражный суд ([п. 6 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции).

Третьи лица (в том числе сами стороны соответствующих сделок или их акционеры) не имеют права обращения в суд с исками о принудительной ликвидации (реорганизации) или признании сделок недействительными по основаниям нарушения требований об их согласовании с антимонопольным органом <1>.

<1> См.: [Определение](#) КС РФ от 21 декабря 2006 г. N 619-О; Постановления ФАС ДВО от 30 августа 2013 г. по делу [N A24-4088/2012](#) ([Определением](#) ВАС РФ от 26 декабря 2013 г. N ВАС-18653/13 отказано в передаче данного дела в Президиум ВАС РФ), ФАС УО от 18 июля 2012 г. по делу [N A50-189/2011](#) ([Определением](#) ВАС РФ от 25 января 2013 г. N ВАС-15022/12 отказано в передаче данного дела в Президиум ВАС РФ).

2. Иск о принудительной ликвидации или реорганизации в форме выделения или разделения может быть заявлен в случае:

- создания коммерческой организации, в том числе в результате слияния или присоединения коммерческих организаций, без получения предварительного согласия антимонопольного органа ([ч. 1 настоящей статьи](#));

- нарушения порядка уведомления антимонопольного органа о создании коммерческой (финансовой) организации, в том числе создания такой организации в результате слияния или присоединения коммерческих (финансовых) организаций ([ч. 4 настоящей статьи](#)).

Обращает на себя внимание, что [ч. 1 комментируемой статьи](#) упоминает только о действиях, связанных с созданием коммерческой организации, и не упоминает непосредственно о действиях, связанных с созданием финансовой организации (в том числе в результате слияния и присоединения финансовых организаций). Вместе с тем, учитывая, что финансовая организация, определение которой приведено в [п. 6 ст. 4](#) Закона о защите конкуренции, может быть создана (осуществлять свою деятельность) и в форме коммерческой организации, а также принимая во внимание, что [ч. 3 комментируемой статьи](#), в настоящее время утратившая силу в связи с принятием Федерального [закона](#) от 28 декабря 2013 г. N 423-ФЗ <1>, закрепляла за антимонопольными органами возможность предъявления исков о ликвидации (реорганизации) финансовых организаций, о создании которых антимонопольный орган не был уведомлен в установленном порядке, представляется, что антимонопольные органы должны иметь также право заявлять иски о принудительной ликвидации или реорганизации финансовых организаций, созданных без получения предварительного согласия антимонопольного органа.

<1> Федеральный [закон](#) от 28 декабря 2013 г. N 423-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "О защите конкуренции".

Также следует отметить, что [ч. 4 комментируемой статьи](#) устанавливает возможность признания недействительными сделок и иных действий, указанных в [ст. 31](#) Закона о защите конкуренции. Учитывая, что действие [ст. 31](#) распространяется и на случаи реорганизации (создания) коммерческих (финансовых) организаций, осуществляемых в рамках одной группы лиц (подробнее см. [комментарий к ст. 31](#) Закона о защите конкуренции), антимонопольные органы также должны обладать правом предъявления вышеупомянутых исков о принудительной ликвидации (реорганизации) коммерческих (финансовых) организаций, в отношении которых было нарушено требование о последующем уведомлении антимонопольного органа.

Для успешного удовлетворения иска и принудительной ликвидации (реорганизации) антимонопольному органу необходимо доказать, что создание соответствующей коммерческой или финансовой организации привело или может привести к ограничению конкуренции, в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения этой организации.

У антимонопольного органа имеется право выбора, какой именно иск заявлять: о принудительной ликвидации или о принудительной реорганизации, в форме выделения или разделения. Однако с учетом положений [п. 3 ст. 61](#) ГК РФ и [п. 23](#) Постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 1 июля 1996 г. N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" представляется, что иск о принудительной ликвидации должен заявляться только в случае допущения наиболее грубых нарушений при согласовании создания коммерческих организаций (т.е. в случае неполучения предварительного согласия) и если применение принудительной реорганизации в форме разделения или выделения невозможно или не сможет восстановить состояние конкуренции. Предусмотренный [комментируемой статьей](#) иск о принудительной ликвидации (реорганизации) является самостоятельным, и его

не следует смешивать с иском о принудительной реорганизации в порядке [ст. 38](#) Закона о защите конкуренции (см. [комментарий к ней](#)).

3. Иск о признании сделок недействительными может быть заявлен в случае:

- осуществления сделки без получения предварительного согласия антимонопольного органа ([ч. 2 комментируемой статьи](#));
- осуществления сделки с нарушением порядка уведомления антимонопольного органа ([ч. 4 комментируемой статьи](#));
- неисполнения предписания антимонопольного органа, выданного одновременно с решением о согласовании сделки ([ч. 5 комментируемой статьи](#)).

Важно подчеркнуть, что у антимонопольного органа отсутствуют полномочия по оспариванию сделок по иным основаниям, в том числе по основаниям несоблюдения их формы <1>.

<1> См.: [Постановление](#) 13 ААС от 17 августа 2009 г. по делу N А56-44238/2008.

Как и в случае с иском о принудительной ликвидации (реорганизации), для признания сделки экономической концентрации недействительной антимонопольному органу следует доказать, что оспариваемая сделка привела или могла привести к ограничению конкуренции, в том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения.

Вследствие этого сделки, осуществленные с нарушением требований об их согласовании с антимонопольным органом, являются оспоримыми <1>. Срок исковой давности по требованию о признании их недействительными и о применении последствий их недействительности составляет один год ([п. 2 ст. 181](#) ГК РФ). Течение срока исковой давности по указанному требованию начинается со дня, когда антимонопольный орган узнал или должен был узнать об осуществлении сделки с нарушением требований о ее согласовании. Здесь также можно отметить, что [ч. 5 комментируемой статьи](#) непосредственно упоминает только о возможности признания недействительными сделок в случае неисполнения предписаний, выданных антимонопольным органом при согласовании (рассмотрении) таких сделок. Вместе с тем, учитывая, что [п. 4 ч. 2 ст. 33](#) Закона о защите конкуренции предусматривает возможность выдачи антимонопольным органом предписаний по результатам рассмотрения ходатайств об осуществлении действий, не являющихся сделками, представляется, что правом предъявления соответствующего иска в суд антимонопольные органы должны обладать и в случае неисполнения предписания, выданного одновременно с решением о согласовании действий, предусмотренных [ст. 27](#) Закона о защите конкуренции.

<1> См.: [п. 16](#) Постановления Пленума ВАС РФ N 30.

Касательно оспаривания (признания недействительными) сделок, совершенных с нарушением правила о предварительном согласовании, предъявления исков о принудительной ликвидации (реорганизации) коммерческих организаций следует отметить, что практику по ним трудно назвать обширной. В качестве примера можно привести следующий случай признания арбитражными судами недействительными сделок, совершенных без получения предварительного согласия антимонопольного органа.

Приобретателем, осуществлявшим производство и реализацию алкогольной продукции и находившимся в реестре хозяйствующих субъектов, имеющих долю на рынке определенного товара в размере более чем 35%, в 2010 г. без получения предварительного согласия антимонопольного органа были совершены сделки по приобретению 60% долей в уставном капитале предприятия, также осуществлявшего реализацию и поставки алкогольной продукции. Указанные договоры купли-продажи долей предприятия-конкурента были признаны недействительными, поскольку они были признаны ограничивающими конкуренцию <1>.

<1> См.: [Постановление](#) ФАС ПО от 29 ноября 2011 г. по делу N A65-25267/2010.

В другом деле по иску антимонопольного органа был признан недействительным договор аренды с правом выкупа газопровода, поскольку он привел к усилению доминирующего положения арендатора и увеличению тарифов на тепловую энергию для конечных потребителей <1>.

<1> См.: [Постановление](#) ФАС УО от 27 июля 2009 г. по делу N A50-15220/2008.

4. В дополнение к последствиям, установленным [ст. 34](#) Закона о защите конкуренции, за нарушение порядка согласования сделок экономической концентрации может применяться административное наказание. В [ч. 6 настоящей статьи](#) содержится отсылка к [КоАП РФ](#).

Составами административных правонарушений, связанных с нарушением требований о контроле за экономической концентрацией, являются:

- непредставление в антимонопольный орган ходатайств, представление ходатайств, содержащих заведомо недостоверные сведения, а равно нарушение порядка и сроков подачи ходатайств ([ч. 3 ст. 19.8 КоАП РФ](#));

- непредставление в антимонопольный орган уведомлений, представление уведомлений, содержащих заведомо недостоверные сведения, а равно нарушение порядка и сроков подачи уведомлений ([ч. 4 ст. 19.8 КоАП РФ](#));

- невыполнение в установленный срок законного предписания антимонопольного органа о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции ([ч. 2.3 ст. 19.5 КоАП РФ](#)).

Указанные составы административных правонарушений являются формальными <1>. Таким образом, для применения мер административной ответственности не имеет значения наступление каких-либо последствий (в том числе привело ли допущенное правонарушение к ограничению конкуренции или нет).

<1> См.: [п. 17](#) Постановления Пленума ВАС РФ N 30.

К административной ответственности привлекается лицо, на котором лежит обязанность по направлению ходатайства/уведомления (т.е. приобретатель по сделке или лица, осуществляющие слияние/присоединение, см. [комментарий к ст. 32](#) Закона о защите конкуренции) <1>, а также лицо, которому антимонопольным органом выдано соответствующее предписание. Ответственности подлежат как юридические, так и физические лица, а также должностные лица юридических лиц. При этом за одно и то же правонарушение к административной ответственности подлежит привлечению как допустившее его юридическое лицо, так и должностное лицо такого юридического лица, по вине которого было совершено правонарушение ([ч. 3 ст. 2.1 КоАП РФ](#)) <2>.

<1> См.: Постановления ФАС УО от 8 июня 2009 г. по делу [N A76-24455/2008-59-646](#), ФАС МО от 18 июля 2008 г. по делу [N A40-3048/08-130-23](#).

<2> См.: [п. 15](#) Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2005 г. N 5 "О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях".

Срок давности привлечения к административной ответственности за нарушение требований о согласовании сделок экономической концентрации составляет один год ([ч. 1 ст. 4.5 КоАП РФ](#)) <1>. При этом важно понимать, что правонарушения, связанные с получением предварительного согласия или направлением уведомления, не являются длящимися.

<1> См.: [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 2 ноября 2010 г. N 8124/10, которым сформулирована аналогичная позиция применительно к нарушениям, связанным с представлением информации антимонопольному органу.

Согласно правовой позиции ВС РФ длящимся является такое административное правонарушение, которое выражается в длительном непрекращающемся невыполнении или ненадлежащем выполнении предусмотренных законом обязанностей, а невыполнение обязанности к установленному сроку свидетельствует о том, что административное правонарушение не является длящимся <1>. Учитывая, что в [Законе](#) о защите конкуренции установлен момент, до которого необходимо получить предварительное согласие или направить уведомление (см. [комментарии к ст. ст. 27 - 29 и 31](#)), нарушения этих обязанностей не являются длящимися. Данная позиция была также подтверждена и ВАС РФ (применительно к нарушениям, связанным с непредставлением уведомлений) <2>, а также поддерживается судебной практикой применительно к непредставлению ходатайств <3>.

<1> См.: [п. 14](#) Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2005 г. N 5 "О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях".

<2> См.: [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 26 сентября 2006 г. N 6638/06.

<3> См.: [Постановление](#) ФАС МО от 9 апреля 2014 г. по делу N A40-92557/13-106-605.

Поэтому годичный срок давности в отношении правонарушений, связанных с получением предварительного согласия или направлением уведомления, начинает исчисляться с момента совершения соответствующих правонарушений, т.е. с момента осуществления сделки без предварительного согласия либо с момента истечения 45 дней со дня совершения сделки, требовавшей направления уведомления.

В то же время нарушения, связанные с неисполнением предписаний антимонопольного органа, могут являться длящимися. В этом случае годичный срок давности привлечения к административной ответственности начинается исчисляться с момента обнаружения антимонопольным органом длящегося неисполнения предписания ([ч. 2 ст. 4.5 КоАП РФ](#)).

На практике возникают вопросы, связанные с применением [ч. 3 ст. 19.8 КоАП РФ](#) в связи с так называемым ранним закрытием сделок, т.е. в ситуациях, когда стороны осуществляют сделку до момента получения предварительного согласования антимонопольного органа. Состав данного административного правонарушения сформулирован таким образом, что признает нарушением сам факт непредставления в антимонопольный орган ходатайств, представление недостоверных сведений в составе ходатайств или нарушение сроков представления ходатайств (хотя, строго говоря, [Закон](#) о защите конкуренции не устанавливает сроков представления ходатайств). Однако в ситуации "раннего закрытия" ходатайство могло быть представлено в антимонопольный орган, и пакет документов мог соответствовать требованиям [ст. 32 Закона](#) о защите конкуренции, но в течение срока рассмотрения антимонопольным органом данного ходатайства стороны осуществили сделку, не дожидаясь решения по ходатайству. Многие суды в таких ситуациях идут по пути формального применения состава, предусмотренного [ч. 3 ст. 19.8 КоАП РФ](#), и занимают позицию, согласно которой подобные действия не охватываются данным составом, поскольку ходатайство формально было подано и соответствует предъявляемым к нему законом требованиям <1>. Имеются и противоположные судебные решения <2>. Представляется необходимым внести изменения в [ч. 3 ст. 19.8](#), чтобы и охватить ситуации "раннего закрытия", и избежать неприменения административной ответственности за очевидные нарушения антимонопольного законодательства.

<1> См.: Постановления ФАС ВСО от 25 декабря 2009 г. по делу [N A19-18055/08](#), от 6 мая 2009 г. по делу [N A19-18055/08-27](#).

<2> См.: [Постановление](#) АС МО от 21 октября 2014 г. по делу N A40-141832/13.

Статья 35. Государственный контроль за ограничивающими конкуренцию соглашениями хозяйствующих субъектов

Комментарий к [статье 35](#)

1. По общему правилу хозяйствующие субъекты самостоятельно оценивают заключаемые ими соглашения на предмет их соответствия антимонопольному законодательству. Однако комментируемая [статья](#) предоставляет хозяйствующим субъектам возможность обратиться в антимонопольный орган за подтверждением соответствия планируемого ими соглашения требованиям антимонопольного законодательства.

Обращение в антимонопольный орган с заявлением является добровольным. Согласно ранее действовавшей редакции комментируемой [статьи](#) существовала обязанность для отдельных хозяйствующих субъектов представлять некоторые заключаемые ими соглашения для проверки их допустимости в антимонопольный орган. Эта обязанность распространялась на финансовые организации, заключавшие соглашения между собой и (или) с органами государственной и муниципальной власти вне рамок своей обычной хозяйственной деятельности. Однако данные положения признаны утратившими силу изменениями, внесенными третьим антимонопольным [пакетом](#) и вступившими в силу с 6 января 2012 г.

В момент обращения в антимонопольный орган и до момента принятия антимонопольным органом решения по нему соглашение еще должно быть не заключено (т.е. оно должно существовать в виде проекта). Также представляется допустимым перед обращением в антимонопольный орган заключить соглашение, обязательно обусловив его вступление в силу отлагательным условием в виде получения от антимонопольного органа подтверждения его допустимости.

2. Обращение в антимонопольный орган происходит путем подачи заявления о проверке соответствия проекта соглашения требованиям антимонопольного законодательства ([ч. 1 настоящей статьи](#)). Заявление могут подать стороны планируемого соглашения как совместно, так и любая из них в отдельности.

Вместе с заявлением в антимонопольный орган представляются определенные документы и сведения ([ч. 2 комментируемой статьи](#)). К числу данных документов и сведений относятся:

- проект самого соглашения и обоснование его допустимости;
- документы и сведения о сторонах планируемого соглашения (учредительные документы, корпоративная информация, финансовая отчетность и пр.);
- сведения о хозяйственной деятельности сторон планируемого соглашения;
- сведения о лицах, принадлежащих к той же группе лиц, что и стороны планируемого соглашения, включая информацию об их хозяйственной деятельности;
- сведения о конкурентах сторон соглашения <1>.

<1> Полный [перечень](#) таких документов и сведений утвержден Приказом ФАС России от 18 июня 2007 г. N 168.

Заявление вместе с приложенными документами и сведениями подается в федеральный антимонопольный орган (Центральный аппарат ФАС России) или в соответствующий территориальный антимонопольный орган. Полномочия территориальных управлений ФАС России распространяются на такие соглашения, исполнение которых будет осуществляться в пределах территории, на которой соответствующий территориальный орган осуществляет свою деятельность <1>.

<1> См.: [п. 4.16](#) Положения о территориальном органе ФАС России; [письмо](#) ФАС России от 2 июля 2007 г. N ИА/10754.

Если заявитель направил не все требуемые документы и сведения, заявление считается непредставленным, о чем антимонопольный орган в 10-дневный срок со дня поступления указанного заявления

уведомляет заявителя. Заявитель в течение 14 дней после получения такого уведомления может истребовать свое заявление и приложенные к нему документы и сведения обратно ([ч. 3.1 настоящей статьи](#)).

Антимонопольный орган рассматривает поступившее заявление в течение 30 дней с того момента, как ему были представлены все необходимые документы и сведения ([ч. 3 комментируемой статьи](#)). Данный срок в случае необходимости может быть продлен, но не более чем на 20 дней ([ч. 5 комментируемой статьи](#)). Антимонопольный орган направляет заявителю уведомление о продлении срока рассмотрения заявления с указанием причин этого.

3. По результатам рассмотрения заявления о согласовании проекта соглашения антимонопольный орган может вынести одно из следующих решений:

1) решение о соответствии проекта соглашения требованиям антимонопольного законодательства, т.е. согласовать проект соглашения ([ч. 3 комментируемой статьи](#));

2) решение о несоответствии проекта соглашения требованиям антимонопольного законодательства, т.е. отказать в согласовании проекта соглашения ([ч. 4 комментируемой статьи](#));

3) решение о соответствии проекта соглашения требованиям антимонопольного законодательства вместе с предписанием, направленным на обеспечение конкуренции, т.е. выдать условное согласование проекта соглашения ([ч. 7 комментируемой статьи](#)).

Антимонопольный орган согласовывает проект соглашения, если его условия не противоречат требованиям антимонопольного законодательства (см. [ч. ч. 1 - 4 ст. 11 Закона о защите конкуренции](#), а также комментарий к ним) или если планируемое соглашение подпадает под соответствующие запреты, но может быть признано допустимым в соответствии со [ст. ст. 12, 13 Закона о защите конкуренции](#) (см. [комментарии к соответствующим статьям](#)). Во втором случае антимонопольный орган может также вынести решение о согласовании проекта соглашения с выдачей предписания, направленного на обеспечение конкуренции.

Если же планируемое соглашение противоречит антимонопольному законодательству и не может быть признано допустимым, антимонопольный орган выносит решение об отказе в согласовании проекта соглашения. Такое же решение может быть вынесено и в случае, если заявитель представил в антимонопольный орган недостоверные сведения, имеющие значение для принятия решения ([п. 2 ч. 4 комментируемой статьи](#)).

Решение антимонопольного органа о согласовании проекта соглашения, так же как и решение по сделке экономической концентрации, действует в течение одного года со дня принятия указанного решения ([ч. 6 комментируемой статьи](#)).

Решение об отказе в согласовании проекта соглашения и (или) выданное антимонопольным органом предписание могут быть оспорены в суде. Судебная практика по такого рода делам требует от антимонопольного органа подробной аргументации, почему соответствующее соглашение может ограничить конкуренцию, а также формулирования предписаний, которые являются в достаточной степени определенными и имеют прямую связь с представленным на согласование проектом соглашения. В частности, судом было признано незаконным предписание антимонопольного органа, адресованное энергосбытовой организации, о запрете выполнения функций агента потребителей электрической энергии и сбытовых организаций по поводу купли-продажи электрической энергии на розничном рынке, поскольку из содержания представленного на согласование проекта соглашения не следовало, что энергосбытовая организация намеревается вступать в такие отношения <1>.

<1> См.: [Постановление](#) ФАС УО от 12 августа 2009 г. по делу N А60-37345/2008-С9; см. также: [Постановление](#) ФАС УО от 13 мая 2009 г. по делу N А60-26481/08-С9.

4. Контроль за ограничивающим конкуренцию соглашением, которое было признано антимонопольным органом допустимым, не заканчивается вынесением решения по соответствующему заявлению. Уже после заключения сторонами соглашения или после его вступления в силу антимонопольный орган вправе пересмотреть свое решение о согласовании проекта соглашения.

Решение антимонопольного органа о пересмотре ранее выданного решения о согласовании проекта

соглашения должно быть мотивированным. В [ч. 8 комментируемой статьи](#) установлен закрытый перечень оснований для вынесения такого решения, а именно:

- 1) после принятия решения будет установлено, что при рассмотрении заявления были представлены недостоверные сведения;
- 2) сторонами соглашения не выполняется выданное антимонопольным органом предписание;
- 3) изменились условия, послужившие основанием для признания проекта соглашения допустимым (например, существенно увеличилась рыночная доля одной из сторон соглашения).

Антимонопольный орган не вправе непосредственно изменять гражданско-правовые отношения между хозяйствующими субъектами, однако он может применять меры антимонопольного контроля, направленные на устранение антиконкурентного характера таких отношений. В этой связи стороны ставшего недопустимым соглашения обязаны самостоятельно его прекратить в течение одного месяца с момента получения любым из них соответствующего решения антимонопольного органа ([ч. 9 комментируемой статьи](#)). В случае если стороны продолжают участвовать в антиконкурентном соглашении по истечении месячного срока, антимонопольный орган вправе обратиться с иском в суд о принудительном прекращении соглашения (в силу [подп. "г" п. 6 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции) или о признании его полностью или частично недействительным (в силу [подп. "б" п. 6 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции).

5. Не все соглашения могут быть согласованы в порядке, предусмотренном настоящей [статьей](#).

Во-первых, исключение составляют соглашения, которые являются сделками экономической концентрации, подлежащими предварительному согласованию с антимонопольными органами (см. [ст. ст. 27 - 29](#) Закона о защите конкуренции и [комментарий к ним](#)). Для их согласования с антимонопольными органами существует специальный порядок, предусмотренный [ст. ст. 32 - 33](#) Закона о защите конкуренции. В частности, это распространяется на соглашения о совместной деятельности между конкурентами. До вступления в силу четвертого антимонопольного [пакета](#) они согласовывались в добровольном порядке на основании [ст. 35](#) Закона о защите конкуренции. Однако после вступления в силу изменений соглашения о совместной деятельности стали сделками экономической концентрации и они теперь подлежат согласованию в порядке, предусмотренном [ст. ст. 32, 33](#) Закона о защите конкуренции, если соблюдены требования к пороговым величинам участников соглашения согласно [ст. 27](#) Закона о защите конкуренции. Если же соглашение о совместной деятельности между конкурентами не подпадает под требование об обязательном предварительном согласовании, оно может быть согласовано добровольно как в порядке, который предусмотрен для обязательного согласования сделок экономической концентрации (см. [ч. 9.1 ст. 33](#) Закона о защите конкуренции и [комментарий к ней](#)), так и в порядке [ст. 35](#) Закона о защите конкуренции.

Во-вторых, в силу буквального толкования [ст. 35](#) Закона о защите конкуренции она распространяется только на соглашения между хозяйствующими субъектами. Поэтому соглашения между хозяйствующими субъектами и органами государственной и муниципальной власти (которые могут являться антиконкурентными на основании [ст. 16](#) Закона о защите конкуренции, см. [комментарий к ней](#)) формально не могут признаваться допустимыми по [ст. 35](#) Закона о защите конкуренции. Однако в судебной практике можно встретить подход, согласно которому соглашения между органами власти и хозяйствующими субъектами также можно согласовывать в порядке [ст. 35](#) Закона о защите конкуренции, и такое согласование будет иметь юридическую силу (препятствует антимонопольному органу в дальнейшем ссылаться на антиконкурентный характер согласованного им соглашения) ^{<1>}. Представляется, что в целом отсутствуют препятствия для того, чтобы использовать порядок, предусмотренный [ст. 35](#) Закона о защите конкуренции, для согласования соглашений между органами власти и хозяйствующими субъектами, однако для этого следует внести соответствующие изменения в закон, прямо допускающие такую возможность.

^{<1>} См.: [Постановление](#) ФАС МО от 26 ноября 2009 г. по делу N А40-74207/08-94-526.

Глава 8. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НАРУШЕНИЕ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Статья 36. Обязательность исполнения решений и предписаний антимонопольного органа

Комментарий к [статье 36](#)

1. В [ст. 36](#) Закона о защите конкуренции закреплена обязательность исполнения решений и предписаний антимонопольного органа.

Аналогичная норма об обязательности предписаний антимонопольного органа содержалась и в [ст. 22](#) ранее действовавшего Закона о конкуренции. По сравнению с ранее действовавшим [Законом](#) в комментируемой [статье](#) незначительно изменилась лишь формулировка соответствующего положения. В целом же смысл и назначение данной нормы не поменялись.

2. Комментируемая [статья](#) предусматривает широкий перечень лиц (субъектов), которые обязаны исполнять решения и предписания антимонопольного органа. Среди указанных субъектов [Закон](#) о защите конкуренции называет коммерческие и некоммерческие организации (их должностные лица), федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов РФ, органы местного самоуправления (должностные лица перечисленных органов), иные осуществляющие функции указанных органов органы или организации (их должностные лица), а также государственные внебюджетные фонды (их должностные лица), физические лица, в том числе индивидуальных предпринимателей.

3. В комментируемой [статье](#) говорится об обязательности исполнения в принципе любых решений и предписаний антимонопольных органов в установленный такими решениями и предписаниями срок. Обязанность исполнения предписаний по делу о нарушении антимонопольного законодательства более подробно регламентирована в [ст. 51](#) комментируемого Закона.

В соответствии с [ч. 4 названной статьи](#) под неисполнением в срок предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства понимается исполнение предписания лишь частично в указанный этим предписанием срок или полное уклонение от его исполнения. В этой норме подчеркивается, что неисполнение указанного предписания в срок является нарушением антимонопольного законодательства.

4. Невыполнение в установленный срок законного решения, предписания федерального антимонопольного органа, его территориального органа влечет за собой привлечение лица, не исполнившего в срок решение или предписание антимонопольного органа, к административной ответственности в соответствии с [ч. ч. 2.1 - 2.3, 2.5 - 2.6 ст. 19.5 КоАП РФ](#).

В силу перечисленных норм административно наказуемым является неисполнение следующих решений и (или) предписаний антимонопольного органа:

- о прекращении ограничивающих конкуренцию соглашений и (или) согласованных действий и совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции, или законного решения, предписания, выданного при осуществлении контроля за использованием государственной или муниципальной преференции ([ч. 2.1](#));

- о прекращении злоупотребления хозяйствующим субъектом доминирующим положением на товарном рынке и совершении предусмотренных антимонопольным законодательством РФ действий, направленных на обеспечение конкуренции ([ч. 2.2](#)). Применительно ко "второй половине" данного состава необходимо отметить, что если предписание не содержит именно требований об обеспечении конкуренции, то административная ответственность за его неисполнение согласно данной норме применяться не может;

- о прекращении нарушения правил недискриминационного доступа к товарам (работам, услугам) ([ч. 2.3](#));

- о прекращении недобросовестной конкуренции ([ч. 2.5](#));

- о прекращении нарушения антимонопольного законодательства, прекращении либо недопущении ограничивающих конкуренцию действий или законного решения, предписания о совершении предусмотренных законодательством РФ действий, за исключением случаев, предусмотренных [ч. ч. 2.1 - 2.6 ст. 19.5 КоАП РФ](#).

5. Необходимо особо отметить, что согласно диспозиции перечисленных частей [ст. 19.5 КоАП РФ](#) лицо может быть привлечено к административной ответственности только за неисполнение **законного** решения и предписания антимонопольного органа. Таким образом, в случае оспаривания в суде правомерности привлечения к административной ответственности за такое неисполнение суд обязан проверить законность соответствующего решения и предписания антимонопольного органа.

Так, при разрешении спора АС МО указал в [Постановлении](#) от 25 февраля 2016 г. по делу N А41-57159/2015 следующее:

"[Частью 2.2 статьи 19.5](#) КоАП РФ установлена ответственность за невыполнение в установленный срок **законного** решения, **предписания** федерального **антимонопольного органа**, его территориального органа о прекращении злоупотребления хозяйствующим субъектом доминирующим положением на товарном рынке и совершении предусмотренных антимонопольным законодательством Российской Федерации действий, направленных на обеспечение конкуренции.

Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суды, проверив законность и обоснованность оспариваемого постановления, установив наличие соответствующих полномочий административного органа, принявшего оспариваемое постановление, законность оснований для привлечения к административной ответственности, соблюдение порядка привлечения к ответственности и срока давности привлечения к административной ответственности, обоснованно пришли к выводу о наличии в действиях заявителя состава вмененного административного правонарушения, выразившегося в неисполнении в установленный срок предписания антимонопольного органа.

При этом суды исходили из того, что **законность предписания** УФАС по Астраханской области установлена решением Арбитражного суда Астраханской области от 3 декабря 2014 г. по делу N А06-7219/2014, оставленным без изменения [Постановлением](#) Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 13 февраля 2015 г."

Незаконность решения и предписания антимонопольного органа должна влечь отмену судом постановления о привлечении лица к административной ответственности за неисполнение такого незаконного решения или предписания (см. Постановления АС УО от 27 августа 2015 г. по делу [N А76-26908/2013](#), ФАС ВСО от 11 марта 2013 г. по делу [N А58-3696/2012](#), ФАС СЗО от 4 июля 2011 г. по делу [N А05-10839/2010](#) и др.).

6. Важным элементом законности предписания антимонопольного органа является его **исполнимость**. Неисполнимые положения предписания антимонопольного органа не могут возлагать на хозяйствующего субъекта какие-либо обязанности, влечь ответственность за неисполнение такого предписания и подлежат признанию недействительными в судебном порядке.

Так, в [Постановлении](#) АС ЦО от 14 марта 2016 г. по делу N А08-4265/2015 судом сделаны следующие общие выводы:

"Предписание выносится в случае установления нарушений антимонопольного законодательства в целях их устранения. При этом предписание должно содержать только законные требования, то есть на юридическое лицо может быть возложена обязанность по устранению лишь тех нарушений, соблюдение которых обязательно для них в силу закона, а сами требования должны быть реально исполнимы.

Исполнимость предписания является определяющим признаком его законности, поскольку предписание исходит от государственного органа, обладающего властными полномочиями, носит обязательный характер и для его исполнения устанавливается определенный срок, за нарушение которого наступает административная ответственность ([статья 19.5](#) КоАП РФ).

Несоблюдение требования об исполнимости предписания ставит оценку действий обязанного лица, направленных на исполнение предписания, в зависимость от субъективного мнения контролирующего органа, что противоречит принципу правовой определенности и создает потенциальную возможность для злоупотреблений со стороны государственных органов в данной сфере.

Суд находит обоснованными выводы судов о том, что содержащиеся в предписании формулировки должны исключать возможность двоякого толкования; изложение должно быть кратким, четким, ясным, последовательным, доступным для понимания всеми лицами.

Дав верную оценку формулировкам оспариваемого предписания от 19 марта 2015 г., суд апелляционной инстанции обоснованно пришел к выводу об их неясности и неопределенности".

В свою очередь, например, [Постановлением](#) АС ПО от 28 августа 2015 г. по делу N А57-22483/2014 предписание антимонопольного органа было признано неисполнимым и недействительным в следующей

ситуации.

Университет неправомерно отказал индивидуальному предпринимателю в пролонгации договора аренды частей нежилых помещений в порядке [ч. 9 ст. 17.1](#) Закона. В дальнейшем данные части помещений были переданы в аренду иным лицам по итогам аукциона.

Антимонопольный орган признал университет нарушившим [ст. 15](#) и [ч. 10 ст. 17.1](#) Закона и выдал предписание прекратить нарушение антимонопольного законодательства, повторно рассмотрев обращение предпринимателя о заключении договора аренды федерального недвижимого имущества, закрепленного университетом на праве оперативного управления, на новый срок.

Признавая законным решение антимонопольного органа, суд, однако, указал на неисполнимость его предписания. Суд отметил, что из содержания предписания невозможно установить, какие конкретно действия должен совершить университет для устранения нарушений антимонопольного законодательства в результате повторного рассмотрения заявления предпринимателя.

Оспариваемое предписание было выдано через полгода после заключения договоров аренды с новыми арендаторами (о чем антимонопольному органу было известно в момент выдачи предписания), соответственно, на дату выдачи предписания реализация преимущественного права предпринимателя была возможна только в судебном порядке.

Также можно привести в качестве примера дело АС Оренбургской области N А47-32/2010, в котором была рассмотрена следующая ситуация.

После состоявшегося аукциона на право аренды земельных участков антимонопольный орган принял решение о нарушении региональным министерством при проведении этого аукциона [ч. 1 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции (проект договора аренды лесного участка не соответствовал условиям аукциона, нарушал интересы потенциальных арендаторов).

Выданное на основании этого решения предписание обязывало министерство внести изменения в аукционную документацию.

При рассмотрении дела суд отметил, что "предписание выносится на основании решения антимонопольного органа о признании лица нарушившим нормы антимонопольного законодательства, должно быть логически согласовано с решением и направлено на устранение нарушений, установленных антимонопольным органом в рамках конкретного дела, а требования, изложенные в предписании, должны быть определенными и **исполнимыми**".

В данном случае решение и предписание антимонопольного органа были приняты (выданы) после состоявшегося аукциона. Соответственно, на момент рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства и вынесения предписания антимонопольному органу было известно, что требование предписания о внесении изменений в аукционную документацию не может быть исполнено.

В результате предписание антимонопольного органа было признано неисполнимым и незаконным (см. [Постановление](#) ФАС УО от 22 декабря 2010 г. по делу N А47-32/2010).

Проверка предписания антимонопольного органа на исполнимость является одним из важных вопросов многих судебных разбирательств (см. Постановления АС ПО от 30 марта 2015 г. по делу N [А65-10415/2014](#), АС УО от 10 декабря 2015 г. по делу N [А50-5026/2015](#), АС ЦО от 4 декабря 2015 г. по делу N [А83-880/2015](#), Определение ВАС РФ от 23 января 2013 г. N [ВАС-18351/12](#), [Постановление](#) ФАС СЗО от 16 ноября 2012 г. по делу N А52-1920/2012 и др.).

7. С вопросом обязательности решений и предписаний антимонопольного органа тесно связан вопрос о том, должны ли исполняться такие решения и предписания в случае их судебного обжалования.

Так, в [ч. 2 ст. 52](#) Закона о защите конкуренции прямо закреплено, что оспаривание решения и предписания в судебном порядке приостанавливает исполнение предписания до дня вступления решения суда в законную силу. Таким образом, комментируемый [Закон](#) предусмотрел автоматическое приостановление исполнения только в отношении предписания антимонопольного органа.

Что касается приостановления исполнения решения антимонопольного органа в случае оспаривания такого решения в суде, то в [п. 10.1](#) Постановления Пленума ВАС РФ N 30 разъясняется, что обжалование решения само по себе не откладывает его вступление в законную силу, а следовательно, и необходимость исполнения обжалуемого решения.

Кроме того, Пленум ВАС РФ прямо указал, что с момента изготовления своего решения в полном объеме антимонопольный орган вправе возбудить дело об административном правонарушении независимо от того, обжаловано ли соответствующее решение в судебном порядке.

8. В свою очередь, [ст. 52, ч. 3 - 16 ст. 23](#) Закона не предусматривают возможность приостановления исполнения решений и предписаний территориальных антимонопольных органов при их обжаловании в коллегиальный орган ФАС России.

9. Обязательность исполнения решений и предписаний антимонопольного органа, о которой говорится в комментируемой [статье](#), означает также и то, что антимонопольный орган вправе в судебном порядке принудить лицо исполнить соответствующее решение или предписание. Такое полномочие антимонопольного органа закреплено [подп. "и" п. 6 ч. 1 ст. 23](#) комментируемого Закона.

При этом согласно разъяснениям, данным в [п. 23](#) Постановления Пленума ВАС РФ N 30, право антимонопольного органа обращаться в арбитражный суд с исками, заявлениями о понуждении к исполнению своих решений и предписаний с учетом положений [АПК РФ](#) не может рассматриваться как предоставляющее указанному органу возможность заявлять требования о подтверждении законности своего решения и (или) о выдаче исполнительного листа.

Как указал Пленум ВАС РФ, данное право предполагает в случае неисполнения лицом выданного ему предписания, помимо привлечения данного лица к административной ответственности, право антимонопольного органа обратиться в арбитражный суд с самостоятельным требованием к нарушителю, связанным с исполнением решения и направленным на устранение и (или) предотвращение нарушения антимонопольного законодательства, в рамках полномочий антимонопольного органа, определенных [п. 6 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции.

Так, могут быть заявлены требования о признании недействительными полностью или частично договоров, не соответствующих антимонопольному законодательству, об обязательном заключении договора, об изменении или о расторжении договора, о признании торгов недействительными и др.

Суды последовательно придерживаются данной позиции.

Например, в деле АС Новосибирской области N А45-17614/2012 было отказано в удовлетворении иска антимонопольного органа о понуждении ООО к исполнению решения и предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

Соответствующим решением ООО было признано нарушающим [п. п. 2 и 4 ч. 1 ст. 14](#) Закона о защите конкуренции. Предписание обязывало компанию прекратить выявленное нарушение. Неисполнение решения и предписания в установленный срок послужило основанием для обращения УФАС с иском о понуждении к их исполнению.

Отказывая в иске, суды отметили, что подобные иски недопустимы, а самостоятельных требований, направленных на устранение или предотвращение нарушения антимонопольного законодательства и предусмотренных [п. 6 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции, УФАС не заявляло ([Постановление](#) ФАС ЗСО от 4 апреля 2013 г. по делу N А45-17614/2012).

Схожая ситуация была рассмотрена, например, в деле АС Республики Тыва N А69-1987/2011. Антимонопольный орган выдал ГУП предписание о направлении в адрес республиканских министерств и ведомств, глав администраций районов и потребителей определенной информации. В связи с невыполнением предписания был подан иск о понуждении к его исполнению.

Суды указали, что, обращаясь с требованием о понуждении к исполнению собственного предписания, антимонопольный орган, по существу, исходил из цели получения исполнительного листа, что законом не предусмотрено ([Постановление](#) ФАС ВСО от 13 сентября 2012 г. по делу N А69-1987/2011).

К аналогичным выводам пришли суды, например, в Постановлениях АС ВСО от 23 июля 2014 г. по делу [N А33-16038/2013](#), 13 ААС от 5 сентября 2014 г. по делу [N А74-1464/2014](#).

В то же время суды признают правомерность предъявления антимонопольными органами, в частности, следующих исков.

12 ААС, поддерживая удовлетворение арбитражным судом первой инстанции требований антимонопольного органа, отметил в [Постановлении](#) от 5 апреля 2016 г. по делу N А62-6456/2015 следующее.

Право антимонопольного органа обращаться в арбитражный суд с исками, заявлениями о понуждении к исполнению своих решений и предписаний "предполагает в случае неисполнения лицом выданного ему предписания, помимо привлечения данного лица к административной ответственности, право антимонопольного органа обратиться в арбитражный суд с самостоятельным требованием к нарушителю, связанным с исполнением решения и направленным на устранение и (или) предотвращение нарушения антимонопольного законодательства, в рамках полномочий антимонопольного органа, определенных [п. 6 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции.

Перечень способов защиты гражданских прав установлен в [ст. 12](#) ГК РФ и не является исчерпывающим. Так, согласно [абз. 13 указанной статьи](#) защита гражданских прав может быть осуществлена и иными способами, предусмотренными законом.

Как обоснованно указал суд первой инстанции, заявленные по настоящему делу требования о понуждении общества исполнить предписание от 7 августа 2013 г. N 04-01/09-2013 путем определения размера платы за предоставленные обществом коммунальные услуги по отоплению и горячему водоснабжению для собственников (нанимателей) помещений многоквартирного жилого дома N 76 по проспекту Гагарина в г. Смоленске в соответствии с [п. 54](#) Правил N 354, указывая его в платежных документах, выставляемых указанным собственникам (нанимателям) помещений для оплаты за данные коммунальные услуги, направлены на устранение последствий нарушения антимонопольного законодательства; **антимонопольным органом заявлено самостоятельное требование к нарушителю, связанное с исполнением установленных предписанием обязанностей**; формулировка заявленных требований не противоречит действующему законодательству".

В свою очередь, в [Постановлении](#) 17 ААС от 18 декабря 2015 г. по делу N А60-20337/2015, оставленном без изменения [Постановлением](#) АС УО от 15 апреля 2016 г. по тому же делу, рассмотрена следующая ситуация:

"Администрации г. Екатеринбурга УФАС по Свердловской области выдано предписание, в соответствии с п. 2.1.3 которого в течение 3 месяцев со дня принятия решения принять все зависящие от органа местного самоуправления меры по определению в документах территориального планирования состава и структуры объектов связи для размещения в них средств связи и необходимых мощностей в инженерных инфраструктурах для обеспечения функционирования средств связи, а также условий переноса в них волоконно-оптических линий связи, размещенных на опорах освещения и контактной сети, с обеспечением доступа к указанным сведениям посредством информационных систем обеспечения градостроительной деятельности.

Администрация г. Екатеринбурга обращалась в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных актов антимонопольного органа, в том числе указанного предписания (дело N А60-15957/2014). [Решением](#) Арбитражного суда Свердловской области от 13 августа 2014 г., оставленным без изменения [Постановлением](#) Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 28 октября 2014 г., [Постановлением](#) Арбитражного суда УО от 5 января 2015 г., в удовлетворении требований о признании недействительным п. 2.1.3 предписания отказано.

Между тем на момент обращения антимонопольного органа в арбитражный суд с рассматриваемым заявлением требования п. 2.1.3 предписания антимонопольного органа Администрацией города Екатеринбурга не исполнены".

В связи с этим суд апелляционной инстанции удовлетворил следующее исковое требование антимонопольного органа, направленное на исполнение его предписания: "Обязать Администрацию г. Екатеринбурга определить в документах территориального планирования состав и структуру объектов связи для размещения в них средств связи и необходимых мощностей в инженерных инфраструктурах для обеспечения функционирования средств связи, а также условия переноса в них волоконно-оптических линий связи,

размещенных на опорах освещения и контактной сети, с обеспечением доступа к указанным сведениям посредством информационных систем обеспечения градостроительной деятельности, в течение 10 дней со дня вступления решения суда в законную силу".

Статья 37. Ответственность за нарушение антимонопольного законодательства

Комментарий к [статье 37](#)

Комментируемая [статья](#) устанавливает, что нарушение антимонопольного законодательства является основанием для юридической ответственности, предусмотренной законодательством РФ, а именно административной, гражданско-правовой и уголовной.

Одним из наиболее эффективных механизмов, позволяющих обеспечить соблюдение антимонопольного законодательства, является механизм административной ответственности.

Административная ответственность представляет собой обязанность юридического лица и (или) физического лица понести административное наказание за совершение административного правонарушения.

Следует отметить, что в России отсутствует уголовная ответственность юридических лиц. Поэтому возможность применить меры административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства в отношении компаний (юридических лиц) позволяет обеспечить соблюдение установленных в сфере защиты конкуренции запретов.

КоАП РФ закрепил ряд составов правонарушений, предусматривающих административную ответственность за нарушение антимонопольного законодательства ([ст. ст. 14.9, 14.31 - 14.33, 14.40, 19.5, 19.8](#)).

Все виды административных правонарушений, предусмотренные [КоАП](#) РФ за нарушение антимонопольного законодательства, можно разделить на две группы:

- 1) административные правонарушения, связанные с непосредственным нарушением антимонопольных требований, устанавливающих запреты на антиконкурентное поведение соответствующих субъектов ([ст. ст. 14.9, 14.31 - 14.33, 14.40](#));
- 2) административные правонарушения, связанные с нарушением норм антимонопольного законодательства, обеспечивающих реализацию контрольно-надзорных функций антимонопольных органов в сфере защиты конкуренции ([ст. ст. 19.5 и 19.8](#)).

Основанием для привлечения к административной ответственности по указанным статьям [Кодекса](#) является нарушение норм материального права, закрепленных в [Законе](#) о защите конкуренции, а также других федеральных законов, предусматривающих антимонопольные требования и являющихся частью антимонопольного законодательства.

Рассмотрим особенности квалификации административных правонарушений каждой из указанных выше групп.

Административные правонарушения, связанные с непосредственным нарушением антимонопольных требований, устанавливающих запреты на антиконкурентное поведение субъектов конкурентного права.

Административная ответственность должностных лиц органов государственной власти и местного самоуправления за антиконкурентные акты, действия и соглашения. [Статья 14.9](#) КоАП РФ предусматривает административную ответственность должностных лиц органов власти за совершение действий (бездействие), недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством РФ и приводящих или способных привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, а равно к ограничению свободного перемещения товаров (работ, услуг), свободы экономической деятельности.

К административной ответственности с учетом положений [ст. 2.4](#) КоАП РФ за административные правонарушения, предусмотренные [ст. 14.9](#) указанного Кодекса, привлекаются должностные лица федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов РФ, органов местного

самоуправления, иных осуществляющих функции указанных лиц органов или организаций, государственных внебюджетных фондов, а также организаций, участвующих в предоставлении государственных или муниципальных услуг.

Основанием административной ответственности является совершение указанными должностными лицами следующих действий, запрещенных антимонопольным законодательством:

- принятие актов и (или) осуществление действий (бездействие), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, в том числе введение ограничений в отношении создания хозяйствующих субъектов в какой-либо сфере деятельности, а также установление запретов или введение ограничений в отношении осуществления отдельных видов деятельности или производства определенных видов товаров; необоснованное препятствование осуществлению деятельности хозяйствующими субъектами, в том числе путем установления не предусмотренных законодательством РФ требований к товарам или к хозяйствующим субъектам; установление запретов или введение ограничений в отношении свободного перемещения товаров в Российской Федерации, иных ограничений прав хозяйствующих субъектов на продажу, покупку, иное приобретение, обмен товаров; дача хозяйствующим субъектам указаний о первоочередных поставках товаров для определенной категории покупателей (заказчиков) или о заключении в приоритетном порядке договоров; установление для приобретателей товаров ограничений выбора хозяйствующих субъектов, которые предоставляют такие товары; предоставление хозяйствующему субъекту доступа к информации в приоритетном порядке; создание дискриминационных условий; установление или взимание не предусмотренных законодательством РФ платежей при предоставлении государственных или муниципальных услуг, а также услуг, которые являются необходимыми и обязательными для предоставления государственных или муниципальных услуг; дача хозяйствующим субъектам указаний о приобретении товара, за исключением случаев, предусмотренных законодательством ([ч. 1 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции);

- предоставление государственной или муниципальной преференции в нарушение требований, установленных Законом о защите конкуренции ([ч. 1 ст. 15](#), [ст. ст. 19 - 21](#));

- наделение органов государственной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления полномочиями, осуществление которых приводит или может привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, за исключением случаев, установленных федеральными законами ([ч. 2 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции);

- совмещение функций федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов РФ, иных органов власти, органов местного самоуправления и функций хозяйствующих субъектов, за исключением случаев, установленных федеральными законами, указами Президента РФ, постановлениями Правительства РФ, а также наделение хозяйствующих субъектов функциями и правами указанных органов, в том числе функциями и правами органов государственного контроля и надзора ([ч. 3 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции);

- действия при проведении торгов (запроса котировок цен на товары запроса предложения), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе координация организаторами торгов, запроса котировок, запроса предложений или заказчиками деятельности их участников;

- создание участнику (участникам) торгов, запроса котировок преимущественных условий участия в торгах, запросе котировок; нарушение порядка определения победителя или победителей торгов, запроса котировок; участие организаторов торгов, запроса котировок или заказчиков и (или) работников организаторов торгов, запроса котировок или работников заказчиков в торгах, запросе котировок, а также не предусмотренное федеральными законами или иными нормативными правовыми актами ограничение доступа к участию в торгах, запросе котировок и включение в состав лотов продукции (товаров, работ, услуг), технологически и функционально не связанной с товарами, работами, услугами поставки, выполнение (оказание) которых является предметом торгов, запроса котировок ([ст. 17](#) Закона о защите конкуренции);

- заключение договоров аренды, безвозмездного пользования, доверительного управления имуществом, иных договоров, предусматривающих переход прав владения и (или) пользования в отношении государственного или муниципального имущества без проведения конкурсов или аукционов на право заключения этих договоров ([ст. 17.1](#) Закона о защите конкуренции);

- отбор без проведения открытого конкурса или открытого аукциона финансовых организаций для оказания следующих финансовых услуг: привлечение денежных средств юридических лиц во вклады; открытие и ведение банковских счетов, осуществление расчетов по этим счетам; доверительное управление ценными бумагами; негосударственное пенсионное обеспечение (ст. 18 Закона о защите конкуренции).

За совершение указанных административных правонарушений должностные лица органов власти, местного самоуправления, государственных внебюджетных фондов и организаций, участвующих в предоставлении государственных или муниципальных услуг, несут административную ответственность в виде штрафа в размере от 15 тыс. до 50 тыс. руб.

При повторном совершении аналогичного административного правонарушения указанные должностные лица могут быть привлечены к административной ответственности в виде дисквалификации на срок до трех лет.

Соглашения между федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, Банком России или между ними и хозяйствующими субъектами либо осуществление этими органами и организациями согласованных действий, если такие соглашения или осуществление согласованных действий приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, влекут административную ответственность виновных должностных лиц органов власти по ч. 3 ст. 14.32 КоАП РФ. За такие административные правонарушения должностные лица несут административную ответственность в виде штрафа в размере от 20 тыс. до 50 тыс. руб. либо дисквалификацию на срок до трех лет.

Статья 2.4 КоАП РФ, Федеральный закон от 27 июля 2004 г. N 79-ФЗ "О государственной службе в Российской Федерации", Федеральный закон от 2 марта 2007 г. N 25-ФЗ "О муниципальной службе в Российской Федерации" устанавливают критерии, которые позволяют установить, какое должностное лицо органа государственной или исполнительной власти может стать субъектом административного правонарушения. Правоприменительная практика против должностных лиц органов власти за нарушения антимонопольного законодательства позволяет сделать вывод о том, что, как правило, ответственными становятся лица, принимающие организационно-распорядительные функции в органе власти. Антимонопольный орган рассматривает представителей власти наравне с другими нарушителями антимонопольного законодательства, которые могут ограничивать или устранять конкуренцию. В 2012 г. количество дел, возбужденных против органов власти, составило около 50% <1>.

<1> См.: стенограмма выступления руководителя ФАС И.Ю. Артемьева на Коллегии ФАС России в 2013 г.
// http://www.fas.gov.ru/analytical-materials/analytical-materials_30943.html.

Необходимо отметить существующие отличия между **Законом** о защите конкуренции и **КоАП** РФ в части субъектов административного правонарушения на уровне субъектов РФ. Так, в **КоАП** ответственность предусмотрена только для должностных лиц органов исполнительной власти субъектов, в то время как в **Зако**не о защите конкуренции в качестве нарушителей указаны органы государственной власти субъектов РФ. В соответствии со ст. 77 Конституции РФ и ст. 2 Федерального закона N 184-ФЗ от 6 октября 1999 г. "Об общих принципах законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации" систему органов государственной власти субъекта РФ составляют: законодательный (представительный) орган, высший исполнительный орган, иные органы государственной власти субъекта РФ, образуемые в соответствии с конституцией (уставом) субъекта РФ. Таким образом, **КоАП** РФ ограничивает субъектный состав ответственных лиц, исключая должностных лиц законодательного (представительного) органа субъекта РФ.

Административная ответственность за злоупотребление хозяйствующими субъектами доминирующим положением. **Статья 14.31** КоАП РФ предусматривает административную ответственность за совершение занимающим доминирующее положение на товарном рынке хозяйствующим субъектом действий, признаваемых злоупотреблением доминирующим положением и недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством РФ.

Основанием для привлечения хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, к

административной ответственности по указанной [статье](#) служит злоупотребление им своим доминирующим положением в одной из форм, предусмотренных [ст. 10](#) Закона о защите конкуренции.

КоАП РФ дифференцирует размеры административной ответственности, предусмотренной за злоупотребление доминирующим положением, в зависимости от последствий такого злоупотребления, вида хозяйствующего субъекта, совершившего административное правонарушение, и особенностей установления доминирующего положения. Так, в случае если в результате злоупотребления хозяйствующим субъектом своим доминирующим положением происходит ущемление интересов других лиц и при этом результатом таких действий не является и не может являться недопущение, ограничение или устранение конкуренции, за исключением случаев, предусмотренных [ст. 9.21](#) КоАП РФ, то на юридических лиц может быть наложен административный штраф в размере от 300 тыс. до 1 млн. руб., а на должностных лиц - в размере от 15 тыс. до 20 тыс. руб.

Если в результате злоупотребления доминирующим положением происходит или может произойти недопущение, ограничение или устранение конкуренции, то должностные лица могут быть привлечены к административной ответственности в виде штрафа в размере от 20 тыс. до 50 тыс. руб. или в виде дисквалификации на срок до трех лет, а юридические лица - привлечены к ответственности в виде оборотного штрафа. **Кодекс** предусматривает ответственность юридических лиц в виде штрафа в размере от 0,01 до 0,15 величины суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо размера суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, но не более 1/50 совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее 100 тыс. руб. В случае если сумма выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо сумма расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, превышает 75% совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) или административное правонарушение совершено на рынке товаров (работ, услуг), реализация которых осуществляется по регулируемым в соответствии с законодательством РФ ценам (тарифам), взимается штраф в размере от 0,003 до 0,03 величины суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо размера суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, но не более 1/50 совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее 100 тыс. руб.

Аналогичное наказание предусмотрено для субъектов естественных монополий, злоупотребивших своим доминирующим положением. При этом не имеют значения последствия такого злоупотребления (связано оно с недопущением, ограничением, устранением конкуренции или нет). Поэтому субъекты естественных монополий (юридические лица) отвечают оборотным штрафом за злоупотребление доминирующим положением, за исключением случаев, если такое злоупотребление связано с нарушением правил недискриминационного доступа (в этом случае административная ответственность наступает по [ст. 9.21](#) КоАП).

Для расчета оборотного административного штрафа используется сумма выручки правонарушителя от реализации товара, на рынке которого совершено административное правонарушение, либо сумма расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, за календарный год, предшествующий году, в котором было выявлено административное правонарушение, либо за предшествующую дате выявления административного правонарушения часть календарного года, в котором было выявлено административное правонарушение, если правонарушитель не осуществлял деятельность по реализации или приобретению товаров в предшествующем календарном году.

При этом в соответствии со сложившейся судебной практикой при привлечении к административной ответственности за злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке штраф исчисляется исходя из выручки правонарушителя за год, предшествующий году издания антимонопольным органом приказа о возбуждении дела по признакам нарушения антимонопольного законодательства <1>. Аналогичным образом определяется выручка для исчисления размера оборотного штрафа и за другие антимонопольные правонарушения ([ст. 14.32](#) КоАП РФ) <2>.

<1> См.: [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2011 г. N 11132/11 по делу N A26-9462/2010 // Вестник ВАС РФ. 2012. N 5.

<2> Особенности определения выручки для расчета размера административного штрафа за недобросовестную конкуренцию, выразившуюся во введении в оборот товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности, рассматриваются ниже.

Навязывание хозяйствующим субъектом, осуществляющим торговую деятельность по продаже продовольственных товаров посредством организации торговой сети, или хозяйствующим субъектом, осуществляющим поставки продовольственных товаров в торговые сети, дискриминационных условий, в том числе создание препятствий для доступа на товарный рынок или выхода из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам, а также установление ими контрагенту условий, запрещенных Федеральным [законом](#) от 28 декабря 2009 г. N 381-ФЗ "Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации", в случае если такой хозяйствующий субъект не доминирует на товарном рынке (отсутствует доминирующее положение), влечет административную ответственность на основании [ст. 14.40](#) КоАП РФ.

Стоит отметить, что злоупотребление доминирующим положением участниками оптового и (или) розничного рынков электрической энергии (мощности) путем манипулирования ценами на оптовом или розничных рынках электрической энергии (мощности) влечет административную ответственность по [ст. 14.31](#) КоАП РФ. Однако если манипулирование ценами на оптовом или розничных рынках электрической энергии (мощности) осуществлено хозяйствующим субъектом, не занимающим доминирующего положения на соответствующих рынках электрической энергии (мощности), то административная ответственность такого хозяйствующего субъекта наступает по [ст. 14.31.2](#) КоАП РФ.

Административная ответственность за антиконкурентные соглашения и согласованные действия.
[Статья 14.32](#) КоАП РФ предусматривает административную ответственность за антиконкурентные соглашения и антиконкурентные согласованные действия, а также за координацию экономической деятельности.

Основаниями административной ответственности по данной [статье](#) являются:

- картели, т.е. соглашения между хозяйствующими субъектами - конкурентами, если такие соглашения приводят или могут привести:

1) к установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок; 2) повышению, снижению или поддержанию цен на торгах; 3) разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков); 4) сокращению или прекращению производства товаров; 5) отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками);

- "вертикальные" соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением "вертикальных" соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии со [ст. 12](#) Закона о защите конкуренции), если: 1) такие соглашения приводят или могут привести к установлению цены перепродажи товара, за исключением случая, если продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепродажи; 2) таким соглашением предусмотрено обязательство покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца. Данный запрет не распространяется на соглашения об организации покупателем продажи товаров под товарным знаком либо иным средством индивидуализации продавца или производителя ([ч. 2 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции);

- соглашения хозяйствующих субъектов, являющихся участниками оптового и (или) розничных рынков электрической энергии (мощности), организациями коммерческой инфраструктуры, организациями технологической инфраструктуры, сетевыми организациями, если такие соглашения приводят к манипулированию ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности);

- иные соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением "вертикальных" соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии со [ст. 12](#) Закона о защите конкуренции), если установлено, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции ([ч. 4 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции);

- соглашения между федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, иными органами или организациями, осуществляющими функции указанных органов, а также государственными внебюджетными фондами, Банком России или между ними и хозяйствующими субъектами либо осуществление этими органами и организациями согласованных действий, если такие соглашения или осуществление согласованных действий приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, в частности: 1) к повышению, снижению или поддержанию цен (тарифов), за исключением случаев, если такие соглашения предусмотрены федеральными законами или нормативными правовыми актами Президента РФ, Правительства РФ; 2) к экономически, технологически и иным образом не обоснованному установлению различных цен (тарифов) на один и тот же товар; 3) к разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо по составу продавцов или покупателей (заказчиков); 4) к ограничению доступа на товарный рынок, выхода из товарного рынка или устранению с него хозяйствующих субъектов (ст. 16 Закона о защите конкуренции);

- соглашения между организаторами торгов или заказчиками с участниками этих торгов, если такие соглашения имеют своей целью либо приводят или могут привести к ограничению конкуренции или созданию преимущественных условий для каких-либо участников (ст. 17 Закона о защите конкуренции);

- координация экономической деятельности хозяйствующих субъектов, если такая координация приводит или может привести к последствиям, указанным в ч. ч. 1 - 3 ст. 11 Закона о защите конкуренции (ч. 5 ст. 11);

- согласованные действия хозяйствующих субъектов, ограничивающие конкуренцию (ст. 11.1 Закона о защите конкуренции).

Положения ст. 14.32 КоАП РФ дифференцируют ответственность хозяйствующих субъектов и должностных лиц органов власти. В частности, хозяйствующие субъекты, участвующие в антиконкурентных соглашениях (согласованных действиях), запрещенных ст. ст. 11, 11.1, 16 и 17 Закона о защите конкуренции, несут административную ответственность по ч. 1 ст. 14.32 КоАП РФ, а должностные органы власти за нарушение ст. ст. 16 и 17 Закона о защите конкуренции - по ч. 3 ст. 14.32 КоАП РФ.

За указанные правонарушения КоАП РФ предусматривает ответственность хозяйствующих субъектов - юридических лиц в виде административного штрафа в размере от 0,01 до 0,15 величины суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо размера суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо от 0,1 до 1/2 начальной стоимости предмета торгов, но не более 1/25 совокупного размера суммы выручки от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее 100 тыс. руб., а в случае, если сумма выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо сумма расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, превышает 75% совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) или административное правонарушение совершено на рынке товаров (работ, услуг), реализация которых осуществляется по регулируемым в соответствии с законодательством РФ ценам (тарифам), - в размере от 0,003 до 0,03 величины суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, либо размера суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, не менее 100 тыс. руб. Одновременно для должностных лиц хозяйствующих субъектов предусмотрены административный штраф в размере от 20 тыс. до 50 тыс. руб. либо дисквалификация на срок до трех лет.

Административная ответственность установлена и за координацию экономической деятельности, недопустимую в соответствии с антимонопольным законодательством. При этом с учетом того, что координацией экономической деятельности, запрещенной антимонопольным законодательством, может заниматься лишь лицо, не осуществляющее деятельность на товарном рынке, на котором происходит согласование действий хозяйствующих субъектов, выручки от реализации товара на товарном рынке, на котором допущено нарушение антимонопольного законодательства, координатор не имеет. Поэтому административная ответственность для него устанавливается в виде фиксированных административных штрафов и дисквалификации: для должностных лиц штраф в размере от 20 тыс. до 50 тыс. руб. либо дисквалификация на срок до трех лет, для юридических лиц - штраф в размере от 1 млн. до 5 млн. руб.

Следует помнить, что для антиконкурентных соглашений хозяйствующих субъектов предусмотрены специфические обстоятельства, смягчающие и отягчающие административную ответственность участвующих в них юридических лиц. Так, согласно [примечанию 4 к ст. 14.32 КоАП](#) организация лицом, совершившим административное правонарушение, ограничивающих конкуренцию соглашения или согласованных действий является отягчающим ответственность обстоятельством. В то же время если лицо, совершившее административное правонарушение, не является организатором ограничивающих конкуренцию соглашения или согласованных действий и получило обязательные для исполнения указания участвовать в них либо не приступило к исполнению заключенного им ограничивающего конкуренцию соглашения, то такие обстоятельства рассматриваются [Кодексом](#) как обстоятельства, смягчающие административную ответственность нарушителя - юридического лица ([примечание 3 к ст. 14.32 КоАП РФ](#)).

Должностные лица органов власти в соответствии с [ч. 3 ст. 14.32 КоАП РФ](#) за заключение антиконкурентных соглашений и участие в согласованных действиях несут административную ответственность в виде штрафа в размере от 20 тыс. до 50 тыс. руб. либо дисквалификации на срок до трех лет.

Административная ответственность за недобросовестную конкуренцию. [Статья 14.33 КоАП РФ](#) предусматривает административную ответственность за недобросовестную конкуренцию.

Запрет недобросовестной конкуренции установлен [гл. 2.1 Закона](#) о защите конкуренции, которая с учетом [ст. 4 Закона](#) запрещает недобросовестную конкуренцию, т.е. любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству РФ, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам - конкурентам либо нанесли или способны нанести вред их деловой репутации.

Недобросовестная конкуренция, за исключением недобросовестной конкуренции, связанной с введением в оборот товара, если при этом незаконно использовались результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 12 тыс. до 20 тыс. руб., на юридических лиц - от 100 тыс. до 500 тыс. руб.

Недобросовестная конкуренция, выразившаяся во введении в оборот товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, средств индивидуализации продукции, работ, услуг, влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере 20 тыс. руб. либо дисквалификацию на срок до трех лет, на юридических лиц - от 0,01 до 0,15 суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено правонарушение, но не менее 100 тыс. руб.

При этом ВАС РФ уточнен порядок исчисления выручки, из которой подлежит исчислению административный штраф. Так, в [п. 18 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. N 11 "О некоторых вопросах применения Особенной части Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях"](#) отмечается, что для целей исчисления административного штрафа, предусмотренного санкцией [ч. 2 ст. 14.33 КоАП РФ](#), при определении суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено нарушение, судам следует исходить из того, что по смыслу указанной нормы учитывается только выручка от реализации товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, средств индивидуализации продукции, работ, услуг. Суд указал, что данное разъяснение не применяется для целей исчисления административного штрафа, установленного [ст. 14.31 и ч. ч. 1 и 2 ст. 14.32 КоАП РФ](#), исходя из иной диспозиции соответствующих норм ^{<1>}.

^{<1>} См.: Вестник ВАС РФ. 2011. N 5.

Поэтому при исчислении размера выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено правонарушение по [ч. 2 ст. 14.33 КоАП](#), учитывается выручка, полученная правонарушителем от реализации товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности, за календарный год, предшествующий году, в котором было выявлено административное

правонарушение, либо за предшествующую дате выявления административного правонарушения часть календарного года, в котором было выявлено административное правонарушение, если правонарушитель не осуществлял реализации товара с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности в предшествующем календарном году.

Административные правонарушения, связанные с нарушением норм антимонопольного законодательства, обеспечивающих реализацию контрольно-надзорных функций антимонопольных органов в сфере защиты конкуренции

Административная ответственность за неисполнение предписания антимонопольного органа.

Статья 19.5 КоАП РФ предусматривает административную ответственность за неисполнение предписания антимонопольного органа (**ч. ч. 2.1 - 2.6**). Основанием административной ответственности по данной **статье** является неисполнение предписания антимонопольного органа, выданного на основании:

- **ч. 20 ст. 18.1** Закона о защите конкуренции, предоставляющей антимонопольному органу право выдачи организатору торгов, конкурсной или аукционной комиссии, продавцу государственного или муниципального имущества, организатору продажи органу государственной власти и местного самоуправления, сетевой организации, оказывающей услуги по передаче электрической энергии, организации, осуществляющей водоснабжение, теплоснабжающей организации предписания о совершении действий, направленных на устранение нарушений;

- **ст. 21** Закона о защите конкуренции, предоставляющей антимонопольному органу право выдачи органу власти предписания о принятии мер по возврату государственной или муниципальной преференции или предписания о принятии мер по прекращению использования преимущества хозяйствующим субъектом, получившим государственную или муниципальную преференцию;

- **ст. 33** Закона о защите конкуренции, предоставляющей антимонопольному органу право выдачи хозяйствующему субъекту по результатам рассмотрения ходатайства или уведомления о совершении сделок (иных действий) экономической концентрации предписания о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции;

- **ч. 7 ст. 35** Закона о защите конкуренции, предоставляющей антимонопольному органу право выдачи хозяйствующему субъекту предписания по результатам рассмотрения проекта соглашения в письменной форме на предмет его соответствия антимонопольному законодательству;

- **ч. 1 ст. 39** и **ст. 50** Закона о защите конкуренции, предоставляющей антимонопольному органу право выдачи предписания по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства в порядке, предусмотренном **гл. 9** Закона.

Кодекс дифференцирует административную ответственность за неисполнение предписания антимонопольного органа в зависимости от характера оснований выдачи такого предписания и последствий его неисполнения. Так, невыполнение в установленный срок законного решения, предписания антимонопольного органа о прекращении ограничивающих конкуренцию соглашений или согласованных действий и совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции, или выданного при осуществлении контроля за использованием государственной или муниципальной преференции законного решения, предписания антимонопольного органа о совершении предусмотренных антимонопольным законодательством РФ действий влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 18 тыс. до 20 тыс. руб. либо дисквалификацию на срок до трех лет; на юридических лиц - штрафа в размере от 300 тыс. до 500 тыс. руб.

Невыполнение в установленный срок законного решения, предписания антимонопольного органа о прекращении злоупотребления хозяйствующим субъектом доминирующим положением на товарном рынке и совершении предусмотренных антимонопольным законодательством РФ действий, направленных на обеспечение конкуренции, влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 16 тыс. до 20 тыс. руб. либо дисквалификацию на срок до трех лет, на юридических лиц - штрафа в размере от 300 тыс. до 500 тыс. руб.

Невыполнение в установленный срок законного решения, предписания антимонопольного органа о прекращении нарушения правил недискриминационного доступа к товарам (работам, услугам) или выданного при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией законного решения, предписания антимонопольного органа о совершении предусмотренных антимонопольным законодательством

РФ действий, направленных на обеспечение конкуренции, влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 12 тыс. до 20 тыс. руб. либо дисквалификацию на срок до трех лет; на юридических лиц - штрафа в размере от 300 тыс. до 500 тыс. руб.

Невыполнение в установленный срок законного решения, предписания антимонопольного органа о прекращении нарушения законодательства РФ о рекламе или законного решения, предписания антимонопольного органа об отмене либо изменении противоречащего законодательству о рекламе акта федерального органа исполнительной власти, акта органа исполнительной власти субъекта РФ или акта органа местного самоуправления влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 12 тыс. до 20 тыс. руб., на юридических лиц - штрафа в размере от 300 тыс. до 500 тыс. руб.

Невыполнение в установленный срок законного решения, предписания антимонопольного органа о прекращении недобросовестной конкуренции влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 10 тыс. до 20 тыс. руб., на юридических лиц - штрафа в размере от 100 тыс. до 300 тыс. руб.

Невыполнение в установленный срок иных законных решений и предписаний антимонопольного органа о прекращении нарушения антимонопольного законодательства, за исключением вышеуказанных, влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 8 тыс. до 12 тыс. руб. либо дисквалификацию на срок до трех лет, на юридических лиц - штрафа в размере от 100 тыс. до 500 тыс. руб.

Административная ответственность за нарушение порядка представления ходатайств, уведомлений и сведений, предусмотренных антимонопольным законодательством. Части 3 и 4 ст. 19.8 КоАП РФ предусматривают ответственность за непредставление или нарушение порядка представления ходатайств и уведомлений, предусмотренных антимонопольным законодательством, а также за представление с такими ходатайствами (уведомлениями) заведомо недостоверных сведений.

Основанием административной ответственности по указанным нормам КоАП РФ является нарушение порядка совершения сделок (иных действий), который определен гл. 7 "Контроль за экономической концентрацией" Закона о защите конкуренции. В частности, указанная глава определяет перечень сделок (иных действий), которые могут совершаться лишь с предварительного согласия антимонопольного органа, принятого по результатам рассмотрения ходатайства (ст. ст. 27 - 29 Закона о защите конкуренции), а также перечень сделок (иных действий), о совершении которых антимонопольный орган должен быть уведомлен (ст. 31 Закона о защите конкуренции).

За непредставление в антимонопольный орган ходатайств, предусмотренных антимонопольным законодательством, представление ходатайств, содержащих заведомо недостоверные сведения, а равно нарушение установленных антимонопольным законодательством порядка и сроков подачи ходатайств предусмотрена административная ответственность в виде штрафа на граждан в размере от 1,5 тыс. до 2,5 тыс. руб., на должностных лиц - штрафа в размере от 15 тыс. до 20 тыс. руб., на юридических лиц - от 300 тыс. до 500 тыс. руб.

Непредставление в антимонопольный орган уведомлений, предусмотренных антимонопольным законодательством, представление уведомлений, содержащих заведомо недостоверные сведения, а равно нарушение установленных антимонопольным законодательством порядка и сроков подачи уведомлений влекут наложение административного штрафа на граждан в размере от 800 до 1200 руб., на должностных лиц - от 5 тыс. до 7,5 тыс. руб., на юридических лиц - от 150 тыс. до 250 тыс. руб.

Часть 5 ст. 19.8 КоАП РФ предусматривает административную ответственность за непредставление в антимонопольный орган сведений (информации), определенных(-ой) антимонопольным законодательством, а равно представление в антимонопольный орган заведомо недостоверных сведений.

Основанием административной ответственности по указанной статье является несоблюдение коммерческими и некоммерческими организациями, федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, должностными лицами указанных органов и организаций, иными осуществляющими их функции органами или организациями и их должностными лицами, а также государственными внебюджетными фондами (их должностными лицами), физическими лицами, в том числе индивидуальными предпринимателями, обязанности представлять документы, объяснения, информацию в письменной и устной форме (в том числе информацию, составляющую коммерческую, служебную, иную охраняемую законом тайну), включая служебную переписку в электронном виде,

предусмотренные [ст. 25](#) Закона о защите конкуренции.

За указанное административное правонарушение предусмотрена административная ответственность в виде административного штрафа на граждан в размере от 1,5 тыс. до 2,5 тыс. руб., на должностных лиц - от 10 тыс. до 15 тыс. руб., на юридических лиц - от 50 тыс. до 500 тыс. руб.

Административная ответственность за непредставление антимонопольному органу сведений (информации), необходимых для расчета административного штрафа. Особый вид ответственности предусмотрен [ч. ч. 7 и 8 ст. 19.8](#) КоАП РФ за непредставление антимонопольному органу сведений (информации), необходимых для расчета административного штрафа, либо за представление недостоверных сведений (информации).

Статья 26.10 КоАП РФ предоставляет должностному лицу антимонопольного органа, в производстве которого находится дело об административном правонарушении, право истребовать сведения (информацию), необходимые(-ую) для расчета административного штрафа.

Применительно к административным делам, связанным с нарушением антимонопольного законодательства, это будут сведения о размере суммы выручки правонарушителя от реализации товара, на рынке которого совершено административное правонарушение, либо сведения о размере суммы расходов правонарушителя на приобретение товара.

Непредставление или несвоевременное представление в антимонопольный орган по его требованию сведений (информации), необходимых для расчета размера административного штрафа, либо представление заведомо недостоверных сведений (информации), необходимых для расчета размера административного штрафа, влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 10 тыс. до 15 тыс. руб., а на юридических лиц - от 100 тыс. до 500 тыс. руб.

В случае если о том, что организация представила заведомо недостоверные сведения, необходимые для расчета суммы административного штрафа, антимонопольному органу стало известно после наложения такого административного штрафа, административная ответственность ужесточается. Такие действия в соответствии с [ч. 8 ст. 19.8](#) КоАП РФ влекут наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 10 тыс. до 15 тыс. руб., а на юридических лиц - в размере разности суммы административного штрафа, который был бы наложен за совершение административного правонарушения при представлении достоверных сведений (информации), необходимых для расчета размера административного штрафа, и суммы наложенного административного штрафа, но не менее двукратного размера наложенного административного штрафа. При этом административный штраф, налагаемый по [ч. 8 ст. 19.8](#) КоАП РФ, не может превышать 10-кратный размер наложенного административного штрафа.

Стоит также отметить, что факт противодействия антимонопольному органу со стороны хозяйствующего субъекта в представлении сведений (информации), необходимых(-ую) для расчета размера административного штрафа, являетсяотячающим административную ответственность обстоятельством для такого хозяйствующего субъекта.

Порядок привлечения правонарушителя к административной ответственности. Поводы к возбуждению дел об административных правонарушениях, связанных с нарушением антимонопольного законодательства. Согласно [ч. 1 ст. 28.1](#) КоАП РФ общими поводами к возбуждению дела об административном правонарушении выступают: непосредственное обнаружение должностными лицами, уполномоченными составлять протоколы об административных правонарушениях, достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения; поступившие из правоохранительных органов, а также из других государственных органов, органов местного самоуправления, от общественных объединений материалы, содержащие данные, свидетельствующие о наличии события административного правонарушения; сообщения и заявления физических и юридических лиц, а также сообщения в средствах массовой информации, содержащие данные, указывающие на наличие события административного правонарушения.

Перечисленные поводы относятся к поводам возбуждения антимонопольными органами дел об административных правонарушениях, предусмотренных [ч. ч. 2.1 - 2.6 ст. 19.5](#) и [ч. ч. 3 - 5, 7, 8 ст. 19.8](#) КоАП РФ.

В отличие от указанных случаев поводом к возбуждению дел об административных правонарушениях,

предусмотренных [ст. ст. 14.9, 14.31, 14.32, 14.33, 14.40](#) КоАП РФ, является принятие комиссией антимонопольного органа решения, которым установлен факт нарушения антимонопольного законодательства ([ч. 1.2 ст. 28.1](#) КоАП РФ).

Таким образом, возбуждению дел об административных правонарушениях по названным статьям [КоАП](#) РФ должны в обязательном порядке предшествовать возбуждение и рассмотрение комиссией антимонопольного органа дела по признакам нарушения [ст. ст. 10, 11, 11.1, 14 - 21](#) Закона о защите конкуренции в порядке, предусмотренном [гл. 9](#) Закона. Факт нарушения антимонопольного законодательства фиксируется комиссией антимонопольного органа в решении по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

Поскольку единственным поводом возбуждения дела об административном правонарушении является решение комиссии антимонопольного органа, при отсутствии такого решения дело не может быть возбуждено, в том числе прокурором, в соответствии со [ст. 28.4](#) КоАП РФ.

Обжалование в судебном порядке решения комиссии антимонопольного органа, которым установлен факт нарушения антимонопольного законодательства, не является основанием для прекращения производства по делу об административном правонарушении, ответственность за которое предусмотрена [ст. ст. 14.9, 14.31 - 14.33](#) КоАП РФ.

Учитывая, что большинство нарушений антимонопольного законодательства совершается хозяйствующими субъектами - юридическими лицами, необходимо учесть, что согласно [ч. 3 ст. 2.1](#) КоАП РФ назначение административного наказания юридическому лицу не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение виновное физическое лицо, равно как и привлечение к административной или уголовной ответственности физического лица не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение юридическое лицо.

В связи с этим в каждом случае выявления нарушений антимонопольного законодательства юридическими лицами должностным лицом антимонопольного органа должен решаться вопрос о возбуждении дела об административном правонарушении в отношении как юридического лица, так и его должностного лица, по вине которого произошло правонарушение.

Некоторые особенности предусмотрены [КоАП](#) РФ в отношении производства по делам по [ст. 14.32](#) КоАП РФ (заключение ограничивающего конкуренцию соглашения, осуществление ограничивающих конкуренцию согласованных действий, координация экономической деятельности).

В целях оперативного выявления и раскрытия таких правонарушений [примечаниями 1 и 2 к ст. 14.32](#) КоАП РФ предусмотрен порядок освобождения от административной ответственности лиц, содействующих в расследовании такого правонарушения. Так, лицо или группа лиц, определяемая в соответствии с антимонопольным законодательством, добровольно заявившие в антимонопольный орган о заключении ими недопустимого в соответствии с антимонопольным законодательством соглашения или об осуществлении недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством согласованных действий, освобождаются от административной ответственности за такие административные правонарушения при выполнении в совокупности следующих условий:

- на момент обращения лица с заявлением антимонопольный орган не располагал соответствующими сведениями и документами о совершенном административном правонарушении;
- лицо отказалось от участия или дальнейшего участия в соглашении либо от осуществления или дальнейшего осуществления согласованных действий;
- представленных документов достаточно для установления события административного правонарушения.

При этом освобождению от административной ответственности подлежит лицо, первым выполнившее все указанные условия.

Не рассматривается заявление, поданное одновременно от имени нескольких лиц, заключивших недопустимое в соответствии с антимонопольным законодательством РФ соглашение или осуществлявших недопустимые с точки зрения антимонопольного законодательства РФ согласованные действия.

Как указал Пленум ВАС РФ в [Постановлении](#) N 30, при разрешении вопроса о соблюдении условия применения примечания о том, что на момент обращения лица с заявлением антимонопольный орган не располагал соответствующими сведениями и документами о совершенном административном правонарушении, судам следует учитывать, что такое условие соблюдено, если обращение состоялось до момента оглашения решения комиссии антимонопольного органа, которым установлен факт нарушения антимонопольного законодательства РФ ([ч. 2 ст. 49](#) Закона о защите конкуренции), ставшего поводом к возбуждению дела об административном правонарушении ([ч. 1.1 ст. 28.1](#) КоАП РФ).

Четвертый антимонопольный [пакет](#) ввел [примечание 5 к ст. 14.32](#) КоАП РФ, согласно которому лица, которые вторым и третьим добровольно заявили в антимонопольный орган о заключении ими антиконкурентного соглашения, признали вину, отказались от участия в антиконкурентном соглашении и представили доказательства правонарушения, вправе претендовать на снижение административного штрафа до минимального размера.

Сроки давности по делам об административных правонарушениях, связанных с нарушением антимонопольного законодательства. Административная и судебная практика порой не всегда однозначно определяет порядок исчисления сроков давности для различных видов нарушений антимонопольного законодательства. По общему правилу согласно [ч. 1 ст. 4.5](#) КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении за нарушение антимонопольного законодательства не может быть вынесено по истечении одного года со дня совершения административного правонарушения.

В соответствии с [ч. 6 ст. 4.5](#) КоАП РФ указанный срок давности привлечения к административной ответственности за административные правонарушения, предусмотренные [ст. ст. 14.9, 14.9.1, 14.31, 14.32 - 14.33](#), начинается исчисляться со дня вступления в силу решения комиссии антимонопольного органа, которым установлен факт нарушения антимонопольного законодательства.

Поскольку [Закон](#) о защите конкуренции не определяет момент вступления в силу решения комиссии антимонопольного органа, согласно [п. 10.1](#) Постановления Пленума ВАС РФ N 30, срок давности по делам об административных правонарушениях, предусмотренных [ст. ст. 14.9, 14.31 - 14.33](#) КоАП РФ ^{<1>}, начинается исчисляться с момента изготовления решения антимонопольного органа в полном объеме и независимо от того, обжаловано ли такое решение в судебном порядке.

<1> В действующей редакции это [ст. ст. 14.9, 14.31, 14.32, 14.33, 14.40](#).

Факт обжалования решения комиссии антимонопольного органа в судебном порядке не препятствует производству по делу об административном правонарушении.

Согласно [ст. 41.1](#) Закона о защите конкуренции дело о нарушении антимонопольного законодательства не может быть возбуждено, а возбужденное дело подлежит прекращению по истечении трех лет со дня совершения нарушения антимонопольного законодательства, а при длящемся нарушении антимонопольного законодательства - со дня окончания нарушения или его обнаружения.

Таким образом, комплексное толкование положений [ст. 41.1](#) Закона о защите конкуренции и [ч. ч. 1 и 6 ст. 4.5](#) КоАП РФ свидетельствует, что максимальный срок давности привлечения нарушителя антимонопольного законодательства к административной ответственности по [ст. ст. 14.9, 14.31 - 14.33](#) КоАП РФ составляет четыре года (три года срок давности для принятия комиссией антимонопольного органа решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства и один год с момента принятия комиссией решения для вынесения постановления по делу об административном правонарушении).

Особенности характерны для порядка исчисления сроков давности при привлечении хозяйствующих субъектов к административной ответственности по [ст. ст. 19.5 и 19.8](#) КоАП РФ. В частности, неоднозначное толкование сложилось в судебной практике при оценке сроков давности привлечения к административной ответственности по [ч. 5 ст. 19.8](#) Кодекса за непредставление антимонопольному органу сведений по мотивированному запросу.

Некоторые суды, отменяя постановления антимонопольных органов о привлечении к административной ответственности по данной [статье](#), исходили из того, что по упомянутому административному правонарушению

применимы общие сроки давности (два месяца).

Вместе с тем, как разъяснил Президиум ВАС РФ в [Постановлении](#) от 2 ноября 2010 г. N 8124/10, обязанность коммерческих организаций и ряда других лиц представлять в антимонопольный орган (его должностным лицам) по его мотивированному требованию в установленный срок необходимые в соответствии с возложенными на антимонопольный орган полномочиями документы, объяснения, информацию предусмотрена [ч. 1 ст. 25](#) Закона о защите конкуренции.

Таким образом, ответственность, установленная [ч. 5 ст. 19.8](#) КоАП РФ за непредставление в антимонопольный орган сведений (информации) по требованию указанного органа, наступает при несоблюдении обязанности, установленной антимонопольным законодательством, в связи с чем к такому правонарушению применим годичный срок давности привлечения к административной ответственности.

Поскольку неисполнение в срок предписания антимонопольного органа является нарушением антимонопольного законодательства ([ч. 4 ст. 51](#) Закона о защите конкуренции), срок давности привлечения к административной ответственности по [ч. ч. 2.1 - 2.6 ст. 19.5](#) КоАП РФ составляет один год.

При решении вопроса об определении момента начала течения сроков давности за административные правонарушения, связанные с неисполнением предписаний антимонопольного органа ([ст. 19.5](#) КоАП РФ), нарушением сроков подачи ходатайств и уведомлений ([ч. ч. 3 и 4 ст. 19.8](#) КоАП РФ), непредставлением сведений по запросу антимонопольного органа ([ч. 5 ст. 19.8](#)), существенное значение имеет вопрос о возможности отнесения таких правонарушений к длящимся. Согласно [ч. 2 ст. 4.5](#) КоАП РФ при длящемся административном правонарушении сроки давности привлечения к административной ответственности начинают исчисляться со дня обнаружения административного правонарушения.

В связи с этим важную роль играет судебное толкование, связанное с определением длящегося административного правонарушения. Так, в [п. 14](#) Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2005 г. N 5 "О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях" разъяснено, что длящимся является такое административное правонарушение (действие или бездействие), которое выражается в длительном непрекращающемся невыполнении или ненадлежащем выполнении предусмотренных законом обязанностей. Такие обязанности могут быть возложены и иным нормативным правовым актом, а также ненормативным правовым актом, например представлением прокурора, предписанием органа (должностного лица). Невыполнение предусмотренной такими правовыми актами обязанности к установленному сроку свидетельствует о том, что административное правонарушение не является длящимся. Срок давности привлечения к административной ответственности за правонарушение, в отношении которого предусмотрена правовым актом обязанность не была выполнена к определенному сроку, начинает течь с момента наступления упомянутого срока.

С учетом указанной позиции ВС РФ, когда в качестве длящегося правонарушения не рассматривается невыполнение обязанности к определенному сроку, судебная практика исходит из того, что годичный срок давности привлечения к административной ответственности по [ч. ч. 2.1 - 2.6 ст. 19.5](#) и [ч. ч. 3 - 5, 7, 8 ст. 19.8](#) КоАП РФ начинается со дня, когда такая обязанность должна была быть исполнена, а не со дня обнаружения должностным лицом антимонопольного органа совершенного правонарушения <1>.

<1> Административное правонарушение в виде непредставления в уполномоченные органы уведомления о создании коммерческой организации, ответственность за которое предусмотрена [ч. 1 ст. 19.8](#) КоАП РФ, не является длящимся правонарушением (см. Постановления ВС РФ от 19 января 2006 г. по делу [N 37-АД05-2](#); от 30 октября 2006 г. по делу [N 11-АД06-8](#)).

Порядок определения размера административного штрафа за нарушения антимонопольного законодательства. Учет отягчающих и смягчающих административную ответственность обстоятельств. В КоАП РФ закреплен исчерпывающий перечень смягчающих и отягчающих административную ответственность обстоятельств, учитываемых при определении размера административного штрафа для юридических лиц за нарушение антимонопольного законодательства.

Согласно [п. 2 примечаний к ст. 14.31](#) КоАП РФ при назначении административного наказания за совершение административного правонарушения, предусмотренного [ст. ст. 14.31, 14.31.2](#) или [14.33](#), в

отношении юридического лица учитываются следующие обстоятельства, смягчающие административную ответственность:

- 1) добровольное прекращение противоправного поведения лицом, совершившим административное правонарушение (п. 2 ч. 1 ст. 4.2);
- 2) добровольное сообщение лицом, совершившим административное правонарушение, в орган, уполномоченный осуществлять производство по делу об административном правонарушении, о совершенном административном правонарушении (п. 3 ч. 1 ст. 4.2);
- 3) оказание лицом, совершившим административное правонарушение, содействия органу, уполномоченному осуществлять производство по делу об административном правонарушении, в установлении обстоятельств, подлежащих установлению по делу об административном правонарушении (п. 4 ч. 1 ст. 4.2);
- 4) предотвращение лицом, совершившим административное правонарушение, вредных последствий административного правонарушения (п. 5 ч. 1 ст. 4.2);
- 5) добровольное возмещение лицом, совершившим административное правонарушение, причиненного ущерба или добровольное устранение причиненного вреда (п. 6 ч. 1 ст. 4.2);
- 6) добровольное исполнение до вынесения постановления по делу об административном правонарушении лицом, совершившим административное правонарушение, предписания об устранении допущенного нарушения, выданного ему органом, осуществляющим государственный контроль (надзор) и муниципальный контроль (п. 7 ч. 1 ст. 4.2).

Согласно п. 3 примечаний к ст. 14.31 КоАП РФ при назначении административного наказания за совершение административного правонарушения, предусмотренного ст. ст. 14.31, 14.31.2 или 14.33, в отношении юридического лица учитываются следующие обстоятельства, отягчающие административную ответственность:

- 1) продолжение противоправного поведения, несмотря на требование уполномоченных на то лиц прекратить его (п. 1 ч. 1 ст. 4.3);
- 2) повторное совершение однородного административного правонарушения, если за совершение первого административного правонарушения лицо уже подвергалось административному наказанию, по которому не истек срок, предусмотренный ст. 4.6 (п. 2 ч. 1 ст. 4.3);
- 3) совершение длящегося административного правонарушения, продолжительность которого превышает один год (п. 1 примечания 3 к ст. 14.31);
- 4) причинение в результате совершения административного правонарушения ущерба гражданам, организациям или государству в размере более 1 млн. руб. либо извлечение в результате совершения административного правонарушения дохода в размере более 5 млн. руб. (п. 2 примечания 3 к ст. 14.31);
- 5) совершение административного правонарушения, предусмотренного ч. 7 ст. 19.8 КоАП, если за это административное правонарушение лицо уже подверглось административному наказанию, по которому не истек срок, предусмотренный ст. 4.6 (п. 3 примечания 3 к ст. 14.31).

Особенности применения перечня смягчающих и отягчающих административную ответственность обстоятельств предусмотрены ст. 14.32 КоАП РФ. Так, согласно п. 3 примечаний к ст. 14.32 КоАП РФ при назначении административного наказания за совершение административного правонарушения, предусмотренного указанной статьей, в отношении юридического лица учитываются следующие обстоятельства, смягчающие административную ответственность:

- 1) лицо, совершившее административное правонарушение, добровольно прекратило противоправное поведение (п. 2 ч. 1 ст. 4.2);
- 2) лицо, совершившее административное правонарушение, добровольно сообщило в орган, уполномоченный осуществлять производство по делу об административном правонарушении, о совершенном

административном правонарушении (п. 3 ч. 1 ст. 4.2);

3) лицо, совершившее административное правонарушение, оказало содействие органу, уполномоченному осуществлять производство по делу об административном правонарушении, в установлении обстоятельств, подлежащих установлению по делу об административном правонарушении (п. 4 ч. 1 ст. 4.2);

4) лицо, совершившее административное правонарушение, предотвратило вредные последствия административного правонарушения (п. 5 ч. 1 ст. 4.2);

5) лицо, совершившее административное правонарушение, добровольно возместило причиненный ущерб или добровольно устранило причиненный вред (п. 6 ч. 1 ст. 4.2);

6) лицо, совершившее административное правонарушение, добровольно исполнило до вынесения постановления по делу об административном правонарушении предписание об устранении допущенного нарушения, выданное ему органом, осуществляющим государственный контроль (надзор) и муниципальный контроль (п. 7 ч. 1 ст. 4.2);

7) лицо, совершившее административное правонарушение, не является организатором ограничивающих конкуренцию соглашения или согласованных действий и (или) получило обязательные для исполнения указания участвовать в них (п. 1 примечания 3 к ст. 14.32);

8) лицо, совершившее административное правонарушение, не приступило к исполнению заключенного им ограничивающего конкуренцию соглашения (п. 2 примечания 3 к ст. 14.32).

Согласно п. 4 примечаний к ст. 14.32 КоАП РФ при назначении административного наказания за совершение административного правонарушения, предусмотренного этой статьей, в отношении юридического лица учитываются следующие обстоятельства, отягчающие административную ответственность:

1) продолжение противоправного поведения, несмотря на требование уполномоченных на то лиц прекратить его (п. 1 ч. 1 ст. 4.3);

2) повторное совершение однородного административного правонарушения, если за совершение первого административного правонарушения лицо уже подвергалось административному наказанию, по которому не истек срок, предусмотренный ст. 4.6 КоАП РФ (п. 2 ч. 1 ст. 4.3);

3) совершение длящегося административного правонарушения, продолжительность которого превышает один год (п. 1 примечания 3 к ст. 14.31);

4) причинение в результате совершения административного правонарушения ущерба гражданам, организациям или государству в размере более 1 млн. руб. либо извлечение в результате совершения административного правонарушения дохода в размере более 5 млн. руб. (п. 2 примечания 3 к ст. 14.31);

5) организация лицом, совершившим административное правонарушение, ограничивающих конкуренцию соглашения или согласованных действий (п. 1 примечания 4 к ст. 14.32);

6) принуждение лицом, совершившим административное правонарушение, иных лиц к совершению административного правонарушения либо к продолжению участия в ограничивающих конкуренцию соглашениях или согласованных действиях (п. 2 примечания 4 к ст. 14.32).

Для целей применения предусмотренных КоАП РФ смягчающих и отягчающих административную ответственность обстоятельств необходимо учитывать особенности их применения к конкретным обстоятельствам, выявляемым в процессе рассмотрения дел, связанных с нарушением антимонопольного законодательства.

Рассмотрим особенности учета обстоятельств, смягчающих административную ответственность юридических лиц за нарушение антимонопольного законодательства.

Добровольное прекращение противоправного поведения лицом, совершившим административное правонарушение (п. 2 ч. 1 ст. 4.2 КоАП РФ), учитывается при условии, что прекращение нарушения

антимонопольного законодательства произошло до принятия антимонопольным органом решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства. О прекращении нарушения могут свидетельствовать в том числе следующие действия:

- установление справедливой рыночной цены при наличии признаков монопольно высокой (низкой) цены;
- поставка товара на рынок в объеме, позволяющем обеспечить снижение цены, повысившейся в результате изъятия товара из обращения;
- прекращение навязывания невыгодных или не относящихся к предмету договора условий договора контрагенту (данное обстоятельство не может учитываться, если навязывание не осуществлено на основании предупреждения антимонопольного органа. Исполнение предупреждения исключает возбуждение дела о нарушении антимонопольного законодательства и об административном правонарушении);
- увеличение объема производства товара, на который имеется спрос на рынке;
- заключение договора с покупателями, в отношении которых доминирующий хозяйствующий субъект ранее отказывал или уклонялся от заключения договора (данное обстоятельство не может учитываться, если оно не исполнено на основании предупреждения антимонопольного органа. Исполнение предупреждения исключает возбуждение дела о нарушении антимонопольного законодательства и об административном правонарушении);
- установление одинаковых цен (тарифов) на товар для одинаковых категорий покупателей, приобретающих его в сопоставимых условиях;
- установление финансовой организацией справедливой рыночной цены финансовой услуги при наличии признаков необоснованно высокой (низкой) цены такой услуги;
- прекращение дискриминации контрагентов, т.е. обеспечение возможности при приобретении товара в сопоставимых условиях заключения договоров одинаковым категориям потребителей на сходных условиях договоров;
- устранение препятствий для доступа на товарный рынок или выхода с товарного рынка;
- обеспечение соблюдения нормативных правовых актов при установлении цены товара;
- установление справедливой рыночной цены на оптовом (розничном) рынке электрической энергии (мощности) и отказ от манипулирования ценами на этих рынках;
- отказ от участия в соглашении, которое является недопустимым в соответствии с антимонопольным законодательством.

Добровольное сообщение лицом, совершившим административное правонарушение, в орган, уполномоченный осуществлять производство по делу об административном правонарушении, о совершенном административном правонарушении (**п. 3 ч. 1 ст. 4.2 КоАП РФ**) учитывается при условии, что лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения антимонопольного законодательства, сообщило о них антимонопольному органу в письменной форме путем направления соответствующего обращения до возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Если в период рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения антимонопольного законодательства (ответчик), сообщит об ином нарушении антимонопольного законодательства, о котором не было известно антимонопольному органу, то указанное обстоятельство учитывается только в отношении рассматриваемого правонарушения.

В исключительных случаях упомянутое обстоятельство может быть учтено и в случае, если добровольное сообщение ответчиком о совершенном им правонарушении направлено в адрес комиссии антимонопольного органа при рассмотрении возбужденного дела о нарушении антимонопольного законодательства. Это допустимо лишь при условии, что сообщение ответчиком о совершенном правонарушении позволило комиссии антимонопольного органа установить факт такого нарушения антимонопольного законодательства и в

отношении этого факта ранее комиссия не располагала доказательствами.

Оказание лицом, совершившим административное правонарушение, содействия органу, уполномоченному осуществлять производство по делу об административном правонарушении, в выявлении обстоятельств, подлежащих установлению по делу об административном правонарушении (п. 4 ч. 1 ст. 4.2 КоАП РФ), учитывается при условии, что ответчик (лицо, в действиях которого содержатся признаки нарушения антимонопольного законодательства) представил в антимонопольный орган доказательства совершенного им правонарушения, которые не были известны антимонопольному органу и позволили ему установить событие правонарушения и обстоятельства его совершения. Такие доказательства должны быть представлены до принятия комиссией антимонопольного органа решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

Предотвращение лицом, совершившим административное правонарушение, вредных последствий административного правонарушения (п. 5 ч. 1 ст. 4.2 КоАП РФ) учитывается при условии, что лицо, совершившее административное правонарушение, приняло меры, направленные на обеспечение конкуренции или устранение ущемления интересов лиц, пострадавших в результате злоупотребления доминирующим положением.

Добровольное возмещение лицом, совершившим административное правонарушение, причиненного ущерба или добровольное устранение причиненного вреда (п. 6 ч. 1 ст. 4.2 КоАП РФ) учитывается при условии, что правонарушитель добровольно возместил ущерб, причиненный в результате нарушения антимонопольного законодательства лицу, пострадавшему от такого правонарушения. О добровольности возмещения ущерба может свидетельствовать факт достижения между правонарушителем и лицом, которому причинен ущерб, соглашения о размере и порядке компенсации такого ущерба (соглашение достигнуто путем переговоров без обращения в суд).

Под ущербом следует понимать расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрату или повреждение его имущества.

Добровольное исполнение до вынесения постановления по делу об административном правонарушении лицом, совершившим административное правонарушение, предписания об устранении допущенного нарушения, выданного ему органом, осуществляющим государственный контроль (надзор) и муниципальный контроль (п. 7 ч. 1 ст. 4.2 КоАП РФ), учитывается при условии, что до окончания производства по делу об административном правонарушении и не позднее срока, установленного комиссией антимонопольного органа по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства, юридическое лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, полностью исполнило предписание о прекращении нарушения антимонопольного законодательства, выданное по делу о нарушении антимонопольного законодательства, решение по которому явилось основанием для возбуждения дела об административном правонарушении.

Положение п. 1 примечания 3 к ст. 14.32 КоАП РФ (лицо, совершившее административное правонарушение, не является организатором ограничивающих конкуренцию соглашения или согласованных действий и (или) получило обязательные для исполнения указания участвовать в них) применяется только для правонарушений, предусмотренных ст. 14.32, и учитывается при условии, что антимонопольным органом не установлен тот факт, что заключение и исполнение ограничивающего конкуренцию соглашения произошло по инициативе лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении (в деле отсутствуют доказательства, свидетельствующие о том, что данное лицо является организатором ограничивающего конкуренцию соглашения).

Лицо, совершившее административное правонарушение, выступает организатором согласованных действий при условии, что должностное лицо указанного юридического лица публично заявило о планируемом поведении на товарном рынке и такое заявление привело к правонарушению в форме согласованных действий, приводящих к ограничению конкуренции.

Положение п. 2 примечания 3 к ст. 14.32 КоАП РФ (лицо, совершившее административное правонарушение, не приступило к исполнению заключенного им ограничивающего конкуренцию соглашения) касается только правонарушений, предусмотренных ст. 14.32, и учитывается при условии, что, несмотря на достигнутую письменную или устную договоренность (соглашение) о действиях, которые могут привести к

ограничению конкуренции, упомянутые действия не были произведены.

Рассмотрим особенности учета обстоятельств, отягчающих административную ответственность юридических лиц за нарушение антимонопольного законодательства.

Продолжение противоправного поведения, несмотря на требование уполномоченных на то лиц прекратить его ([п. 1 ч. 1 ст. 4.3 КоАП РФ](#)), учитывается при условии, что вступившее в законную силу предписание антимонопольного органа, выданное по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, не исполнено в установленный таким предписанием срок.

Повторное совершение однородного административного правонарушения, если за совершение первого административного правонарушения лицо уже подвергалось административному наказанию, по которому не истек срок, предусмотренный [ст. 4.6 КоАП РФ \(п. 2 ч. 1 ст. 4.3\)](#), учитывается при условии, что юридическое лицо, привлекаемое к административной ответственности, ранее совершило административное правонарушение, предусмотренное этой же [статьей](#) Кодекса, постановление по ранее совершенному административному правонарушению вступило в законную силу и в отношении ранее совершенного административного правонарушения прошло менее одного года со дня окончания исполнения постановления о назначении административного наказания.

Данный вывод основан на [п. 19.1](#) Постановления Пленума ВАС РФ от 2 июня 2004 г. N 10 "О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях", где указано, что однородными считаются правонарушения, ответственность за совершение которых установлена одной статьей [Особенной части](#) КоАП РФ. Поэтому не могут быть признаны однородными административные правонарушения, предусмотренные [ст. ст. 14.31 и 14.32](#) (или [14.33](#)) КоАП РФ.

Совершение длящегося административного правонарушения, продолжительность которого превышает один год ([п. 1 примечания 3 к ст. 14.31 КоАП РФ](#)), учитывается при условии, что продолжительность нарушения антимонопольного законодательства, установленного комиссией антимонопольного органа, превышает один год.

Причинение в результате совершения административного правонарушения ущерба гражданам, организациям или государству в размере более 1 млн. руб. либо извлечение в результате совершения административного правонарушения дохода в размере более 5 млн. руб. ([п. 2 примечания 3 к ст. 14.31 КоАП РФ](#)) учитывается при условии, что указанные действия совершены в результате нарушения антимонопольного законодательства.

Доходом, извлеченным в результате совершенного правонарушения, следует считать ту часть выручки, полученной юридическим лицом, нарушившим антимонопольное законодательство, которую такое лицо не получило бы при соблюдении антимонопольного законодательства.

Ущерб, причиненный в результате нарушения антимонопольного законодательства, или доход, полученный в результате такого нарушения, может быть установлен комиссией антимонопольного органа при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства либо должностным лицом антимонопольного органа при производстве по делу об административном правонарушении. Если ущерб устанавливается при производстве по делу об административном правонарушении и ранее не был определен комиссией антимонопольного органа, то лицо, которому такой ущерб причинен, должно быть привлечено к участию в производстве по делу об административном правонарушении в качестве потерпевшего.

Одним из отягчающих ответственность обстоятельств является непредставление или несвоевременное представление в антимонопольный орган сведений (информации), необходимых для расчета размера административного штрафа, либо представление заведомо недостоверных сведений (информации), необходимых для расчета размера административного штрафа. Данное обстоятельство может быть применено только к тому административному правонарушению, в рамках дела о котором были истребованы сведения (информация), необходимые для расчета размера административного штрафа.

Организация лицом, совершившим административное правонарушение, ограничивающих конкуренцию соглашения или согласованных действий ([п. 1 примечания 4 к ст. 14.32 КоАП РФ](#)) учитывается при условии, что антимонопольным органом установлен факт заключения и исполнения ограничивающего конкуренцию соглашения по инициативе данного юридического лица - участника антиконкурентного соглашения.

О том, что лицо является организатором ограничивающих конкуренцию соглашений, может свидетельствовать предложение таким лицом заключить соглашение и определение его основных условий.

Норма [п. 1 примечания 4 к ст. 14.32](#) КоАП РФ применяется только к административным правонарушениям, предусмотренным данной [статьей](#).

Принуждение лицом, совершившим административное правонарушение, иных лиц к совершению административного правонарушения либо к продолжению участия в ограничивающих конкуренцию соглашении или согласованных действиях ([п. 2 примечания 4 к ст. 14.32](#) КоАП РФ) учитывается при условии установления факта принуждения должностным лицом юридического лица к заключению или продолжению участия в ограничивающем конкуренцию соглашении. Принуждением могут быть признаны устные или письменные угрозы наступления неблагоприятных последствий для лиц, которых принуждают к участию в таком соглашении.

Это также распространяется только на административные правонарушения, предусмотренные [ст. 14.32](#) КоАП РФ.

[Кодекс](#) определяет порядок учета обстоятельств, смягчающих и отягчающих административную ответственность при назначении наказания на юридических лиц за административные правонарушения, связанные с нарушением антимонопольного законодательства.

Так, согласно [примечанию 4 к ст. 14.31](#) КоАП РФ за совершение административного правонарушения, предусмотренного [ст. ст. 14.31, 14.312, 14.32](#) или [14.33](#) этого Кодекса, при отсутствии обстоятельств, смягчающих и отягчающих административную ответственность, административный штраф налагается на юридическое лицо в размере суммы минимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения, и половины разности максимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения, и минимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения.

При наличии обстоятельств, смягчающих административную ответственность, за исключением обстоятельств, предусмотренных [п. п. 5 и 6 ч. 1 ст. 4.2](#) КоАП РФ, размер административного штрафа, налагаемого на юридическое лицо, подлежит уменьшению за каждое такое обстоятельство на 1/8 разности максимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения, и минимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения.

В случае если при производстве по делу об административном правонарушении установлены обстоятельства, предусмотренные [п. п. 5 и 6 ч. 1 ст. 4.2](#) КоАП РФ (предотвращение лицом, совершившим административное правонарушение, вредных последствий административного правонарушения; добровольное возмещение лицом, совершившим административное правонарушение, причиненного ущерба или добровольное устранение причиненного вреда), административный штраф налагается на юридическое лицо в размере суммы минимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения.

При наличии обстоятельств, отягчающих административную ответственность, размер административного штрафа, налагаемого на юридическое лицо, подлежит увеличению за каждое такое обстоятельство на 1/8 разности максимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения, и минимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения.

Таким образом, при определении размера административного штрафа, налагаемого на юридическое лицо за нарушение антимонопольного законодательства, в обязательном порядке должны учитываться указанные нормы [КоАП РФ](#).

С учетом указанных норм для расчета административного штрафа за совершение юридическим лицом административного правонарушения, предусмотренного [ст. ст. 14.31, 14.31.2, 14.32](#) и [14.33](#) КоАП, необходимы следующие исходные данные:

- дата (период) совершения административного правонарушения;

- дата выявления административного правонарушения (дата издания приказа о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства и создании комиссии по рассмотрению такого дела, принятие решения по которому послужило поводом к возбуждению дела об административном правонарушении);

- дата принятия (изготовления в полном объеме) решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства (если поводом к возбуждению является соответствующее решение);

- совокупный размер суммы выручки <1> правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг);

<1> В силу [п. 3 ч. 1 ст. 3.5](#) КоАП РФ используются данные о выручке и о расходах за календарный год, предшествующий году, в котором было выявлено административное правонарушение. Если правонарушитель не осуществлял деятельность по реализации или приобретению товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение, в календарном году, предшествовавшем году, в котором было выявлено административное правонарушение, используются данные о выручке за предшествующую дате выявления административного правонарушения часть календарного года, в котором было выявлено административное правонарушение.

- размер суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение (выручки на рынке), в случае совершения административного правонарушения при реализации товара (работы, услуги);

- размер суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение (расходов на рынке), в случае совершения административного правонарушения при приобретении товара (работы, услуги);

- начальная стоимость предмета торгов в случае совершения административного правонарушения при проведении торгов (и (или) в отношении проведения торгов);

- пороговые значения величины размера административного штрафа, ниже и (или) выше которых он не может быть наложен;

- обстоятельства (их количество и величина, используемая для исчисления размера штрафа), смягчающие и (или) отягчающие административную ответственность.

Порядок расчета административного штрафа несколько различается в зависимости от вида административного правонарушения. Рассмотрим основные способы расчета административного штрафа.

В случае совершения юридическим лицом административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена [ч. 1 ст. 14.31](#), [ч. 1 ст. 14.31.2](#), [ч. 2 ст. 14.32](#) и [ст. 14.33](#) КоАП, размер административного штрафа исчисляется следующим образом:

- определяется в рублях максимальный размер административного штрафа (Шмакс), предусмотренный за совершение данного административного правонарушения;

- определяется в рублях минимальный размер административного штрафа (Шмин), предусмотренный за совершение данного административного правонарушения;

- определяется базовый штраф (Шб), составляющий сумму минимального размера административного штрафа и половины разности максимального и минимального размеров административного штрафа:

$$\text{Шб} = \text{Шмин} + (\text{Шмакс} - \text{Шмин}) / 2(1).$$

Определяются обстоятельства, отягчающие (Оо) и смягчающие (Ос) административную ответственность.

Применяемое для целей исчисления размера административного штрафа, подлежащего наложению, значение обстоятельств, отягчающих административную ответственность, и обстоятельств, смягчающих ее (за исключением обстоятельств, предусмотренных [п. п. 5 и 6 ч. 1 ст. 4.2](#) КоАП РФ), принимается равным 1/8

разности максимального и минимального размеров административного штрафа:

$$O_o (O_c) = (Ш_{\max} - Ш_{\min}) / 8(2).$$

Исчисление размера административного штрафа, подлежащего наложению (Шп), осуществляется следующим образом:

$$Шп = Шб + (O_o \text{ Ч } n) - (O_c \text{ Ч } n) (3),$$

где n - количество обстоятельств, отягчающих или смягчающих административную ответственность.

При наличии обстоятельств, предусмотренных [п. 5](#) (предотвращение лицом, совершившим административное правонарушение, вредных последствий административного правонарушения) и (или) [п. 6](#) (добровольное возмещение лицом, совершившим административное правонарушение, причиненного ущерба или добровольное устранение причиненного вреда) [ч. 1 ст. 4.2 КоАП](#), штраф, подлежащий наложению, определяется в размере суммы минимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения.

Согласно [ч. ч. 3.2 и 3.3 ст. 4.1 КоАП РФ](#) при наличии исключительных обстоятельств, связанных с характером совершенного административного правонарушения и его последствиями, имущественным и финансовым положением привлекаемого к административной ответственности юридического лица, судья, орган, должностное лицо, рассматривающие дела об административных правонарушениях либо жалобы, протесты на постановления и (или) решения по делам об административных правонарушениях, могут назначить наказание в виде административного штрафа в размере менее минимального размера административного штрафа, предусмотренного соответствующей статьей [КоАП РФ](#), если минимальный размер административного штрафа для юридических лиц составляет не менее 100 тыс. руб. При этом размер административного штрафа не может составлять менее половины минимального размера административного штрафа, предусмотренного для юридических лиц соответствующей статьей [Кодекса](#).

В свете вышеизложенного если с учетом общего количества обстоятельств, смягчающих административную ответственность, полученный в результате исчисления размер административного штрафа составляет менее минимального его размера, то штраф может быть применен в размере, полученном в результате расчета, но не менее 1/2 минимального размера административного штрафа и не менее 50 тыс. руб.

В случае совершения юридическим лицом административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена [ч. 2 ст. 14.31 КоАП РФ](#), размер административного штрафа исчисляется следующим образом.

Исчисление размера административного штрафа осуществляется с учетом границ товарного рынка, указанных в решении по делу о нарушении антимонопольного законодательства, исходя из следующих величин:

- в случае когда нарушение произошло при реализации товара (работы, услуги) - из размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение (выручка на рынке);

- в случае когда нарушение произошло при приобретении товара (работы, услуги) - из размера суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение (расходы на рынке).

Определяется максимальный размер административного штрафа, составляющий:

- 15% размера суммы выручки на рынке (расходов на рынке);

- 3% размера суммы выручки на рынке (расходов на рынке) в случае, если сумма выручки на рынке (расходов на рынке) превышает 75% совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) или административное правонарушение совершено на рынке товаров (работ, услуг), реализация которых осуществляется по регулируемым в соответствии с законодательством РФ ценам (тарифам).

Определяется минимальный размер административного штрафа, составляющий:

- 1% размера суммы выручки на рынке (расходов на рынке);

- 0,3% размера суммы выручки на рынке (расходов на рынке) в случае, если сумма выручки на рынке (расходов на рынке) превышает 75% совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) или административное правонарушение совершено на рынке товаров (работ, услуг), реализация которых осуществляется по регулируемым в соответствии с законодательством РФ ценам (тарифам).

Определяется базовый штраф, составляющий сумму минимального размера административного штрафа и половины разности максимального и минимального размеров административного штрафа, по [формуле \(1\)](#).

Определяются обстоятельства, отягчающие и смягчающие административную ответственность.

Применяемое для целей исчисления размера административного штрафа, подлежащего наложению, значение обстоятельств, отягчающих административную ответственность, и обстоятельств, смягчающих ее (за исключением обстоятельств, предусмотренных [п. п. 5 и 6 ч. 1 ст. 4.2 КоАП РФ](#)), принимается равным 1/8 разности максимального и минимального размеров административного штрафа и рассчитывается по [формуле \(2\)](#).

Исчисление размера административного штрафа, подлежащего наложению, осуществляется по [формуле \(3\)](#).

При наличии обстоятельств, предусмотренных [п. 5](#) (предотвращение лицом, совершившим административное правонарушение, вредных последствий административного правонарушения) и [п. 6](#) (добровольное возмещение лицом, совершившим административное правонарушение, причиненного ущерба или добровольное устранение причиненного вреда) [ч. 1 ст. 4.2 КоАП РФ](#), штраф, подлежащий наложению, определяется в размере суммы минимального размера административного штрафа, предусмотренного за совершение данного административного правонарушения.

При этом размер административного штрафа, подлежащего наложению, не может быть менее 100 тыс. руб. и более 2% совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) ([ч. 2 ст. 14.31 КоАП РФ](#)). То есть если подлежащий наложению штраф составляет менее 100 тыс. руб., то штраф назначается в размере 100 тыс. руб., если же больше 2% совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) - то в размере, равном 2% указанного совокупного размера.

Если при наличии исключительных обстоятельств, связанных с характером совершенного административного правонарушения и его последствиями, имущественным и финансовым положением привлекаемого к административной ответственности юридического лица, с учетом общего количества обстоятельств, смягчающих административную ответственность, полученный в результате исчисления размер административного штрафа составляет менее минимального размера административного штрафа (0,3% или 1% размера суммы выручки на рынке (расходов на рынке) соответственно), в соответствии с [ч. ч. 3.2, 3.3 ст. 4.1 КоАП РФ](#) штраф может быть исчислен в размере, полученном в результате расчета, но не менее 1/2 минимального размера административного штрафа (0,15% или 0,5% размера суммы выручки на рынке (расходов на рынке) соответственно) и не менее 50 тыс. руб.

В случае совершения юридическим лицом административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена [ч. 1 ст. 14.32 КоАП РФ](#), размер административного штрафа исчисляется следующим образом.

Исчисление размера административного штрафа осуществляется с учетом границ товарного рынка, указанных в решении по делу о нарушении антимонопольного законодательства, исходя из следующих величин:

- в случае когда нарушение произошло при реализации товара (работы, услуги) - из размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение (выручка на рынке);

- в случае когда нарушение произошло при приобретении товара (работы, услуги) - из размера суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено административное правонарушение (расходы на рынке);

- в случае когда нарушение произошло при проведении торгов - из размера начальной стоимости предмета торгов.

Определяется максимальный размер административного штрафа, составляющий:

- 15% размера суммы выручки на рынке (расходов на рынке);

- 3% размера суммы выручки на рынке (расходов на рынке) в случае, если сумма выручки на рынке (расходов на рынке) превышает 75% совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) или административное правонарушение совершено на рынке товаров (работ, услуг), реализация которых осуществляется по регулируемым в соответствии с законодательством РФ ценам (тарифам);

- 50% начальной стоимости предмета торгов в случае, если нарушение произошло при проведении торгов.

Определяется минимальный размер административного штрафа, составляющий:

- 1% размера суммы выручки на рынке (расходов на рынке);

- 0,3% размера суммы выручки на рынке (расходов на рынке) в случае, если сумма выручки на рынке (расходов на рынке) превышает 75% совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) или административное правонарушение совершено на рынке товаров (работ, услуг), реализация которых осуществляется по регулируемым в соответствии с законодательством РФ ценам (тарифам);

- 10% начальной стоимости предмета торгов в случае, если нарушение произошло при проведении торгов.

Определяется базовый штраф, составляющий сумму минимального размера административного штрафа и половины разности максимального и минимального размеров административного штрафа ([формула \(1\)](#)).

Определяются обстоятельства, отягчающие и смягчающие административную ответственность.

Применяемое для целей исчисления размера административного штрафа, подлежащего наложению, значение обстоятельств, отягчающих административную ответственность, и обстоятельств, смягчающих ее (за исключением обстоятельств, предусмотренных [п. п. 5 и 6 ч. 1 ст. 4.2 КоАП РФ](#)), принимается равным 1/8 разности максимального и минимального размеров административного штрафа (расчет по [формуле \(2\)](#)).

Исчисление размера административного штрафа, подлежащего наложению, осуществляется следующим образом по [формуле \(3\)](#).

При наличии обстоятельств, предусмотренных [п. 5](#) (предотвращение лицом, совершившим административное правонарушение, вредных последствий административного правонарушения) и [п. 6](#) (добровольное возмещение лицом, совершившим административное правонарушение, причиненного ущерба или добровольное устранение причиненного вреда) [ч. 1 ст. 4.2 КоАП](#), штраф, подлежащий наложению, определяется в размере суммы минимального размера административного штрафа, установленного за совершение данного административного правонарушения.

Размер административного штрафа, подлежащего наложению, не может быть менее 100 тыс. руб. и более 4% ([ч. 4 ст. 3.5 КоАП РФ](#)) совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг).

Если при наличии исключительных обстоятельств, связанных с характером совершенного административного правонарушения и его последствиями, имущественным и финансовым положением привлекаемого к административной ответственности юридического лица, с учетом общего количества обстоятельств, смягчающих административную ответственность, полученный в результате исчисления размер

административного штрафа составляет менее минимального размера административного штрафа (0,3% или 1% размера суммы выручки на рынке (расходов на рынке) или 10% начальной стоимости предмета торгов соответственно), в соответствии с [ч. ч. 3.2, 3.3 ст. 4.1](#) КоАП РФ штраф может быть исчислен в размере, полученном в результате расчета, но не менее 1/2 минимального размера административного штрафа (0,15% или 0,5% размера суммы выручки на рынке (расходов на рынке) или 5% начальной стоимости предмета торгов соответственно) и не менее 50 тыс. руб.

Гражданско-правовая ответственность.

В соответствии с [ч. 1 настоящей статьи](#) любое лицо, гражданские права которого были нарушены в результате несоблюдения антимонопольного законодательства федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, должностными лицами иных органов, осуществляющих функции указанных органов или организаций, а также должностными лицами государственных внебюджетных фондов, коммерческими и некоммерческими организациями и их должностными лицами, физическими лицами, в том числе индивидуальными предпринимателями, вправе защитить их любым способом, указанным в [ст. 12](#) ГК РФ. Однако наиболее частым на практике способом является возмещение убытков ^{<1>}.

^{<1>} См., напр.: Постановления ФАС МО от 3 октября 2011 г. по делу [N A40-2196/11-50-19](#); от 4 сентября 2013 г. по делу [N A40-135137/12-131-526](#); от 17 сентября 2012 г. по делу [N A41-4749/12](#); ФАС ЗСО от 15 августа 2013 г. по делу [N A45-22449/2012](#); от 31 июля 2012 г. по делу [N A56-44121/2011](#).

В соответствии со [ст. 15](#) ГК РФ под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

Анализ имеющейся практики позволяет сделать вывод о том, что в подавляющем большинстве случаев взыскиваются реальные убытки с хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, которое нарушило [ст. 10](#) Закона о защите конкуренции. Вместе с тем взыскание убытков, включая упущенную выгоду, возможно также с участников ценового картеля и с недобросовестного конкурента.

Согласно устоявшейся судебной практике, нашедшей свое отражение в [Определении](#) ВАС РФ от 19 августа 2013 г. [N ВАС-10482/13](#), основанием для удовлетворения требования о взыскании убытков является наличие совокупности следующих условий:

- факт их причинения;
- документально подтвержденный размер убытков;
- наличие причинно-следственной связи между понесенными убытками и нарушением.

23 июня 2015 г. Пленум ВС РФ принял [Постановление](#) [N 25](#) "О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" (далее - [Постановление](#) Пленума ВС РФ [N 25](#)), закрепив иной подход по делам о возмещении убытков, согласно которому подлежат доказыванию следующие факты:

- ответчик является лицом, в результате действий (бездействия) которого возник ущерб;
- нарушение обязательства или причинение вреда;
- наличие убытков.

Бремя доказывания нарушения антимонопольного законодательства ответчиком в соответствии с общим принципом процессуального права лежит на истце. Обращению истца в суд может предшествовать антимонопольное разбирательство, которое, в свою очередь, может быть возбуждено по заявлению истца. Соответствующее положение закреплено в [п. 20](#) [Постановления](#) Пленума ВАС РФ [N 30](#): "право выбора

судебного или административного порядка защиты своего нарушенного или оспариваемого права принадлежит субъекту спорных правоотношений". Наличие вступившего в законную силу решения ФАС России, которое не было оспорено в суде <1>, дает истцу ряд преимуществ:

<1> Напомним, что в соответствии со [ст. 52](#) Закона о защите конкуренции "решение и (или) предписание антимонопольного органа могут быть обжалованы в арбитражный суд в течение трех месяцев со дня принятия решения или выдачи предписания", т.е. с момента изготовления решения в полном объеме.

- в решении устанавливается факт нарушения антимонопольного законодательства, а также указывается ответчик по делу, т.е. лицо, чьи действия (бездействие) привели к нарушению антимонопольного законодательства. В этой части решение ФАС России де-факто имеет преюдициальный характер для суда, что значительно облегчает процесс доказывания для истца;

- ФАС России в соответствии со [ст. 25](#) Закона о защите конкуренции имеет право запрашивать все необходимые документы и информацию, в том числе составляющую коммерческую, служебную, иную охраняемую законом тайну. В случае если антимонопольный орган располагает информацией о порядке ценообразования или договорами с контрагентами, содержащими дискриминационные условия, то эта информация может быть раскрыта в рамках судебного процесса. Тогда истец, получив доступ к материалам дела, сможет документально обосновать причиненный ему убыток.

Возможное рассмотрение в арбитражном суде вопроса о законности решения антимонопольного органа может занять достаточно много времени (с учетом возможного рассмотрения дела во всех требующихся инстанциях). В связи с этим необходимо помнить, что течение общего срока исковой давности в соответствии со [ст. 200](#) ГК РФ начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права. В практике преобладает подход, согласно которому течение срока исковой давности начинается с момента вынесения решения ФАС России.

При обращении лица в арбитражный суд напрямую, минуя процедуру рассмотрения дела в ФАС России, ему необходимо собирать доказательства и устанавливать нарушение антимонопольного законодательства самостоятельно. Данный способ может быть более затруднительным для истца, поскольку для доказывания наличия в действиях ответчика признаков нарушения антимонопольного законодательства придется прибегать к помощи экспертов или антимонопольного органа для проведения анализа рынка, без которого невозможно принять обоснованное решение.

Документально подтвердить размер убытков в подобных делах, особенно при доказывании размера упущенной выгоды, достаточно проблематично. Ввиду этого в [п. 12](#) Постановления Пленума ВС РФ N 25 было закреплено, что "размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности". При этом отсутствие указания на точный размер убытков не может являться основанием для отказа в удовлетворении требования о взыскании убытков. Отсутствие обязанности по представлению точного расчета убытков не освобождает сторону от необходимости представления доказательств и расчета как такового.

На примерах из судебной практики можно увидеть действующие подходы к разрешению такого рода споров. Среди дел, в которых суды удовлетворили иски о взыскании убытков, можно отметить следующие.

Верховный Суд РФ в рамках дела N 305-ЭС15-4533 рассматривал требование ЗАО "МФПДК "БИОТЭК" (истец) о взыскании с Teva Pharmaceutical industries Limited (Израиль) (ответчик-1) и ООО "Тева" (ответчик-2) солидарно убытков размере 408 млн. руб. в виде упущенной выгоды. [Определением](#) ВС РФ от 7 декабря 2015 г. было оставлено в силе [Постановление](#) 9 ААС от 15 октября 2014 г. по делу N А40-14800/2014, которым с ответчика-1 в пользу истца было взыскано 408 млн. руб. упущенной выгоды за необоснованный отказ от заключения договора на поставку фармацевтического препарата. Между сторонами был заключен рамочный договор сроком на пять лет, и дополнительно к нему заключались договоры на поставку определенного объема продукции сроком на 1 год. При этом в дополнительном соглашении был установлен бонус в размере 16,5% от суммы контракта за поставки фармацевтического продукта для государственных нужд. Рассматривая дело, суды пришли к выводу, что ответчик-1, отказавшись поставлять истцу продукцию, лишил его тем самым возможности получения прибыли в размере 16,5% от суммы договора в виде бонуса за исполнение условий договора (т.е.

408 млн. руб.). При оценке доказательств суд учитывал условия рамочного соглашения (в части про существенные условия поставки), сложившиеся отношения сторон по заключению контрактов по заявкам истца и бонусные соглашения. Что немаловажно, суд учел наличие решения ФАС России о нарушении ответчиком-1 п. 5 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции (отказ или уклонение от заключения договора), законность которого была подтверждена [Постановлением](#) 9 ААС от 6 октября 2014 г. по делу N А40-42997/2014.

Верховный Суд РФ в отказном [Определении](#) от 10 сентября 2015 г. N 305-ЭС15-11220 по делу N А41-45574/14 по спору между ООО "Рантект-МФД" (истец) и ООО "Одинцовский Водоканал" (ответчик) подтвердил законность взыскания с ответчика убытков в размере 99 млн. руб. за нарушение ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, выразившееся в злоупотреблении ответчиком доминирующим положением на рынке оказания услуг по водоснабжению и водоотведению. В качестве доказательств причиненных убытков суды приняли договоры на выполнение работ по проектированию и строительству, которые истец был вынужден дополнительно заключить с новыми контрагентами для выполнения условий, навязанных ему ответчиком, а также решение антимонопольного органа, вступившее в законную силу.

30 ноября 2015 г. [Постановлением](#) N 12АП-9251/2015 по делу N А06-3401/2015 12 ААС оставил в силе решение первой инстанции, которым с ООО "Астраханский порт "Развитие" было взыскано в пользу ООО "Производственно-коммерческая фирма "Волга-порт" 7,7 млн. руб. убытков за злоупотребление доминирующим положением на рынке услуг по подаче и уборке вагонов в границах железнодорожного пути необщего пользования, выразившееся в отказе от заключения договора с истцом. При оценке доказательств арбитражный суд принял во внимание наличие решения антимонопольного органа, которым ответчик был признан виновным в злоупотреблении доминирующим положением, акты сверки, платежные поручения и иную первичную документацию, а также договоры, заключенные истцом с другими контрагентами. Поскольку стоимость услуг, оказанных новыми контрагентами (8251121 руб.), была выше стоимости, по которой оказывал услуги ответчик (560820 руб.), то суд постановил взыскать с ответчика появившуюся разницу в расходах истца (т.е. 7690301 руб.).

В судебной практике немалую часть занимают дела, в которых истцу было отказано в иске.

Например, 19 августа 2013 г. ВАС РФ рассмотрел дело N ВАС-10482/13 по делу N А40-82507/12-82-758 по требованию ЗАО "Авиакомпания "Скай-Тест" (истец) о взыскании 33 млн. руб. упущенной выгоды с ФГУП "Госкорпорация по ОрВД" (ответчик-1) и 74 млн. руб. в виде упущенной выгоды солидарно с ответчика-1 и ООО "Летные проверки и системы" (ответчик-2) за уклонение от заключения договоров. Антимонопольным органом было установлено нарушение п. 5 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции (отказ или уклонение от заключения договора), ввиду чего, по мнению истца, у него отсутствовала возможность осуществлять деятельность по оказанию услуг по проверке наземных средств в аэродромах, указанной в качестве цели деятельности общества. Однако все инстанции отказали истцу в удовлетворении его требований ввиду отсутствия причинно-следственной связи между заявленными убытками и нарушением. Как указал суд, у истца была возможность осуществлять иные виды деятельности, предусмотренные уставом и его целями деятельности. В отношении же ответчика-2 суд указал, что он не был признан нарушившим антимонопольное законодательство.

16 октября 2015 г. АС МО рассматривал дело N А40-172837/2014 по иску ЗАО "МФПДК "БИОТЭК" о взыскании с Teva Pharmaceutical industries Limited (Израиль) упущенной выгоды в размере 385 млн. руб., возникшей в результате нарушения права истца на получение прибыли в виде бонуса в размере 16,5% от договора на поставку препарата "Копаксон", который мог быть заключен им как официальным дистрибьютором ответа по результатам аукциона. В отличие от дела N 305-ЭС15-4533 между теми же сторонами по аналогичному требованию о взыскании упущенной выгоды, рассмотренного выше, суд отказал истцу в удовлетворении иска. Как указал суд, для возмещения убытков истец обязан доказать факт нарушения права, наличие и размер понесенных убытков, причинную связь между нарушением права и возникшими убытками. При этом для взыскания упущенной выгоды в первую очередь следует установить реальную возможность получения упущенной выгоды и ее размер, кредитор должен доказать, что допущенное должником нарушение явилось единственным препятствием, не позволившим ему получить упущенную выгоду. Оценивая обстоятельства дела, суд не нашел доказательств того, что именно истец мог выиграть аукцион и заключить государственный контракт на поставку препарата "Копаксон", в результате чего упущенной выгоды у истца не возникло. Иными словами, доказательств причинения истцу вреда в виде упущенной выгоды в связи с приготовлениями к исполнению договора поставки или какими-либо иными обстоятельствами в материалах дела не представлено. Оценивая выводы АС МО по данному делу, стоит отметить следующее. Суд оперирует элементами состава доказывания убытков, которые были изменены [Постановлением](#) Пленума ВС РФ N 25.

Данное судебное дело подтверждает, что простого установления факта нарушения недостаточно для взыскания убытков, и необходимо также установить, что именно такими действиями лицу был причинен ущерб. Применительно к упущенной выгоде истец должен к тому же доказать, что он в действительности мог получить какую-либо выгоду, но не получил ее ввиду неправомерных действий ответчика. [Определением](#) ВС РФ от 15 февраля 2016 г. N 305-ЭС15-19148 отказано в передаче дела N А40-172837/2014 в Судебную коллегия по экономическим спорам ВС РФ.

28 июля 2015 г. 9 ААС рассмотрел дело [N 09АП-22779/2015-ГК](#) по иску ООО "ТД СИБПРОМ-ИНВЕСТ" к ЗАО "СибПромХолдинг", ЗАО "СИБПРОМКОМПЛЕКТ" и ЗАО "Инновационная компания "СИБПРОМКОМПЛЕКТ" о взыскании солидарно 273 млн. руб. упущенной выгоды и 8 млн. руб. процентов за пользование чужими денежными средствами. Отказывая в удовлетворении требований, суд указал, что истец не доказал нарушения антимонопольного законодательства, нарушения ответчиками его прав, а также наличия причинно-следственной связи. При этом ФАС России не рассматривала указанное нарушение и не принимала решения.

Говоря в целом об отказных решениях арбитражных судов, стоит отметить, что большинство таких дел содержали в своем основании требования о возмещении ущерба в виде упущенной выгоды, тогда как "положительных" дел о взыскании упущенной выгоды в практике на данный момент очень мало. При этом по подавляющему числу судебных дел (в том числе тех, которые остались вне пределов анализа в рамках данной работы) имелось решение антимонопольного органа.

Таким образом, для удовлетворения требования о возмещении ущерба (как реального, так и упущенной выгоды) следующие обстоятельства могут иметь существенное значение:

- обращение в арбитражный суд после вынесения решения антимонопольного органа о нарушении антимонопольного законодательства, законность которого подтверждена в суде (при условии, что срок исковой давности не истек);

- представление документальных подтверждений понесенных расходов - договоров с ответчиком и (или) новыми контрагентами, транспортных и расходных накладных, счетов-фактур и иной первичной документации) при доказывании реальных убытков;

- проведение сравнительного экономического анализа, подтверждающего размер не полученной истцом выгоды при доказывании упущенной выгоды. Это может быть договор с ответчиком, закрепляющий за истцом право на получение бонуса, данные о ценах на сопоставимом рынке с другими контрагентами ответчика, на котором отсутствует нарушение (в случае навязывания лицу условий договора или дискриминации), и т.д.;

- наличие причинно-следственной связи между понесенными убытками и нарушением, несмотря на отсутствие в [Постановлении](#) Пленума ВС РФ N 25 такого элемента доказывания.

В дополнение к [ч. 1 настоящей статьи](#) для стимулирования подачи хозяйствующими субъектами исков о возмещении убытков к нарушителям антимонопольного законодательства третьим антимонопольным [пакетом](#) была введена [часть 3](#). Она прямо называет некоторые способы защиты гражданских прав, а именно восстановление нарушенных прав, возмещение убытков и возмещение вреда, причиненного имуществу. Но при этом указанная [часть](#) содержит специальное указание на арбитражный суд, делая, таким образом, норму применимой исключительно для дел, подведомственных такого рода судам. [Статья 33](#) АПК РФ, предусматривающая специальную подведомственность арбитражных судов, не содержит условий для подачи исков гражданами о возмещении убытков по спорам, возникающим из нарушения антимонопольного законодательства. Таким образом, защита гражданских прав может осуществляться по общим правилам в судах общей юрисдикции или в арбитражных судах в зависимости от сторон спора.

Гражданско-правовая ответственность, а именно возмещение убытков за счет нарушителей антимонопольного законодательства, должна со временем, по замыслу законодателя, стать достойной альтернативой административной ответственности. В связи с этим в Дорожную [карту](#) по развитию конкуренции <1> были внесены положения, направленные на развитие коллективных (групповых) исков. В соответствии с [настоящей статьей](#) и [ст. 16](#) ГК РФ ответчиками по подобного рода искам могут являться также государственные органы и органы местного самоуправления. Для этого истец должен доказать, что действие или бездействие указанных лиц, в том числе издание ими акта, нарушает антимонопольное законодательство и иные указанные выше обстоятельства.

<1> **План** мероприятий ("Дорожная карта") "Развитие конкуренции и совершенствование антимонопольной политики", утв. распоряжением Правительства РФ от 28 декабря 2012 г. N 2579-р.

В судебной практике известны случаи, когда истцы использовали иные способы защиты своих нарушенных прав <1>.

<1> Постановления ФАС СЗО от 9 июля 2010 г. по делу [N A56-20744/2009](#); 3 ААС от 31 мая 2011 г. по делу [N A33-16648/2010](#).

Например, истец обратился в АС Красноярского края с иском к ответчику о восстановлении положения, существовавшего до нарушения ответчиком права истца, а именно с требованием восстановить систему отопления помещения и об устранении препятствий по пользованию тепловой энергией. Суд установил, что [ст. 9, 12](#) ГК РФ предусмотрено право граждан и юридических лиц по своему усмотрению осуществлять принадлежащие им гражданские права, в том числе избирать способ защиты нарушенного права путем признания права. [Статья 12](#) ГК РФ предусматривает способ защиты гражданских прав путем восстановления положения, существовавшего до нарушения права, и пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения. Кроме того, на неправомерность в поведении ответчика указано в решении УФАС по Красноярскому краю от 19 ноября 2010 г. N 16804, а также выдано предписание о восстановлении положения, существовавшего до нарушения антимонопольного законодательства, а именно восстановить систему отопления, примыкающую к объекту истца и демонтированную ответчиком. В результате исковые требования были удовлетворены - арбитражный суд обязал ответчика устранить препятствия в пользовании нежилым помещением, а именно восстановить систему отопления нежилого помещения, принадлежащего истцу.

Уголовная ответственность за нарушение антимонопольного законодательства.

Наиболее опасные формы антиконкурентных действий хозяйствующих субъектов влекут уголовную ответственность.

[Статья 178](#) УК РФ "Ограничение конкуренции" состоит из трех частей и примечаний, включающих три пункта.

В период действия [ст. 178](#) УК РФ в нее неоднократно вносились изменения. Последние поправки учли рекомендации Организации экономического сотрудничества и развития и исключили уголовную ответственность за злоупотребление доминирующим положением. В результате в настоящее время к уголовной ответственности привлекаются только за наиболее существенное нарушение антимонопольного законодательства, а именно картельные соглашения.

Преступление, предусмотренное [ч. 1 ст. 178](#) УК РФ, относится к преступлениям небольшой тяжести ([ч. 2 ст. 15](#) УК РФ). В этой связи следует учитывать, что приготовление к преступлению небольшой тяжести не подлежит уголовному наказанию ([ч. 2 ст. 30](#) УК РФ).

Преступление, предусмотренное [ч. 2 ст. 178](#) УК РФ, относится к преступлениям средней тяжести ([ч. 3 ст. 15](#) УК РФ). Преступление, предусмотренное [ч. 3 ст. 178](#) УК РФ, - тяжкое ([ч. 4 ст. 15](#) УК РФ).

В [ч. 1 ст. 178](#) УК РФ дается описание основного (институционального) состава преступления; в [ч. 2](#) - квалифицированного, в [ч. 3](#) - особо квалифицированного.

Характеристика общих признаков всех видов состава преступления, предусмотренного [ст. 178](#) УК РФ.

Основным общим объектом преступного посягательства для всех видов составов преступления, предусмотренного [ст. 178](#) УК РФ, являются такие социальные ценности, как конкуренция в сфере экономической деятельности, как социальная ценность, а также урегулированный антимонопольным законодательством порядок осуществления экономической деятельности.

Дополнительными общими объектами преступного посягательства для всех видов составов преступления, предусмотренного [ст. 178 УК РФ](#), выступают связанные с конкуренцией законные имущественные интересы граждан и организаций, а также охраняемые законом имущественные интересы государства, законные интересы получения дохода от экономической деятельности, законные интересы потребителей в части, относящейся к удовлетворению потребностей в товарах при наименьших затратах на их приобретение.

Дополнительными специальными объектами преступного посягательства для квалифицированного и особо квалифицированного составов преступления, предусмотренных [ст. 178 УК РФ](#), являются: интересы службы ([п. "а" ч. 2](#)); право собственности и безопасность права собственности ([п. "б" ч. 2](#)); свобода, телесная неприкосновенность или здоровье другого человека - при применении насилия ([ч. 3](#)); безопасность свободы, телесной неприкосновенности, здоровья или жизни другого человека - при угрозе применения насилия ([ч. 3](#)).

В качестве потерпевшего от рассматриваемого преступления могут рассматриваться: а) юридическое лицо, имуществу и (или) деловой репутации которого причинен ущерб в крупном или особо крупном размере ([ст. 42 УПК РФ](#)); б) физическое лицо, которому причинен имущественный ущерб в крупном или особо крупном размере, либо имущественный ущерб в соответствующем размере и физический вред здоровью (в случае применения насилия), или моральный вред (в случае угрозы применения насилия ([ч. 3 ст. 178 УК РФ](#))).

Предмет имеется лишь у той формы рассматриваемого преступления, которая включает в качестве признака объективной стороны имущественную выгоду в виде денег или иного имущества (для преступления, сопряженного с извлечением дохода).

Характеристика признаков основного состава преступления, предусмотренного [ст. 178 УК РФ](#).

Объективная сторона основного состава рассматриваемого преступления включает действия по ограничению конкуренции, совершаемые путем заключения хозяйствующими субъектами - конкурентами ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля).

Обязательные альтернативные или совокупные последствия рассматриваемого состава преступления включают одно или оба из числа указанных в [ч. 1 ст. 178 УК РФ](#) последствий: 1) крупный ущерб, сумма которого превышает 10 млн. руб., или особо крупный ущерб 30 млн. руб. вне зависимости от того, причинен этот ущерб гражданину, обществу или государству ([п. 2 примечаний](#)); 2) доход в крупном размере, который превышает 50 млн. руб., или в особо крупном размере, который превышает 250 млн. руб. ([п. 1 примечаний](#)).

Причинно-следственная связь между соответствующими действиями и любым из указанных последствий носит закономерный, т.е. типичный, повторяющийся характер.

Моментом окончания преступления, предусмотренного в [ч. 1 ст. 178 УК РФ](#), соответственно, являются момент наступления крупного ущерба или момент извлечения дохода в крупном размере.

Местом совершения преступления ([ст. ст. 11 и 12 УК РФ](#)) применительно к рассматриваемому составу преступления являются альтернативно или в любом сочетании территория РФ, военный корабль, военное воздушное судно, территориальное море РФ, континентальный шельф РФ, исключительная экономическая зона РФ, судно, приписанное к порту РФ, территория иностранного государства.

Субъектом преступления применительно к основному составу является физическое, вменяемое ([ст. 21 УК РФ](#)), достигшее 16 лет на момент совершения преступных действий лицо независимо от гражданства.

Для преступления в форме заключения хозяйствующими субъектами - конкурентами ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля) характерны следующие особенности:

- **исполнителем** (соисполнителем) преступления ([ч. 2 ст. 33 УК РФ](#)) является физическое лицо, выполняющее управленческие функции или функции должностного лица хозяйствующего субъекта, уполномоченное на заключение соглашения от имени хозяйствующего субъекта (в силу служебного положения или по специальному полномочию);

- **организатором** может являться любое физическое вменяемое лицо, достигшее 16 лет, организовавшее совершение преступления или руководившее его исполнением, а равно лицо, создавшее организованную группу

или преступное сообщество (преступную организацию) либо руководившее ими независимо от наличия специального служебного положения в хозяйствующем субъекте или выполнения специального полномочия от имени хозяйствующего субъекта ([ч. 3 ст. 33 УК РФ](#));

- **подстрекателем** может выступать любое физическое вменяемое лицо, достигшее 16 лет, склонившее другое лицо, участвующее в заключении картельного соглашения, к совершению преступления путем уговора, подкупа, угрозы или другим способом ([ч. 5 ст. 33 УК РФ](#));

- **пособником** может являться любое физическое вменяемое лицо, достигшее 16 лет, содействовавшее заключению картельного соглашения советами, указаниями, предоставлением информации, средств или орудий совершения преступления либо устранением препятствий, а также лицо, заранее обещавшее скрыть преступника, средства или орудия совершения преступления, следы преступления либо предметы, добытые преступным путем, а равно лицо, заранее обещавшее приобрести или сбыть такие предметы ([ч. 5 ст. 33 УК РФ](#)).

При этом нужно учитывать, что лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, а также в некоммерческой организации, не являющейся государственным органом, органом местного самоуправления, государственным или муниципальным учреждением, в силу [п. 1 примечаний к ст. 201 УК РФ](#) признается физическое вменяемое лицо, выполняющее функции единоличного исполнительного органа, члена совета директоров или иного коллегиального исполнительного органа, а также лицо, постоянно, временно либо по специальному полномочию выполняющее организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в этих организациях;

- **организатором** преступления может признаваться любое физическое вменяемое лицо, достигшее 16 лет, организовавшее совершение преступления или руководившее его исполнением, а равно лицо, создавшее организованную группу или преступное сообщество (преступную организацию) для целей установления и (или) поддержания монопольно высокой или монопольно низкой цены товара, необоснованного отказа или уклонения от заключения договора хотя бы с одним хозяйствующим субъектом, ограничения доступа на рынок либо руководившее ими независимо от наличия у него специального служебного положения в хозяйствующем субъекте, занимающем доминирующее положение на рынке определенного товара, или выполнения им специального полномочия от имени такого хозяйствующего субъекта ([ч. 3 ст. 33 УК РФ](#));

- **подстрекателем** признается любое физическое вменяемое лицо, достигшее 16 лет, склонившее **исполнителя** к совершению данного преступления путем уговора, подкупа, угрозы или другим способом ([ч. 5 ст. 33 УК РФ](#));

- **пособником** признается любое физическое вменяемое лицо, достигшее лет, содействовавшее совершению данного преступления исполнителем или организатором советами, указаниями, предоставлением информации, средств или орудий совершения преступления либо устранением препятствий, а также лицо, заранее обещавшее скрыть преступника, средства или орудия совершения преступления, следы преступления либо предметы, добытые преступным путем, а равно лицо, заранее обещавшее приобрести или сбыть такие предметы ([ч. 5 ст. 33 УК РФ](#)).

Субъективная сторона рассматриваемого состава преступления включает вину (психическое отношение физического лица к своим действиям (бездействию) и (или) к последствиям своих действий (бездействия)), характеризующую прямым умыслом (лицо осознает общественную опасность своих действий (бездействия), предвидело возможность или неизбежность наступления общественно опасного последствия в виде причинения крупного ущерба и (или) извлечения дохода в крупном размере и желает его наступления ([ч. 2 ст. 25 УК РФ](#))) или косвенным умыслом (лицо осознает общественную опасность своих действий (бездействия), предвидело возможность наступления общественно опасного последствия в виде причинения крупного ущерба и (или) извлечения дохода в крупном размере, не желает, но сознательно допускает эти последствия либо относится к ним безразлично ([ч. 3 ст. 25 УК РФ](#))).

Характеристика признаков квалифицированных составов (составов преступлений с одним или несколькимиотягчающими общественную опасность деяния обстоятельствами).

К квалифицированным составам рассматриваемого преступления относятся:

а) совершение деяния лицом **с использованием своего служебного положения** ([п. "а" ч. 2 ст. 178 УК РФ](#)).

Под служебным положением понимается положение (статус) физического лица, которое используется им для совершения рассматриваемого деяния. К таким лицам относятся не только те, кто наделен полномочиями должностного лица (например, руководитель государственной корпорации - см. [примечания к ст. 285 УК РФ](#)), выполняет управленческие функции в коммерческих или иных организациях, не являющихся органами государственной власти и местного самоуправления или учреждениями последних ([примечания к ст. 201 УК РФ](#)), но и иные работники хозяйствующих субъектов, которые используют свой статус для того, чтобы обеспечить или облегчить совершение преступления (советники, помощники, специалисты и др.);

б) совершение деяния, **сопряженного с уничтожением или повреждением чужого имущества либо с угрозой его уничтожения или повреждения, при отсутствии признаков вымогательства** ([п. "б" ч. 2 ст. 178 УК РФ](#)).

Уничтожение имущества - это утрата последним своих потребительских свойств, отвечающих основному назначению данного имущества, при которой восстановление данных свойств невозможно или требует затрат, равных или превышающих стоимость имущества.

Под повреждением имущества, соответственно, понимается последствие в виде частичной утраты им своих потребительских свойств, которые могут быть восстановлены в результате затрат, меньших стоимости самого имущества.

Угроза уничтожения или повреждения имущества - запугивание соответственно приведением имущества в состояние, при котором оно полностью утрачивает свои качества и ценность и не может быть использовано по назначению даже после ремонта, либо причинением вреда имуществу, ухудшающего его качество и исключающего или ограничивающего его использование по назначению без предварительного ремонта;

в) совершение деяния, **причинившего особо крупный ущерб либо повлекшего извлечение дохода в особо крупном размере** ([п. "в" ч. 2 ст. 178 УК РФ](#)).

Особо крупный ущерб - ущерб, сумма которого превышает 30 млн. руб. вне зависимости от того, причинен этот ущерб гражданину, обществу или государству ([п. 2 примечаний к ст. 178 УК РФ](#)).

Доход в особо крупном размере - доход, сумма которого превышает 250 млн. руб. ([п. 1 примечаний к ст. 178 УК РФ](#)).

Характеристика особо квалифицированных составов преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ (составов преступления с одним или несколькими особо отягчающими общественную опасность деяния обстоятельствами).

К особо квалифицированным составам рассматриваемого преступления относятся:

а) совершение деяния, предусмотренного [ч. ч. 1](#) или [2 ст. 178 УК РФ](#), с **применением насилия**.

Насилие - общественно опасное противоправное воздействие на организм другого человека, осуществленное против его воли. В российском уголовном праве под насилием понимается лишь физическое насилие ^{<1>}. По своему характеру оно может проявляться в воздействии на ткани и органы человека либо в ограничении его свободы, а по степени интенсивности быть не опасным или опасным для жизни или здоровья и влечь различный по тяжести вред здоровью или смерть или не влечь такого вреда (например, в случае нанесения побоев);

^{<1>} См.: Уголовное право. Особенная часть / Под ред. Л.Д. Гаухмана и С.В. Максимова. М., 2005. С. 85 - 86.

б) совершение деяния, предусмотренного [ч. ч. 1](#) или [2 ст. 178 УК РФ](#), с **угрозой применения насилия**.

Угроза применения насилия - устрашение обещанием или демонстрацией возможности применить физическое насилие. Угроза применения насилия при этом должна быть реальной и подлежащей немедленной реализации.

Смежные с рассматриваемыми составами преступления составы административных правонарушений.

После вступления в силу последних изменений в [статью](#) к числу смежных с рассматриваемыми составами преступления, предусмотренного [ст. 178](#) УК РФ, относится только один из составов административных правонарушений - заключение ограничивающего конкуренцию соглашения, осуществление ограничивающих конкуренцию согласованных действий, координация экономической деятельности ([ст. 14.32](#) КоАП РФ).

Обязательными отграничивающими данный состав административного правонарушения от преступления, предусмотренного [ст. 178](#) УК РФ, являются следующие признаки в совокупности: а) отсутствие последствия в виде крупного или особо крупного ущерба; б) отсутствие последствия в виде извлечения дохода в крупном или особо крупном размере.

Смежные с рассматриваемыми составами преступления, предусмотренного [ст. 178](#) УК РФ, составы иных преступлений.

К числу смежных с рассматриваемыми составами преступления, предусмотренного [ст. 178](#) УК РФ, относятся следующие составы преступлений:

а) воспрепятствование законной предпринимательской или иной деятельности ([ст. 169](#) УК РФ).

Дополнительная квалификация деяния, предусмотренного [ст. 178](#) УК РФ, по [ст. 169](#) УК РФ требуется в том случае, если: 1) соучастником преступления, предусмотренного [ст. 178](#) УК РФ (организатором, пособником или подстрекателем), выступало должностное лицо органа государственной власти или местного самоуправления, наделенное полномочиями по регистрации хозяйствующего субъекта или предоставлению ему лицензии, иное должностное лицо (см. [примечания к ст. 285](#) УК РФ), наделенное властными полномочиями по отношению к хозяйствующему субъекту; 2) такое должностное лицо в связи с совершением действий, предусмотренных [ст. 178](#) УК РФ, использовало свое служебное положение для: а) неправомерного отказа в государственной регистрации индивидуального предпринимателя или юридического лица либо для уклонения от их регистрации; б) неправомерного отказа в выдаче специального разрешения (лицензии) на осуществление определенной деятельности либо для уклонения от его выдачи; в) ограничения прав и законных интересов индивидуального предпринимателя или юридического лица в зависимости от организационно-правовой формы; г) иного незаконного ограничения самостоятельности либо иного незаконного вмешательства в деятельность индивидуального предпринимателя или юридического лица;

б) манипулирование рынком ([ст. 185.3](#) УК РФ).

Дополнительная квалификация деяния, предусмотренного [ст. 178](#) УК РФ, по [ст. 185.3](#) УК РФ требуется в том случае, если: 1) неоднократно для злоупотребления доминирующим положением, выразившегося в установлении и (или) поддержании монопольно высокой или монопольно низкой цены товара, ограничении доступа на рынок использовались в совокупности (одновременно) или по отдельности (альтернативно): а) манипулирование рынком, т.е. умышленное распространение через СМИ (в том числе электронные, информационно-телекоммуникационные сети, включая сеть Интернет) заведомо ложных сведений; б) совершение операций с финансовыми инструментами, иностранной валютой и (или) товарами либо иные умышленные действия, запрещенные [Законом](#) об использовании инсайдерской информации; 2) при совершении указанных выше действий цена, спрос, предложение или объем торгов финансовыми инструментами, иностранной валютой и (или) товарами отклонились от уровня или поддерживались на уровне, существенно отличающемся от того уровня, который сформировался бы без учета указанных выше незаконных действий; 3) такие действия причинили крупный ущерб (свыше 2,5 млн. руб.) или позволили хозяйствующему субъекту, в интересах которого действовало виновное лицо, избежать убытков на ту же сумму;

в) коммерческий подкуп ([ст. 204](#) УК РФ).

Дополнительная квалификация деяния, предусмотренного [ст. 178](#) УК РФ, по [ст. 204](#) УК РФ требуется в том случае, если для совершения любого из деяний, предусмотренных [ст. 178](#) УК РФ, лицо, действовавшее от имени хозяйствующего субъекта - участника ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля) либо хозяйствующего субъекта, неоднократно злоупотребившего своим доминирующим положением путем установления и (или) поддержания монопольно высокой или монопольно низкой цены товара либо ограничения доступа товара на рынок, использовало для этого по отдельности или в совокупности:

1) **незаконную передачу** лицу, выполняющему управленческие функции в коммерческой или иной организации, денег, ценных бумаг, иного имущества, либо незаконное оказание услуг имущественного характера, либо предоставление иных имущественных прав за совершение действий (бездействия) в интересах дающего в связи с занимаемым этим лицом служебным положением;

2) **незаконное получение денег**, ценных бумаг, иного имущества, а равно незаконное пользование услугами имущественного характера или другими имущественными правами за совершение действий (бездействия) в интересах дающего в связи с занимаемым этим лицом служебным положением;

г) **превышение должностных полномочий** (ст. 286 УК РФ).

Дополнительная квалификация деяния, предусмотренного ст. 178 УК РФ, по ст. 286 УК РФ требуется в том случае, если: 1) соучастником преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ (организатором, пособником или подстрекателем), выступало должностное лицо органа государственной власти или местного самоуправления либо их учреждения; 2) такое должностное лицо совершило в интересах хозяйствующего субъекта - участника ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля) либо хозяйствующего субъекта, неоднократно злоупотребившего своим доминирующим положением, действия, явно выходящие за пределы его полномочий и повлекшие существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства. При этом лицо, заключившее от имени хозяйствующего субъекта ограничивающее конкуренцию соглашение, становится также соучастником должностного преступления, предусмотренного ст. 286 УК РФ.

Пример такой идеальной совокупности преступлений нашел отражение в приговоре Новгородского районного суда, которым учредитель и генеральный директор ООО "Новомост-53" В.С. был признан виновным в совершении преступлений, предусмотренных ч. 4 ст. 159 УК РФ (мошенничество, совершенное в особо крупном размере), п. "а" ч. 2 ст. 178 УК РФ (недопущение, ограничение или устранение конкуренции), ч. 1 ст. 286 УК РФ (превышение должностных полномочий). С учетом того что В.С. признал свою вину и заключил досудебное соглашение о сотрудничестве, суд приговорил его к трем годам и восьми месяцам лишения свободы условно с испытательным сроком на четыре года, одновременно лишив его на два года и шесть месяцев права заниматься определенной деятельностью и назначив ему штраф на сумму 300 тыс. руб.

Руководителем организованной группы, по мнению следствия, выступило должностное лицо - первый заместитель губернатора области, которым был разработан план по хищению бюджетных средств, выделенных на ремонт и содержание автомобильных дорог на территории ряда районов Новгородской области. Роль В.С. в совершении преступления, предусмотренного ст. 178 УК РФ, состояла в заключении ограничивающего конкуренцию соглашения (картель) с ООО "Трансбалтстрой" и ООО "СК Балтийский регион" об отказе последних от участия в аукционе на право получения контракта на строительство участка дороги и мостового перехода.

Порядок применения ст. 178 УК РФ.

Возбуждение и расследование уголовных дел о преступлении, предусмотренном ст. 178 УК РФ, относится к компетенции следователей органов внутренних дел (п. 3 ч. 2 ст. 151 УПК РФ).

Поводами для возбуждения уголовного дела о преступлении, предусмотренном ст. 178 УК РФ, согласно ч. 1 ст. 140 УПК РФ могут выступать альтернативно или в совокупности: а) заявление о преступлении; б) явка с повинной; в) сообщение о совершенном или готовящемся преступлении, полученное из иных источников; г) постановление прокурора о направлении соответствующих материалов в орган предварительного расследования для решения вопроса об уголовном преследовании. Данный перечень является исчерпывающим.

Соответствующее заявление или сообщение может быть направлено в орган внутренних дел антимонопольным органом.

В соответствии с ч. 1 ст. 144 УПК РФ следователь органа внутренних дел по сообщению о совершении преступления обязан его проверить и принять решение в срок не позднее 3 суток (может быть продлен в порядке, предусмотренном ч. 3 ст. 144 УПК РФ, до 10 или до 30 суток) со дня поступления указанного сообщения.

При проверке данного сообщения следователь вправе получать объяснения, образцы для сравнительного

исследования, истребовать документы и предметы, изымать их, назначать судебную экспертизу, принимать участие в ее производстве и получать заключение эксперта в разумный срок, производить осмотр места происшествия, документов, предметов, трупов, освидетельствование, требовать производства документальных проверок, ревизий, исследований документов, предметов, привлекать к участию в этих действиях специалистов, давать органу дознания обязательное для исполнения письменное поручение о проведении оперативно-розыскных мероприятий.

Основанием для возбуждения уголовного дела о преступлении, предусмотренном [ст. 178 УК РФ](#), в соответствии с [ч. 1 ст. 140 УПК РФ](#) является наличие достаточных данных, указывающих на признаки соответствующего преступления ([ч. 2 ст. 140 УПК РФ](#)).

Поскольку признаки преступления, предусмотренного [ч. 1 ст. 178 УК РФ](#), не носят явного характера и могут быть подтверждены в ходе проверки сообщения или иных поводов для возбуждения уголовного дела лишь на основе решения комиссии антимонопольного органа, которым установлено соответствующее нарушение антимонопольного законодательства, достаточность данных, указывающих на признаки рассматриваемого преступления, не может быть обеспечена в отсутствие такого решения.

Статья 38. Принудительное разделение или выделение коммерческих организаций, а также некоммерческих организаций, осуществляющих деятельность, приносящую им доход

Комментарий к [статье 38](#)

На текущий момент данная норма является "спящей", поскольку антимонопольный орган пока ни разу не прибегал к ее применению на практике.

При реализации положений [статьи](#) на практике подход антимонопольного органа должен отличаться от того, который используется при выдаче "структурных" предписаний в рамках контроля за экономической концентрацией ^{<1>}. В соответствии с [ч. 7 ст. 33 Закона](#) в случае, если в рамках рассмотрения ходатайства установлено, что сделка приведет к ограничению конкуренции, то ФАС России вправе выдать предписание покупателю осуществить действия, направленные на отчуждение акций (долей) компаний, входящих в его группу лиц (так называемое структурное предписание). Другие предписания антимонопольного органа, которые содержат условия об определенном поведении хозяйствующего субъекта, называются поведенческими и имеют меньшее негативное влияние на участника рынка.

^{<1>} Предписания ФАС России от 14 сентября 2012 г. N АК/30099; от 29 декабря 2012 г. N АД/45393/12; от 28 октября 2013 г. N АК/42328/13.

При выдаче структурных предписаний в сфере экономической концентрации антимонопольный орган, как правило, исходит только из размера долей каждого из участников сделки. Если совокупная доля в результате сделки на каком-либо из рынков превысит 50% и ФАС России принимает решение об одобрении сделки, то с высокой степенью вероятностью регулятор предпишет осуществить отчуждение акций (долей) или совершить иные действия, направленные на снижение доли на рынке. Целью таких предписаний является исключение ограничения конкуренции в результате усиления доминирующего положения хозяйствующего субъекта.

Вместе с тем положения настоящей [статьи](#) определяют для антимонопольного органа очень высокий стандарт доказывания. Исходя из буквального толкования комментируемой [статьи](#), антимонопольный орган в суде должен доказать следующие обстоятельства в совокупности:

- систематичность нарушения антимонопольного законодательства. В соответствии с [ч. 11 ст. 4 Закона](#) систематичным осуществлением монополистической деятельности является выявленное в установленном [Законом](#) порядке более двух раз в течение трех лет осуществление монополистической деятельности хозяйствующим субъектом. При этом монополистическая деятельность включает в себя не только злоупотребление доминирующим положением, но и соглашения или согласованные действия, запрещенные антимонопольным законодательством, а также иные действия (бездействие), признанные в соответствии с федеральными законами монополистической деятельностью ([ч. 10 ст. 4 Закона о защите конкуренции](#));

- доминирующее положение коммерческой организации или некоммерческой организации, осуществляющей деятельность, приносящую ей доход, на определенном рынке. Доминирующее положение хозяйствующего субъекта устанавливается и границы рынка определяются в соответствии с [Порядком](#) анализа товарных рынков. В соответствии с [п. "в" п. 1.1](#) указанного Порядка антимонопольный орган использует его в том числе при решении вопросов о принудительном разделении (выделении) коммерческих и некоммерческих организаций, осуществляющих предпринимательскую деятельность, в соответствии со [ст. 38](#) Закона о защите конкуренции. Таким образом, доминант может быть подвергнут принудительному разделению или выделению в результате не только злоупотребления доминирующим положением, но и совершения иных действий, запрещенных антимонопольным законодательством;

- предлагаемая мера по разделению или выделению принимается в целях развития конкуренции. То есть антимонопольный орган должен доказать, что данная мера является адекватной и необходимой для обеспечения конкуренции на том рынке, где осуществляет свою деятельность доминирующий хозяйствующий субъект;

- условия, перечисленные в [п. п. 1 - 3 ч. 2 комментируемой статьи](#).

Мера по принудительному разделению или выделению имеет специфический характер. Она не может являться гражданско-правовой ответственностью, поскольку не носит компенсационного характера и не направлена на возмещение убытков или вреда. Лицо, пострадавшее от монополистических действий доминанта, не может обратиться с иском о принудительном разделении или выделении, чтобы компенсировать свои потери. По своему духу мера ближе к административной ответственности, поскольку вынуждает хозяйствующего субъекта претерпевать лишения, налагаемые по инициативе государственного органа, ответственного за осуществление контроля за соблюдением законодательства в определенной сфере. При этом в [КоАП](#) РФ не предусмотрен такой вид ответственности. Таким образом, настоящая [статья](#) усиливает карательный характер наказания, поскольку может быть применена одновременно с гражданско-правовой и административной ответственностью.

Последние комплексные изменения в антимонопольное законодательство (четвертый антимонопольный [пакет](#)) исключили возможность одновременного наложения "оборотного" штрафа и выдачи предписания о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного от монополистической деятельности. Однако мера по принудительному разделению или выделению может быть применена после привлечения хозяйствующего субъекта к административной ответственности.

[Статья](#) не устанавливает специальные сроки, в течение которых антимонопольный орган должен обратиться с иском в суд. Таким образом, можно сделать вывод о применении общих правил исковой давности по такого рода спорам.

Глава 9. РАССМОТРЕНИЕ ДЕЛ О НАРУШЕНИИ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Статья 39. Основания для возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства, место рассмотрения дела, а также последствия выявления признаков административного правонарушения при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства

Комментарий к [статье 39](#)

1. [Частью 1 настоящей статьи](#) указывается, что выявление факта нарушения антимонопольного законодательства осуществляется в соответствии со специально предусмотренной [Законом](#) о защите конкуренции процедурой возбуждения и рассмотрения антимонопольным органом дел по признакам нарушения данного [Закона](#). По результатам рассмотрения данных дел антимонопольный орган устанавливает нарушение своим решением, а также выдает предписания, предусмотренные [ст. 23](#) Закона о защите конкуренции, об устранении совершенного нарушения антимонопольного законодательства, о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции, и т.д.

Порядок рассмотрения антимонопольным органом дел о нарушении антимонопольного законодательства регламентирован также Административным [регламентом](#) ФАС России по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства РФ, утвержденным

Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 339.

2. **Частью 2** определены основания для возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства:

- поступление из государственных органов, органов местного самоуправления материалов, указывающих на наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства (далее - материалы);
- заявление юридического или физического лица, указывающее на признаки нарушения антимонопольного законодательства;
- обнаружение антимонопольным органом признаков нарушения антимонопольного законодательства;
- сообщение средства массовой информации, указывающее на наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства;
- результат проверки, при проведении которой выявлены признаки нарушения антимонопольного законодательства коммерческими организациями, некоммерческими организациями, федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, государственными внебюджетными фондами.

3. **Подпункт 1 ч. 2 комментируемой статьи** среди лиц, которые направляют материалы, указывающие на наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства, называет лишь органы государственной власти и органы местного самоуправления. Между тем в других статьях **Закона** (например, в **ст. 16**) законодатель различает органы государственной власти и органы местного самоуправления, с одной стороны, и ЦБ РФ, внебюджетные фонды, а также организации, осуществляющие функции органов власти, с другой стороны. Из этого следует заключить, что в порядке **подп. 1 ч. 2 комментируемой статьи** дело может быть возбуждено только в том случае, если материалы поступили от федерального органа власти, от органа власти субъекта РФ либо от органа муниципальной власти <1>.

<1> См., напр.: **Определение** ВАС РФ от 28 декабря 2012 г. N ВАС-17358/12 по делу N А16-1281/2011.

4. Статистически преобладающими основаниями для возбуждения дел о нарушениях антимонопольного законодательства являются заявления юридических и физических лиц.

Требования к содержанию заявления о нарушении антимонопольного законодательства установлены в **ст. 44** Закона о защите конкуренции.

5. Важно отметить, что в соответствии с **п. 3 ч. 2 комментируемой статьи** антимонопольный орган наделен полномочиями по возбуждению дел о нарушении антимонопольного законодательства в инициативном порядке, если антимонопольным органом будут обнаружены признаки нарушения антимонопольного законодательства, например в рамках планово проводимых анализов состояния конкуренции на соответствующих товарных рынках или в иных случаях. Проведение анализа состояния конкуренции может быть проведено в соответствии с поручением Президента РФ или Правительства РФ <1>.

<1> См., напр.: **Постановление** ФАС ДО от 7 марта 2012 г. N Ф03-495/2012 по делу N А59-1998/2011.

Возбуждая дело по данному основанию, антимонопольный орган должен указать, из каких конкретно источников и каким конкретно способом им получены сведения, указывающие на наличие признаков совершения антимонопольного правонарушения.

Следует отметить, что приведенное основание для возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства по своей сути является более широким, нежели то, которое предусмотрено в **п. 5 ч. 2**, а с другой стороны, имеет определенные отличия. Так, в последнем случае внеплановая проверка проводится в

отношении хозяйствующего субъекта, в действиях которого уже были обнаружены признаки нарушения (п. 5 ч. 1 ст. 25.1 Закона о защите конкуренции), либо в связи с поступившими сведениями от физических, юридических лиц (в том числе в рамках программы освобождения от ответственности), материалами органов власти, в том числе правоохранительных органов <1>, поручениями Президента РФ и Правительства РФ <2> (п. п. 1, 4 ч. 4 данной статьи), в которых, по сути, содержится указание на признаки нарушения антимонопольного законодательства, подтверждение наличия которых с точки зрения сбора доказательств, изучения фактических обстоятельств будет осуществлено антимонопольным органом в рамках проверки.

<1> См., напр.: [Постановление](#) ФАС МО от 13 декабря 2013 г. N Ф05-14171/2013 по делу N А40-92025/12-120-895.

<2> См., напр.: [Постановление](#) ФАС МО от 26 августа 2014 г. по делу N А40-14219/2013.

6. [Пунктом 5 ч. 2 комментируемой статьи](#) установлено, что в качестве одного из оснований для возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства может являться результат проверки указанных в данной норме лиц. Вместе с тем среди перечисленных в ней лиц, в отношении которых проводится проверка, отсутствуют государственные внебюджетные фонды и индивидуальные предприниматели, проверка которых может быть проведена антимонопольным органом по смыслу ст. 25.1 Закона о защите конкуренции. Представляется, что результаты проверки таких лиц также могут служить основанием для возбуждения дела.

Необходимо отметить, что положению [п. 5 ч. 2 комментируемой статьи](#) была дана оценка Конституционным Судом РФ. Делая вывод о соответствии нормы [Конституции](#) РФ, Суд указал, что данные положения, предполагающие в системе действующего антимонопольного регулирования возможность проведения антимонопольным органом внеплановой проверки при наличии конкретных сведений, указывающих на признаки нарушения хозяйствующими субъектами антимонопольного законодательства, в целях подтверждения или опровержения достоверности соответствующих сведений и уточнения их достаточности для возбуждения производства по делу о нарушении антимонопольного законодательства, не могут рассматриваться как порождающие несоразмерные ограничения прав хозяйствующих субъектов <1>.

<1> [Определение](#) КС РФ от 14 мая 2015 г. N 1076-О.

7. Возбуждение дела на основании материалов средств массовой информации предполагает, что антимонопольный орган вправе возбудить дело, если в средствах массовой информации появится сообщение, указывающее на наличие признаков совершения антимонопольного правонарушения. В качестве сообщения подобного рода можно рассмотреть, например, публикацию в СМИ, указывающую на факт реализации товаров, этикетки (упаковки) которых сходны до степени смешения с взаимозаменяемыми товарами иного производителя, ставшими известными у потребителей, содержащую иллюстрации и выводы о наличии недобросовестной конкуренции на рынке.

8. Любое из оснований, указанных в [ч. 2 комментируемой статьи](#), должно, во-первых, указывать на признаки антимонопольного правонарушения. Антимонопольный орган не вправе возбудить дело, если квалификация деяния не очевидна из информации и сведений, полученных из указанных в [ч. 2 комментируемой статьи](#) источников. Во-вторых, любое основание должно содержать какие-либо доказательства либо ссылку на доказательства совершения антимонопольного правонарушения. Если этого нет, то антимонопольный орган не вправе возбуждать дело по данному основанию.

9. В связи с тем что антимонопольный орган состоит из Центрального аппарата и 84 территориальных органов, возникает вопрос об адресности подаваемого заявления.

[Часть 3 комментируемой статьи](#) устанавливает правило, в соответствии с которым заявление должно быть подано в антимонопольный орган и, следовательно, дело подлежит рассмотрению по месту совершения антимонопольного нарушения либо по месту нахождения или месту жительства лица, в отношении которого подаются заявление или материалы.

Вопрос о месте совершения антимонопольного правонарушения часто вызывает вопросы в судебной

практике.

Так, по одному из дел было признано, что в случае обнаружения несоответствия антимонопольному законодательству соглашения между хозяйствующими субъектами местом совершения правонарушения признается место нахождения товарного рынка, доступ к которому был ограничен этим соглашением, безотносительно места нахождения хозяйствующих субъектов и места заключения соглашения <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ЦО от 20 апреля 2012 г. N А35-43/2011.

По другому делу суд пришел к выводу, что местом совершения нарушения оператором связи антимонопольного законодательства является территория, на которой им оказывается услуга телефонной связи (в соответствии с лицензией) и заключены договоры с абонентами на оказание таких услуг, безотносительно нахождения агента оператора связи, действия которого от имени последнего являются предметом проверки антимонопольного органа, на другой территории <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ЦО от 30 марта 2012 г. N А62-968/2011.

При этом ФАС России вправе рассматривать любые дела независимо от места совершения правонарушения либо от места жительства или местонахождения лица, в отношении которого поданы заявление или материалы. Эта позиция была подтверждена и на уровне судебной практики <1>.

<1> [Пункт 19](#) Постановления Пленума ВАС РФ от 30 июня 2008 г. N 30.

Полагаем, что у Центрального аппарата ФАС России нет обязанности рассмотреть заявление, если оно подано в Центральный аппарат ФАС России. Напротив, Центральный аппарат ФАС России вправе передать дело на рассмотрение того территориального органа, который полномочен рассматривать это дело в силу правил комментируемой [статьи](#).

10. Комментируемая [статья](#) не содержит прямого ответа на вопрос о том, какие последствия наступают в том случае, если дело было рассмотрено территориальным органом ФАС России, который не обладает компетенцией на рассмотрение данного дела. Полагаем, что такое нарушение само по себе не может повлечь за собой признание принятого по итогам рассмотрения дела незаконным. Исключением могут быть случаи, когда заявителем будет доказано, что нарушение рассматриваемых правил привело или могло привести к принятию незаконного решения. Например, заявитель может доказывать, что рассмотрение дела не по месту его жительства или нахождения существенно ограничило его в возможности посещать заседания комиссии либо что свидетели, находящиеся по месту нахождения заявителя, отказались выезжать на существенные расстояния.

11. Также комментируемая [статья](#) не дает ответа на вопрос о том, какие последствия наступают в том случае, если территориальный орган принял заявление, возбудил дело, а лишь затем передал его на рассмотрение другого территориального органа. Эта ситуация урегулирована [п. 2.1](#) Правил передачи антимонопольным органом заявлений, материалов, дел о нарушении антимонопольного законодательства на рассмотрение в другой антимонопольный орган (утв. Приказом ФАС России от 1 августа 2007 г. N 244; далее - Правила). Из толкования [п. п. 2.1 и 2.10](#) Правил следует, что в этом случае территориальный орган, получивший дело, не вправе отменять решение о возбуждении дела, а должен его рассмотреть и вынести по нему решение.

12. Упомянутые в [ч. 4 комментируемой статьи](#) [Правил](#) утверждены Приказом ФАС России от 1 августа 2007 г. N 244.

Указанные [Правила](#), а также Административный [регламент](#) ФАС России по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства (утв. Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 339; далее - Регламент) устанавливают случаи, когда заявление и материалы должны быть поданы в Центральный аппарат ФАС России.

Таких случаев три:

- заявление, материалы указывают на признаки нарушения антимонопольного законодательства федеральными органами исполнительной власти, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, государственными внебюджетными фондами, ЦБ РФ. ФАС России в этом случае либо принимает дело к своему производству, либо направляет заявление и материалы в территориальный орган, полномочный рассматривать это дело. Полагаем, что таким территориальным органом в данном случае может быть лишь орган, на территории деятельности которого совершено правонарушение либо расположено лицо, в отношении которого поданы заявление или материалы;

- заявление, материалы указывают на признаки нарушения антимонопольного законодательства, совершенного на территории двух или более субъектов РФ ([п. 1.4.3 Порядка](#)). ФАС России в этом случае либо принимает дело к своему производству, либо определяет территориальный орган, который будет полномочен рассматривать это дело;

- если возникает необходимость объединения дел, возбужденных двумя и более территориальными органами, расположенными в границах двух и более федеральных округов, в отношении одного и того же лица ([подп. 2 п. 1.4.6 Порядка](#)). В этом случае ФАС России либо принимает объединенное дело к своему производству, либо определяет компетентный территориальный орган.

13. В том случае, если двумя территориальными органами, расположенными в границах одного федерального округа, возбуждены дела в отношении одного и того же лица, такие дела подлежат передаче в территориальный орган, расположенный в центре федерального округа, для их объединения и принятия к своему производству ([подп. 1 п. 1.4.6 Порядка](#)). Полагаем, что эта норма подлежит применению только в том случае, если территориальный орган, расположенный в центре федерального округа, обладает компетенцией рассматривать данное дело в соответствии с [ч. 3 комментируемой статьи](#). В противном случае такие дела подлежат направлению в Центральный аппарат ФАС России для решения вопроса об объединении и направления для рассмотрения в территориальный орган.

14. [Частью 5 комментируемой статьи](#) установлено, что, если в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган выявит обстоятельства, свидетельствующие о наличии административного правонарушения, антимонопольный орган возбуждает дело об административном правонарушении в порядке, установленном законодательством РФ об административных правонарушениях.

Так, в частности, комиссия антимонопольного органа в рамках рассмотрения дела вправе запросить ответчика по делу документы и доказательства, необходимые для всестороннего рассмотрения данного дела, установления фактов, имеющих значение для дела.

Такое право антимонопольного органа корреспондирует с обязанностью ответчика по делу представить запрошенную информацию в силу [ст. 25 Закона о защите конкуренции](#).

Непредставление или несвоевременное представление в федеральный антимонопольный орган, его территориальный орган запрошенных сведений (информации), а равно представление заведомо недостоверных сведений влекут основания для привлечения такого лица к административной ответственности в соответствии с [ч. 5 ст. 19.8 КоАП РФ](#).

Статья 39.1. Предупреждение о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства

Комментарий к [статье 39.1](#)

1. Предупреждение о прекращении действий (бездействия), содержащих признаки нарушения антимонопольного законодательства (далее - предупреждение), по своей природе является превентивным механизмом, который позволяет антимонопольному органу в максимально короткие сроки и с наименьшими затратами корректировать антиконкурентное поведение (в случае выявления) хозяйствующих субъектов, органов власти и организаций, осуществляющих их функции, организаций, участвующих в предоставлении государственных или муниципальных услуг, а также государственных внебюджетных фондов, не возбуждая в отношении их дел о нарушении антимонопольного законодательства, если все условия предупреждения

выполнены.

Полномочия по направлению предупреждений, равно как и полномочия по выдаче предостережений о недопустимости нарушения антимонопольного законодательства (ст. 25.7 Закона о защите конкуренции), появились у антимонопольного органа в 2012 г. в связи с принятием третьего антимонопольного пакета.

Закрепление в антимонопольном законодательстве нового института предупреждений было обусловлено необходимостью пресечения отдельных нарушений Закона о защите конкуренции на ранних стадиях их совершения, что соответствует целям антимонопольного регулирования, указанным в ст. 1 Закона о защите конкуренции. По статистике, более 75% предупреждений исполняется <1>.

<1> http://fas.gov.ru/fas-news/fas-news_35926.html

2. Изначально предупреждения применялись к двум видам правонарушений, связанным со злоупотреблением доминирующим положением, - п. п. 3 и 5 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции.

После принятия четвертого антимонопольного пакета институт предупреждения был существенно расширен. Предупреждения стали применяться к правонарушениям, предусмотренным п. п. 6 и 8 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, к отдельным запретам в области недобросовестной конкуренции (ст. ст. 14.1, 14.2, 14.3, 14.7 и 14.8 Закона о защите конкуренции), а также к запретам на ограничивающие конкуренцию акты и действия (бездействие) органов власти (ст. 15 Закона о защите конкуренции).

3. Положения ст. 39.1 Закона о защите конкуренции распространяются не на все случаи установления признаков злоупотребления доминирующим положением, а только на случаи, когда в действиях (бездействии) хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, выявлены признаки четырех нарушений, а именно:

1) навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (экономически или технологически не обоснованные и (или) прямо не предусмотренные федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента РФ, Правительства РФ, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами требования о передаче финансовых средств, иного имущества, в том числе имущественных прав, а также согласие заключить договор при условии внесения в него положений относительно товара, в котором контрагент не заинтересован, и другие требования), - п. 3 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции;

2) экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) в случае наличия возможности производства или поставок соответствующего товара, а также в случае, если такой отказ или такое уклонение прямо не предусмотрены федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента РФ, Правительства РФ, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами, - п. 5 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции;

3) экономически, технологически и иным образом не обоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар, если иное не установлено федеральным законом, - п. 6 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции;

4) создание дискриминационных условий - п. 8 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции.

Во всех других случаях выявления злоупотребления доминирующим положением, предусмотренных ст. 10 Закона о защите конкуренции, предупреждение не может быть выдано и ФАС России обязана возбудить антимонопольное дело.

4. В отношении нарушений, связанных с недобросовестной конкуренцией, предупреждение применяется в случае выявления признаков:

1) дискредитации - ст. 14.1 Закона о защите конкуренции;

2) введения в заблуждение - ст. 14.2 Закона о защите конкуренции;

3) некорректного сравнения - [ст. 14.3](#) Закона о защите конкуренции;

4) незаконного получения, использования, разглашения информации, составляющей коммерческую или иную охраняемую законом тайну, - [ст. 14.7](#) Закона о защите конкуренции;

5) иных форм недобросовестной конкуренции - [ст. 14.8](#) Закона о защите конкуренции.

5. Институт предупреждения распространяется также на признаки всех нарушений, установленных [ст. 15](#) Закона о защите конкуренции (см. [комментарий к ней](#)).

6. [Порядок](#) выдачи предупреждения о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства, определен Приказом ФАС России от 22 января 2016 г. N 57/16.

Проект предупреждения подготавливается управлением ФАС России, отделом территориального органа, у которых на рассмотрении находятся заявление, материалы, указывающие на признаки нарушения антимонопольного законодательства (далее - ответственное структурное подразделение), в течение двух дней со дня получения заключения внутриведомственной правовой экспертизы, подтверждающего правильность установления признаков нарушения антимонопольного законодательства и определения нормы антимонопольного законодательства, которая подлежит применению.

Подготовленный ответственным подразделением антимонопольного органа проект предупреждения и заключение внутриведомственной правовой экспертизы, подтверждающее правильность установления признаков нарушения антимонопольного законодательства и определения нормы антимонопольного законодательства, которая подлежит применению, представляются руководителю антимонопольного органа (в том числе руководителю территориального управления) для принятия решения о направлении предупреждения хозяйствующему субъекту.

Подписанное предупреждение подлежит направлению хозяйствующему субъекту в течение одного дня с уведомлением о вручении.

7. В тех случаях, когда о наличии признаков нарушения [п. п. 3, 5, 6 и 8 ч. 1 ст. 10](#), [ст. ст. 14.1, 14.2, 14.3, 14.7, 14.8](#) и [15](#) Закона о защите конкуренции не было известно антимонопольному органу на момент возбуждения дела (что возможно в ситуации переквалификации действий (бездействия) в процессе рассмотрения дела, например возбужденного по другим пунктам [ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции), но их наличие установлено антимонопольным органом в период рассмотрения дела, предупреждение должно быть выдано ответчику по делу комиссией, рассматривающей соответствующее дело о нарушении антимонопольного законодательства. В связи с этим рассмотрение возбужденного дела о нарушении антимонопольного законодательства подлежит отложению по правилам [ст. 47](#) Закона о защите конкуренции.

8. Комплексность предупреждения заключается не только в указании на прекращение действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства, но и в указании на необходимость устранения причин и условий, способствовавших возникновению такого нарушения, а также принятия хозяйствующим субъектом мер, направленных на устранение последствий такого нарушения.

В связи с этим предупреждение в обязательном порядке должно содержать выводы антимонопольного органа о наличии оснований для его выдачи, нормы антимонопольного законодательства, которые нарушены действиями (бездействием) лица, которому выдается предупреждение, перечень действий, направленных на прекращение нарушения антимонопольного законодательства, устранение причин и условий, способствовавших возникновению такого нарушения, устранение последствий такого нарушения, а также разумный срок их выполнения.

9. Срок выполнения предупреждения определяется антимонопольным органом исходя из конкретных обстоятельств и должен быть разумным, т.е. предоставлять хозяйствующему субъекту объективно достаточное время, необходимое для выполнения всех его условий. По общему правилу срок выполнения предупреждения не может составлять менее 10 дней. В отдельных случаях по мотивированному ходатайству лица, которому выдано предупреждение, и при наличии у антимонопольного органа достаточных оснований полагать, что в установленный срок предупреждение не может быть выполнено, первоначально установленный в предупреждении срок может быть продлен.

10. Особенностью предупреждения является обязательность его направления антимонопольным органом во всех случаях выявления признаков нарушения [п. п. 3, 5, 6 и 8 ч. 1 ст. 10, ст. ст. 14.1, 14.2, 14.3, 14.7, 14.8 и 15 Закона о защите конкуренции](#). Принятие антимонопольным органом решения о возбуждении дела о нарушении указанных пунктов без вынесения предупреждения и до завершения срока его выполнения не допускается.

11. Предупреждение подлежит обязательному рассмотрению лицом, которому оно выдано, и антимонопольный орган должен быть уведомлен о выполнении предупреждения в течение трех дней со дня окончания срока, установленного для выполнения предупреждения.

При условии выполнения предупреждения дело о нарушении антимонопольного законодательства не может быть возбуждено антимонопольным органом, а лицо, выполнившее предупреждение, не подлежит административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства в связи с его устранением. Однако в случае, если предупреждение не выполнено и при наличии признаков нарушения антимонопольного законодательства, антимонопольный орган принимает решение о возбуждении дела, рассмотрение которого осуществляется по правилам, предусмотренным [гл. 9 Закона о защите конкуренции](#). Такое решение принимается антимонопольным органом в соответствии с Административным [регламентом](#) ФАС России по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушении антимонопольного законодательства РФ, утв. ФАС России от 25 мая 2012 г. N 339 (в ред. от 16 февраля 2016 г.).

12. Следует отметить, что за невыполнение предупреждения действующим законодательством не предусмотрена какая-либо ответственность. Невыполнение предупреждения непосредственно не влечет каких-либо негативных последствий для лица, которому оно выдано, поскольку не устанавливает факта нарушения антимонопольного законодательства и не определяет меру ответственности ^{<1>}. При этом возбуждение дела о нарушении антимонопольного законодательства в случае невыполнения предупреждения не может рассматриваться в качестве меры принудительного воздействия на хозяйствующего субъекта. Предупреждение лишь предоставляет лицу дополнительную возможность добровольно устранить нарушение без возбуждения и рассмотрения антимонопольным органом дела о нарушении антимонопольного законодательства и последующего применения административных санкций.

<1> См.: [Постановление](#) 17 ААС от 23 ноября 2012 г. по делу N 17АП-11971/2012-АК.

По своей правовой природе и содержанию предупреждение не является и не может являться предписанием в понимании [ст. 41 Закона о защите конкуренции](#), поскольку предписание выносится по итогам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства. Указанное обстоятельство должно учитываться при составлении проекта предупреждения, в том числе в части описания требуемых действий по устранению нарушения.

13. Вопрос о возможности судебного обжалования предупреждения рассматривался судами неоднократно.

В одних случаях суды, признавая возможность оспаривания предупреждения, придерживались следующей позиции: предупреждение выдается при выявлении признаков нарушения антимонопольного законодательства; невыполнение требований, указанных в предупреждении, влечет негативные последствия для хозяйствующего субъекта, а выполнение предупреждения будет означать признание факта совершения им нарушения антимонопольного законодательства ^{<1>}. Кроме того, суды указывали, что предупреждение является обязательным этапом в процедуре принятия антимонопольным органом решения и предписания ^{<2>}.

<1> См.: Постановления ФАС ПО от 8 ноября 2012 г. по делу [N A55-5939/2012](#); от 23 января 2013 г. по делу [N A06-2449/2012](#); ФАС МО от 9 сентября 2013 г. по делу [N A40-95675/12](#); ФАС ЗСО от 30 сентября 2013 г. по делу [N A46-597/2013](#); от 10 февраля 2014 г. по делу [N A44-1899/2013](#); 14 ААС от 10 апреля 2013 г. по делу [N A66-14223/2012](#); 3 ААС от 22 мая 2013 г. по делу [N A74-5455/2012](#).

<2> См.: [Постановление](#) ФАС СЗО от 4 февраля 2014 г. по делу N A56-33002/2013.

В других судебных актах можно найти вывод о невозможности самостоятельного обжалования в суде предупреждения, поскольку оно не устанавливает факта нарушения антимонопольного законодательства, не

подпадает под признаки ненормативного акта и его невыполнение не влечет каких-либо негативных последствий для лица, которому оно выдано. Единственным последствием неисполнения предупреждения является издание процессуального акта о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства, который, в свою очередь, не может быть оспорен в суде <1>.

<1> См.: Постановления 4 ААС от 27 ноября 2012 г. по делу [N А58-3869/2012](#); 12 ААС от 1 ноября 2012 г. по делу [N А06-2603/2012](#); 13 ААС от 19 июля 2013 г. по делу [N А26-2410/2013](#).

Спор относительно возможности или невозможности судебного обжалования предупреждений разрешил ВАС РФ. В [Постановлении](#) от 15 апреля 2014 г. N 18403/13 Президиум ВАС РФ, рассматривая заявление о пересмотре актов в порядке надзора, пришел к выводу о том, что выданное заявителю предупреждение отвечает признакам ненормативного правового акта, установленным в [ч. 1 ст. 198](#) АПК РФ, поскольку принято уполномоченным государственным органом на основании [ст. ст. 22 и 39.1](#) Закона о защите конкуренции в отношении конкретного хозяйствующего субъекта и содержит властное предписание, возлагающее на общество обязанности и влияющее тем самым на права хозяйствующего субъекта в сфере предпринимательской деятельности. Поскольку предупреждение является ненормативным правовым актом, оно может быть предметом самостоятельного обжалования по правилам [гл. 24](#) АПК РФ, что констатировал Президиум ВАС РФ.

Возможность судебного оспаривания предупреждения напрямую связана с вопросом доказывания наличия признаков нарушения антимонопольного законодательства. Выдача предупреждения не предполагает сбора полного объема доказательств в связи с тем, что оно выносится до возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства. Для его выдачи достаточно лишь поступления в антимонопольный орган информации о наличии признаков нарушения. [Закон](#) не содержит четких требований к процедуре проверки этой информации <1>.

<1> См.: Потеева А. [Предупреждение антимонопольного органа](#): проблемы правоприменения // Конкуренция и право. 2013. N 6. С. 11.

Как указал ВС РФ, судебный контроль при обжаловании предупреждения как при проверке его соответствия закону, так и при оценке нарушения им прав и законных интересов должен быть ограничен особенностями вынесения такого акта, целями, достигаемыми этим актом, соразмерностью предписанных мер и их исполнимостью. Поскольку предупреждение выносится при обнаружении лишь признаков правонарушения, а не его факта ([ч. 2 ст. 39.1](#) Закона о защите конкуренции), то судебной проверке подлежит факт наличия таких признаков по поступившим в антимонопольный орган информации и документам как основаниям вынесения предупреждения <1>.

<1> См.: [Обзор](#) практики ВС РФ.

Таким образом, суд не устанавливает обстоятельства, подтверждающие факт совершения правонарушения, которые должны быть установлены антимонопольным органом в ходе антимонопольного разбирательства, и не предпринимает выводы антимонопольного органа. Внимание суда должно быть направлено на проверку соблюдения формы предупреждения и процедуры ее принятия.

Статья 40. Комиссия по рассмотрению дел о нарушении антимонопольного законодательства

Комментарий к [статье 40](#)

1. Комментируемая [статья](#) закрепляет концептуальный принцип, согласно которому дело о нарушении антимонопольного законодательства рассматривается антимонопольным органом всегда коллегиально, путем создания для рассмотрения каждого дела отдельной комиссии. Комиссия выступает от имени антимонопольного органа. Состав комиссии и ее председатель утверждаются приказом руководителя антимонопольного органа о возбуждении соответствующего дела о нарушении антимонопольного законодательства. То есть приказ является процессуальным документом, в котором закрепляются два юридически значимых обстоятельства:

факт возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства, состав комиссии по его рассмотрению. При этом обязательным также является соответствие приказа о возбуждении дела специальной [форме](#), утвержденной Приказом ФАС России от 22 декабря 2006 г. N 337 "Об утверждении форм актов, принимаемых комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства" (зарегистрирован в Минюсте России 19 января 2007 г. N 8790).

2. В правоприменительной практике возникает вопрос, является ли приказ антимонопольного органа тем ненормативным правовым актом, который подлежит самостоятельному судебному обжалованию на стадии рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Ответ на данный вопрос был дан Президиумом ВАС РФ <1>, который, пересматривая в порядке надзора судебные акты арбитражных судов нижестоящих инстанций, указал на то, что приказ антимонопольного органа и определение о назначении дела к рассмотрению не устанавливают факта нарушения обществом антимонопольного законодательства и не определяют субъекта ответственности, а оформляют в предусмотренном законом порядке начало проведения процессуальных действий по установлению и выявлению всех обстоятельств по возбужденному делу. Упомянутые акты антимонопольного органа не могут быть предметом самостоятельного судебного обжалования, поскольку они являются процессуальными документами, принятыми в рамках производства по делу, возбужденному по признакам нарушения хозяйствующим субъектом антимонопольного законодательства, что не исключает возможности для заявителя впоследствии их оспаривать при обжаловании принятых по результатам рассмотрения этого дела решения и предписания антимонопольного органа.

<1> [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 17 февраля 2009 г. N 14338/08.

В правоприменительной практике данная позиция ВАС РФ распространялась не только на обжалование приказа антимонопольного органа о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства, но и на обжалование приказа о проведении проверки.

Однако ВС РФ в [Определении](#) от 22 января 2016 г. N 309-КГ15-12204 по делу N А50-19907/2014 изменил правовой подход к вопросу обжалования приказа как ненормативного акта. Так, в одном из своих определений Суд указал, что издание приказа о проведении проверки в отношении хозяйствующего субъекта либо органа власти по вопросу, выходящему за пределы компетенции антимонопольного органа, должно являться предметом судебного контроля, поскольку иной вывод противоречит положениям [ст. 46](#) Конституции РФ и процессуальному законодательству и не обеспечит восстановление нарушенных прав лица, обратившегося за судебной защитой.

Несмотря на то что указанный вывод касается обжалования приказа о проведении проверки, представляется возможным применение данного подхода и к вопросу обжалования приказа антимонопольного органа о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства.

3. По общему правилу комиссия по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства состоит из работников антимонопольного органа. Председателем комиссии может быть руководитель антимонопольного органа, его заместитель или руководитель структурного подразделения федерального антимонопольного органа. При этом [Законом](#) о защите конкуренции установлено минимально возможное количество членов комиссии, которое не должно быть менее чем три человека. Цель данной нормы - обеспечить минимальную коллегиальность рассмотрения дела комиссией.

4. Законодательством РФ предусмотрено, что в случае возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства в отношении кредитных организаций, организаций - операторов платежных систем, операторов услуг платежной инфраструктуры при осуществлении ими деятельности в соответствии с Федеральным [законом](#) "О национальной платежной системе", а также в отношении иных финансовых организаций, поднадзорных ЦБ РФ, в состав комиссии антимонопольного органа по рассмотрению дела могут быть включены представители ЦБ РФ, число которых должно составлять не менее половины членов комиссии.

Нарушение указанных требований к порядку формирования состава комиссии по рассмотрению соответствующих категорий дел о нарушении антимонопольного законодательства, а также нарушение требований к пропорциональному составу комиссии в рамках рассмотрения дела и при принятии решения по

нему могут являться основаниями для признания незаконным такого решения по процессуальным основаниям, что подтверждено имеющейся судебной практикой <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС СЗО от 11 октября 2010 г. по делу N A05-21755/2009.

5. Следует отметить, что ранее, до 1 сентября 2013 г., в комментируемой [статье](#) имелась норма о необходимости включения в состав комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства финансовыми организациями (за исключением кредитных организаций), имеющими лицензии, выданные федеральным органом исполнительной власти по рынку ценных бумаг (ФСФР России), представителей указанного федерального органа исполнительной власти, также на паритетных началах. Вместе с тем в связи с реорганизацией ФСФР России путем его включения в ЦБ РФ и созданием "мегарегулятора" данное положение признано утратившим силу.

Однако в период его действия Президиумом ВАС РФ в рамках пересмотра в порядке надзора судебных актов арбитражных судов нижестоящих инстанций была выражена правовая позиция, исходящая из буквального толкования данной нормы и заключающаяся в том, что включение в состав комиссии представителей ФСФР России требуется в случае рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства финансовой организацией, которой лицензии выданы федеральным органом исполнительной власти по рынку ценных бумаг для осуществления деятельности на рынке ценных бумаг, чего в рассмотренном ВАС РФ деле установлено не было, поскольку общество - ответчик по делу о нарушении антимонопольного законодательства - действовало на основании лицензий, выданных Росстрахнадзором для осуществления деятельности на рынке страхования. То обстоятельство, что на момент рассмотрения дела комиссией антимонопольного органа ФСФР России была наделена полномочиями по выдаче лицензий для субъектов рынка страховых услуг наряду с полномочиями по лицензированию других видов деятельности (в том числе на рынке ценных бумаг), не влияет на оценку законности состава комиссии антимонопольного органа, принявшего оспариваемые ненормативные акты <1>.

<1> [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. N 2762/13.

6. [Частью 6 комментируемой статьи](#) устанавливаются требования к кворуму, т.е. минимальному количеству членов комиссии из числа включенных в нее приказом, которые обязательно должны присутствовать на заседании. Это зачастую обусловлено в том числе тем, что в Центральном аппарате ФАС России, например, численный состав комиссии достаточно существен, что позволяет в конкретном заседании в случае неявки кого-либо из членов комиссии определить возможность рассмотрения дела в имеющемся составе. Как следует из [ч. 6.1 комментируемой статьи](#), отсутствие кворума является безусловным основанием для отложения рассмотрения дела и назначения новой даты заседания комиссии, которое оформляется определением.

7. [Частью 7 комментируемой статьи](#) устанавливается важный принцип работы комиссии при принятии юридически значимых решений в рамках рассмотрения дела. Так, вопросы, возникающие в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства комиссией, решаются членами комиссии голосованием, которое может быть осуществлено на месте с присутствием лиц, участвующих в деле, либо путем тайного голосования в их отсутствие, если возникающий вопрос требует обсуждения. В последнем случае комиссией объявляется перерыв в заседании. Перерыв в заседании объявляется обязательно для целей принятия комиссией решения по делу перед его оглашением лицам, участвующим в деле. Решение является принятым при простом большинстве голосов при условии обязанности голосования каждого члена комиссии. При этом председатель независимо от его участия в обсуждении возможных решений обязан голосовать последним, а в случае равенства голосов обязан принять окончательное решение.

Статья 41. Акты, принимаемые комиссией

Комментарий к [статье 41](#)

1. Комментируемой [статьей](#) устанавливается закрытый перечень актов, которые в предусмотренных [Законом](#) о защите конкуренции случаях принимает комиссия антимонопольного органа в рамках рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

К таким актам относятся предупреждения, определения, решения, предписания, формы которых утверждены специальным [Приказом](#) ФАС России от 22 декабря 2006 г. N 337 "Об утверждении форм актов, принимаемых комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства" (зарегистрирован в Минюсте России 19 января 2007 г. N 8790).

С учетом того что с принятием третьего антимонопольного пакета [Закон](#) о защите конкуренции дополнен институтом предупреждения, которое в некоторых случаях может быть выдано и комиссией, то перечень актов, принимаемых комиссией, следует дополнить предупреждением.

2. [Части 2 и 3 комментируемой статьи](#) посвящены резолютивному акту комиссии - решению, принимаемому по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства (подробнее см. [комментарий к ст. 49](#) Закона о защите конкуренции).

При этом [ч. 2 комментируемой статьи](#) отмечается, что решение по делу подлежит подписанию всеми членами комиссии, которые присутствовали на заседании комиссии. Это, во-первых, означает, что решение не требует подписания теми членами комиссии, которые включены в ее состав руководителем антимонопольного органа, но не присутствовали на заседании. Во-вторых, решение подлежит подписанию и теми членами комиссии антимонопольного органа, которые проголосовали против принятия соответствующего решения, принятого большинством голосов. В последнем случае такие члены комиссии вправе изложить в письменной форме особое мнение, которое приобщается к материалам дела, но в запечатанном конверте, и не подлежит оглашению.

Недопустимость оглашения особого мнения члена комиссии аналогична подходу, применяемому к особому мнению судьи арбитражного суда при рассмотрении дела в коллегиальном составе согласно [ст. 20](#) АПК РФ. Вместе с тем исходя из правоприменительной практики особое мнение судьи арбитражного суда, как правило, является доступным для ознакомления ^{<1>}.

^{<1>} См., напр.: [Особое мнение](#) судьи ФАС МО И.В. Туболец на Постановление суда кассационной инстанции, принятое по делу АС г. Москвы N А40-162026/2012 // СПС "КонсультантПлюс".

3. [Частью 3 комментируемой статьи](#) устанавливаются обязательные требования к содержательной части решения комиссии в отношении выводов, которые были сделаны комиссией по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, однако отсутствуют требования к структуре решения. В последнем случае подразумевается, что структура решения по аналогии с решениями (постановлениями) арбитражных судов должна состоять из описательной, установочной, мотивировочной и резолютивной частей.

В отношении содержательных требований следует указать, что предусмотренные [ч. 3 комментируемой статьи](#) выводы могут быть условно классифицированы на сущностные и специальные.

К сущностным выводам относятся те выводы, которые касаются умозаключений комиссии по делу в целом:

- выводы о наличии или об отсутствии оснований для прекращения рассмотрения дела;
- выводы о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства в действиях (бездействии) ответчика по делу;
- выводы о наличии или об отсутствии оснований для выдачи предписания и перечень действий, подлежащих включению в предписание.

Данные выводы подлежат обязательному отражению в решении по делу.

К специальным выводам следует отнести выводы о наличии или об отсутствии оснований для принятия антимонопольным органом других мер по пресечению и (или) устранению последствий нарушения антимонопольного законодательства, обеспечению конкуренции (в том числе оснований для обращения с иском в суд, для передачи материалов в правоохранительные органы, для направления в государственные органы или органы местного самоуправления рекомендаций об осуществлении действий, направленных на обеспечение

конкуренции).

Выводы о передаче материалов в правоохранительные органы подлежат отражению в решениях по делам о картелях, за заключение и участие в которых в соответствующих случаях, помимо административной ответственности, установлена ответственность уголовная.

4. Из [ч. 4 комментируемой статьи](#) следует, что предписание выдается только на основании решения по делу, оформляется в виде отдельного документа для каждого лица, которому надлежит осуществить определенные решением действия в установленный предписанием срок, подписывается председателем комиссии и членами комиссии, присутствующими на заседании комиссии (подробнее см. [комментарий к ст. ст. 50, 51](#)).

Разберем сущностные элементы данной нормы отдельно.

Во-первых, представляется, что предписание может быть выдано только в том случае, если комиссией в рассматриваемых в рамках дела действиях был установлен факт нарушения антимонопольного законодательства. Это косвенно следует из правовой позиции ВАС РФ, изложенной в [п. 14](#) Постановления Пленума ВАС РФ N 30. Пленум ВАС РФ указал на то, что антимонопольный орган в соответствии с полномочиями, перечисленными в [п. 2 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции, вправе включить в предписание указание на совершение конкретных действий, выполнение которых лицом, нарушившим антимонопольное законодательство, позволит восстановить права других лиц, нарушенные вследствие злоупотребления доминирующим положением, ограничения конкуренции или недобросовестной конкуренции, в необходимом для этого объеме.

В ином случае с учетом обязательности исполнения предписания, установленной [Законом](#), и ответственности за его неисполнение возложение обязанности совершения ответчиком юридически значимых действий, содержащихся в предписании, без установления нарушения антимонопольного законодательства по смыслу [гл. 9](#) Закона о защите конкуренции будет означать необоснованное обременение участника рынка.

Во-вторых, если в рассматриваемом деле несколько ответчиков и действия всех были признаны нарушившими антимонопольное законодательство, то отдельное предписание подлежит выдаче каждому из ответчиков. Вместе с тем следует учитывать также важную правовую позицию ВАС РФ. Так, в том же [пункте](#) указанного Постановления Пленума ВАС РФ отмечается, что при нарушении антимонопольного законодательства одним из членов группы лиц предписание может быть дано и иным членам группы в случае, если они способны обеспечить устранение нарушения.

В-третьих, в комментируемой норме указано, что в предписании подлежит установлению срок, в течение которого лицам, которым оно было выдано, надлежит совершить соответствующие юридически значимые действия.

Вместе с тем [ст. ст. 23, 51](#) Закона о защите конкуренции устанавливаются различные виды предписаний, некоторые из которых не предполагают установление конкретного срока исполнения, что подтверждено правоприменительной практикой.

Речь идет о предписаниях, содержащих требования об осуществлении действий, направленных на обеспечение конкуренции, либо о недопущении действий, приводящих к ограничению или устранению конкуренции, которые, по сути, могут являться поведенческими требованиями, сохраняющими свою силу, например при сохранении хозяйствующим субъектом - ответчиком по делу доминирующего положения на рынке.

В качестве примеров можно привести предписания, выданные ФАС России в рамках так называемой первой волны дел о злоупотреблении коллективным доминированием вертикально интегрированными нефтяными компаниями <1>.

<1> Постановления Президиума ВАС РФ от 25 мая 2010 г. [N 16678/09](#); от 15 февраля 2011 г. [N 12221/10](#).

В этой связи представляется целесообразным комментируемую норму [Закона](#) о защите конкуренции толковать комплексно и в совокупности с иными нормами данного [Закона](#), посвященными предписаниям,

выдаваемым по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

5. **Частью 5 комментируемой статьи** предусматривается принятие комиссией определений по основаниям, предусмотренным **Законом** о защите конкуренции, с обязательным направлением их копий лицам, участвующим в деле.

Следует отметить, что лишь в случае назначения дела к рассмотрению определение подписывается председателем комиссии единолично.

В общем порядке определение подписывается всеми членами комиссии, присутствовавшими на заседании.

К таким случаям относятся:

- отложение рассмотрения дела;
- приостановление рассмотрения дела;
- возобновление рассмотрения дела;
- объединение дел в одно производство;
- выделение дела в отдельное производство;
- продление срока рассмотрения дела;
- прекращение участия ответчика по делу в рассмотрении дела;
- привлечение к участию в деле в качестве ответчика, специалиста, эксперта, лица, располагающего сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах.

В иных случаях определение может быть подписано председателем комиссии и членами комиссии с соблюдением требований к кворуму:

- об удовлетворении (отказе в удовлетворении) ходатайства о продлении срока исполнения предписания;
- о разъяснении решения и (или) предписания;
- об исправлении ошибки, опечатки, арифметической ошибки;
- о пересмотре решения и (или) выданного на его основании предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

Статья 41.1. Сроки давности рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства

Комментарий к **статье 41.1**

1. Комментируемая **статья** Закона о защите конкуренции регламентирует порядок исчисления срока давности рассмотрения антимонопольным органом дел о нарушении антимонопольного законодательства.

В указанной **статье** законодатель предусмотрел в зависимости от характера нарушения (оконченное или длящееся) два разных порядка исчисления срока давности рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Применительно к оконченным (недлящимся) нарушениям дело о нарушении антимонопольного законодательства не может быть возбуждено и возбужденное дело подлежит прекращению по истечении трех лет со дня совершения нарушения антимонопольного законодательства.

Вместе с тем применительно к длящимся нарушениям антимонопольного законодательства указанный трехлетний срок подлежит исчислению со дня окончания нарушения или его обнаружения.

Следует отметить, что аналогичная норма содержится и в [п. 3.48](#) Административного регламента ФАС России по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства РФ, утв. Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 339.

Указанный срок является пресекательным и восстановлению не подлежит. Его истечение является безусловным основанием для прекращения антимонопольным органом производства по делу о нарушении антимонопольного законодательства, а также для признания недействительным вынесенного при таких обстоятельствах решения антимонопольного органа <1>.

<1> [Постановление](#) 3 ААС от 25 октября 2013 г. по делу N А33-4210/2013.

2. Комментируемая [статья](#) была включена в [Закон](#) о защите конкуренции после того, как КС РФ указал на соответствующий пробел в правовом регулировании вопроса о привлечении к ответственности за нарушение антимонопольного законодательства.

В результате КС РФ распространил (до внесения соответствующих изменений в [Закон](#) о защите конкуренции) установленный гражданским законодательством общий трехлетний срок исковой давности на отношения, связанные с рассмотрением антимонопольными органами дел о нарушении антимонопольного законодательства <1>.

<1> [Постановление](#) КС РФ от 24 июня 2009 г. N 11-П "По делу о проверке конституционности положений п. п. 2 и 4 статьи 12, статей 221 и 231 Закона РСФСР "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" и статей 23, 37 и 51 Федерального закона "О защите конкуренции" в связи с жалобами ОАО "Газэнергосеть" и ОАО "Нижнекамскнефтехим".

Как указал КС РФ в [п. 6](#) Постановления от 24 июня 2009 г. N 11-П, целью установления института исковой давности, давности взыскания налоговых санкций и давности привлечения к административной и уголовной ответственности является "как обеспечение эффективности реализации публичных функций, стабильности правопорядка и рациональной организации деятельности правоприменителя, так и сохранение необходимой стабильности правовых отношений и гарантирование конституционных прав лица, совершившего деяние, влекущее для него соответствующие правовые последствия, поскольку никто не может быть поставлен под угрозу возможного обременения на неопределенный или слишком длительный срок (Постановления от 27 апреля 2001 г. [N 7-П](#) и от 14 июля 2005 г. [N 9-П](#), [Определение](#) от 3 ноября 2006 г. N 445-О). Наличие сроков, в течение которых для лица во взаимоотношениях с государством могут наступить неблагоприятные последствия, представляет собой необходимое условие применения этих последствий".

Безусловно, все названные КС РФ цели института исковой давности, давности взыскания налоговых санкций и давности привлечения к административной и уголовной ответственности актуальны и в случае установления срока давности рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства.

В этой связи закрепление срока давности рассмотрения антимонопольным органом дела о нарушении антимонопольного законодательства призвано установить максимально понятный с точки зрения процессуального права механизм, позволяющий однозначным образом определить принцип применения антимонопольного законодательства во времени.

3. Пропуск антимонопольным органом трехлетнего срока давности при вынесении решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства может являться основанием для признания его незаконным в судебном порядке вне зависимости от того, насколько обоснованны выводы такого решения о допущенных лицом нарушениях.

Характерный пример такой ситуации - судебные акты по делу АС Карачаево-Черкесской Республики N А25-1774/2012. Антимонопольный орган установил, что субъект естественной монополии и банковская организация заключили договор банковского счета с нарушением [ст. ст. 11, 18](#) (в редакции до вступления в силу третьего антимонопольного пакета) Закона о защите конкуренции.

Рассматривая дело по заявлению субъекта естественной монополии и банка, суды согласились с фактом нарушения законодательства о конкуренции, но тем не менее признали незаконными вынесенные антимонопольным органом решение и предписание по причине пропуска срока давности <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС СКО от 23 мая 2013 г. по делу N A25-1774/2012.

С учетом изложенного в каждом конкретном кейсе необходимо проанализировать сущность соответствующих действий хозяйствующих субъектов или органов власти, в которых содержатся признаки совершенного нарушения антимонопольного законодательства.

Данная необходимость обусловлена императивными указаниями [Закона](#) о защите конкуренции о необходимости принятия решения об отказе в возбуждении дела либо о прекращении его рассмотрения в случае истечения сроков давности, установленных комментируемой [статьей](#).

Так, для длящегося правонарушения характерно начало его осуществления - с момента, когда лицо нарушило закон, и фактическое окончание его совершения - когда лицо само перестало его совершать или правонарушение было пресечено. При этом на всем протяжении (от начала до окончания) длящееся правонарушение является юридически оконченным, что определяет возможность привлечения лица к ответственности. То есть с момента начала совершения противоправного деяния длящееся правонарушение является юридически оконченным, но деяние продолжает осуществляться дальше, до его фактического прекращения.

Соответствующее толкование длящегося правонарушения дано в [п. 19](#) Постановления Пленума ВАС РФ от 27 января 2003 г. N 2 "О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях".

У недлящихся правонарушений момент начала совершения противоправного деяния совпадает с моментом юридического окончания правонарушения и моментом фактического окончания осуществления правонарушения.

Так, например, в качестве недлящегося нарушения антимонопольного законодательства можно рассмотреть злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением путем экономически или технологически не обоснованного отказа либо уклонения от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками).

Также недлящимися нарушениями суды признают, в частности:

- несоблюдение порядка заключения договоров аренды, предоставление государственной (муниципальной) преференции путем заключения договоров аренды публичного имущества без проведения торгов <1> ([п. 7 ч. 1 ст. 15](#) Закона) (необходимо отметить, что ранее существовала и противоположная практика) <2>;

<1> [Определение](#) ВС РФ от 31 марта 2016 г. по делу N A52-1630/2014.

<2> Постановления АС СЗО от 30 сентября 2015 г. по тому же делу [N A52-1630/2014](#); ФАС ВСО от 8 мая 2013 г. по делу [N A19-16624/2012](#).

- нарушение установленного порядка предоставления в аренду земельных участков в части обеспечения подготовки информации о земельных участках, которые предоставляются гражданам и юридическим лицам на определенном праве и предусмотренных условиях, и заблаговременной публикации такой информации ([ч. 1 ст. 15](#) Закона) <1>;

<1> [Постановление](#) АС ПО от 10 ноября 2015 г. по делу N A65-9298/2015.

- предоставление лицензии на добычу общераспространенных полезных ископаемых без проведения торгов на право пользования участком недр, содержащим данное месторождение полезных ископаемых (также [ч. 1 ст. 15 Закона](#)) <1>.

<1> [Постановление](#) 16 ААС от 28 апреля 2015 г. по делу N А15-2502/2014.

Напротив, к длящимся нарушениям антимонопольного законодательства может быть отнесено поддержание монопольно высокой (низкой) цены, когда нарушитель в течение длительного времени, непрерывно в нарушение требований антимонопольного законодательства поддерживает свои цены на монопольно высоком (низком) уровне.

Также на практике суды признавали длящимися нарушениями антимонопольного законодательства, например:

- заключение антиконкурентных соглашений, которые привели или могут привести к установлению и поддержанию цен (тарифов) на услуги, навязыванию клиентам невыгодных условий договора ([п. п. 1, 5 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции](#)) <1>;

<1> [Постановление](#) ФАС МО от 29 августа 2011 г. по делу N А40-140303/2010.

- реализация антиконкурентного соглашения, нарушающего [п. п. 1, 4 ст. 16 Закона](#) <1>;

<1> [Постановление](#) АС ДО от 4 февраля 2015 г., [Определение](#) ВС РФ от 27 марта 2015 г. по делу N А51-15659/2014.

- совмещение в течение определенного времени хозяйствующим субъектом функций органа исполнительной власти ([ч. 3 ст. 15 Закона о защите конкуренции](#)) <1>;

<1> [Постановление](#) ФАС УО от 28 августа 2012 г. по делу N А71-9441/2011.

- непринятие мер органами государственной власти и местного самоуправления по возврату имущества, переданного в аренду с нарушением положений [Закона](#) о защите конкуренции ([ч. 1 ст. 15 Закона](#)) <1>.

<1> [Постановление](#) 3 ААС от 25 октября 2013 г. по делу N А33-4210/2013.

Говоря о квалификации нарушения антимонопольного законодательства в качестве длящегося, следует отметить, что срок давности следует отсчитывать либо со дня окончания нарушения, либо со дня его обнаружения. В этой связи необходимо определить, в каких случаях для данных целей нужно применять тот или иной из обозначенных критериев.

Полагаем, что ответ на данный вопрос может быть дан с учетом приведенной выше правовой позиции КС РФ из [Постановления](#) от 24 июня 2009 г. N 11-П.

Так, если длящееся нарушение антимонопольного законодательства было обнаружено **после его окончания** (например, после того, как лицо прекратило поддерживать монопольно высокие (низкие) цены или прекратилось действие антиконкурентного соглашения), то срок давности должен течь с момента окончания нарушения, а не его обнаружения.

Аналогичная правовая позиция должна применяться и в отношении длящихся антимонопольных

правонарушений, не оконченных на момент их обнаружения. Но в таком случае срок давности должен, напротив, **исчисляться с момента обнаружения таких нарушений**.

Этот подход разделяется и судебной практикой.

Так, в деле АС г. Москвы N А40-110036/2013 отмечается следующее: "Согласно приведенной выше [ст. 41.1](#) Закона о защите конкуренции дело о нарушении антимонопольного законодательства подлежит прекращению по истечении трех лет со дня совершения нарушения антимонопольного законодательства, а при длящемся нарушении антимонопольного законодательства - со дня окончания нарушения или его обнаружения.

Из этой нормы следует, что применительно к длящимся антимонопольным правонарушениям, не прекращенным на момент их обнаружения, срок давности должен исчисляться с момента обнаружения таких нарушений" <1>.

<1> [Постановление](#) 9 ААС от 27 марта 2014 г. по делу N А40-110036/2013.

Необходимо, в частности, обратить внимание на имеющиеся в правоприменительной практике подходы к определению срока давности возбуждения и рассмотрения дела в отношении картельных сговоров по установлению и (или) поддержанию цен на торгах, а также иных соглашений, заключенных в рамках проведения торгов.

Согласно первой правовой позиции картельный сговор на торгах (нарушение [п. 2 ч. 1 ст. 11](#) Закона о защите конкуренции) не является длящимся правонарушением и оканчивается в момент составления протокола об окончании торгов и объявлении победителя/заключения договора с победителем - участником картеля <1>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) ФАС ЦО от 31 января 2014 г. по делу N А62-1953/2013.

Между тем согласно иному подходу, которого придерживается антимонопольный орган, правонарушение состоит в заключении и исполнении антиконкурентного соглашения и включает весь период действия договора, в последующем заключенного между заказчиком и победителем, и оканчивается в момент полного исполнения денежных обязательств заказчика перед поставщиком. В таких случаях антимонопольный орган признает исполнение государственного контракта как составную часть картельного сговора, который может включать подготовку к участию в торгах (согласование минимально возможного ценового предложения), непосредственное участие в торгах, дальнейшее исполнение контракта, в том числе путем заключения договора субподряда или приобретения части товара победителем у другого участника картеля <1>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) ФАС МО от 23 июля 2013 г. по делу N А40-94793/2012; решение АС г. Москвы от 9 февраля 2016 г. по делу N А40-139022/2015.

Аналогичный подход встречается в практике и в отношении сговоров между органом государственной власти - заказчиком и участниками торгов ([ст. 16](#) Закона о защите конкуренции).

Так, в частности, в деле N А51-15659/2014 суд кассационной инстанции, отменяя судебные акты судов нижестоящих инстанций, указал на то, что "договоры о закреплении долей квот добычи (вылова) водных биоресурсов - составная часть всего процесса рыболовства, следовательно, его осуществление является реализацией спорного антиконкурентного соглашения". Таким образом, суд указал, что правонарушение является длящимся, включает срок исполнения договора на предоставление квоты вылова водных биоресурсов, не оканчиваясь подведением итогов аукциона, на котором победитель в результате сговора получил квоту по наименьшей цене <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ДВО от 4 февраля 2015 г. по делу N А51-15659/2014.

4. Отдельного внимания требует разъяснение того, когда нарушение антимонопольного законодательства следует считать обнаруженным.

По данному вопросу высказался Президиум ВАС РФ, который в своем [Постановлении](#) от 13 декабря 2011 г. N 11132/11 по результатам пересмотра судебных актов арбитражных судов нижестоящих инстанций указал на то, что нарушение антимонопольного законодательства следует считать обнаруженным с момента издания антимонопольным органом приказа о возбуждении дела и создании комиссии по его рассмотрению.

Такое толкование данной нормы, данное ВАС РФ, не могло не касаться неотъемлемо связанного вопроса о сроках привлечения к административной ответственности за нарушения антимонопольного законодательства.

В силу [ч. 6 ст. 4.5](#) КоАП РФ срок давности привлечения к административной ответственности за административные правонарушения, предусмотренные [ст. ст. 14.9, 14.31, 14.31.1 - 14.33](#) указанного Кодекса, **начинает исчисляться со дня вступления в силу решения комиссии антимонопольного органа**, которым установлен факт нарушения антимонопольного законодательства РФ <1>.

<1> Подробные разъяснения касательно момента, с которого начинает течь срок давности привлечения к административной ответственности, содержатся в [письме](#) ФАС России от 28 августа 2009 г. N ИА/29631 "О применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях".

Как следует из [п. 10.1](#) Постановления Пленума ВАС РФ N 30, днем вступления в силу решения комиссии антимонопольного органа является дата принятия этого решения (т.е. дата его изготовления в полном объеме).

С этой же даты на основании [ч. 6 ст. 4.5](#) КоАП РФ исчисляется срок давности привлечения к административной ответственности за административные правонарушения, предусмотренные названными выше [ст. ст. 14.9, 14.31, 14.31.1 - 14.33](#) КоАП РФ. Привлечение лица к административной ответственности за пределами исчисленного таким образом срока недопустимо.

В этой связи, исходя из сложившейся правоприменительной практики, а также норм [КоАП](#) РФ, следует сделать вывод о том, что обнаружение нарушения антимонопольного законодательства и установление факта его совершения с правовой точки зрения являются различными юридическими фактами, наступление которых в каждом случае имеет самостоятельное значение и сферу применения.

В первом случае обнаружение длящегося нарушения антимонопольного законодательства является точкой отсчета для целей применения [Закона](#) о защите конкуренции в части возбуждения и рассмотрения дела о его нарушении.

Во втором случае установление факта нарушения антимонопольного законодательства решением комиссии антимонопольного органа открывает отсчет срока давности привлечения нарушителя к административной ответственности.

5. Нельзя не отметить также, что при прекращении рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства по причине истечения срока давности решение комиссии не может содержать сведения об установлении факта нарушения хозяйствующими субъектами антимонопольного законодательства. Данный вывод следует из [ч. 2 ст. 48](#) Закона о защите конкуренции и подтверждается судебной практикой <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС МО от 13 марта 2014 г. по делу N А40-29794/2012.

При этом необходимо отметить, что прекращение производства по делу о нарушении антимонопольного законодательства ввиду истечения установленного срока давности расценивается судебными инстанциями как прекращение производства по нереабилитирующим признакам <1>. Судебная инстанция, указывая на возможность заинтересованного лица обжаловать решение антимонопольного органа о прекращении производства в связи с истечением установленного срока давности, ссылаясь на мнение, изложенное в судебных актах КС РФ (Постановления КС РФ от 16 июня 2009 г. [N 9-П](#), от 14 июля 2011 г. [N 16-П](#) и от 19 ноября 2013 г. [N 24-П](#); Определения КС РФ от 3 апреля 2012 г. [N 630-О](#) и от 10 октября 2013 г. [N 1485-О](#)), согласно

которому при прекращении производства по делу (уголовному, административному, в сфере публичных отношений) по нереабилитирующим основаниям лицо, которому инкриминируется противоправное деяние, должно иметь возможность путем обращения в суд реализовать свое право на судебную защиту, а суд, в свою очередь, - проверить и оценить законность и обоснованность принятых по делу решений, в которых зафиксированы выдвинутые в отношении лица подозрение, обвинение, и в случае установления фактов, подтверждающих необоснованность вменяемого нарушения (подозрения), разрешить вопрос о реабилитации, т.е. о восстановлении его нарушенных прав. Удовлетворяя требования заявителя и признавая недействительным решение антимонопольного органа, суды указали на отсутствие в действиях органа власти признаков нарушения антимонопольного законодательства и, соответственно, на тот факт, что рассмотрение дела подлежало прекращению в связи с отсутствием такого нарушения.

<1> [Постановление](#) ФАС СЗО от 3 июня 2014 г. по делу N A56-41591/2013.

Вместе с тем существует и иная практика.

Так, согласно позиции, высказанной в решении АС г. Москвы от 18 июля 2013 г. по делу N A40-29794/2012, при прекращении производства по делу в связи с истечением срока давности нарушения антимонопольного законодательства вывод о наличии либо об отсутствии факта нарушения антимонопольного законодательства не может быть сформулирован, такое решение антимонопольного органа не нарушает прав и законных интересов заявителей в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности и, соответственно, не подлежит судебному обжалованию. Указанное решение суда было оставлено без изменения [Постановлением](#) 9 ААС от 12 ноября 2013 г. и [Постановлением](#) ФАС МО от 13 марта 2014 г.

Соответствие [ст. 41.1](#) Закона о защите конкуренции, [ч. 1 ст. 198](#) и [ч. 3 ст. 201](#) АПК РФ [ст. 46](#) Конституции РФ было предметом рассмотрения КС РФ <1> в связи с жалобой одного из участников дела N A40-29794/2012. Исходя из доводов жалобы, КС РФ не усмотрел оснований для принятия ее к рассмотрению. При этом КС РФ отметил, что дело об оспаривании заявителем решения антимонопольного органа, в резолютивной части которого отсутствовали сведения об установлении факта нарушения перечисленными в нем организациями антимонопольного законодательства, было рассмотрено арбитражными судами по существу. При этом на основании исследования фактических обстоятельств конкретного дела и представленных участвующими в деле лицами доказательств арбитражными судами был сделан вывод о том, что в оспоренном решении антимонопольного органа не установлено наличие нарушения антимонопольного законодательства, не содержится обязательного для исполнения предписания о совершении определенных действий, не приводятся факты о привлечении какого-либо лица к административной ответственности; данное решение не подлежало опубликованию для обозрения неопределенным кругом лиц.

<1> [Определение](#) Конституционного Суда РФ от 23 апреля 2015 г. N 937-О.

По мнению КС РФ, оспаривавшиеся заявителем законоположения не могли рассматриваться как нарушающие в его конкретном деле конституционные права, перечисленные в жалобе, в том числе право на судебную защиту. Проверка же обоснованности вынесенных по этому делу судебных актов, базирующаяся на исследовании судами обстоятельств дела и представленных доказательств, к компетенции КС РФ не относится.

Статья 42. Лица, участвующие в деле о нарушении антимонопольного законодательства

Комментарий к [статье 42](#)

1. Комментируемая [статья](#) закрепляет принцип состязательности рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства.

Так, из [ч. 1 комментируемой статьи](#) следует, что при возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства должен быть определен круг лиц, участвующих в деле.

Перечень таких лиц является закрытым и включает в себя заявителя, ответчика и заинтересованных лиц. Именно данные лица обладают всей полнотой процессуальных прав в рамках рассмотрения дела о нарушении

антимонопольного законодательства, которыми их наделяет [Закон](#) о защите конкуренции.

Как видно, к заявителям [Закон](#) о защите конкуренции относит любых лиц, направивших заявление в антимонопольный орган, т.е. как физических и юридических лиц, так и органы власти независимо от того, причинен ли таким лицам или органам убыток действиями, которые предполагаются нарушением антимонопольного законодательства, были ли их права и законные интересы нарушены такими действиями.

В данном ключе можно отличать заявителей от заинтересованных лиц, т.е. лиц, чьи права и законные интересы могут быть затронуты в связи с рассмотрением дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Следовательно, заявитель по делу о нарушении антимонопольного законодательства является участником рассмотрения дела с момента его возбуждения, а заинтересованное лицо может быть привлечено к участию в деле в ходе его рассмотрения, если такие лица будут выявлены комиссией антимонопольного органа.

Так, например, в случае выявления картельного соглашения на торгах между несколькими его участниками, что привело к установлению антиконкурентной цены и обеспечению победы одного из них, в качестве заинтересованного лица антимонопольным органом может быть привлечен заказчик, поскольку установление факта нарушения антимонопольного законодательства затрагивает его законные интересы.

Ответчиком является лицо, чьи действия рассматриваются на предмет наличия нарушения антимонопольного законодательства, в отношении которого поданы заявление, материалы, либо привлеченное в качестве такового антимонопольным органом самостоятельно ввиду обнаружения в действиях данного лица признаков его нарушения.

Необходимо отметить, что в судебной практике выработался подход, согласно которому непривлечение заинтересованного лица к участию в деле о нарушении антимонопольного законодательства хотя и является несоблюдением процессуальных норм, однако не влечет безусловного признания решения антимонопольного органа недействительным ^{<1>}.

^{<1>} См. также: Постановления ФАС СКО от 10 декабря 2015 г. по делу [N A53-16581/2014](#); ФАС ДО от 26 октября 2011 г. [N Ф03-5252/2011](#) по делу N A51-10481/2010; 5 AAC от 11 февраля 2015 г. [N 05АП-35/2015](#).

Так, в [Постановлении](#) от 21 декабря 2015 г. по делу N A19-20689/2014 ФАС ВСО признал вывод судов нижестоящих инстанций о незаконности решения антимонопольного органа только лишь ввиду непривлечения к участию в антимонопольном деле системного оператора в качестве заинтересованного лица (ОАО "СЭ ЕЭС") необоснованным и преждевременным, так как нарушение требования [ч. 1 ст. 42](#) Закона о защите конкуренции не может являться безусловным основанием для признания решения антимонопольного органа недействительным при установленных и подтвержденных нарушениях в действиях конкретного хозяйствующего субъекта. Суд установил также, что содержание в мотивировочной части решения выводов относительно необоснованности действий системного оператора при выдаче заданий на разработку графиков аварийного ограничения не свидетельствует об ущемлении прав системного оператора, поскольку не влечет какого-либо решения относительно данных действий и не возлагает дополнительных обязанностей, которые могли бы ограничивать права системного оператора при осуществлении им деятельности по оперативно-диспетчерскому управлению. Злоупотребление доминирующим положением установлено решением антимонопольного органа в действиях именно сетевой организации на самостоятельном товарном рынке услуг по передаче электрической энергии.

Правомерность позиции антимонопольного органа по непривлечению хозяйствующего субъекта в качестве заинтересованного лица по делу о нарушении антимонопольного законодательства исследовалась и в [Постановлении](#) 3 AAC от 5 апреля 2016 г. по делу N A74-8533/2015. Суд установил, что решение антимонопольного органа не возлагает на Совет депутатов г. Черногорска незаконно какие-либо обязанности, происходила оценка действий только Администрации города Черногорска.

Аналогичным образом в [Постановлении](#) 5 AAC от 11 февраля 2015 г. N 05АП-35/2015 суд признал несостоятельным довод о том, что решение Приморского УФАС затрагивает права и законные интересы ООО "Акваресурс-ДВ" в связи с тем, что победителем спорного конкурса по некоторым лотам стало именно ООО "Акваресурс-ДВ". Суд указал, что оспариваемое решение Приморского УФАС вынесено в отношении

Территориального управления Федерального агентства по рыболовству, непосредственно заявителю (ООО "Акваресурс-ДВ") не адресовано и не содержит каких-либо предписаний властного характера в отношении ООО "Акваресурс-ДВ", равно как не содержит каких-либо требований или указаний о совершении ООО "Акваресурс-ДВ" действий, которые могут повлечь изменение в правовом положении заявителя либо иным образом затронуть его права и законные интересы в сфере предпринимательской деятельности.

2. Согласно [ч. 2 комментируемой статьи](#) Законом о защите конкуренции допускается осуществление лицами, участвующими в деле, своих прав как самостоятельно, так и при помощи представителей. В последнем случае представитель должен обладать полномочиями, позволяющими ему представлять интересы такого лица, осуществлять юридически значимые действия.

3. Из [ч. 3 комментируемой статьи](#) следует, что антимонопольный орган в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, а также при рассмотрении заявления вправе выявить признаки его нарушения в действиях иных лиц. В этой связи рассматриваемое дело должно быть отложено для привлечения такого лица в качестве ответчика и предоставления ему возможности подготовки правовой позиции по делу.

Уже при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства комиссия вправе привлекать экспертов, переводчиков, а также лиц, располагающих сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах.

С принятием четвертого антимонопольного [пакета](#) данным лицам придан статус иных лиц, участвующих в рассмотрении дела. Порядок привлечения их к участию в рассмотрении дела впредь установлен в [ст. 42.1 Закона о защите конкуренции](#).

Статья 42.1. Иные лица, участвующие в рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства

Комментарий к [статье 42.1](#)

1. Комментируемая [статья](#) введена четвертым антимонопольным [пакетом](#) и содержит регулирование вопросов, связанных с порядком участия в рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства иных лиц. Под иными лицами понимаются субъекты, не являющиеся лицами, участвующими в деле. [Часть 1 комментируемой статьи](#) в число таких лиц включает экспертов, переводчиков, а также лиц, располагающих сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах.

Возможность привлекать иных лиц к участию в деле была и раньше закреплена в [ч. 4 ст. 42 Закона о защите конкуренции](#). Однако со вступлением в силу [ст. 42.1 Закона о защите конкуренции](#) процессуальные аспекты участия иных лиц получили более детальную регламентацию. Одновременно со вступлением в силу [ст. 42.1 Закона о защите конкуренции](#) [ч. 4 ст. 42 Закона о защите конкуренции](#) была признана утратившей силу.

2. Важно отметить, что в комментируемой [статье](#) впервые закреплено право участвующих в рассмотрении дела лиц, к которым закон относит заявителя, ответчика и заинтересованных лиц, заявлять ходатайства о привлечении к участию в деле экспертов, переводчиков и лиц, располагающих сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах. Ранее закон ограничивался констатацией возможности комиссии антимонопольного органа привлекать таких лиц к участию в деле. Принятие решение о привлечении иных лиц комиссией по собственной инициативе также предусмотрено [ст. 42.1 Закона о защите конкуренции](#).

При этом решение вопроса о привлечении любого из указанных в данной [статье](#) лиц при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства относится на усмотрение комиссии, т.е. является ее правом, а не обязанностью <1>.

<1> Аналогичная позиция была высказана еще в [Определении](#) ВАС РФ от 9 января 2013 г. N ВАС-17586/12 по делу N А27-13220/2011.

Указанные лица призваны оказывать содействие комиссии в рассмотрении дела. При этом в связи с тем, что данные лица не являются лицами, участвующими в деле, на них не распространяются положения о правах и

обязанностях, предусмотренных [ст. 43](#) Закона о защите конкуренции.

Также следует отметить, что согласно [ч. 3 ст. 45.1](#) Закона о защите конкуренции пояснения лиц, располагающих сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах, и заключения экспертов являются доказательствами по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

3. Наибольшее количество положений комментируемой [статьи](#) посвящено вопросам, связанным с привлечением экспертов. В соответствии с [ч. 2 ст. 42.1](#) Закона о защите конкуренции экспертом, привлекаемым комиссией при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства, является лицо, обладающее специальными знаниями по касающимся рассматриваемого дела вопросам.

Привлечение эксперта к участию в деле о нарушении антимонопольного законодательства является одним из предусмотренных [Законом](#) о защите конкуренции способов получения доказательств по делу, которые могут свидетельствовать о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства, а также способствует полному и всестороннему рассмотрению дела в случае возникновения перед комиссией вопросов, требующих специальных познаний.

Экспертиза может проводиться как в государственном судебно-экспертном учреждении, так и в негосударственной экспертной организации либо к экспертизе могут привлекаться лица, обладающие специальными знаниями, но не являющиеся работниками экспертного учреждения (организации). Представляется, что антимонопольный орган не может отказать в проведении экспертизы в негосударственной экспертной организации, а равно лицом, обладающим специальными знаниями, но не являющимся работником экспертного учреждения (организации), только в силу того, что проведение соответствующей экспертизы может быть поручено государственному судебно-экспертному учреждению.

Объектами экспертизы могут быть вещественные доказательства, документы, предметы, образцы для сравнительного исследования, пробы, материалы дела, по которому производится экспертиза. Например, комиссия может привлечь эксперта для проведения специальной экономической экспертизы по вопросам функционирования исследуемых товарных рынков, выходящей за пределы анализа состояния конкуренции, осуществляемого в соответствии с [Порядком](#) проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденным Приказом ФАС России от 28 апреля 2010 г. N 220.

В качестве примера привлечения эксперта можно привести дело, рассмотренное комиссией Бурятского УФАС России, где к участию в качестве эксперта была привлечена Республиканская служба по тарифам Республики Бурятия для дачи заключения об обоснованности включения сетевой организацией в размер платы за присоединение к электрическим сетям расходов на строительство и реконструкцию объектов электросетевого хозяйства. На основании экспертного заключения Республиканской службы по тарифам Республики Бурятия в совокупности с иными доказательствами антимонопольный орган установил, что действия сетевой организации не соответствуют [Правилам](#) технологического присоединения энергопринимающих устройств (энергетических установок) юридических и физических лиц к электрическим сетям, утвержденным Постановлением Правительства РФ от 27 декабря 2004 г. N 861, и признал ее нарушившей [п. 3 ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции. Решение антимонопольного органа было поддержано арбитражными судами <1>.

<1> См.: [Постановление](#) ФАС ВСО от 10 февраля 2009 г. и [Определение](#) ВАС РФ от 11 июня 2009 г. N 7350/09 по делу N A10-2429/08.

Комментируемая [статья](#) определяет процессуальный порядок назначения комиссией антимонопольного органа экспертизы. [Часть 3 комментируемой статьи](#) устанавливает, что кандидатуры экспертов и круг вопросов, по которым требуется заключение эксперта, определяются комиссией. Вместе с тем при решении вопроса о назначении экспертизы лица, участвующие в деле, вправе предлагать комиссии кандидатуры экспертов и экспертных организаций, а также круг вопросов, по которым требуется заключение эксперта.

При определении круга вопросов, по которым требуется проведение экспертизы, представляется обоснованным руководствоваться подходами, определенными в [Постановлении](#) Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. N 23 "О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе". Так, вопросы права и правовые последствия оценки доказательств (например, вопросы о толковании нормы [Закона](#) о защите конкуренции) не могут быть поставлены перед экспертом. Между тем, если

требуется установить содержание норм иностранного права, комиссия может привлечь эксперта.

Не менее важен подход, сформулированный в [п. 13](#) указанного Постановления. По аналогии с судебным процессом заключение эксперта, полученное вне рамок назначения экспертизы комиссией антимонопольного органа, не может признаваться экспертным заключением по рассматриваемому делу о нарушении антимонопольного законодательства. Однако такие заключения могут быть приобщены в материалы дела по ходатайству лица.

Предоставленная комментируемой нормой возможность для лиц, участвующих в деле, повлиять на выбор эксперта и круг вопросов, по которым требуется заключение, расширяет перечень прав указанных лиц, предусмотренный [ч. 1 ст. 43](#) Закона о защите конкуренции, что создает условия для более полного и всестороннего рассмотрения соответствующего дела о нарушении антимонопольного законодательства.

5. Принятие комиссией антимонопольного органа решения о привлечении экспертов оформляется определением, которое в соответствии с [ч. 8 ст. 42.1](#) Закона в течение трех дней направляется привлеченному лицу.

При этом Административный [регламент](#) ФАС России по рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства <1> дополняет [ч. 8 ст. 42.1](#) Закона в части направления соответствующего определения не только привлекаемому лицу, но и всем лицам, участвующим в деле, а также уточняет способы направления такого определения. Так, в [п. 3.117](#) Административного регламента ФАС России по рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства указано, что такое определение направляется лицам, участвующим в деле, заказным письмом с уведомлением о вручении, а в случаях, не терпящих отлагательств, - путем направления телефонограммы, телеграммы, по факсимильной связи или электронной почте либо с использованием иных средств связи либо вручается лицам, участвующим в деле, а также размещается на официальном сайте антимонопольного органа, под расписку непосредственно в антимонопольном органе либо по месту нахождения лиц, участвующих в деле.

<1> Административный [регламент](#) ФАС России по рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства, утв. Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 339.

Несмотря на то что комментируемая [статья](#) не содержит требований к определению о назначении экспертизы, представляется, что в определении должны быть решены в том числе вопросы о сроке ее проведения, о размере вознаграждения эксперту (экспертному учреждению, организации), определяемом комиссией и экспертом (экспертным учреждением, организацией), указаны фамилия, имя, отчество эксперта.

Если для решения названных вопросов требуется дополнительное время, комиссия может отложить заседание или объявить перерыв в заседании. Для получения информации о возможности проведения экспертизы, ее стоимости и сроках проведения от лица, обладающего специальными знаниями, а при поручении проведения экспертизы экспертному учреждению (организации) - также и об экспертах, которым она может быть поручена, комиссия может направить указанному лицу (экспертному учреждению, организации) соответствующее определение об отложении заседания или в перерыве в заседании либо выписку из протокола заседания комиссии. При этом в целях определения экспертом возможности проведения экспертизы, ее стоимости и сроков проведения комиссии по рассмотрению дела следует направлять эксперту (экспертному учреждению, организации) развернутую информацию о содержании экспертизы (примерном перечне разрешаемых вопросов) и об объеме исследований (количестве объектов исследования).

Комиссия по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства может приостановить рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства на срок проведения экспертизы ([ч. 3 ст. 47](#) Закона). Представляется, что после приостановления рассмотрения дела в связи с привлечением эксперта и проведением экспертизы комиссия может разрешать вопросы о замене эксперта, о привлечении к производству экспертизы другого эксперта, об отводе эксперта, о предоставлении эксперту дополнительных материалов, о постановке перед экспертом дополнительных вопросов, о продлении срока проведения экспертизы без возобновления рассмотрения дела. При этом комиссии необходимо назначить заседание, о времени и месте которого она извещает лиц, участвующих в деле, и эксперта.

6. Комментируемая [статья](#) не устанавливает четких правил о порядке выплаты эксперту вознаграждения и

возмещения ему дополнительных расходов, за исключением указания в [ч. 4](#) на то, что отбор экспертов и переводчиков осуществляется в соответствии с Федеральным [законом](#) от 5 апреля 2013 г. N 44-ФЗ "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд" в случае оплаты услуг указанных лиц из федерального бюджета.

[Законом](#) о защите конкуренции вопрос оплаты вознаграждения за услуги эксперта или переводчика не урегулирован в отличие от соответствующей нормы АПК РФ ([ст. 107](#)). Вместе с тем представляется, что в случае, если эксперт или переводчик привлекаются к участию в рассмотрении дела по инициативе лица, участвующего в деле, расходы по оплате их вознаграждения должны быть отнесены на лицо, предложившее кандидатуру эксперта или переводчика. При этом до привлечения эксперта по ходатайству лиц, участвующих в деле, комиссии необходимо определить по согласованию с этими лицами и экспертом (экспертным учреждением) размер вознаграждения, подлежащего выплате за экспертизу, и установить срок, в течение которого соответствующие денежные суммы должны быть внесены на депозитный счет антимонопольного органа лицами, заявившими ходатайство о привлечении эксперта.

По аналогии с арбитражным процессом в случае неисполнения указанными лицами обязанности по внесению на депозитный счет антимонопольного органа денежных сумм в установленном размере комиссия должна принять решение об отклонении ходатайства о привлечении эксперта. Если при названных обстоятельствах дело не может быть рассмотрено и решение принято на основании имеющихся в материалах дела доказательств, комиссия может привлечь к участию в рассмотрении дела эксперта при согласии эксперта (экспертного учреждения, организации), учитывая, что оплата экспертизы в таком случае будет производиться за счет бюджетных средств. В этих случаях, а также в случаях, когда инициатором привлечения эксперта выступает участвующий в деле государственный орган, подлежит применению Федеральный [закон](#) "О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд".

7. Как уже отмечалось, на иных лиц, участвующих в рассмотрении дела, не распространяются права и обязанности, предусмотренные [ст. 43](#) Закона о защите конкуренции. При этом, согласно [ч. ч. 5 и 6 комментируемой статьи](#), эксперт обладает соответствующими его статусу правами, а именно:

- с разрешения комиссии знакомиться с материалами дела;
- участвовать в заседании комиссии, в том числе в силу [ч. 3.2 ст. 45](#) Закона о защите конкуренции в необходимых случаях по решению комиссии присутствовать в закрытом заседании;
- заявлять ходатайство о предоставлении ему дополнительных материалов;
- отказаться от дачи заключения по вопросам, выходящим за пределы его специальных знаний, а также в случае, если предоставленные ему материалы недостаточны для дачи заключения.

Мнения экспертов, привлеченных для дачи заключений, заслушиваются и обсуждаются на заседании комиссии. При принятии решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства комиссия оценивает заключения и пояснения экспертов наряду с другими имеющимися в деле доказательствами.

8. [Часть 9 ст. 42.1](#) Закона о защите конкуренции устанавливает, что лица, участвующие в деле о нарушении антимонопольного законодательства, вправе заявить отвод эксперту, если имеются обстоятельства, которые могут вызвать сомнение в его беспристрастности. Такими обстоятельствами, в частности, могут являться следующие:

- 1) эксперт является родственником лица, участвующего в деле, или его представителя;
- 2) эксперт лично, прямо или косвенно заинтересован в исходе дела либо имеются иные обстоятельства, которые могут вызвать сомнение в его беспристрастности;
- 3) эксперт находится или ранее находился в служебной или иной зависимости от лица, участвующего в деле, или его представителя;
- 4) эксперт делал публичные заявления или давал оценку по существу рассматриваемого дела;

5) эксперт проводит или проводил ревизию или проверку, материалы которых стали поводом для обращения в антимонопольный орган или используются при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Решение об отводе принимается комиссией антимонопольного органа, которая принимала решение о привлечении эксперта к участию в деле о нарушении антимонопольного законодательства. Буквальное толкование данной нормы не должно приводить к выводу о том, что такое решение может быть принято исключительно комиссией в составе, в котором она принимала решение о привлечении эксперта к участию в деле. О принятом решении комиссия выносит определение.

Для того чтобы поставить барьер недобросовестному использованию права на заявление отвода, препятствующего движению дела, [ст. 42.1](#) Закона о защите конкуренции устанавливает правило о том, что лица, участвующие в деле о нарушении антимонопольного законодательства, могут повторно заявить об отводе эксперта только со ссылкой на иные основания. В противном случае такое заявление подлежит оставлению без рассмотрения.

9. В соответствии с [ч. 7 ст. 42.1](#) Закона о защите конкуренции за дачу заведомо ложного заключения эксперт несет ответственность, предусмотренную законодательством РФ. В настоящее время [УК](#) РФ не предусмотрена уголовная ответственность за дачу заведомо ложного заключения эксперта в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства. Ответственность за заведомо ложное заключение эксперта при осуществлении государственного контроля (надзора) установлена [ст. 19.26](#) КоАП РФ. За такое правонарушение установлен административный штраф в размере от 1000 до 1500 руб. Такая же санкция установлена [ст. 17.9](#) КоАП РФ за заведомо ложное заключение эксперта или заведомо неправильный перевод при производстве по делу об административном правонарушении. Представляется, что установленные в [КоАП](#) РФ санкции в силу их незначительного размера не способны в полной мере выполнить функцию, связанную с общей превенцией от недобросовестных действий экспертов при рассмотрении антимонопольных дел. Такие санкции для повышения их эффективности нуждаются в существенном пересмотре.

Применительно к проблеме заведомо ложного заключения эксперта следует добавить, что согласно [п. 2 ч. 2 ст. 51.2](#) Закона о защите конкуренции заведомо ложное заключение эксперта (равно как заведомо ложное показание лица, располагающего сведениями об обстоятельствах рассматриваемого дела) является новым и (или) вновь открывшимся обстоятельством, являющимся основанием для пересмотра решения и (или) предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

Несмотря на то что правовое положение экспертов в действующей редакции [Закона](#) о защите конкуренции получило более детальную регламентацию, тем не менее можно предположить, что реализация правил, предусмотренных [ст. 42.1](#) Закона о защите конкуренции, поставит дополнительные вопросы, которые, как представляется, должны быть конкретизированы в соответствующем административном регламенте ФАС России.

10. В отношении лица, располагающего сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах, [Закон](#) о защите конкуренции не дает легального определения. Однако представляется, что таким лицом может являться как юридическое, так и физическое лицо, в том числе должностное лицо органа власти или местного самоуправления, которые располагают сведениями, имеющими непосредственное отношение к рассматриваемому комиссией делу и способными подтвердить или опровергнуть доводы лиц, участвующих в деле. По своей процессуальной природе роль такого лица близка к роли свидетеля в судебном процессе. Однако распространять на правовое положение лица, располагающего сведениями, правила, применимые к свидетелям в процессуальных законодательствах, в полном объеме было бы неправильно, например потому, что в отличие от свидетеля лицо, располагающее сведениями, не предупреждается об ответственности за дачу заведомо ложных показаний. Лица, располагающие сведениями об обстоятельствах рассматриваемого дела, заслушиваются комиссией. При принятии решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства комиссия оценивает пояснения лиц, располагающих сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах, наряду с другими имеющимися в деле доказательствами.

Необходимо отметить, что правовое положение лица, располагающего сведениями, в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства может меняться: в случае обнаружения комиссией антимонопольного органа в действиях такого лица признаков нарушения антимонопольного законодательства оно может быть привлечено к участию в деле в качестве ответчика.

11. [Закон](#) о защите конкуренции также не разъясняет, кто является переводчиком, привлекаемым комиссией к участию в рассмотрении дела. В юридической литературе <1> переводчик определяется как физическое лицо, свободно владеющее языком, знание которого необходимо для перевода, назначенный таковым, в отношении которого арбитражным судом вынесено определение о привлечении к участию в арбитражном процессе в качестве переводчика. Представляется, что для цели определения, кто может являться переводчиком, привлекаемым к участию в рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства, по аналогии может быть применено указанное определение.

<1> См.: Рыжаков А.П. Постатейный [комментарий](#) к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации. 10-е изд., испр. и доп. // СПС "КонсультантПлюс". 2015. Комментарий к ст. 57.

12. Как и эксперты, переводчики и лица, располагающие сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах, привлекаются комиссией по ходатайству лиц, участвующих в деле, или по собственной инициативе. О их привлечении к рассмотрению дела комиссия выносит определение и направляет им копии такого определения в течение трех дней с момента его вынесения <1>.

<1> См.: Форма определения о привлечении эксперта (переводчика, лица располагающего сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах) к рассмотрению дела приведена в [приложении 10](#) к Приказу ФАС России от 22 декабря 2006 г. N 337 "Об утверждении форм актов, принимаемых комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства".

Дело о нарушении антимонопольного законодательства в случае привлечения к участию в деле переводчика или лица, располагающего сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах, может быть отложено комиссией на основании [п. 3 ч. 1 ст. 47](#) Закона о защите конкуренции.

13. В отношении правового положения лиц, указанных в [ст. 42.1](#) Закона о защите конкуренции, следует добавить, что в [ч. 3.4 ст. 45](#) Закона о защите конкуренции установлено, что за разглашение экспертами, переводчиками сведений, составляющих государственную, коммерческую, служебную или иную охраняемую законом тайну, может последовать ответственность в соответствии с законодательством РФ. При этом лица, располагающие сведениями об обстоятельствах рассматриваемого дела, в списке лиц, на которых распространяется данная норма, не указаны, что не исключает такой ответственности на основании общих норм законодательства, регулирующего соответствующие правоотношения.

Статья 42.2. Отводы членов комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства

Комментарий к [статье 42.2](#)

1. [Статья 42.2](#) появилась в Законе о защите конкуренции с вступлением в силу четвертого антимонопольного [пакета](#). Комментируемая [статья](#) определяет порядок и основания для отвода членов комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства. До введения [ст. 42.2](#) возможность отвода члена комиссии [Законом](#) о защите конкуренции не предусматривалась <1>. Допускалось лишь изменение состава комиссии на основании мотивированного решения антимонопольного органа о замене члена комиссии.

<1> См., напр.: дело N A19-17802/2011.

Установление права лиц, участвующих в деле, заявлять отвод в [Законе](#) о защите конкуренции является одним из важнейших механизмов гарантии беспристрастности комиссии антимонопольного органа при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства. КС РФ, проверяя конституционность аналогичного института (отвод судьи), предусмотренного [ст. 21](#) АПК РФ, в [Определении](#) от 24 июня 2014 г. N 1399-О указал, что механизм отвода судьи установлен законодателем с тем, чтобы участники судебного

разбирательства испытывали доверие к суду, которое может быть поставлено под сомнение только на основе достоверных и обоснованных доказательств, свидетельствующих об обратном. Указанный вывод может быть в равной мере отнесен и к комментируемой [статье](#).

2. Согласно [ч. 1 ст. 42.2](#) Закона о защите конкуренции член комиссии по делу о нарушении антимонопольного законодательства не может участвовать в производстве по делу и подлежит отводу, если у него имеется личная заинтересованность при исполнении должностных обязанностей, которая может привести к конфликту интересов. Введение указанной нормы обусловлено тем, что члены комиссии являются государственными служащими и при исполнении своих должностных полномочий должны руководствоваться в том числе требованиями Федерального [закона](#) от 27 июля 2004 г. N 79-ФЗ "О государственной гражданской службе Российской Федерации" и Федерального [закона](#) от 25 декабря 2008 г. N 273-ФЗ "О противодействии коррупции".

Согласно [ч. 2 ст. 19](#) Закона о государственной гражданской службе случаи возникновения у гражданского служащего личной заинтересованности, которая приводит или может привести к конфликту интересов, должны предотвращаться в целях недопущения причинения вреда законным интересам граждан, организаций, общества, субъекта РФ или РФ.

Понятия "личная заинтересованность" и "конфликт интересов" применительно к государственным служащим раскрываются в [ст. 10](#) Закона о противодействии коррупции. Так, в соответствии с [ч. 1 ст. 10](#) Закона о противодействии коррупции под конфликтом интересов понимается ситуация, при которой личная заинтересованность (прямая или косвенная) влияет или может повлиять на надлежащее, объективное и беспристрастное исполнение должностных обязанностей. Под личной заинтересованностью в соответствии с [ч. 2 ст. 10](#) Закона о противодействии коррупции понимается возможность получения доходов в виде денег, иного имущества, в том числе имущественных прав, услуг имущественного характера, результатов выполненных работ или каких-либо выгод должностным лицом или состоящими с ним в близком родстве лицами, гражданами или организациями, с которыми должностное лицо или лица, состоящие с ним в близком родстве, связаны имущественными, корпоративными или иными близкими отношениями.

С учетом сказанного введение [ч. 1 ст. 42.2](#) можно рассматривать как дополнительную меру, принятую в развитие законодательства о государственной службе и направленную на обеспечение законности действий должностных лиц при осуществлении ими своих полномочий.

3. В соответствии с [ч. 2 ст. 42.2](#) отвод члену комиссии может быть заявлен лицами, участвующими в деле. Таковыми лицами являются заявитель, ответчик, а также заинтересованные лица ([ст. 42](#) Закона). Указанное правомочие дополняет перечень прав лиц, участвующих в деле, предусмотренный [ч. 1 ст. 43](#) Закона о защите конкуренции. Несмотря на то что комментируемая [статья](#) прямо указывает только лиц, участвующих в деле, в качестве субъектов, которые вправе заявлять отвод членам комиссии, представляется, что право члена комиссии на заявление самоотвода также не ограничивается.

Заявление об отводе может быть сделано в ходе заседания комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства в любое время до объявления комиссией на основании [ч. 6 ст. 45](#) Закона об окончании рассмотрения дела.

4. [Часть 3 комментируемой статьи](#) устанавливает порядок принятия решения об отводе члена комиссии по рассмотрению дела. Решение принимается той же комиссией, которая рассматривает дело о нарушении антимонопольного законодательства. Решение подлежит принятию коллегиально, простым большинством голосов и оформляется определением. В соответствии с [ч. 7 ст. 40](#) Закона о защите конкуренции при равенстве голосов голос председателя комиссии является решающим.

Форма определения об отводе члена комиссии утверждена Приказом ФАС России от 22 декабря 2006 г. N 337 "Об утверждении форм актов, принимаемых комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства" ([приложение 23](#)). Определение подписывается председателем комиссии и всеми остальными членами комиссии.

Из содержания комментируемой [статьи](#) прямо не следует, участвует ли в голосовании член комиссии, в отношении которого заявлен отвод, также не указан порядок голосования, когда отвод заявлен несколькими членами комиссии антимонопольного органа.

ФАС России придерживается той точки зрения, что в таком случае необходимо руководствоваться [ч. 7 ст.](#)

40 Закона о защите конкуренции, в соответствии с которой вопросы, возникающие в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства комиссией, решаются членами комиссии большинством голосов. При равенстве голосов голос председателя комиссии является решающим. Члены комиссии не вправе воздерживаться от голосования. Председатель комиссии голосует последним <1>.

<1> Авторы комментария к настоящей статье, А.А. Рохлин и Я.В. Кулик, не разделяют точку зрения ФАС России и считают, что в рассматриваемой ситуации член комиссии, в отношении которого заявлен отвод, не должен принимать участия в голосовании по данному вопросу.

Между тем необходимо учитывать положения [ч. 3.2 ст. 19](#) Закона о государственной гражданской службе и [ч. 1 ст. 11](#) Закона о противодействии коррупции, предусматривающие обязанность в данном случае члена комиссии антимонопольного органа по принятию мер по недопущению любой возможности возникновения конфликта интересов. Непринятие мер по устранению конфликта интересов может повлечь за собой не только увольнение государственного гражданского служащего, но и признание судом недействительным решения комиссии антимонопольного органа в случае, если конфликт интересов будет установлен.

Если отвод заявлен несколькими членами комиссии, руководителем антимонопольного органа также может быть рассмотрен вопрос о замене членов комиссии в порядке, предусмотренном [ч. 2 ст. 40](#) Закона о защите конкуренции.

В случае принятия решения об отводе члена комиссии такой член комиссии не может участвовать в рассмотрении дела, в связи с чем подлежит отстранению от участия в рассмотрении дела и исключению из числа членов комиссии, о чем должны быть внесены соответствующие изменения в приказ о возбуждении дела и создании комиссии.

Для того чтобы поставить барьер недобросовестному использованию права на заявление отвода, препятствующего движению дела, [ч. 3 ст. 42.2](#) Закона устанавливает правило о том, что лица, участвующие в деле о нарушении антимонопольного законодательства, могут повторно заявить об отводе члена комиссии только со ссылкой на иные основания. В противном случае такое заявление подлежит оставлению без рассмотрения.

5. Комментируемая [статья](#), как и [ст. 47](#) Закона о защите конкуренции, не предусматривает отвод члена комиссии в качестве основания для отложения рассмотрения дела. Таким образом, в случае отвода члена комиссии в соответствии со [ст. 42.2](#), если такой отвод не привел к нарушению кворума комиссии, предусмотренного [ч. 6 ст. 40](#) Закона о защите конкуренции, комиссия антимонопольного органа продолжает рассмотрение дела без участия отведенного члена комиссии.

Статья 43. Права и обязанности лиц, участвующих в деле о нарушении антимонопольного законодательства

Комментарий к [статье 43](#)

1. Комментируемая [статья](#) определяет перечень прав и обязанностей лиц, участвующих в деле о нарушении антимонопольного законодательства.

Права лиц, участвующих в деле о нарушении антимонопольного законодательства, могут быть разделены на следующие группы:

1) право быть информированными о рассматриваемом антимонопольным органом деле, которое реализуется через права лиц, участвующих в деле, знакомиться с материалами дела и делать выписки из них. При этом по сравнению с ранее действовавшей редакцией закона в текущей редакции закона появился ряд новелл, регулирующих порядок доступа лиц, участвующих в деле, к материалам дела, содержащим коммерческую тайну (см. подробно в [комментарии к ст. 45.2](#) Закона о защите конкуренции).

Кроме этого, лица, участвующие в деле, при рассмотрении дела имеют право в письменной форме, а также с помощью средств аудиозаписи фиксировать ход его рассмотрения, а по отдельному разрешению председателя комиссии - осуществлять фотосъемку и видеозапись рассмотрения дела. Комментируемая [статья](#)

по сравнению с ранее действовавшей редакцией уточняет, что фиксация хода рассмотрения дела указанными способами не допускается при рассмотрении дела в закрытом заседании по основаниям, предусмотренным [Законом](#) о защите конкуренции. При этом рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства в закрытом заседании допускается в случае, если рассмотрение указанного дела в открытом заседании может привести к разглашению государственной тайны, либо в случае необходимости сохранения коммерческой, служебной или иной охраняемой законом тайны, в том числе при удовлетворении ходатайства лица, участвующего в деле о нарушении антимонопольного законодательства и ссылающегося на такую необходимость ([ст. 45](#) Закона о защите конкуренции);

2) право получать информацию о позиции и доказательствах других лиц, участвующих в деле, которое осуществляется через права задавать вопросы другим лицам, участвующим в деле, знакомиться с ходатайствами и доказательствами других лиц, участвующих в деле;

3) право на защиту своих прав и законных интересов, реализуемое через права представлять доказательства, заявлять ходатайства, давать пояснения в письменной или устной форме, приводить свои доводы по всем возникающим в ходе рассмотрения дела вопросам, возражать против ходатайств и доводов других лиц, участвующих в деле.

При этом в рассматриваемой [статье](#) закреплены общие права, которыми лица, участвующие в деле, пользуются независимо от своего правового статуса (заявитель, ответчик, заинтересованное лицо) и стадии рассмотрения дела. [Закон](#) о защите конкуренции закрепляет и иные права лиц, участвующих в деле, а также раскрывает содержание прав, предусмотренных [ст. 43](#) Закона о защите конкуренции, применительно к конкретным процессуальным ситуациям рассмотрения дела. Так, в [Закоме](#) о защите конкуренции прямо указано на возможность заявления лицами, участвующими в деле, следующих ходатайств:

- об объявлении перерыва ([п. 7 ч. 4 ст. 45, ст. 46](#));
- об отложении рассмотрения дела ([п. 7 ч. 4 ст. 45, п. 1 ч. 1, ч. 1.1 ст. 47](#));
- о приостановлении рассмотрения дела ([п. 7 ч. 4 ст. 45](#));
- об объединении дел в одно производство или о выделении дела в отдельное производство ([ч. 1 ст. 47.1](#)).

2. Юридические гарантии прав лиц, участвующих в деле, обеспечиваются обязанностями, возложенными на антимонопольный орган. Антимонопольный орган обязан разъяснить лицам, участвующим в деле, их права и обязанности ([п. 5 ч. 3 ст. 45](#) Закона о защите конкуренции), известить лиц, участвующих в деле, о времени и месте рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства ([ч. 2 ст. 45](#) Закона о защите конкуренции), заслушать лиц, участвующих в деле ([ч. 4 ст. 45](#) Закона о защите конкуренции), оценить в акте, принимаемом по итогам рассмотрения дела, доказательства и доводы, представленные в материалы дела ([ст. 49](#) Закона о защите конкуренции), отложить рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства в случае, если в качестве ответчика по данному делу привлекается лицо, ранее участвовавшее в данном деле в ином статусе ([ч. 1.1 ст. 47](#) Закона о защите конкуренции), и др.

3. Комментируемая [статья](#) определяет, что указанные в ней права, в том числе право на ознакомление с материалами дела, предоставляются с момента возбуждения антимонопольным органом дела о нарушении антимонопольного законодательства. В этой части нормы, регулирующие рассмотрение дел антимонопольным органом, отличаются от законодательного регулирования рассмотрения дел в судебном порядке. Так, согласно действующему процессуальному законодательству при обращении в суд лицо, подающее исковое заявление, должно обеспечить получение искового материала своим оппонентом - будущим ответчиком, а также иными заинтересованными лицами. В рамках [АПК](#) РФ данная обязанность осуществляется через направление истцом копии искового заявления и прилагаемых документов будущим участникам процесса, при этом отсутствие доказательств такой отправки будет являться основанием для оставления судом искового заявления без движения ([ч. 1 ст. 126, ст. 128](#) АПК РФ). Согласно требованиям [ГПК](#) РФ при обращении в суд общей юрисдикции к исковому заявлению должны быть приложены его копии по числу лиц, участвующих в деле, которые при принятии искового заявления рассылаются судом в адрес данных лиц ([ст. ст. 132, 136](#) ГПК РФ).

При обращении с заявлением о нарушении антимонопольного законодательства у заявителя отсутствует обязанность по направлению копии заявления лицу, в действиях которого, по мнению заявителя, содержатся признаки нарушения антимонопольного законодательства. При этом такая обязанность также отсутствует и у

антимонопольного органа.

Для определения статуса лица до возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства в антимонопольном регулировании используются такие понятия, как "лицо, в отношении которого осуществляются мероприятия по контролю", "физические и юридические лица, подавшие в антимонопольный орган заявление".

Пункт 1.9 Административного регламента ФАС России по рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства <1> закрепляет права лиц, в отношении которых осуществляются мероприятия по контролю, в том числе рассматриваются заявления о нарушении антимонопольного законодательства. Такие лица вправе получать полную, актуальную и достоверную информацию о порядке исполнения государственной функции, представлять доказательства, что осуществляемые данными лицами действия не содержат нарушения антимонопольного законодательства, направить жалобу в антимонопольный орган о нарушении должностными лицами антимонопольного органа положений Административного **регламента**, а также вправе обратиться в установленном порядке в арбитражный суд с исками, в том числе с исками о восстановлении нарушенных прав, возмещении убытков, включая упущенную выгоду, возмещении вреда, причиненного имуществу.

<1> Административный **регламент** ФАС России по рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства, утв. Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 339.

Отмечаем, что временной интервал реализации прав, связанных с получением информации о материалах дела о нарушении антимонопольного законодательства, не заканчивается моментом принятия антимонопольным органом акта (актов) по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства. Представляется, что лица, участвующие в деле, вправе знакомиться с материалами антимонопольного дела и по завершении его рассмотрения, подав соответствующее ходатайство в антимонопольный орган, а отказ антимонопольного органа в предоставлении материалов дела со ссылкой на окончание рассмотрения дела может быть оспорен в судебном порядке.

Так, в частности, при рассмотрении дела N А33-16762/2010 в **Постановлении** от 14 июля 2011 г. ФАС ВСО не согласился с позицией Красноярского УФАС, полагавшего, что, поскольку **Закон** о защите конкуренции предоставляет права, в том числе право на ознакомление с материалами дела о нарушении антимонопольного законодательства, лицам, участвующим в деле, данные лица вправе воспользоваться правом на ознакомление в период с момента возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства, до принятия решения по делу. После принятия антимонопольным органом решения лица, участвовавшие в деле, утрачивают свой статус и не имеют права на ознакомление с материалами дела и их копирование. Как указал суд, ответчик по делу о нарушении антимонопольного законодательства вправе реализовывать свои права, предусмотренные **ст. 43** Закона о защите конкуренции, в разумные сроки и после рассмотрения дела, в связи с чем суды двух инстанций признали незаконным бездействие антимонопольного органа, выразившееся в непредоставлении обществу возможности ознакомиться с материалами дела и осуществить их копирование путем фотографирования.

Закон о защите конкуренции также содержит указание на права лиц, участвующих в деле, которые они приобретают после рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства. К ним относятся:

- право подать в антимонопольный орган заявление о даче разъяснения решения и (или) предписания (**ст. 51.1**);
- право подать заявление об исправлении опечаток, опечаток и (или) арифметических ошибок, допущенных в решении и (или) предписании (**ст. 51.1**);
- право подать заявление о пересмотре решения и (или) предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства по новым и (или) вновь открывшимся обстоятельствам (**ст. 51.2**).

Также **ч. 5 ст. 51** Закона о защите конкуренции ответчику предоставлено право заявить ходатайство о продлении срока исполнения предписания, выданного ему по результатам рассмотрения дела.

Отдельно стоит выделить право на судебное обжалование решений и (или) предписаний

антимонопольного органа. При этом указанным правом обладают не только лица, участвующие в деле о нарушении антимонопольного законодательства, но и любые иные лица, считающие, что решение и (или) предписание антимонопольного органа не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту и нарушают их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагают на них какие-либо обязанности, создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности (**ч. 1 ст. 198** АПК РФ).

Также в соответствии с **п. 5.1** Административного регламента ФАС России по рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства (утв. Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 339) заинтересованные лица вправе обжаловать действия (бездействие) антимонопольного органа, их должностных лиц и решений, принятых (осуществляемых) ими в ходе исполнения государственной функции, в досудебном (внесудебном) порядке. Под досудебным (внесудебным) порядком понимается подача жалобы в ФАС России и его территориальные органы <1>:

<1> **Пункты 5.18 и 5.19** Административного регламента ФАС России по рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства, утв. Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 339.

- на нарушения указанного Административного **регламента** антимонопольным органом должностными лицами ФАС России может быть подана жалоба в ФАС России;

- на нарушения указанного Административного **регламента** должностными лицами территориального органа ФАС России может быть подана жалоба в соответствующий территориальный орган.

Обжалованию во внесудебном порядке подлежат процессуальные действия должностных лиц на предмет их соответствия Административному **регламенту**. Решение антимонопольного органа по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства может быть обжаловано только в судебном порядке (**ст. 52** Закона о защите конкуренции).

4. Комментируемая **статья** содержит указание лишь на одну обязанность лиц, участвующих в деле, - такие лица обязаны пользоваться добросовестно своими правами при рассмотрении дела. Вместе с тем в других нормах **Закона** о защите конкуренции предусмотрены и иные обязанности лиц, участвующих в деле о нарушениях антимонопольного законодательства. Так, согласно **ч. 1 ст. 25** Закона о защите конкуренции при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства лица, участвующие в деле, обязаны представлять в антимонопольный орган (его должностным лицам) по его мотивированному требованию в установленный срок необходимые антимонопольному органу объяснения, информацию соответственно в письменной и устной форме. Согласно **ч. 5 ст. 45** Закона о защите конкуренции при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства комиссия вправе запрашивать у лиц, участвующих в деле, документы, сведения и пояснения в письменной или устной форме по вопросам, возникающим в ходе рассмотрения дела. В случае непредставления, несвоевременного либо неполного представления информации и документов, запрошенных антимонопольным органом, лица, участвующие в деле, могут быть привлечены к административной ответственности по **ч. 5 ст. 19.8** КоАП РФ.

При этом на антимонопольный орган возложена обязанность по обоснованию необходимости запрашиваемых документов и обеспечению соблюдения режима коммерческой, служебной, иной охраняемой законом тайны при представлении в антимонопольный орган информации и документов, содержащих охраняемую законом тайну.

5. Одним из ключевых является вопрос о том, являются ли и в какой степени нарушения прав лиц, участвующих в деле о нарушении антимонопольного законодательства, основанием для признания акта (актов), принятого (принятых) антимонопольным органом по результатам рассмотрения дела, недействительным.

В судебной практике выработался подход, согласно которому основаниями для признания решения антимонопольного органа недействительным могут являться такие нарушения прав лиц, участвующих в деле, которые повлияли на результаты рассмотрения дела и привели к принятию незаконного акта.

Основаниями для признания решения антимонопольного органа недействительным могут являться:

1) рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства в отсутствие лица, в действиях которого обнаружены признаки нарушения антимонопольного законодательства, когда это лицо не было уведомлено о рассмотрении дела в установленном порядке <1>;

<1> См., в частности: [Постановление](#) ФАС ПО от 4 октября 2012 г. по делу N A65-4792/2012.

2) отказ ответчику в ознакомлении с материалами дела, которые послужили основанием для установления в его действиях нарушения антимонопольного законодательства и на которые имеются ссылки в решении антимонопольного органа <1>. При этом такой отказ не будет являться самостоятельным основанием для признания решения антимонопольного органа недействительным в случае, если материалы дела, с которыми не ознакомилось лицо, участвовавшее в деле, не были использованы антимонопольным органом при обосновании решения и на них отсутствуют ссылки в решении <2>;

<1> См., в частности: [Постановление](#) ФАС ВСО от 14 июля 2011 г. по делу N A33-16762/2010.

<2> См., в частности: [Постановление](#) ФАС МО от 19 мая 2011 г. N КА-А40/4684-11 по делу N А40-80422/10-92-429.

3) непредоставление возможности ответчику реализовать свои права в соответствии со [ст. 43](#) Закона о защите конкуренции в случае переквалификации дела о нарушении антимонопольного законодательства. Суды отмечают, что в случае изменения существа обвинения ответчик должен иметь возможность квалифицированно возражать против новых обвинений, давать объяснения по существу вменяемого нарушения и представлять доказательства в свою защиту. Непредоставление такой возможности ответчику является самостоятельным основанием для признания решения антимонопольного органа недействительным <1>.

<1> См.: Постановления ФАС ПО от 1 апреля 2013 г. по делу [N A65-7241/2012](#); 3 ААС от 14 декабря 2011 г. по делу [N A33-17861/2010](#).

Статья 44. Рассмотрение заявления, материалов и возбуждение дела о нарушении антимонопольного законодательства

Комментарий к [статье 44](#)

1. Комментируемая [статья](#) определяет требования к содержанию заявления, материалов о нарушении антимонопольного законодательства и порядку их рассмотрения антимонопольным органом.

В соответствии с [п. 2 ч. 2 ст. 39](#) Закона о защите конкуренции определено, что при применении [Закона](#) о защите конкуренции под заявлением понимается заявление юридического или физического лица, указывающее на признаки нарушения антимонопольного законодательства.

Вместе с тем в [п. 1 ч. 2 ст. 39](#) Закона о защите конкуренции к материалам законодатель относит поступившие из государственных органов, органов местного самоуправления материалы, также указывающие на наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства.

Таким образом, разграничение понятий "заявление" и "материалы", свидетельствующих о признаках нарушения антимонопольного законодательства, следует проводить по субъекту, от которого они поступают в антимонопольную службу.

[Закон](#) о защите конкуренции акцентирует внимание потенциальных заявителей на соблюдении требований к форме и содержанию заявлений в случае наличия намерений обратиться в антимонопольный орган.

Так, согласно [ч. 1 комментируемой статьи](#) заявление о нарушении антимонопольного законодательства может быть подано в письменной форме.

Вместе с тем в п. 3.4 Административного регламента ФАС России по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушении антимонопольного законодательства, утвержденного Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 339 (далее - Регламент), указывает, что заявление может быть подано также в форме электронного документа.

В последнем случае подача заявления в форме электронного документа с соблюдением требований Федерального закона от 6 апреля 2011 г. N 63-ФЗ "Об электронной подписи" позволяет признать такое заявление равнозначным документу, поданному на бумажном носителе.

К сведениям, подлежащим изложению в заявлении, комментируемая [статья](#) относит:

- сведения о заявителе (фамилию, имя, отчество и адрес места жительства - для физического лица; наименование и место нахождения - для юридического лица);
- имеющиеся у заявителя сведения о лице, в отношении которого подано заявление (наименование и его место нахождения, вид осуществляемой деятельности и т.д.);
- описание нарушения антимонопольного законодательства (фактическое изложение обстоятельств, послуживших основанием для обращения);
- существо требований, с которыми заявитель обращается (требование о признании лица, в отношении которого подано заявление, нарушившим антимонопольное законодательство с указанием конкретной статьи [Закона](#) о защите конкуренции, требования о выдаче предписания о прекращении противоправных действий и привлечении данного лица к ответственности);
- перечень прилагаемых документов.

Сведения о заявителе и лице, в отношении которого подается заявление, должны быть достоверными и подтверждены соответствующими документами (учредительные документы, выписки из ЕГРЮЛ и т.д.).

Отдельно отметим, что требование о наличии в заявлении описания нарушения антимонопольного законодательства означает необходимость изложения соответствующих обстоятельств, включая описание действий органа власти или хозяйствующего субъекта, которые, по мнению заявителя, нарушают прежде всего требования антимонопольного, а не какого-либо иного законодательства. При этом полагаем, что ошибка в конкретной квалификации заявляемого нарушения при относимости к компетенции антимонопольного органа изложенных фактических обстоятельств не является существенной в той степени, в которой это может определяющим образом отразиться на результатах рассмотрения данного заявления.

Аналогично следует указать на то, что отсутствие требований заявителя о привлечении лица, в отношении которого подано заявление, к административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства не может препятствовать привлечению его к такой ответственности при выявлении соответствующего факта антимонопольным органом самостоятельно.

Из ч. 2 комментируемой [статьи](#) следует, что недостаточно подать одно лишь заявление, содержащее требуемые сведения, поскольку к заявлению должны быть приложены документы, свидетельствующие о признаках нарушения антимонопольного законодательства. То есть доводы, изложенные в заявлении, должны быть сопровождаемы соответствующими доказательствами. При этом [Законом](#) о защите конкуренции сделана определенная оговорка в отношении документов, которые заявителем не могут быть представлены самостоятельно. В подобных случаях заявитель должен указать причину невозможности представления таких документов (например, их нахождение у какого-либо федерального органа исполнительной власти), а также, соответственно, предполагаемое лицо или орган, у которых документы могут быть получены.

Несоблюдение требований к содержанию заявления и непредставление доказательств, подтверждающих изложенные в нем доводы, являются самостоятельными основаниями для оставления антимонопольным органом такого заявления без рассмотрения, о чем заявителю должно быть сообщено в течение 10 рабочих дней со дня их поступления.

Данная процедура оставления антимонопольным органом заявления или материалов без рассмотрения аналогична оставлению заявления без движения судебными органами, предусмотренному, например, [ст. 128](#)

АПК РФ. Однако в Законе о защите конкуренции, в частности положениями [ст. 44](#), не определена обязанность антимонопольного органа устанавливать заявителю в уведомлении срок для устранения недостатков, препятствующих рассмотрению заявления или материалов. Таким образом, заявитель вправе повторно подать заявление, устранив причины оставления его без рассмотрения, в разумный срок и с учетом сроков давности возбуждения дел о нарушении антимонопольного законодательства, установленных в [ст. 41.1](#) Закона о защите конкуренции.

2. В соответствии с [ч. 4 комментируемой статьи](#) антимонопольный орган рассматривает заявление или материалы в течение одного месяца со дня их представления.

Аналогичное требование закреплено в [Регламенте](#) N 339.

На основании [п. 2.16](#) Регламента N 339 антимонопольный орган рассматривает заявление или материалы в течение одного месяца со дня их представления, причем [п. 2.17](#) Регламента N 339 делается уточнение о том, что датой представления заявления или материалов является дата их регистрации в антимонопольном органе.

В случае недостаточности или отсутствия доказательств, позволяющих антимонопольному органу сделать вывод о наличии или об отсутствии признаков нарушения антимонопольного законодательства, антимонопольный орган вправе продлить срок рассмотрения заявления или материалов, но не более чем на два месяца. Таким образом, общий срок рассмотрения заявления или материалов не может превышать трех месяцев.

Нарушение отдельных положений [ст. 44](#) Закона о защите конкуренции (в частности, рассмотрение заявления с превышением установленного срока) не может служить безусловным и единственным основанием для признания недействительными решения и предписания антимонопольного органа. Допущенные в ходе рассмотрения дела нарушения [Закона](#) о защите конкуренции могут являться основанием для признания недействительными ненормативных актов антимонопольного органа только в том случае, если они привели к неполному выяснению обстоятельств вмененного лицу нарушения, в том числе ввиду непредоставления возможности лицам, участвовавшим в деле, подавать объяснения, возражения и доказательства.

3. На основании [ч. 5 ст. 44](#) Закона о защите конкуренции при рассмотрении заявления или материалов антимонопольный орган:

1) определяет, относится ли рассмотрение заявления или материалов к его компетенции;

2) устанавливает наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства и определяет нормы, которые подлежат применению.

При установлении невозможности рассмотрения представленных заявления или материалов антимонопольным органом может быть принято решение о направлении указанных документов в другой контрольно-надзорный орган для принятия решения в соответствии с его компетенцией. Если при поступлении заявления антимонопольным органом будет установлено, что его рассмотрение отнесено к компетенции другого антимонопольного органа (территориального управления) либо ФАС России, то данным органом принимается решение о передаче заявления в соответствующий уполномоченный антимонопольный орган.

В силу [п. 2 ч. 5 ст. 44](#) Закона о защите конкуренции на стадии рассмотрения заявления или материалов должно быть принято решение о возбуждении или об отказе в возбуждении дела по признакам нарушения антимонопольного законодательства, о выдаче предупреждения о прекращении действий, содержащих признаки нарушения антимонопольного законодательства. Следует иметь в виду, что трехмесячный срок для рассмотрения заявления или материалов не является пресекательным, следовательно, его пропуск не исключает возможности возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства за пределами указанного срока.

[Частью 6 ст. 44](#) Закона о защите конкуренции закреплено право антимонопольной службы на стадии рассмотрения заявления или материалов направлять запросы коммерческим/некоммерческим организациям, органам власти РФ, а также государственным внебюджетным фондам, физическим лицам, в том числе индивидуальным предпринимателям, о представлении документов и информации.

С данным правом антимонопольного органа корреспондирует установленная [ч. 1 ст. 25](#) Закона о защите

конкуренции обязанность для хозяйствующих субъектов, органов государственной власти и местного самоуправления, а также для иных лиц, указанных в данной [статье](#), представлять в антимонопольный орган (его должностным лицам) по его мотивированному требованию в установленный срок необходимые антимонопольному органу в соответствии с возложенными на него полномочиями документы, объяснения, информацию соответственно в письменной и устной форме (в том числе информацию, составляющую коммерческую, служебную, иную охраняемую законом тайну), включая акты, договоры, справки, деловую корреспонденцию, иные документы и материалы, выполненные в форме цифровой записи или в форме записи на электронных носителях.

Часть 6 ст. 44 Закона о защите конкуренции не обуславливает возможность реализации антимонопольным органом указанного права обязанностью проведения проверки в соответствии со [ст. 25.1](#) Закона о защите конкуренции, в том числе документарной проверки, что подтверждено судебной практикой.

При этом в Постановлениях Президиума ВАС РФ от 16 ноября 2010 г. [N 9532/10](#), от 27 ноября 2012 г. [N 8039/12](#) отмечается, что в силу норм [Закона](#) о защите конкуренции и в целях реализации возложенных полномочий антимонопольный орган вправе запрашивать у хозяйствующих субъектов необходимую информацию как до начала рассмотрения, так и во время рассмотрения им соответствующего дела. Мотивирование требования антимонопольного органа о представлении документов по смыслу [ч. 1 ст. 25](#) Закона о защите конкуренции не означает, что перед лицом, которому направлен соответствующий запрос, должна быть раскрыта полная информация о существе дела, целях и задачах истребования документов. Объем запрашиваемых сведений, порядок и сроки их представления определяются антимонопольным органом в каждом конкретном случае в зависимости от предмета рассмотрения соответствующего заявления или дела о нарушении антимонопольного законодательства и иных существенных обстоятельств.

Согласно правовой позиции, изложенной в [п. 14](#) Обзора практики ВС РФ, запрос антимонопольного органа о представлении хозяйствующим субъектом необходимой информации, документов, объяснений по возбужденному в отношении его делу о нарушении антимонопольного законодательства признается мотивированным при указании в нем на процессуальный повод истребования информации, нормативно-правовое основание истребования информации и положение [Закона](#) о защите конкуренции, которое, по мнению антимонопольного органа, могло быть нарушено хозяйствующим субъектом.

В свою очередь, непредставление в антимонопольный орган по его запросу сведений, имеющихся у запрашиваемого лица и необходимых для всестороннего рассмотрения заявления и принятия обоснованного решения о наличии либо об отсутствии признаков нарушения антимонопольного законодательства, влечет за собой ответственность, предусмотренную [ч. 5 ст. 19.8](#) КоАП РФ.

4. Следует учесть, что при рассмотрении заявления, указывающего на наличие признаков нарушения [ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, антимонопольный орган устанавливает наличие доминирующего положения хозяйствующего субъекта, в отношении которого подано это заявление, за исключением случая, если антимонопольный орган принимает решение об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства ([ч. 7 ст. 44](#) Закона).

5. **Часть 9 ст. 44** Закона о защите конкуренции определяет случаи, в которых антимонопольный орган принимает решение об отказе в возбуждении дела. Такие решения принимаются в следующих случаях:

- 1) вопросы, указанные в заявлении, материалах, не относятся к компетенции антимонопольного органа;
- 2) признаки нарушения антимонопольного законодательства отсутствуют;
- 3) по факту, явившемуся основанием для обращения с заявлением, материалами, дело возбуждено ранее;
- 4) по факту, явившемуся основанием для обращения с заявлением, материалами, имеется вступившее в силу решение антимонопольного органа, за исключением случая, если имеется решение антимонопольного органа об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства в соответствии с [п. 2 ч. 9 комментируемой статьи](#) или решение о прекращении рассмотрения дела в соответствии с [п. 2 ч. 1 ст. 48](#) Закона о защите конкуренции, и заявитель представляет доказательства нарушения антимонопольного законодательства, неизвестные антимонопольному органу на момент принятия такого решения;
- 5) по факту, явившемуся основанием для обращения с заявлением, материалами, истекли сроки давности,

предусмотренные [ст. 41.1](#) Закона о защите конкуренции;

6) отсутствие нарушения антимонопольного законодательства в действиях лица, в отношении которого поданы заявление, материалы, установлено вступившим в законную силу решением суда или арбитражного суда;

7) устранены признаки нарушения антимонопольного законодательства в результате выполнения предупреждения, выданного в порядке, установленном [ст. 39.1](#) Закона о защите конкуренции.

Следует отметить, что представленный в [ч. 9 ст. 44](#) Закона о защите конкуренции перечень оснований является исчерпывающим и расширительному толкованию не подлежит.

Антимонопольный орган отказывает в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства, если вопросы, содержащиеся в заявлении, не относятся к его компетенции. В данном случае речь идет о компетенции в сфере антимонопольного регулирования, которые отражены в [ст. ст. 22, 23](#) Закона о защите конкуренции и корреспондируют с [Положением](#) о Федеральной антимонопольной службе, утвержденным Постановлением Правительства РФ от 30 июня 2004 г. N 331, [Постановлением](#) Правительства РФ от 7 апреля 2004 г. N 189 "Вопросы Федеральной антимонопольной службы".

Из указанного следует, что антимонопольный орган отказывает в возбуждении дела, если заявление указывает на совершение правонарушения, выявление которого относится к компетенции иного органа власти либо суда (например, правоохранительных органов, Роспотребнадзора и др.).

Так, при проверке законности принятого решения антимонопольного органа об отказе в возбуждении дела суды указали, что работы по перемещению высоковольтной линии электропередачи непосредственно не связаны с осуществлением обществом деятельности как субъектом естественных монополий по оказанию услуг по передаче электрической энергии, что исключает возможность признания общества злоупотребляющим доминирующим положением, и данные обстоятельства послужили правомерным основанием для вынесения антимонопольным органом оспариваемого решения.

В ином случае антимонопольный орган вправе со ссылкой на [п. 5](#) Постановления Пленума ВАС РФ N 30 отказать в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства, если заявление, например, содержит указание на необходимость принуждения хозяйствующего субъекта выплатить денежные средства как исполнение встречного обязательства поставки такому хозяйствующему субъекту товара контрагентом, поскольку антимонопольный орган не вправе разрешать гражданско-правовые споры хозяйствующих субъектов.

В случае принятия решения об отказе в возбуждении дела в связи с отсутствием нарушения антимонопольного законодательства в обстоятельствах, изложенных в заявлении, антимонопольный орган обязан указать мотивы такого решения. То есть антимонопольным органом может быть изложена информация о предпринятых действиях по установлению наличия либо отсутствия признаков нарушения антимонопольного законодательства, полученных доказательствах и изученных фактических обстоятельствах, послуживших основанием для соответствующего вывода.

Антимонопольный орган отказывает в возбуждении дела, если по факту, явившемуся основанием для обращения с заявлением, материалами, дело возбуждено ранее. В данном случае речь идет о ситуациях, когда такое заявление поступило в момент рассмотрения антимонопольным органом соответствующего дела. При этом отказ в возбуждении дела по данным основаниям не является препятствием для приобщения заявления и приложенных к нему материалов к материалам данного дела и привлечения заявителя в качестве заинтересованного лица к такому ранее возбужденному делу.

Антимонопольный орган отказывает в возбуждении дела, если по факту, явившемуся основанием для обращения с заявлением, материалами, имеется вступившее в силу решение антимонопольного органа, за исключением случая, если имеется решение антимонопольного органа об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства или решение о прекращении рассмотрения дела в связи с отсутствием нарушения антимонопольного законодательства и заявитель представляет доказательства нарушения антимонопольного законодательства, неизвестные антимонопольному органу на момент принятия такого решения. Это означает, что антимонопольный орган принимает решение об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства прежде всего в том случае, когда факты, изложенные в обращении, совпадают с предметом рассмотрения дела, решением по которому, принятым ранее, действия

хозяйствующего субъекта или органа власти уже были признаны нарушившими антимонопольное законодательство, и такое решение уже вступило в силу.

В ином случае действует правило, согласно которому принятие антимонопольным органом решения об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства либо принятие комиссией антимонопольного органа решения о прекращении рассмотрения дела в связи с отсутствием в действиях ответчика нарушения антимонопольного законодательства не являются препятствием для обращения, в том числе повторного обращения, заявителя в антимонопольный орган с соответствующим заявлением и приложением доказательств, ранее не известных антимонопольному органу, т.е. которым ранее не была дана правовая оценка.

В некоторой степени взаимосвязанным с этими положениями [Закона](#) о защите конкуренции видится основание для отказа в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства в случае, если отсутствие нарушения антимонопольного законодательства в действиях лица, в отношении которого подано заявление, материалы, установлено вступившим в законную силу решением суда или арбитражного суда. Безусловно, судебное решение основано на результатах правовой оценки представленных сторонами доказательств и изучения фактических обстоятельств дела. Вступившее в силу судебное решение, установившее факт отсутствия нарушения антимонопольного законодательства, является обязательным для антимонопольного органа, в том числе согласно [ст. 7](#) Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 г. N 1-ФКЗ "Об арбитражных судах в Российской Федерации".

С учетом изложенного, даже если во вновь поданном в антимонопольный орган заявлении будет указано на факт представления в нем доказательств, которым ранее не давалась правовая оценка судом во вступившем в силу судебном акте, установившем отсутствие нарушения антимонопольного законодательства по фактам, изложенным в таком заявлении, антимонопольным органом будет приниматься решение об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства до тех пор, пока такие судебные решения не будут пересмотрены по новым или вновь открывшимся обстоятельствам в порядке, установленном процессуальным законодательством РФ.

Вместе с тем наличие вступившего в законную силу решения арбитражного суда, которым был установлен факт нарушения антимонопольного законодательства, не является препятствием для антимонопольного органа в возбуждении в отношении нарушителя дела, подтверждения факта нарушения решением комиссии и привлечения такого лица к административной ответственности.

При рассмотрении такого основания для отказа в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства, как истечение срока давности для возбуждения дела по факту, явившемуся основанием для обращения с заявлением, материалами, необходимо установить начало и окончание совершения правонарушения, являлось или не являлось правонарушением длящимся.

Выполнение хозяйствующим субъектом предупреждения, выданного в соответствии со [ст. 39.1](#) Закона о защите конкуренции, т.е. фактически совершение действий по устранению признаков такого нарушения, также является основанием для отказа в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства.

В свою очередь, в случае если лицо, которому выдано предупреждение, не устранит признаки нарушения антимонопольного законодательства, зафиксированные в предупреждении, в течение десяти дней, в отношении данного лица возбуждается дело о нарушении антимонопольного законодательства.

В случае принятия антимонопольным органом решения об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства ([ч. 10 ст. 44](#) Закона о защите конкуренции), а также об отложении принятия решения по поступившему заявлению, материалу в соответствии с основаниями, изложенными в [ч. 11 комментируемой статьи](#), об этом сообщается заявителю в письменном виде с указанием мотивов принятия такого решения.

Необходимо отметить, что антимонопольное законодательство не содержит специально установленной формы решений антимонопольного органа об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства, а лишь указывает на мотивированность данного решения.

6. Процедура подготовки материалов к возбуждению дела о нарушении антимонопольного законодательства детализирована в [п. п. 3.50 - 3.60](#) Административного регламента.

На основании [ч. 12 комментируемой статьи](#), если антимонопольный орган установил наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства из поступивших заявления, материалов, он выносит (издает) приказ о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства и создании комиссии, копию которого направляет заявителю и ответчику (ответчикам) по делу.

Приказ издается руководителем антимонопольного органа. Состав комиссии, порядок ее формирования определены [ст. 40](#) Закона о защите конкуренции. Комиссия выступает от имени антимонопольного органа, принимает соответствующие акты (решения, предупреждения, определения, предписания).

7. [Частью 13 ст. 44](#) Закона о защите конкуренции закреплена обязанность председателя комиссии по рассмотрению дела в течение 15 дней со дня издания приказа о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства и создании комиссии вынести определение о назначении дела к рассмотрению.

Однако дополнительно в [п. 3.80](#) Регламента установлен трехдневный срок для отправки копий соответствующих определений лицам, участвующим в деле, а также установлена обязанность антимонопольного органа разместить определение о назначении дела к рассмотрению на официальном сайте антимонопольного органа.

Таким образом, путем направления определения лица, участвующие в деле, впервые уведомляются о дате, времени и месте его рассмотрения.

8. [Часть 14 ст. 44](#) Закона о защите конкуренции устанавливает требования к содержанию определения о назначении дела к рассмотрению в целях информирования лиц, участвующих в деле, о предмете возбужденного дела, а также надлежащего уведомления лиц, участвующих в деле, о времени и месте проведения заседания комиссии. Ранее комментируемый [Закон](#) такие требования не содержал.

В силу [ч. 14 ст. 44](#) Закона о защите конкуренции в определении о назначении дела должны быть указаны:

- 1) сведения о лицах, участвующих в рассмотрении дела;
- 2) основания, послужившие поводом к возбуждению дела;
- 3) описание выявленных признаков нарушения антимонопольного законодательства, доказательств, фактических и иных обстоятельств, которые свидетельствуют об их наличии;
- 4) сведения о дате, времени и месте проведения заседания комиссии.

При этом следует обратить внимание, что в [п. 3 ч. 14 ст. 44](#) Закона о защите конкуренции прямо указано на обязанность антимонопольного органа указывать не только формальные основания для возбуждения дела, но и собранные антимонопольным органом доказательства, а также фактические и иные обстоятельства, которые свидетельствуют об их (признаках нарушения, доказательствах и фактически обстоятельствах) наличии.

Таким образом, содержание определения о назначении дела к рассмотрению должно создавать у лиц, участвующих в деле, ясность в представлении о том, в чем заключается суть возбужденного дела, какие конкретно обстоятельства являются предметом рассмотрения антимонопольного органа. Новые требования к определению о назначении дела, ранее отсутствовавшие в [Законе](#), направлены на обеспечение справедливого рассмотрения дела и возможности ответчика реализовать предусмотренные [Законом](#) права.

[Форма](#) определения о назначении дела утверждена Приказом ФАС России от 22 декабря 2006 г. N 337 "Об утверждении форм актов, принимаемых комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства".

В целях подготовки к рассмотрению дела, а также заблаговременного обеспечения доказательств по делу в определении о назначении дела к рассмотрению в силу [ч. 15 ст. 44](#) Закона о защите конкуренции может содержаться требование о предоставлении лицами, участвующими в деле, пояснений, документов и сведений, необходимых для рассмотрения дела, в установленный срок.

При этом непредставление лицом, участвующим в деле, запрошенных в определении о назначении дела к

рассмотрению документов и сведений может явиться поводом для возбуждения должностным лицом антимонопольного органа дела об административном правонарушении по [ст. 19.8 КоАП РФ](#).

Статья 45. Рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства

Комментарий к [статье 45](#)

1. [Статья 45](#) Закона о защите конкуренции определяет порядок рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

В соответствии с [ч. 1 комментируемой статьи](#) дело о нарушении антимонопольного законодательства рассматривается комиссией в срок, не превышающий трех месяцев. При этом срок рассмотрения дела может быть продлен комиссией, но не более чем на шесть месяцев в случаях, связанных с необходимостью получения антимонопольным органом дополнительной информации, а также в случаях, предусмотренных [гл. 9](#) Закона о защите конкуренции. Однако каких-либо иных оснований для продления срока рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства [Закон](#) о защите конкуренции не содержит.

Таким образом, максимальный срок, предусмотренный [ч. 1 ст. 45](#) Закона о защите конкуренции, для рассмотрения комиссией антимонопольного органа дела о нарушении антимонопольного законодательства составляет девять месяцев и исчисляется со дня вынесения антимонопольным органом определения о назначении дела к рассмотрению.

Между тем в практике могут возникать ситуации, когда комиссия выходит за пределы указанного выше срока. Имеющаяся судебная практика на этот счет указывает, что срок рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства не является пресекательным, а сам по себе выход комиссией за пределы указанного срока не является безусловным основанием для отмены решения по делу и выданного на его основании предписания ^{<1>}.

^{<1>} См., напр.: [Постановление](#) 1 ААС от 17 сентября 2012 г. по делу N А79-643/2011 (оставленное без изменений [Постановлением](#) ФАС ВВО от 25 января 2013 г. по делу N А79-643/2011).

В этой связи следует отметить, что превышение комиссией установленных законом пределов общего девятимесячного срока рассмотрения дела может повлечь нарушение прав ответчика, а также иных лиц, участвующих в деле, в том числе заявителя, обратившегося в антимонопольный орган за защитой своих прав и законных интересов и обеспечением конкуренции.

Как установлено в [ч. 1 комментируемой статьи](#), о продлении срока рассмотрения дела комиссия выносит определение и направляет копии этого определения лицам, участвующим в деле.

Следует отметить, что определение о продлении срока рассмотрения дела выносится в случаях, когда собранных материалов и доказательств недостаточно для того, чтобы комиссией антимонопольного органа было принято однозначное решение по рассматриваемому делу. Зачастую на практике лица, участвующие в деле о нарушении антимонопольного законодательства, под определением о продлении срока рассмотрения дела понимают определение об отложении рассмотрения дела, что является ошибочным. Отметим, что определением об отложении рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства комиссия переносит дату следующего заседания по делу, причем может произвести такой перенос даты и времени рассмотрения дела в том числе по ходатайству лиц, участвующих в деле.

2. Согласно [ч. 2 ст. 45](#) Закона рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства осуществляется на заседании комиссии. Идентичное положение закреплено в [п. 3.88](#) Регламента и означает, что именно на заседаниях комиссии антимонопольного органа при участии заявителя (заявителей), ответчика (ответчиков) и иных лиц, привлекаемых к участию в деле, представляются сторонами по делу документы, даются пояснения, оцениваются факты и события, послужившие основанием для возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Лица, участвующие в деле, должны быть извещены о времени и месте его рассмотрения. В случае неявки на заседание комиссии лиц, участвующих в деле и надлежащим образом извещенных о времени и месте

рассмотрения дела, комиссия вправе рассмотреть дело в их отсутствие (ч. 2 ст. 45 Закона о защите конкуренции).

По аналогии с соответствующими процессуальными нормами, например ч. 1 ст. 153 АПК РФ и ч. 1 ст. 113, ст. 153 ГПК РФ установлено, что лица, участвующие в деле, должны быть извещены о времени и месте его рассмотрения. Также по аналогии с процессуальными нормами (ч. 3 ст. 156 АПК РФ и ч. 3 ст. 167 ГПК РФ) предусмотрено, что в случае неявки на заседание комиссии лиц, участвующих в деле и надлежащим образом извещенных о времени и месте рассмотрения дела, комиссия вправе рассмотреть дело в их отсутствие.

Следует напомнить, что в соответствии с ч. 1 ст. 42 Закона о защите конкуренции лицами, участвующими в деле, являются заявитель, ответчик, заинтересованные лица. Следовательно, антимонопольный орган должен проверить наличие надлежащего уведомления именно указанных лиц, отсутствие подтверждения надлежащего уведомления, например, лица, располагающего сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах, не будет являться препятствием для рассмотрения дела.

Уведомление осуществляется в письменной форме путем направления антимонопольным органом определений и извещений, в которых указываются сведения о дате, времени и месте проведения заседания, заказным письмом с уведомлением о вручении либо путем их вручения лицам, участвующим в деле, под расписку непосредственно в антимонопольном органе либо по месту нахождения лиц, участвующих в деле, а в случаях, не терпящих отлагательств, - дополнительно путем направления телефонограммы, телеграммы, по факсимильной связи или электронной почте либо с использованием иных средств связи. В этой связи следует отметить, что исходя из положений Федерального закона от 8 августа 2001 г. N 129-ФЗ "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей" (далее - Закон о регистрации) уведомление юридического лица осуществляется путем направления процессуальных документов по делу в адрес (место нахождения) постоянно действующего исполнительного органа юридического лица (в случае отсутствия постоянно действующего исполнительного органа юридического лица - иного органа или лица, имеющих право действовать от имени юридического лица без доверенности), по которому осуществляется связь с юридическим лицом (юридический адрес). Уведомление индивидуального предпринимателя либо иного физического лица, являющегося хозяйствующим субъектом, осуществляется путем направления процессуальных документов по делу по месту их жительства в РФ. Аналогичным образом уведомлению подлежат и органы власти - по месту их нахождения.

В случае если лица, участвующие в деле, осуществляют свои права и обязанности через представителей, имеющих доверенность, уведомление может быть осуществлено путем направления процессуальных документов по адресу таких представителей либо вручено им нарочно, при условии наличия соответствующего волеизъявления самого лица, участвующего в деле.

Вместе с тем возможны случаи, когда лица, участвующие в деле, в частности ответчики по делу, не получают уведомление по месту нахождения, а сведения об иных адресах, по которым данные лица располагаются, отсутствуют.

В таких случаях применению подлежит общее правило, указанное в том числе в п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. N 61 "О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с достоверностью адреса юридического лица", в соответствии с которым юридическое лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений, поступивших по его адресу, указанному в Едином государственном реестре юридических лиц (далее - ЕГРЮЛ), а также риск отсутствия по этому адресу своего представителя, и такое юридическое лицо не вправе в отношениях с лицами, добросовестно полагавшимися на данные ЕГРЮЛ об адресе юридического лица, ссылаться на данные, не внесенные в указанный реестр. Аналогичное правило применимо в отношении индивидуальных предпринимателей и физических лиц, являющихся хозяйствующими субъектами.

Следовательно, в случае если антимонопольным органом будут получены сведения о неполучении уведомления от таких лиц (например, уведомление будет возвращено в антимонопольный орган с пометкой об истечении срока хранения) либо если данные лица откажутся в получении уведомления, то они будут считаться уведомленными надлежащим образом.

В случае если лицом, участвующим в деле, является иностранное лицо, то способ его уведомления зависит от наличия либо отсутствия у такого лица представительства на территории РФ.

Так, согласно [п. 1 ст. 55](#) ГК РФ представительством является обособленное подразделение юридического лица, расположенное вне места его нахождения, которое представляет интересы юридического лица и осуществляет их защиту. Следовательно, при наличии представительства иностранного юридического лица на территории РФ антимонопольный орган может направить уведомление по адресу такого представительства.

Если иностранное лицо представительство на территории РФ не имеет, то при уведомлении таких лиц антимонопольным органом учитываются требования Гаагской [конвенции](#) о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам. В частности, уведомления должны иметь перевод на официальный язык или один из официальных языков государства, на территории которого находится такое лицо.

Необходимо также отметить, что в силу [п. 3.93](#) Регламента в рамках рассмотрения дела лица, участвующие в деле, вправе выбрать способ уведомления антимонопольным органом о дате, времени и месте проведения заседания комиссии путем получения всех процессуальных документов по делу, содержащих данные сведения, по электронной почте, по факсимильной связи либо путем ознакомления с процессуальными документами на официальных сайтах антимонопольного органа, заполнив расписку.

Дальнейшее уведомление лиц, участвующих в деле, выбранным ими способом будет являться надлежащим.

В [п. 1 ч. 1 ст. 47](#) Закона о защите конкуренции предусмотрено, что по ходатайству лица, участвующего в деле, в связи с невозможностью явки этого лица или его представителя на заседание комиссии по уважительной причине, подтвержденной соответствующими документами, комиссия вправе отложить рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства. Соответственно, в отсутствие лиц, участвующих в деле (их представителей), дело может быть рассмотрено лишь в случаях, когда имеются данные об их своевременном извещении о месте и времени рассмотрения дела, от них не поступило мотивированное ходатайство об отложении рассмотрения дела или указанные в нем обстоятельства не были признаны комиссией уважительными.

Наряду с прочим в [ч. 2 ст. 45](#) Закона о защите конкуренции по аналогии с соответствующими процессуальными нормами ([ст. 155](#) АПК РФ и [гл. 21](#) ГПК РФ) установлено, что в ходе рассмотрения дела ведется протокол, который подписывается председателем комиссии.

В соответствии с [п. 3.96](#) Регламента протокол подписывается по окончании рассматриваемого дела председателем комиссии. Между тем в [п. 3.97](#) Регламента дается уточнение, что протокол должен быть подписан председателем комиссии не позднее даты изготовления определения об отложении, приостановлении рассмотрения дела или решения по делу в полном объеме, из чего следует, что протокол составляется после каждого заседания комиссии ФАС России. Так же как и в судебном процессе, при объявлении перерыва в заседании комиссии протокол составляется после продолжения рассмотрения дела.

Представляется правильным, если в протоколе заседания комиссии с учетом положений [ч. 4 ст. 45](#) Закона о защите конкуренции указываются год, месяц, число и место проведения заседания комиссии; наименование и номер дела; наименование антимонопольного органа, рассматривающего дело; состав комиссии; сведения о явке лиц, участвующих в деле, а также сведения о представленных комиссии и предъявленных для обозрения документах, удостоверяющих личность и подтверждающих надлежащие полномочия лиц, участвующих в деле, и их представителей; сведения о разъяснении лицам, участвующим в деле, их прав и обязанностей; устные и письменные заявления и ходатайства лиц, участвующих в деле; возражения лиц, участвующих в деле, против заявлений, ходатайств и доводов других лиц, участвующих в деле; объяснения лиц, участвующих в деле, пояснения экспертов по данным ими заключениям; сведения о действиях по исследованию доказательств, проведенных на заседании комиссии; дата составления протокола; иные сведения.

В силу [ч. 2 комментируемой статьи](#) предусмотрено, что комиссия вправе проводить стенографическую запись или аудиозапись своего заседания, при этом обязательно должна быть сделана отметка в протоколе об использовании технических средств записи заседания комиссии. Представляется, что и сама запись должна быть приобщена к материалам дела, но какие необходимо предпринимать меры по ее приобщению к материалам дела и ее сохранности, ни [Закон](#) о защите конкуренции, ни [Регламент](#) не указывают.

При этом отсутствие в материалах дела одновременно стенографической записи, аудиозаписи и протокола заседания комиссии может являться основанием для отмены вынесенных в результате рассмотрения

дела ненормативных правовых актов.

Так, в частности, Президиумом СИП было отменено решение антимонопольного органа в связи с нарушением при рассмотрении дела требований [ч. 2 ст. 45](#) Закона о защите конкуренции, [п. п. 1.8, 3.96 и 3.97](#) Регламента. В частности, СИП было отмечено, что само по себе отсутствие фиксации хода рассмотрения дела в протоколе либо путем стенографической или аудиозаписи заседания в любом случае является существенным нарушением процедуры, которое не может быть восполнено иными способами [<1>](#). Вместе с тем в своем дополнительном [Определении](#) Президиум СИП указал на то, что резолютивная часть [Постановления](#) Президиума СИП не содержит указания на необходимость прекращения производства по антимонопольному делу или иным образом не свидетельствует о вынесении судебного акта по существу рассмотренного антимонопольным органом дела [<2>](#).

[<1> Постановление](#) Президиума СИП от 23 ноября 2015 г. по делу N СИП-206/2015.

[<2> Определение](#) СИП от 29 января 2016 г. по делу N СИП-206/2015.

Данная позиция СИП соответствует позиции Президиума ВАС РФ о том, что отмена постановления административного органа по мотиву существенного нарушения процедуры рассмотрения дела не препятствует осуществлению административным органом дальнейшего производства по этому делу [<1>](#).

[<1> Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 19 марта 2013 г. N 13610/12.

Из изложенного можно сделать вывод о том, что отмена судом решения антимонопольного органа по основаниям отсутствия протокола заседания как существенного, по мнению суда, процессуального нарушения не является препятствием для возобновления рассмотрения данного дела с устранением допущенных процессуальных нарушений при условии, если на момент возобновления рассмотрения дела не истек срок давности, установленный [ст. 41.1](#) Закона о защите конкуренции.

Вступление в силу четвертого антимонопольного [пакета](#) окончательно закрепило возможность проводить заседания комиссии антимонопольного органа с использованием систем видеоконференц-связи. При этом лица, участвующие в деле, вправе заявить соответствующее ходатайство. Однако даже при отсутствии ходатайств со стороны участвующих в деле лиц комиссия вправе принять решение об использовании видеоконференц-связи по собственной инициативе при наличии технической возможности ее осуществления.

Ранее о такой возможности упоминалось в [п. 1.6](#) Административного регламента ФАС России по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушении антимонопольного законодательства, утвержденного Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 339 (далее - Регламент).

На момент подготовки настоящего комментария порядок использования систем видеоконференц-связи ФАС России не утвержден, однако это не является препятствием для применения на практике такого формата проведения заседаний комиссии антимонопольного органа.

3. В [ч. 3 комментируемой статьи](#) определен перечень действий, осуществляемых председателем комиссии в рамках проведения заседания комиссии. Так, председатель комиссии: 1) открывает заседание комиссии; 2) объявляет состав комиссии; 3) объявляет, какое дело подлежит рассмотрению, проверяет явку на заседание комиссии лиц, участвующих в деле, проверяет их полномочия, устанавливает, извещены ли надлежащим образом лица, не явившиеся на заседание, и имеются ли сведения о причинах их неявки; 4) выясняет вопрос о возможности рассмотрения дела; 5) разъясняет лицам, участвующим в деле, их права, определяет последовательность совершения действий при рассмотрении дела; 6) руководит заседанием комиссии, обеспечивает условия для всестороннего и полного исследования доказательств и обстоятельств дела, обеспечивает рассмотрение заявлений и ходатайств лиц, участвующих в деле; 7) принимает меры по обеспечению на заседании комиссии надлежащего порядка; 8) оглашает заключение об обстоятельствах дела.

В этих положениях прослеживаются явные аналогии с положениями [ч. 2 ст. 153](#) АПК РФ, определяющими действия, которые осуществляются судьей, а при коллегиальном рассмотрении дела - председательствующим в

судебном заседании.

В рамках рассмотрения дела председатель координирует проведение заседания комиссии, т.е. руководит им, обеспечивая условия для всестороннего и полного исследования доказательств и обстоятельств дела, рассмотрение заявлений и ходатайств лиц, участвующих в деле, а также принимая меры по обеспечению на заседании комиссии надлежащего порядка.

3.1. **Законом** специально оговорено, что заседания комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства являются открытыми. Это означает, что на заседании комиссии вправе присутствовать любые лица.

При этом комиссия не лишена права принять решение о рассмотрении дела в закрытом заседании, в случае если рассмотрение дела в открытом заседании может привести к разглашению государственной тайны либо в случае необходимости сохранения коммерческой, служебной или иной охраняемой законом тайны.

В силу **ч. 3.1 ст. 45** Закона о защите конкуренции лица, участвующие в деле, праве заявить ходатайство о проведении закрытого заседания при обосновании необходимости сохранения коммерческой, служебной или иной охраняемой законом тайны.

В настоящий момент антимонопольным органом не установлен специальный порядок рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства в закрытом заседании, в связи с чем такие дела подлежат рассмотрению в соответствии с **ч. ч. 3.1 - 3.4 ст. 45** Закона о защите конкуренции с учетом положений **Регламента**, законодательства о государственной тайне, банковской тайне, коммерческой тайне или об иной охраняемой законом тайне.

Особенности рассмотрения в закрытом заседании дела о нарушении антимонопольного законодательства, в материалах которого содержатся сведения, составляющие государственную тайну, устанавливаются ФАС России по согласованию с Федеральной службой безопасности. До настоящего времени такой порядок не установлен.

Решение о рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства в закрытом заседании комиссии оформляется определением.

На закрытом заседании комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства вправе присутствовать только лица, участвующие в деле, а также привлеченные по решению комиссии эксперты, переводчики и специалисты.

Согласно **п. 1.10** Регламента в случае, если в материалах дела имеются документы, сведения, пояснения в письменной форме, составляющие государственную тайну, банковскую тайну, коммерческую тайну или иную охраняемую законом тайну, лица, участвующие в деле, реализуют свои права с соблюдением требований законодательства о государственной тайне, банковской тайне, коммерческой тайне или об иной охраняемой законом тайне.

В частности, в соответствии с **ч. 3.3 ст. 45** Закона о защите конкуренции и **п. 3.86** Регламента документы и материалы, содержащие информацию, составляющую коммерческую, служебную, иную охраняемую законом тайну, помещаются в отдельные тома. Ознакомление с материалами дела, помещенными в такие тома и содержащими коммерческую тайну, осуществляется лицами, участвующими в деле, либо при наличии согласия собственника информации, либо только собственником информации.

Порядок допуска лиц, участвующих в деле о нарушении антимонопольного законодательства, к материалам, составляющим коммерческую тайну, определен в новой **ст. 45.2** Закона о защите конкуренции. В указанной норме, в частности, прямо определено, в отношении каких документов может быть установлен режим коммерческой тайны.

Более того, в силу **п. 1.6** Регламента при рассмотрении дела комиссия вправе принять решение о запрете ведения лицами, участвующими в деле, аудиозаписи, фиксирующей ход рассмотрения дела, в случае, если при рассмотрении дела оглашается информация, составляющая охраняемую законом тайну. В свою очередь, разглашение сведений, составляющих государственную, коммерческую или иную охраняемую законом тайну, влечет за собой дисциплинарную, гражданско-правовую, административную или уголовную ответственность в

соответствии с законодательством РФ.

4. **Частью 4 комментируемой статьи** определены основные процессуальные действия комиссии по исследованию доказательств по делу о нарушении антимонопольного законодательства. Положения **ч. 4 комментируемой статьи** в Регламенте воспроизведены практически без изменения (**п. 3.98**).

Так, на заседании комиссии последовательно заслушиваются лица, участвующие в деле. При этом после изложения лицом, участвующим в деле, правовой позиции председатель комиссии предоставляет членам комиссии, а также иным лицам, участвующим в деле, возможность по очереди задать вопрос по существу изложенной правовой позиции по делу.

Члены комиссии вправе задать вопрос лицам, участвующим в деле, с разрешения председателя комиссии.

Заявленные в ходе заседания комиссии ходатайства обсуждаются с учетом выяснения правовой позиции по ним лиц, участвующих в деле.

Принятие комиссией решения об удовлетворении либо отказе в удовлетворении ходатайства может быть осуществлено путем совещания на месте либо путем объявления перерыва в заседании и обсуждения ходатайства в отсутствие лиц, участвующих в деле, для обеспечения тайны совещания.

После оглашения правовых позиций участвующих в деле лиц комиссия должна перейти к исследованию доказательств, в рамках которого председатель комиссии, члены комиссии с разрешения председателя вправе задать вопросы лицам, участвующим в деле, а также заслушивают их мнения и пояснения относительно доказательств, представленных в материалах дела.

В случае привлечения экспертов для дачи заключений заслушиваются их мнения, председатель комиссии, члены комиссии с разрешения председателя вправе задать вопросы эксперту. Лица, участвующие в деле, с разрешения председателя комиссии вправе также поочередно задать вопросы эксперту.

В случае привлечения к участию в деле лиц, располагающих сведениями об обстоятельствах рассматриваемого дела, данные лица заслушиваются в порядке, аналогичном с оглашением позиции эксперта.

По окончании стадии исследования доказательств, оглашения правовой позиции лицами, участвующими в деле, комиссия рассматривает вопрос об основаниях и о необходимости объявления перерыва в заседании, об отложении, о приостановлении рассмотрения дела.

5. В **ч. 5 комментируемой статьи** указано на два полномочия, предоставляемые комиссии при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства:

1) запрашивать у лиц, участвующих в деле, документы, сведения и пояснения в письменной или устной форме по вопросам, возникающим в ходе рассмотрения дела. С этим правом корреспондирует закрепленная в **ст. 25 Закона** о защите конкуренции обязанность указанных лиц и органов по представлению информации в антимонопольный орган. Следует подчеркнуть, что в **ч. 5 комментируемой статьи** речь идет о возможности истребования документов, сведений и пояснений только по тем вопросам, которые возникают в ходе рассмотрения дела;

2) привлекать к участию в деле иных лиц. Данное положение детализировано в **ст. 42.1 Закона** о защите конкуренции, согласно которой комиссия при рассмотрении дела вправе привлекать экспертов, переводчиков, а также лиц, располагающих сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах. Там же установлено, что о привлечении экспертов, переводчиков, а также лиц, располагающих сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах, к рассмотрению дела комиссия выносит определение и направляет им копии такого определения в течение трех дней с момента его вынесения.

При этом, как разъяснено в **п. 14** Обзора практики ВС РФ, запрос антимонопольного органа о представлении хозяйствующим субъектом необходимой информации, документов, объяснений по возбужденному в отношении его делу о нарушении антимонопольного законодательства признается мотивированным при указании в нем на процессуальный повод истребования информации, нормативно-правовое основание истребования информации и положение **Закона** о защите конкуренции, которое, по мнению антимонопольного органа, могло быть нарушено хозяйствующим субъектом.

Несмотря на то что комментируемой нормой предусмотрено право запрашивать документы и сведения только у лиц, участвующих в деле, это не лишает антимонопольный орган права на основании [ст. 25](#) Закона о защите конкуренции направлять в ходе рассмотрения дела запросы информации в адрес иных лиц, которые могут располагать необходимыми сведениями <1>.

<1> Постановления Президиума ВАС РФ от 16 ноября 2010 г. [N 9532/10](#), от 27 ноября 2012 г. [N 8039/12](#).

6. [Часть 5.1 ст. 45](#) Закона о защите конкуренции обязывает антимонопольный орган проводить анализ состояния конкуренции при рассмотрении любых дел о нарушении антимонопольного законодательства, но в объеме, необходимом для установления наличия либо отсутствия факта такого нарушения. Такое требование было введено четвертым антимонопольным [пакетом](#) и является важной частью реформы по совершенствованию антимонопольного законодательства.

В связи с тем что согласно [п. 3 ч. 2 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции федеральный антимонопольный орган утверждает порядок проведения анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта и выявления иных случаев недопущения, ограничения или устранения конкуренции, объем анализа состояния конкуренции будет определен соответствующим приказом ФАС России.

До вступления в силу соответствующего приказа следует руководствоваться положениями [Порядка](#) анализа товарных рынков.

В отношении дел, при рассмотрении которых действующая редакция [Порядка](#) устанавливает, что анализ состояния конкуренции на товарном рынке не проводится, после вступления в силу изменений, внесенных четвертым антимонопольным [пакетом](#), и до вступления в силу соответствующего приказа ФАС России об определении порядка проведения анализа состояния конкуренции при рассмотрении таких дел, следует определять географические и продуктовые границы рассматриваемого товарного рынка, а также, в случае необходимости, состав хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке в качестве продавцов и покупателей <1>.

<1> [Письмо](#) ФАС России от 24 декабря 2015 г. [N ИА/74666/15](#) "О применении "четвертого антимонопольного пакета".

На момент подготовки настоящего комментария [Порядок](#) анализа товарных рынков не приведен в соответствие с положениями четвертого антимонопольного [пакета](#). Проект изменений в [Порядок](#), предусматривающий особенности проведения анализа состояния конкуренции для каждой категории дел о нарушении антимонопольного законодательства, разработан и находится в стадии согласования <1>.

<1> <http://regulation.gov.ru/projects#npa=44687>

Так, [Порядок](#) устанавливает, что проведение анализа состояния конкуренции на товарном рынке включает следующие этапы (это общее правило без учета особенностей, установленных [Порядком](#) для отдельных категорий дел) <1>:

<1> В этой части [Порядок](#) не предполагает изменений.

а) определение временного интервала исследования товарного рынка;

б) определение продуктовых границ товарного рынка;

в) определение географических границ товарного рынка;

г) определение состава хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке в качестве продавцов и покупателей;

д) расчет объема товарного рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке;

е) определение уровня концентрации товарного рынка;

ж) определение барьеров входа на товарный рынок;

з) установление доминирующего положения (при его наличии) хозяйствующего субъекта (хозяйствующих субъектов), за исключением случая презумпции доминирующего положения субъекта естественной монополии;

и) оценка состояния конкуренции на товарном рынке;

к) составление аналитического отчета.

В настоящий момент **Порядком** анализа товарных рынков предусмотрены особенности проведения анализа состояния конкуренции при рассмотрении дел о злоупотреблении доминирующим положением субъектом естественной монополии, дел о некоторых видах антиконкурентных соглашений, координации экономической деятельности и согласованных действиях. Подробно особенности проведения анализа состояния конкуренции при рассмотрении отдельных категорий дел о нарушении антимонопольного законодательства освещены в комментариях к соответствующим статьям **Закона**.

Проектом поправок в **Порядок** анализа товарных рынков предусматривается регламентация особенностей проведения анализа состояния конкуренции также при рассмотрении дел о недобросовестной конкуренции, об антиконкурентных действиях и актах органов власти, о нарушении антимонопольных требований к торгам, запросу котировок, запросу предложений, о нарушении антимонопольных требований к порядку заключения договоров в отношении государственного и муниципального имущества, о нарушении антимонопольных требований к порядку заключения договоров с финансовыми организациями.

При этом **п. 1.4** Порядка в действующей редакции, устанавливающий случаи, когда не требуется проведение анализа состояния конкуренции, с принятием названных поправок должен утратить силу, акцентируя тем самым внимание на обязательности проведения анализа состояния конкуренции по каждой категории дел.

7. Частью 6 ст. 45 Закона о защите конкуренции определен порядок окончания рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства. После исследования доказательств по делу о нарушении антимонопольного законодательства, изложения позиций лиц, участвующих в деле, заключений экспертов, проведения опроса лиц, располагающих сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах, принятия заключения об обстоятельствах дела председатель комиссии объявляет об окончании рассмотрения дела и просит лиц, участвующих в деле, и иных лиц удалиться для принятия комиссией решения.

Аналогичное положение закреплено в **п. п. 3.135, 3.136** Регламента, в соответствии с которым комиссия принимает решение по делу после исследования и оценки доказательств и доводов по делу, изучения позиций лиц, участвующих в деле, заключений и пояснений экспертов, проведения опроса лиц, располагающих сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах. Объявление об окончании рассмотрения дела делает председатель комиссии.

Принятие комиссией решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства урегулировано **ст. 49** Закона о защите конкуренции. Требования к содержанию и оформлению решения установлены в **ч. ч. 2 и 3 ст. 41** Закона о защите конкуренции.

Статья 45.1. Доказательства и доказывание по делу о нарушении антимонопольного законодательства

Комментарий к **статье 45.1**

1. Статья 45.1, появившаяся с принятием четвертого антимонопольного **пакета**, впервые дает определение понятию "доказательства по делу о нарушении антимонопольного законодательства", устанавливает виды доказательств и обязанность лиц, участвующих в деле, раскрыть доказательства перед

другими лицами, участвующими в деле, в сроки, установленные комиссией.

Часть 1 комментируемой статьи определяет доказательства по делу о нарушении антимонопольного законодательства как сведения о фактах, которые получены в установленном **Законом** о защите конкуренции порядке и на основании которых комиссия устанавливает наличие либо отсутствие нарушения антимонопольного законодательства, обоснованность доводов лиц, участвующих в деле, а также иные обстоятельства, имеющие значение для полного и всестороннего рассмотрения дела.

Данное определение по сути идентично определению доказательств, приведенному в **ст. 64** АПК РФ. Представляется, что такой подход к определению доказательств выбран не случайно, поскольку административная процедура рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства во многом схожа с процессом рассмотрения дела в арбитражном суде.

В юридической литературе доказывание в судопроизводстве определяется как поэтапная деятельность суда и лиц, участвующих в деле, протекающая в определенной логической последовательности, с целью установления определенных сведений, имеющих значение для рассмотрения и разрешения конкретного дела. Сведения, которые устанавливаются в процессе доказывания при надлежащем его проведении, являются доказательствами <1>.

<1> См.: Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации. Разделы I - II: Постатейный научно-практический **комментарий** / Под общ. ред. В.А. Гуреева. М.: Библиотечка "Российской газеты", 2013. Вып. I - II, комментарий к ст. 64.

Одно из общепринятых определений доказывания в широком смысле дает С.С. Алексеев: "доказывание - это деятельность субъектов, направленная на установление с помощью доказательств истинности обстоятельств дела" <1>. Исходя из **ч. 1 ст. 45.1** Закона о защите конкуренции цель доказывания при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства - установить наличие либо отсутствие нарушения антимонопольного законодательства, обоснованность доводов лиц, участвующих в деле, а также иные обстоятельства, имеющие значение для полного и всестороннего рассмотрения дела. Процесс доказывания включает собирание, исследование и оценку доказательств. Начальным этапом процесса доказывания является собирание доказательств, под которым понимается активная целенаправленная деятельность соответствующего органа, состоящая в извлечении из следов, оставленных событием, фактических данных, относящихся к делу, в преобразовании и закреплении этих данных, т.е. в придании им надлежащей процессуальной формы <2>.

<1> Алексеев С.С. Проблемы теории права. Свердловск, 1973. Т. 2. С. 247, 248.

<2> На основе определения С.А. Шейфера (см.: Шейфер С.А. **Доказательства и доказывание** по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. М.: НОРМА, 2009).

Закон о защите конкуренции не содержит определение понятия доказывания по делу о нарушении антимонопольного законодательства. Однако приведенный подход к определению доказывания в судопроизводстве применим и к доказыванию в рамках антимонопольного дела.

Согласно **ч. 1 комментируемой статьи** доказательства по делу о нарушении антимонопольного законодательства должны быть получены в установленном **Законом** о защите конкуренции порядке.

В отношении сбора доказательств, на основании которых в рамках рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства принимается решение о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства, следует отметить, что такой сбор доказательств, как правило, начинается еще до возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства и продолжается в период рассмотрения дела. Антимонопольный орган имеет широкие полномочия по сбору доказательств, для чего он вправе:

- самостоятельно получать от государственных и муниципальных органов и организаций, физических лиц необходимые документы и информацию, объяснения в письменной или устной форме, информацию

соответственно в письменной и устной форме, включая акты, договоры, справки, деловую корреспонденцию, иные документы и материалы, выполненные в форме цифровой записи или в форме записи на электронных носителях (ст. 23, ч. 1 ст. 25 Закона о защите конкуренции);

- обращаться в органы, осуществляющие оперативно-разыскную деятельность, с просьбой о проведении оперативно-разыскных мероприятий (ст. 23 Закона о защите конкуренции);

- в рамках проведения проверки истребовать у проверяемого лица необходимые документы и информацию (ч. 1 ст. 25.4 Закона о защите конкуренции);

- осуществлять осмотр территорий, помещений (за исключением жилища проверяемого лица), документов и предметов проверяемого лица и производить фото- и киносъемку, видеозапись, снимать копии с документов, а также делать копии электронных носителей информации (ч. ч. 1, 3 ст. 25.3 Закона о защите конкуренции);

- проводить анализ состояния конкуренции в объеме, необходимом для принятия решения о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства.

В результате реализации данных полномочий антимонопольный орган собирает доказательственную базу, достаточную, по его мнению, для возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства и рассмотрения его комиссией.

Комментируемая норма предполагает получение доказательств для цели полного и всестороннего рассмотрения дела и установления наличия или отсутствия нарушения антимонопольного законодательства. Указанное означает, что при рассмотрении дела комиссия должна оценить все полученные доказательства в совокупности, не отдавая заранее предпочтение одним доказательствам перед другими.

Кроме того, следует отметить, что четвертым антимонопольным **пакетом** в ст. 41 Закона о защите конкуренции введена ч. 3.3, которая устанавливает требования к содержанию решения, принимаемого комиссией по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, в частности к его мотивировочной части, в которой должны быть указаны доказательства, на которых основаны выводы комиссии об обстоятельствах дела, и доводы в пользу принятого решения, мотивы, по которым комиссия отвергла те или иные доказательства, приняла или отклонила приведенные в обоснование своих требований и возражений доводы лиц, участвующих в деле.

2. С момента возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства либо с момента привлечения их к участию в деле лица, участвующие в деле, также получают процессуальную возможность по формированию доказательственной базы, а именно в соответствии с ч. 1 ст. 43 Закона о защите конкуренции они имеют право представлять доказательства, знакомиться с доказательствами, давать пояснения в письменной или устной форме.

Часть 2 комментируемой статьи по аналогии с ч. 3 ст. 65 АПК РФ обязывает каждое лицо, участвующее в деле, раскрыть доказательства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений, перед другими лицами, участвующими в деле, в пределах срока, установленного комиссией.

В юридической литературе отмечается, что целью введения института раскрытия доказательств в судопроизводстве является прежде всего необходимость своевременного ознакомления лиц, участвующих в деле, с информацией, сведениями, которыми они располагают. Наличие у этих лиц своевременно представленной информации позволяет сторонам подготовиться к рассмотрению дела и сэкономить время, что позволит не затягивать процесс и вынести решение в пределах разумного срока <1>.

<1> См.: Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации. Разделы I - II: Постатейный научно-практический **комментарий** / Под общ. ред. В.А. Гуреева. Вып. I - II, комментарий к ст. 65.

Закрепление в **Зако**не правила о заблаговременном раскрытии доказательств лицами, участвующими в деле, по аналогии с АПК РФ является обоснованным, поскольку способствует достижению аналогичных целей при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Необходимо отметить, что **ч. 2 комментируемой статьи** в отличие от аналогичной нормы **АПК РФ** не обязывает лиц, направивших в антимонопольный орган материалы, указывающие на наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства, или обратившихся с заявлением, указывающим на признаки нарушения антимонопольного законодательства, раскрывать перед лицом, в отношении которого такие материалы или заявление поданы, содержащиеся в них информацию или сведения до возбуждения дела. На это также указывает **ч. 1 ст. 43** Закона о защите конкуренции, согласно которой право представлять доказательства и знакомиться с доказательствами возникает у лиц только с момента возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Под сроком, установленным комиссией для раскрытия доказательств лицами, участвующими в деле, в комментируемой **статье** Закона о защите конкуренции понимается срок, указанный комиссией в соответствующем определении: о назначении дела к рассмотрению (**ч. 13 ст. 44** Закона о защите конкуренции), об отложении дела, если поводом отложения послужила необходимость получения комиссией дополнительных доказательств (**п. 2 ч. 1 ст. 47** Закона о защите конкуренции).

В ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства комиссия, рассматривающая дело, определяет достаточность собранных доказательств для всестороннего и полного исследования доказательств и обстоятельств дела, для чего комиссия вправе запрашивать у лиц, участвующих в деле, документы, сведения и пояснения в письменной или устной форме по вопросам, возникающим в ходе рассмотрения дела, привлекать к участию в деле иных лиц (**ч. ч. 5, 5.1 ст. 45** Закона о защите конкуренции).

При этом основной задачей комиссии на этой стадии является уже не сбор доказательств, а их исследование и оценка. Председатель комиссии обеспечивает условия для всестороннего и полного исследования доказательств и обстоятельств дела (**п. 6 ч. 3 ст. 45** Закона о защите конкуренции). На заседании комиссии исследуются доказательства, заслушиваются мнения и пояснения лиц, участвующих в деле, относительно доказательств, представленных лицами, участвующими в деле; заслушиваются и обсуждаются мнения экспертов, привлеченных для дачи заключений; заслушиваются лица, располагающие сведениями об обстоятельствах рассматриваемого дела (**ч. 4 ст. 45** Закона о защите конкуренции). Если комиссия установит необходимость получения дополнительных доказательств, она вправе отложить рассмотрение дела (**п. 2 ч. 1 ст. 47, ст. 48.1** Закона о защите конкуренции).

В соответствии с **ч. 1 ст. 49** Закона о защите конкуренции при принятии решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства комиссия оценивает доказательства и доводы, представленные лицами, участвующими в деле. При этом с точки зрения повышения прозрачности деятельности антимонопольных органов, гарантированности прав и интересов участников антимонопольных разбирательств принципиально важным является нововведение четвертого антимонопольного **пакета** о том, что комиссия в мотивировочной части решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства должна указать доказательства, на которых основаны ее выводы об обстоятельствах дела и доводы в пользу принятого решения, мотивы, по которым комиссия отвергла те или иные доказательства, приняла или отклонила приведенные в обоснование своих требований и возражений доводы лиц, участвующих в деле (**п. 2 ч. 3.3 ст. 41** Закона о защите конкуренции).

3. **Закон** о защите конкуренции не содержит четких норм, регламентирующих правила распределения бремени доказывания по антимонопольным делам. В то же время следует учитывать, что закон устанавливает ряд доказательственных презумпций, тем самым возлагая бремя доказывания обратного на хозяйствующий субъект. К таким презумпциям следует, в частности, отнести:

- презумпцию доминирования (**ч. 4 ст. 5** Закона о защите конкуренции);
- презумпцию недопустимости монополистической деятельности, направленной на злоупотребление доминирующим положением (**ч. 2 ст. 10** Закона о защите конкуренции);
- презумпцию недопустимости антиконкурентных соглашений (**ч. 6 ст. 11** Закона о защите конкуренции);
- презумпцию недопустимости антиконкурентных согласованных действий (**ч. 4 ст. 11.1** Закона о защите конкуренции).

При этом в соответствии с **ч. 5 ст. 200** АПК РФ при оспаривании решений антимонопольных органов в арбитражных судах обязанность доказать суду, что решение законно и обосновано, возложена на

антимонопольный орган.

4. Применительно к видам доказательств, используемых при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства, следует отметить, что наряду с прямыми доказательствами, которые позволяют сделать определенный вывод о доказываемом факте, в большом количестве дел о нарушении антимонопольного законодательства выводы о нарушении основываются на косвенных доказательствах, которые каждое по отдельности дают основание для нескольких предположений относительно искомого факта, а в совокупности могут свидетельствовать о том или ином факте более определенно.

Например, прямым доказательством картельного сговора может быть письменное соглашение о ценовой политике. Гораздо чаще картельный сговор антимонопольный орган доказывает с помощью косвенных доказательств. Суды признают такую практику правомерной, соглашаясь, что "для констатации антиконкурентного соглашения необходимо проанализировать ряд косвенных доказательств, сопоставив каждое из них с другими и не обременяя процесс доказывания обязательным поиском хотя бы одного прямого доказательства. По итогам доказывания совокупность косвенных признаков соглашения и (или) согласованных действий (при отсутствии доказательств обратного) может сыграть решающую роль" <1>.

<1> [Постановление](#) АС СЗО от 23 апреля 2015 г. по делу N A42-2564/2014.

Косвенными доказательствами, например, могут выступать документы, подтверждающие совпадение поведения <1>, неофициальные контакты представителей компаний, в том числе электронная переписка <2>, использование конкурентами единой инфраструктуры (например, единый IP-адрес участников аукциона <3>, единый контактный телефон <4> и т.п.).

<1> Постановления АС ДО от 8 сентября 2014 г. [N Ф03-3746/2014](#) по делу N A51-28478/2013; ФАС МО от 25 июня 2013 г. по делу [N A40-64690/12-130-611](#).

<2> [Постановление](#) АС МО от 12 января 2015 г. N Ф05-14419/2014 по делу N A40-175914/2013.

<3> [Постановление](#) АС МО от 8 апреля 2015 г. N Ф05-2679/2015 по делу N A40-89729/2014.

<4> [Постановление](#) АС ВСО от 11 сентября 2014 г. по делу N A19-14957/2013.

5. [Часть 3 комментируемой статьи](#) называет, какие доказательства могут использоваться в деле о нарушении антимонопольного законодательства, а именно письменные доказательства и вещественные доказательства, пояснения лиц, участвующих в деле, пояснения лиц, располагающих сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах, заключения экспертов, аудио- и видеозаписи, иные документы и материалы. Перечень доказательств, приведенный в комментируемой [статье](#), не является исчерпывающим и аналогичен перечню, закрепленному в [ч. 2 ст. 64](#) АПК РФ.

А. Пояснения лиц, участвующих в деле. В соответствии с [ч. 1 ст. 42](#) Закона о защите конкуренции лицами, участвующими в деле о нарушении антимонопольного законодательства, являются:

- заявитель - лицо, подавшее заявление, государственный орган, орган местного самоуправления, направившие материалы;

- ответчик по делу - лицо, в отношении которого подано заявление, направлены материалы или в действиях (бездействии) которого антимонопольным органом обнаружены признаки нарушения антимонопольного законодательства;

- заинтересованные лица - лица, чьи права и законные интересы затрагиваются в связи с рассмотрением дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Лица, участвующие в деле, посредством представления пояснений реализуют свое право, предусмотренное [ч. 1 ст. 43](#) Закона о защите конкуренции, представлять доказательства и убеждать комиссию в

правильности своей позиции по делу.

Б. Отдельно закон выделяет пояснения лиц, располагающих сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах. Указанными лицами являются субъекты, не заинтересованные в исходе дела, они призваны оказывать содействие комиссии в рассмотрении дела посредством представления пояснений об известных им сведениях и обстоятельствах, касающихся рассматриваемого дела. Данный вид доказательств при условии действительной незаинтересованности лица в наибольшей степени позволяет сделать объективные выводы о фактических обстоятельствах дела. Лица, располагающие сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах, привлекаются к участию в рассмотрении дела по ходатайству лиц, участвующих в деле, или по инициативе комиссии.

В. В соответствии с [ч. 2 ст. 42.1](#) Закона о защите конкуренции экспертом, привлекаемым комиссией при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства, является лицо, обладающее специальными знаниями по касающимся рассматриваемого дела вопросам.

Эксперт в силу [ч. 1 ст. 42.1](#) Закона о защите конкуренции привлекается к участию в рассмотрении дела по ходатайству лиц, участвующих в деле, или по инициативе комиссии и призван оказывать содействие комиссии в рассмотрении дела посредством дачи экспертного заключения.

Эксперт не является лицом, участвующим в деле, и на него не распространяются права и обязанности, предусмотренные [ст. 43](#) Закона о защите конкуренции. Вместе с тем [ч. ч. 5 - 7 ст. 42.1](#) Закона о защите конкуренции эксперт наделяется специфическими правами и несет ответственность, предусмотренную законодательством РФ за дачу заведомо ложного заключения.

Г. Аудио- и видеозаписи. Обозначая аудио- и видеозапись как вид доказательств, [Закон](#) о защите конкуренции не дает их легальных определений. В юридической литературе для определения понятий аудио- и видеозаписи используется специальная терминология, применяемая в соответствующей области знаний, относящейся к документированию информации, систематизации, классификации документов. Таким образом, аудио- и видеозапись определяются соответственно как "фонодокумент" - документ, содержащий звуковую информацию, зафиксированную любой системой звукозаписи, и "кинодокумент" - изобразительный или аудиовизуальный документ, созданный кинематографическим способом ^{<1>}. Представляется, что для целей применения аудио- и видеозаписей в качестве доказательств по делу о нарушении антимонопольного законодательства можно использовать указанные определения. При этом аудио- и видеозапись будут являться доказательствами по делу, если зафиксированные на ней сведения имеют непосредственное отношение к рассматриваемому антимонопольным органом делу.

^{<1>} См.: Арбитражный процесс: [Учебник](#) для студентов юридических вузов и факультетов / Т.К. Андреева, Е.А. Борисова, С.А. Иванова и др.; под ред. М.К. Треушникова. 3-е изд., испр. и доп. М.: Городец, 2007. § 4. Отдельные виды доказательств.

[Пунктом 3 ч. 4 ст. 45](#) Закона о защите конкуренции установлено, что доказательства исследуются на заседании комиссии. Однако в отличие от аналогичной нормы АПК РФ ([ч. 2 ст. 162](#)) в [Законе](#) о защите конкуренции отсутствует указание на то, каким образом и в каком помещении проводится воспроизведение аудио- и видеозаписи. Кроме того, не указывается, должен ли факт воспроизведения аудио- и видеозаписи отражаться в протоколе заседания комиссии.

Тем не менее представляется, что правоприменительная практика антимонопольных органов должна пойти по пути, аналогичному судебному: воспроизведение аудио- и видеозаписи должно осуществляться непосредственно в зале заседания комиссии или в ином специально оборудованном для этого помещении, а факт воспроизведения аудио- и видеозаписи должен фиксироваться в протоколе заседания комиссии, как, например, это указано в [ч. 2 ст. 45](#) Закона о защите конкуренции применительно к использованию на заседаниях комиссии технических средств записи.

6. [Частями 4 и 5 комментируемой статьи](#) определено, что может являться письменными и вещественными доказательствами по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

А. Так, согласно [ч. 4 комментируемой статьи](#) письменными доказательствами по делу о нарушении

антимонопольного законодательства являются содержащие сведения об обстоятельствах, имеющих значение для рассмотрения дела, акты, договоры, справки, переписка, иные документы и материалы, выполненные в форме цифровой, графической записи, в том числе полученные посредством факсимильной, электронной или другой связи, изготовления копий электронных носителей информации либо иным позволяющим установить достоверность документа способом.

В юридической литературе письменные доказательства в судопроизводстве определяются как относимые к делу сведения о фактах, зафиксированные на материальном носителе в форме цифровой, графической записи или иным способом, позволяющим установить достоверность документа, полученные в установленном законом порядке ^{<1>}. Данное определение может быть отнесено и к письменным доказательствам по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

^{<1>} См.: Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации. Разделы I - II: Постатейный научно-практический [комментарий](#) / Под общ. ред. В.А. Гуреева. Вып. I - II, комментарий к ст. 75.

Определение письменных доказательств, данное в [ч. 4 ст. 45.1](#) Закона о защите конкуренции, сходно с определением, содержащимся в [ст. 75](#) АПК РФ. Важно отметить, что [Закон](#) закрепляет требование о достоверности письменного доказательства, указывая, что документ должен быть изготовлен, выполнен или передан способом, "позволяющим установить его достоверность". При этом необходимо обратить внимание на то, что подход, сложившийся в судебной практике применительно к оценке достоверности доказательств в антимонопольных делах, предъявляет менее строгие требования к представляемым доказательствам, чем традиционный подход, сформированный для оценки доказательств в самих судебных делах. В большой степени это является результатом того, что антимонопольное законодательство не содержит такой детальной регламентации правил о допустимости и относимости доказательств, как процессуальное законодательство. При доказывании неправомερных действий могут быть представлены любые виды документов. При этом непредставление оригиналов документов или представление незаверенных копий не могут быть основанием для вывода о несовершении незаконных действий. Копии могут быть заверены проверяющим органом, который производил их изъятие. Отсутствие в документах электронной цифровой подписи или отсутствие соглашения об обмене электронными документами не является основанием для отказа в их принятии в качестве доказательств ^{<1>}.

^{<1>} [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 12 ноября 2013 г. N 18002/12.

Согласно [разъяснениям](#) Президиума ФАС России от 17 февраля 2016 г. N 3 "Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах" доказательствами наличия антиконкурентного соглашения могут быть письменные доказательства, содержащие волю лиц, направленную на достижение соглашения: непосредственно соглашения; договоры в письменной форме; протоколы совещаний (собраний); переписка участников соглашения, в том числе в электронном виде ^{<1>}.

^{<1>} <http://fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=14266>

Письменными доказательствами по делу о нарушении антимонопольного законодательства являются также акты и письма органов власти при рассмотрении антимонопольным органом дел по признакам нарушения [ст. ст. 15 и 16](#) Закона о защите конкуренции.

В случае рассмотрения антимонопольным органом дела по признакам нарушения [ст. 10](#) Закона о защите конкуренции в качестве письменных доказательств антимонопольный орган может рассматривать проекты договоров хозяйствующего субъекта - доминанта с контрагентами, а также уже заключенные договоры, переписку указанного лица, в том числе в электронном виде, с контрагентами по вопросам заключения договоров.

Отдельно следует остановиться на такой разновидности письменного доказательства, как результаты

анализа состояния конкуренции, оформляемые в виде аналитического отчета. Анализ состояния конкуренции на товарном рынке проводится антимонопольным органом в соответствии с Порядком анализа товарных рынков. При этом новеллой четвертого антимонопольного пакета явилось положение [ч. 5.1 ст. 45](#) Закона о защите конкуренции, согласно которой при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган проводит анализ состояния конкуренции в объеме, необходимом для принятия решения о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства. Иными словами, анализ рынка в том или ином объеме является обязательным при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства. Кроме того, согласно [п. п. 1 ч. 2 ст. 48.1](#) и [п. 1 ч. 3.3 ст. 41](#) Закона о защите конкуренции обстоятельства, установленные в ходе проведения анализа, должны содержаться в заключении об обстоятельствах дела и указываться в мотивировочной части решения.

Таким образом, при возбуждении и рассмотрении дел по признакам нарушения указанных норм [Закона](#) о защите конкуренции наличие такого письменного доказательства, как анализ состояния конкуренции на товарном рынке, является обязательным. Несоответствие аналитического отчета установленным для его составления правилам (неправильность или неполнота анализа товарного рынка в конкретном деле) зачастую становится основанием для отмены решения антимонопольного органа ^{<1>}.

^{<1>} Определения ВАС РФ от 6 ноября 2013 г. [N 12687/13](#) по делу N A22-1389/2012; от 22 октября 2013 г. [N 14488/13](#) по делу N A38-5596/2012; от 30 июля 2013 г. [N BAC-9495/13](#) по делу N A69-506/2012; от 19 сентября 2012 г. [N BAC-8537/12](#) по делу N A65-23766/2010; и др.

Б. К вещественным доказательствам по делу о нарушении антимонопольного законодательства в соответствии с [ч. 5 комментируемой статьи](#) относятся предметы, которые по своим внешнему виду, свойствам, месту нахождения или иным признакам могут служить средством установления обстоятельств, имеющих значение для рассмотрения дела. По сравнению с письменными доказательствами, которые являются основным видом доказательств по делам о нарушении антимонопольного законодательства, вещественные доказательства в антимонопольном процессе встречаются редко. Поэтому практика рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства не сформировала правил представления и анализа вещественных доказательств.

В юридической литературе применительно к судопроизводству выделяют следующие признаки такой разновидности доказательств ^{<1>}, которые применимы и к антимонопольному процессу:

^{<1>} См.: Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации. Разделы I - II: Постатейный научно-практический [комментарий](#) / Под общ. ред. В.А. Гуреева. Вып. I - II, комментарий к ст. 76.

- вещественные доказательства являются предметами материального мира, объектами неживой природы, например, недвижимое имущество, по поводу которого возник спор;

- вещественные доказательства служат средством установления обстоятельств, имеющих значение для дела, т.е. во многих случаях объекты, по поводу которых происходит рассмотрение дела, могут быть собственно доказательствами.

Можно привести следующий пример вещественного доказательства по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

ФАС России рассматривала дело в отношении ООО "Таманская винная компания - Кубань" по признакам нарушения [п. 4 ч. 1 ст. 14](#) Закона о защите конкуренции, выразившегося во введении в гражданский оборот на территории РФ вин с размещением на указанных товарах комбинированных обозначений в виде этикетки, являющихся сходными до степени смешения с объемным товарным знаком, принадлежащим другому хозяйствующему субъекту. Действия ООО "Таманская винная компания - Кубань" были признаны антимонопольным органом актом недобросовестной конкуренции. При этом в качестве вещественного доказательства к материалам дела были приобщены бутылки вина, произведенные ответчиком ^{<1>}.

<1> См.: [Постановление](#) 15 ААС от 18 мая 2012 г. по делу N 15АП-3636/2012.

Статья 45.2. Порядок доступа лиц, участвующих в деле о нарушении антимонопольного законодательства, к материалам дела, содержащим коммерческую тайну

Комментарий к [статье 45.2](#)

1. [Статья 45.2](#) Закона о защите конкуренции определяет порядок доступа лиц, участвующих в деле о нарушении антимонопольного законодательства, к материалам дела, содержащим коммерческую тайну. Указанная [статья](#) появилась в Законе о защите конкуренции с вступлением в силу четвертого антимонопольного пакета.

Как следует из разъяснений ФАС России ([п. 19](#) письма от 24 декабря 2015 г. N ИА/74666/15 "О применении "четвертого антимонопольного пакета"), [ст. 45.2](#) Закона о защите конкуренции вводится в целях создания условий, обеспечивающих охрану конфиденциальности информации, предоставленной антимонопольному органу юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями, и одновременно обеспечения всестороннего, полного и объективного исполнения государственных функций по рассмотрению заявлений и дел о нарушении антимонопольного законодательства.

Также можно отметить, что введение [ст. 45.2](#) направлено на устранение существовавшего противоречия между [ст. ст. 26](#) и [43](#) Закона о защите конкуренции, которые, с одной стороны, предоставляли лицам, участвующим в деле, неограниченное право знакомиться с любыми материалами дела, а с другой стороны, устанавливали обязанность антимонопольного органа по сохранению сведений, содержащих охраняемую законом тайну. Такое противоречие во многих случаях препятствовало лицам, участвующим в деле, в полной мере реализовывать предусмотренное [Законом](#) право на ознакомление со всеми материалами дела.

Невозможность лиц, участвующих в деле, знакомиться с представленными в деле доказательствами, которым при их представлении присваивался статус коммерческой тайны, часто являлась причиной разногласий между участниками антимонопольного процесса: хозяйствующими субъектами и антимонопольными органами. При этом суды, рассматривая соответствующие споры, признавали отказы антимонопольных органов предоставить возможность ознакомиться с материалами дела, которые содержат коммерческую тайну, правомерными <1>. Одновременно при обжаловании в арбитражных судах решений, принятых комиссиями, рассматривающими дела о нарушении антимонопольного законодательства, антимонопольные органы представляли в суд материалы антимонопольных дел и, как правило, в рамках судебных процедур те же самые лица, которым отказывали в ознакомлении с такими документами в антимонопольных органах, получали к ним доступ. Такая возможность подкреплялась позицией ВАС РФ, который, например, в [п. 24.3](#) Постановления Пленума ВАС РФ от 8 октября 2012 г. N 61 "Об обеспечении гласности в арбитражном процессе" разъяснял, что ознакомление лиц, участвующих в деле, иных участников арбитражного процесса с материалами дела, аудиозаписью закрытого судебного заседания, в том числе в связи с необходимостью сохранения коммерческой тайны, производится в порядке, применяемом в отношении дел, рассматриваемых в открытом судебном заседании.

<1> См.: [Постановление](#) ФАС МО от 28 ноября 2011 г. по делу N А40-7263/11-145-84.

Обеспечение участников антимонопольных разбирательств реальной возможностью знакомиться со всеми доказательствами, в том числе с теми, которые составляют коммерческую тайну, является принципиально важным шагом, направленным на обеспечение процессуальных прав сторон разбирательства. Напротив, невозможность ознакомиться с доказательствами, содержащими коммерческую тайну, ставит участника антимонопольного разбирательства в неравное положение по сравнению с другой стороной конфликта (а также с самой комиссией антимонопольного органа), которая имеет возможность использовать данную информацию для обоснования собственной позиции.

Предоставление участникам антимонопольного разбирательства возможности знакомиться со всеми документами и доказательствами отвечает интересам и самих антимонопольных органов, поскольку способствует повышению законности и обоснованности принимаемых комиссиями антимонопольных органов решений. Получив возражения участников спора на такие доказательства, комиссия может затребовать

дополнительные документы и информацию, дать объективную оценку таким возражениям и принять взвешенное, законное решение, которое будет поддержано судом.

2. Комментируемая [статья](#) предусматривает два различных режима ознакомления с материалами, содержащими коммерческую тайну: для документов, представленных по инициативе лиц, участвующих в деле, и для документов, представленных по запросу или по иному требованию антимонопольных органов. Порядок ознакомления с материалами, которые представлены по инициативе лиц, участвующих в деле, регулируется [ч. ч. 1 и 2 рассматриваемой статьи](#). [Части 3 - 5](#) определяют правила доступа к материалам, которые получены антимонопольным органом по запросу или по иному требованию, в том числе от лиц, не являющихся лицами, участвующими в деле.

3. [Часть 1 комментируемой статьи](#) определяет перечень сведений, являющихся материалами дела о нарушении антимонопольного законодательства, в отношении которых не может быть установлен режим коммерческой тайны. К таковым сведениям [Закон](#) относит заявления, возражения, пояснения и иные материалы, представленные по инициативе лица, участвующего в деле, за исключением заявлений об освобождении от административной и уголовной ответственности.

Лицами, участвующими в деле, в соответствии со [ст. 42](#) Закона о защите конкуренции являются заявитель, ответчик по делу и заинтересованные лица. Соответственно, право на ознакомление с материалами, предусмотренное [ч. 1 комментируемой статьи](#), распространяется на информацию, представляемую по инициативе указанных субъектов. Буквальное прочтение данного положения приводит к выводу о том, что оно не охватывает случаи, когда сведения, составляющие коммерческую тайну, представляются по инициативе иных лиц, например лиц, располагающих сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах, и право на ознакомление, предусмотренное [ч. 1 ст. 45.2](#), в отношении таких сведений не действует, а доступ к таким материалам может быть осуществлен в порядке, установленном [ч. ч. 3 - 5 данной статьи](#).

Ознакомление с заявлениями, возражениями, пояснениями и иными материалами включает в себя ознакомление как с материалами дела (доказательствами, приобщенными к материалам антимонопольного дела), так и с иными доказательствами, например, которые устно оглашаются в заседании комиссии, право на ознакомление с которыми гарантируется [ч. ч. 2, 3.1, 3.2 ст. 45](#) Закона о защите конкуренции.

Согласно [ч. 1 комментируемой статьи](#) право на ознакомление с материалами, представляемыми по инициативе лиц, участвующих в деле, не распространяется на заявления об освобождении от административной и уголовной ответственности, предусмотренной [ч. ч. 1, 3 ст. 14.32](#) КоАП РФ и [ст. 178](#) УК РФ соответственно. [Примечание к ст. 14.32](#) КоАП РФ предусматривает, что лицо, добровольно заявившее в антимонопольный орган о заключении им недопустимого соглашения или об осуществлении недопустимых согласованных действий в соответствии с установленными примечанием требованиями, освобождается от административной ответственности, если оно выполнило все предусмотренные примечанием условия первым, или, если оно выполнило все предусмотренные примечанием условия вторым или третьим, подлежит наказанию в форме административного штрафа в минимально предусмотренном [ст. 14.32](#) КоАП РФ размере. [Частью 3 ст. 178](#) УК РФ предусмотрена возможность освобождения от уголовной ответственности, для чего лицо должно первым из числа соучастников преступления добровольно сообщить об этом преступлении, активно способствовать его раскрытию и (или) расследованию, возместить причиненный этим преступлением ущерб или иным образом загладить причиненный вред.

Указанное исключение, предусмотренное [ч. 1 комментируемой статьи](#), действует в отношении всех поступивших в антимонопольный орган заявлений об освобождении от административной и уголовной ответственности, вне зависимости от очередности их поступления или соответствия требованиям [примечания к ст. 14.32](#) КоАП РФ и [ч. 3 ст. 178](#) УК РФ в целях освобождения от ответственности.

4. [Частью 2 ст. 45.2](#) Закона о защите конкуренции в развитие положения [части первой данной статьи](#) предусмотрено ограничение на установление режима коммерческой тайны в отношении материалов, представляемых по инициативе лица, участвующего в деле.

Следует отметить, что до вступления в силу четвертого антимонопольного [пакета](#) стороны, имея неограниченную возможность ограничивать доступ лиц к материалам дела со ссылкой на коммерческую тайну, часто злоупотребляли предусмотренным [Законом](#) о коммерческой тайне правом. Для этого они маркировали любые, в том числе представляемые по своей инициативе, документы грифом коммерческой тайны, делая

таким образом доказательства недоступными другой стороне. При этом антимонопольный орган в силу [ст. 26](#) Закона о защите конкуренции был вынужден отказывать в ознакомлении с такими документами лицам, участвующим в деле, что приводило к невозможности последним надлежащим образом реализовать право на представление возражений в защиту своих законных интересов.

С появлением [ч. 2 ст. 45.2](#) Закона о защите конкуренции осуществление таких недобросовестных действий стало невозможным, и лица, участвующие в деле, получили реальную возможность знакомиться с доказательствами, поступающими от и по инициативе иных лиц, участвующих в деле, что в конечном счете будет способствовать вынесению антимонопольным органом законных и обоснованных решений.

Между тем следует признать, что формулировка [ч. 2 ст. 45.2](#) Закона о защите конкуренции о невозможности установления режима коммерческой тайны является не совсем удачной. Представляется, что следует отличать ситуацию, при которой невозможно установить режим коммерческой тайны, как это указано в рассматриваемой [статье](#), от ситуации, при которой установленный обладателем информации режим коммерческой тайны ([ст. 4](#) Закона о коммерческой тайне) может быть снят для целей ознакомления с такой информацией лиц, участвующих в деле. В последнем случае обладатель информации, составляющей коммерческую тайну, продолжает пользоваться правами, указанными в [ст. 6.1](#) Закона о коммерческой тайне, с изъятиями, установленными [Законом](#) о защите конкуренции, а не полностью лишается возможности ограничивать распространение такой информации. При этом лица, участвующие в деле и получившие доступ к коммерческой тайне, должны нести ответственность за ее разглашение.

5. Сведения, составляющие коммерческую тайну, могут быть представлены в антимонопольный орган в рамках рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства не только по инициативе лиц, участвующих в деле, но и по требованию антимонопольного органа. [Части 3 - 5 ст. 45.2](#) Закона о защите конкуренции определяют порядок допуска лиц, участвующих в деле, к таким сведениям.

В соответствии с [ч. 1 ст. 4](#) и [п. 3 ч. 2 ст. 6.1](#) Закона о коммерческой тайне обладателю информации принадлежит не только исключительное право на отнесение информации к информации, составляющей коммерческую тайну, определение перечня и состава такой информации, но и право разрешать или запрещать доступ к данной информации, а также определять порядок и условия такого доступа.

В силу положений [ч. 1 ст. 13](#) того же Закона органы государственной власти обязаны создать условия, обеспечивающие охрану конфиденциальности информации, предоставленной им юридическими лицами или индивидуальными предпринимателями.

Следовательно, в силу вышеуказанного, а также положений [ч. 2 ст. 13](#) Закона о коммерческой тайне должностные лица антимонопольных органов без согласия обладателя информации, составляющей коммерческую тайну, не вправе разглашать или передавать другим лицам ставшую известной им при выполнении должностных обязанностей информацию, составляющую коммерческую тайну.

[Часть 3 комментируемой статьи](#) корреспондирует с указанными нормами [Закона](#) о коммерческой тайне и дает возможность лицам, участвующим в деле, знакомиться со сведениями и документами, в отношении которых установлен режим коммерческой тайны и которые представлены по запросу антимонопольного органа, исключительно с согласия обладателя таких сведений (документов).

При этом в отличие от [ч. 1 и 2 ст. 45.2](#) Закона о защите конкуренции положения [ч. 3](#) применяются как в отношении сведений, полученных от лиц, участвующих в деле, не по их инициативе, так и в отношении информации, полученной от иных лиц, вне зависимости от того, кто инициировал ее представление.

С одной стороны, такая формулировка может ограничивать возможность участников антимонопольного процесса получать исчерпывающую информацию о доказательствах, используемых антимонопольным органом при вынесении решения, и, как следствие, ограничивать возможность представлять контрдоказательства и в полной мере защищать свою позицию. С другой стороны, данное правило защищает лиц, представляющих антимонопольному органу информацию, от несанкционированного раскрытия и распространения конфиденциальной информации.

Тем не менее следует учитывать, что в силу положений арбитражного процессуального законодательства лица, участвующие в деле о нарушении антимонопольного законодательства, впоследствии смогут ознакомиться в арбитражном суде с документами и сведениями, в отношении которых при рассмотрении дела в

антимонопольном органе был установлен режим коммерческой тайны и обладатель сведений не дал согласия на ознакомление, если антимонопольным органом или правообладателем данные доказательства будут представляться в суд.

6. В соответствии с [ч. 4 ст. 45.2](#) согласие обладателя должно быть получено в письменной форме в ходе рассмотрения дела, т.е. в период с момента возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства и до вынесения решения. Такое согласие представляется в комиссию антимонопольного органа и подлежит приобщению к материалам дела. Поскольку [ч. 1 ст. 26](#) Закона о защите конкуренции установлена обязанность антимонопольного органа по соблюдению коммерческой тайны, антимонопольный орган не вправе предоставлять возможность знакомиться с такими сведениями иным лицам, пока не удостоверится, что лицо, уполномоченное действовать от имени правообладателя, в письменной форме предоставило согласие. Указанное позволяет без риска привлечения должностных лиц антимонопольного органа к ответственности предоставлять лицам, участвующим в деле, возможность ознакомления с материалами дела, представленными в режиме коммерческой тайны.

Согласно [ч. 5 комментируемой статьи](#) лицо, участвующее в деле и получившее согласие от обладателя на ознакомление с материалами, содержащими коммерческую тайну, до ознакомления с материалами дела обязано представить в комиссию антимонопольного органа расписку о неразглашении сведений, ставших ему известными в результате рассмотрения антимонопольного дела. [Форма](#) расписки утверждена приложением 25 к Приказу ФАС России от 22 декабря 2006 г. N 337. Расписка о неразглашении также приобщается к материалам дела.

Поскольку информация, содержащая коммерческую тайну, может как находиться в материалах дела, так и озвучиваться устно в пояснениях лиц в ходе выступления в заседаниях комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства, то представляется, что расписка о неразглашении должна отбираться у лиц, участвующих в деле, при любом способе ознакомления с такой информацией.

Одновременно следует отметить, что факт выдачи расписки о неразглашении сведений в процессуальных законодательствах ^{<1>} признается достаточным для защиты интересов обладателя охраняемой законом информации. Поэтому он обычно сопряжен с невозможностью закрывать какую-либо информацию, содержащую коммерческую тайну, от участников процесса. Вероятно, такое законодательное решение было бы более правильным и в рассматриваемой [статье](#) Закона о защите конкуренции, потому что существуют обоснованные сомнения в том, что лицо, обладающее информацией, содержащей коммерческую тайну, имея основанное на законе право не раскрывать информацию, добровольно даст согласие на ее обнародование, что существенно сужает применение этого правила в отношении информации, представляемой по запросу или иному требованию антимонопольного органа.

^{<1>} См.: [п. 24.3](#) Постановления Пленума ВАС РФ от 8 октября 2012 г. N 61 "Об обеспечении гласности в арбитражном процессе".

Нарушение лицом, давшим расписку о неразглашении сведений, составляющих коммерческую тайну, режима конфиденциальности информации влечет за собой ответственность, установленную федеральным законодательством.

Статья 46. Перерыв в заседании комиссии

Комментарий к [статье 46](#)

1. Комментируемая [статья](#) регламентирует основания и порядок назначения перерывов в заседаниях при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства.

В отличие от отложения рассмотрения дела перерыв в заседании предполагает кратковременный, на срок, не превышающий семи дней, перенос рассмотрения дела. При необходимости переноса рассмотрения дела на срок, превышающий семь дней, комиссия откладывает рассмотрение дела.

Комментируемая [статья](#) не содержит указания, какие дни имеются в виду - календарные или рабочие. При

этом исходя из буквального толкования положений [Закона](#) о защите конкуренции, который при закреплении процессуальных сроков в рабочих днях прямо указывает об этом (в частности, [ч. 12 ст. 25.1](#), [ч. 3 ст. 44](#), [ч. 2 ст. 49](#) Закона о защите конкуренции), срок, на который может быть объявлен перерыв, исчисляется в календарных днях.

Необходимость объявления перерыва может быть обусловлена рядом обстоятельств, в силу которых как лицам, участвующим в деле, так и комиссии по рассмотрению дела требуется незначительный временной интервал, например, для ознакомления с вновь поступившими материалами дела. Перерыв может быть объявлен как по ходатайству лица, участвующего в деле, так и по инициативе комиссии. При этом в рамках семидневного срока перерыв может быть объявлен несколько раз как с переносом на другой день, так и в течение одного дня.

2. Поскольку перерыв объявляется на непродолжительный срок, после перерыва рассмотрение дела продолжается с того момента, на котором оно было прервано, повторное исследование доказательств не производится.

Комментируемая [статья](#) отдельно не регулирует вопрос о необходимости извещения о переносе дела лиц, участвующих в деле.

Вместе с тем, согласно [ч. 2 ст. 45](#) Закона о защите конкуренции, лица, участвующие в деле, должны быть извещены о времени и месте заседания комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства. Принимая во внимание, что перерыв осуществляется в рамках одного заседания, лица, надлежащим образом извещенные о дате и месте его проведения, по общему правилу не уведомляются о перерыве в заседании и считаются извещенными надлежащим образом о времени и месте заседания независимо от того, присутствовали они или нет в заседании комиссии до объявления перерыва.

Необходимо отметить, что основания и порядок объявления перерыва в заседании при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства во многом схожи с основаниями и порядком объявления перерыва, предусмотренными [АПК](#) РФ. Вместе с тем отмечаем, что в арбитражном судопроизводстве неизвещение судом не присутствовавших в судебном заседании лиц о перерыве, а также о времени и месте продолжения судебного заседания не является безусловным основанием для отмены судебного акта, если о перерыве и о продолжении судебного заседания было объявлено публично, а официально не извещенное лицо имело фактическую возможность узнать о времени и месте продолжения судебного заседания <1>.

<1> [Пункт 13](#) Постановления Пленума ВАС РФ от 25 декабря 2013 г. N 99 "О процессуальных сроках".

Статья 47. Отложение и приостановление рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства

Комментарий к [статье 47](#)

1. [Частью 1 комментируемой статьи](#) предусмотрены основания для комиссии по собственной инициативе либо по ходатайству лица, участвующего в деле, отложить рассмотрение дела.

Следует обратить внимание, что перечень оснований для отложения рассмотрения дела, указанный в комментируемой [статье](#) в целом, разделен условно на два вида: случаи, когда комиссия вправе отложить рассмотрение дела, а также случаи, влекущие обязанность комиссии его отложить.

К первой группе оснований относятся:

- невозможность явки лица, участвующего в деле, или его представителя на заседание комиссии по уважительной причине, подтвержденной соответствующими документами;
- необходимость получения дополнительных доказательств;
- необходимость привлечения к участию в деле лиц, содействующих рассмотрению дела, других лиц, участие которых в деле, по мнению комиссии, необходимо.

Так, по ходатайству лица, участвующего в деле, комиссия вправе отложить его рассмотрение, если невозможность явки данного лица либо его представителя обусловлена уважительными причинами.

К уважительным причинам отложения рассмотрения дела, в частности, могут быть отнесены: обстоятельства, связанные с личностью лица, участвующего в деле или его представителя (например, по состоянию здоровья). Опоздание на рассмотрение дела не является уважительной причиной при наличии надлежащего уведомления о дате и времени заседания комиссии ([Постановление](#) ФАС ВСО от 8 августа 2012 г. N А19-17803/2011). Подразумевается, что к ходатайству будут приложены доказательства, подтверждающие наличие уважительных причин для отложения его рассмотрения. Одно лишь утверждение об их наличии может не быть достаточным основанием для отложения.

В этой связи следует отметить, что [ч. 2 ст. 43](#) Закона о защите конкуренции установлена обязанность добросовестного использования лицами, участвующими в деле, своих прав при рассмотрении дела.

Это в том числе означает, что ходатайство об отложении рассмотрения дела может быть не удовлетворено комиссией, это ее право на случай возможного намеренного затягивания одной из сторон рассмотрения дела по существу.

Комиссия вправе отложить рассмотрение дела для получения дополнительных доказательств, необходимых для всестороннего и полного его рассмотрения.

Для получения дополнительных доказательств антимонопольный орган вправе провести внеплановую проверку соблюдения требований антимонопольного законодательства, запросить лиц, участвующих в деле, указав на необходимость представления соответствующей информации в определении об отложении рассмотрения дела, а также запросить иных лиц на основании [ч. 1 ст. 25](#) Закона о защите конкуренции.

Согласно указанной норме запрос антимонопольного органа носит обязательный характер, в случае непредставления запрашиваемых доказательств лицо может быть привлечено к административной ответственности в соответствии с [ч. 5 ст. 19.8](#) КоАП РФ.

Согласно Постановлениям Президиума ВАС РФ от 16 ноября 2010 г. [N 9532/10](#), от 27 ноября 2012 г. [N 8039/12](#) положения [Закона](#) о защите конкуренции не обязывают антимонопольный орган в запросе детально раскрывать цели и обстоятельства проводимых проверок, а также вопросы, возникающие при рассмотрении дел. Запросы, содержащие указание на процессуальный повод истребования информации (например, ссылку на конкретное дело), и нормативно-правовое основание являются мотивированными.

Исходя из имеющейся судебной практики определения об отложении рассмотрения дела, содержащие требования о представлении лицами, участвующими в деле, документов и сведений, не могут быть предметом самостоятельного судебного обжалования, так как они являются процессуальными документами, принятыми в рамках производства по делам, возбужденным по признакам нарушения хозяйствующим субъектом антимонопольного законодательства. При этом, как отмечено судами, данное обстоятельство не исключает возможности для заявителя впоследствии их оспаривать при обжаловании решений и предписаний антимонопольного органа, принятых по результатам рассмотрения этих дел ^{<1>}.

^{<1>} См., напр.: [Постановление](#) АС ДО от 9 декабря 2015 г. N Ф03-5689/2015 по делу N А59-3250/2015.

Комиссия вправе отложить рассмотрение дела для целей привлечения к участию в деле лиц, содействующих рассмотрению дела, других лиц, участие которых в деле, по мнению комиссии, необходимо. Такие лица могут располагать сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах либо, например, являться заинтересованными лицами, чьи права затрагиваются рассмотрением данного дела. Реальное участие таких лиц в заседаниях комиссии по рассмотрению дела в том числе может способствовать всесторонности и полноте изучения доказательств и фактических обстоятельств дела.

Что касается указанных в [п. 5 ч. 1 комментируемой статьи](#) иных предусмотренных [Законом](#) о защите конкуренции случаях, то к таковым, в частности, следует отнести отсутствие кворума комиссии для проведения заседания по рассмотрению дела ([ч. 6.1 ст. 40](#) Закона о защите конкуренции)

2. **Частью 1.1 комментируемой статьи** определен исчерпывающий перечень случаев для безусловного отложения рассмотрения дела.

Одной из новелл является обязанность отложения его рассмотрения в случае, если в действиях ответчика будут обнаружены признаки иного нарушения антимонопольного законодательства, чем нарушение, по признакам которого было возбуждено дело ранее. Ранее комиссия имела лишь право принять решение об отложении рассмотрения дела в связи с данными обстоятельствами на свое усмотрение.

Ранее такая обязанность по сути возникала на практике в случае, если в ходе рассмотрения дела комиссией в действиях ответчика были обнаружены признаки тех нарушений антимонопольного законодательства, в случае обнаружения которых надлежало выдать предупреждение (ст. 39.1 Закона о защите конкуренции).

Также **ч. 1.1 комментируемой статьи** предусмотрено основание для безусловного отложения рассмотрения дела при смене процессуального статуса лица, участвующего в деле (заявителя, заинтересованного лица), иных лиц, привлеченных к рассмотрению дела, путем присвоения таким лицам процессуального статуса ответчика по делу. Такая обязанность обусловлена необходимостью обеспечения такого лица правом на защиту.

Наконец, комиссия антимонопольного органа обязана отложить рассмотрение дела при принятии заключения об обстоятельствах дела.

3. **Частью 1.2 комментируемой статьи** устанавливаются обязательные требования к содержанию определений об отложении рассмотрения дела, включая описание выявленных признаков нарушения антимонопольного законодательства, доказательств, фактических и иных обстоятельств, которые свидетельствуют о наличии таких признаков.

Таким образом, комиссия впредь при принятии такого рода процессуальных решений должна исчерпывающим образом его мотивировать с тем, чтобы лицо, участвующее в деле, в полной мере могло ознакомиться с новыми обвинениями и представить правовую позицию.

4. В **ч. 2 комментируемой статьи** указывается на непрерывность исчисления срока рассмотрения дела в случае его отложения, а также на то, что отложение рассмотрения дела не означает, что в последующем заседании его рассмотрение будет осуществлено с самого начала. При этом отложение рассмотрения дела может быть осуществлено неоднократно при наличии упомянутых оснований и с учетом общего срока рассмотрения дела, установленного **Законом** о защите конкуренции.

5. **Частью 3 комментируемой статьи** предусмотрен исчерпывающий перечень оснований, дающих право комиссии принять решение о приостановлении рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства:

- рассмотрение антимонопольным органом, судом, органом предварительного следствия другого дела, имеющего значение для рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства;
- проведение экспертизы.

Рассмотрим каждое из указанных оснований.

Так, в первом случае представляется, что комиссией может быть принято решение о приостановлении рассмотрения дела в том случае, если указанными органами рассматриваются дела, в рамках которых могут быть установлены обстоятельства или получены доказательства, имеющие значение для дела, т.е. способствующие его всестороннему и полному рассмотрению.

Так, например, если в производстве у правоохранительных органов находится дело о злоупотреблении должностным лицом органа власти своими полномочиями (ст. 285 УК РФ), в рамках которого правовой оценке подлежат действия данного лица по незаконному предоставлению преимущественных условий ведения предпринимательской деятельности какому-либо хозяйствующему субъекту и путем оперативно-разыскных мероприятий будут получены необходимые доказательства, то антимонопольный орган в целях полного и всестороннего рассмотрения дела по признакам нарушения ст. 15 Закона о защите конкуренции вправе принять

решение о приостановлении рассмотрения дела, чтобы в дальнейшем, получив от правоохранительных органов необходимые материалы, принять всестороннее решение по существу.

Иным образом следует оценивать случаи рассмотрения другим антимонопольным органом или судом однородных по своему предмету дел.

Так, например, в п. 1.4.6 Правил передачи антимонопольным органом заявлений, материалов, дел о нарушении антимонопольного законодательства на рассмотрение в другой антимонопольный орган, утвержденных Приказом ФАС России от 1 августа 2007 г. N 244, указано, что при необходимости, если территориальными органами, расположенными в границах одного федерального округа, возбуждены однородные дела в отношении одного и того же хозяйствующего субъекта, такие дела подлежат передаче территориальному органу, расположенному в центре федерального округа, для их объединения и принятия к своему рассмотрению.

Таким образом, рассмотрение аналогичного дела другим антимонопольным органом может повлечь целесообразность объединения дел при условии, если данные антимонопольные органы расположены в географических границах одного федерального округа.

В ином случае, если в разных федеральных округах антимонопольными органами возбуждены однородные дела о нарушении антимонопольного законодательства в отношении соответствующих филиалов юридического лица, в действиях которых имеются признаки нарушений антимонопольного законодательства, антимонопольным органом, которым дело возбуждено позднее, может быть принято решение о его приостановлении до принятия решения по делу, возбужденному ранее.

Необходимо учитывать правовую позицию Пленума ВАС РФ, выраженную в [Постановлении](#) от 30 июня 2008 г. N 30 "О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства".

Так, в п. 20 указанного Постановления Пленума ВАС РФ отмечено, что, если в ходе судебного разбирательства установлено, что лицо за защитой своих нарушенных прав обратилось одновременно и в антимонопольный орган, и в арбитражный суд, судам рекомендуется на основании ч. 5 ст. 158 АПК РФ отложить судебное разбирательство до принятия решения антимонопольным органом.

В этой связи представляется возможным говорить о том, что в подобной ситуации антимонопольному органу целесообразно продолжать рассматривать дело о нарушении антимонопольного законодательства и принять по нему решение, а не приостанавливать его до вступления в силу соответствующего судебного акта.

В отношении проведения экспертизы следует отметить, что ее назначение может быть осуществлено комиссией по соответствующему ходатайству сторон или по собственной инициативе. Используются опросы общественного мнения (дела о недобросовестной конкуренции), товароведческая, почерковедческая экспертиза, математическое построение вероятностей развития ситуации на рынке (помимо обязательного анализа товарного рынка, проводимого самим антимонопольным органом) - для картелей и злоупотребления доминирующим положением на рынке и пр.

При этом в случае приостановления рассмотрения дела приостанавливается исчисление соответствующих процессуальных сроков для его рассмотрения.

В случае получения результатов экспертизы и для соблюдения прав и законных интересов лиц, участвующих в деле, антимонопольный орган обязан возобновить производство по делу <1>.

<1> См.: [Постановление](#) ФАС УО от 25 августа 2010 г. по делу N A60-59628/2009-C9.

6. По факту отложения, приостановления, возобновления рассмотрения дела (ч. 5) комиссией выносится определение соответствующего содержания. Определение о назначении экспертизы оформляется отдельным документом только в адрес эксперта. Адресатам направляются копии определений, а оригинал определения остается в материалах дела у антимонопольного органа и доступен для ознакомления.

Статья 47.1. Объединение или выделение дел о нарушении антимонопольного законодательства

Комментарий к [статье 47.1](#)

1. [Частью 1 комментируемой статьи](#) подчеркивается квазисудебный характер рассмотрения дел антимонопольным органом, так как процедуры крайне схожи с нормами [АПК РФ](#) и [ГПК РФ](#).

При этом комментируемая [статья](#) вводит саму возможность объединения или выделения дел о нарушении антимонопольного законодательства, указывая при этом на то, что правовое регулирование порядка осуществления таких процессуальных действий осуществляется нормативными правовыми актами федерального антимонопольного органа.

К указанным нормативным правовым актам относятся:

- Административный [регламент](#) ФАС России по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства Российской Федерации, утвержденный Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 339 (далее - Регламент N 339);

- [Правила](#) передачи антимонопольным органом заявлений, материалов, дел о нарушении антимонопольного законодательства на рассмотрение в другой антимонопольный орган, утвержденные Приказом ФАС России от 1 августа 2007 г. N 244.

Процессуальные основания для объединения или выделения дел:

- ходатайство лиц, участвующих в деле;
- инициатива антимонопольного органа.

При этом под самим антимонопольным органом следует понимать в данном случае комиссию по рассмотрению конкретного дела о нарушении антимонопольного законодательства, в рамках которого указанные вопросы, собственно, и ставятся. Кроме того, [ч. 1 ст. 40 Закона](#) о защите конкуренции прямо указывает на то, что комиссия выступает от имени антимонопольного органа, поэтому в [Законо](#) и ведомственных документах для удобства используется обобщенный термин "антимонопольный орган".

Материальным основанием для объединения дел являются два обстоятельства:

- 1) если в производстве антимонопольного органа имеются несколько однородных дел;
- 2) если это будет способствовать полному, всестороннему и объективному их рассмотрению.

Предполагается, что оба этих условия должны выполняться в совокупности.

Если объединение дел не будет способствовать их всестороннему рассмотрению, то соответствующее решение не будет принято антимонопольным органом.

Для выделения дела в отдельное производство сформулированы схожие предпосылки:

- если в ходе рассмотрения дела выявлены новые признаки нарушения антимонопольного законодательства, достаточные для выделения дела в отдельное производство;
- если это будет способствовать полному, всестороннему и объективному рассмотрению выделенного дела.

Таким образом, учитывается факт выявления признаков нарушения иной статьи [Законо](#) о защите конкуренции, нежели та, по которой первоначальное дело было возбуждено.

В качестве примера можно привести серию дел, рассмотренных ФАС России в отношении Приморского территориального управления Росрыболовства и ряда хозяйствующих субъектов в отношении закрепления квот добычи водных биологических ресурсов.

Так, например, решением ФАС России от 1 февраля 2013 г. по делу N 1-15-64/00-04-13 действия Приморского территориального управления Росрыболовства, выразившиеся в издании Приказа от 26 сентября 2012 г. N 314-П, утверждающего документацию об аукционе и извещение, на основании которого аукцион по продаже права на заключение договора о закреплении долей квот добычи (вылова) водных биологических ресурсов - краба волосатого четырехугольного проведен по **ч. 4 ст. 57** Закона о рыболовстве с установлением не предусмотренных законодательством РФ требований к хозяйствующим субъектам, ограничивающих допуск на аукцион лиц, не осуществлявших рыболовство на основании договоров, заключенных с научными организациями, и действовавших до 31 декабря 2008 г., которые привели к сокращению хозяйствующих субъектов, имевших возможность побороться на аукционе за право на осуществление деятельности на рынке добычи (вылова) водного биоресурса - краба волосатого четырехугольного, и могли привести к сокращению числа хозяйствующих субъектов, имеющих право осуществлять деятельность на рынке добычи (вылова) водного биоресурса - краба волосатого четырехугольного, были признаны нарушением **ч. 1 ст. 15** Закона о защите конкуренции <1>.

<1> <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-po-borbe-s-kartelyami/1-15-64-00-04-13--2>; решение признано законным, см.: [Постановление](#) АС МО от 18 сентября 2014 г. по делу N A40-132833/2013.

При этом в ходе рассмотрения дела комиссией было принято решение о выделении в отдельное производство дела по признакам нарушения Приморским территориальным управлением Росрыболовства, ООО "Акваресурс-ДВ" и ООО "Тайфун" **ст. 16** Закона о защите конкуренции, которое было закреплено в соответствующем определении.

Решением от 19 февраля 2013 г. по делу 1-16-228/00-22-13 был признан факт заключения антиконкурентного соглашения Приморским территориальным управлением Росрыболовства, ООО "Акваресурс-ДВ" и ООО "Тайфун", запрещенного **ст. 16** Закона о защите конкуренции, а также картельного сговора между ООО "Акваресурс-ДВ", ООО "Тайфун" и ООО "Комета" на торгах, а также по разделу товарного рынка добычи и реализации водных биологических ресурсов <1>.

<1> [Постановление](#) АС МО от 24 июня 2015 г. по делу N A40-76067/2014.

2. Решение о необходимости объединения или выделения дела в новое производство принимается комиссией, соответствующее определение, указанное в **ч. 2 комментируемой статьи**, подписывается председателем и членами комиссии и направляется лицам, участвующим в деле (**ч. 5 ст. 41** Закона о защите конкуренции).

При этом решение об объединении принимается комиссией, рассматривающей дело, подлежащее объединению.

3. Документом, подлежащим направлению лицам, участвующим в деле, является определение об объединении дел или о выделении дела. Определение также подлежит размещению на официальном сайте антимонопольного органа.

Такое определение принимается комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Обе процедуры допускаются до принятия комиссией решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства (аналогично правилам судебного производства - до принятия судьей решения по делу).

При этом такие действия должны быть взаимосогласованы со следующим процессуальным шагом - изданием приказа антимонопольного органа о новом составе комиссии по объединенному делу или по каждому из выделенных дел. Это действие относится к компетенции руководителя ФАС России или ее территориального органа и находится по сути вне рамок самого рассмотрения дела.

Объединенное дело подлежит рассмотрению сначала, равно как и выделенное в отдельное производство дело. Дело, из которого произошло выделение, рассматривается в обычные сроки и в обычном порядке.

При этом в соответствии с [п. 3.134](#) Регламента N 339 срок рассмотрения объединенного дела и дела, выделенного в отдельное производство, исчисляется со дня вынесения определения о назначении дела к рассмотрению, возбужденного ранее остальных дел, подлежащих объединению.

Таким образом, приведенное положение [Регламента](#) прямо не указывает на то, каким образом исчисляются сроки рассмотрения дела, выделенного в отдельное производство. Давая толкование по аналогии, представляем верным то, что срок рассмотрения дела, выделенного в отдельное производство, продолжает исчисляться с момента вынесения определения о назначении к рассмотрению дела, из которого оно было выделено.

Состав комиссии, как было указано ранее, в случаях с объединением дел или выделением дела определяется приказом антимонопольного органа ([ч. 3](#)). Такой приказ подписывает руководитель ФАС России или территориального управления соответственно, в чьем производстве находится дело.

При этом исходя из содержания [п. п. 3.123, 3.124, 3.129](#) Регламента последовательность действий должна быть такой:

- 1) комиссией принимается решение об объединении дел или о выделении дела (а такое решение формализуется в определении комиссии);
- 2) издается приказ о составе комиссии по выделенному или объединенному делу;
- 3) комиссией выносится определение о назначении объединенного или выделенного дела к рассмотрению.

Статья 48. Прекращение рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства

Комментарий к [статье 48](#)

1. [Часть 1 комментируемой статьи](#) устанавливает перечень оснований, по которым рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства подлежит прекращению.

Прекращение производства по делу является **обязанностью**, а не правом комиссии антимонопольного органа и влечет полное прекращение рассмотрения дела.

В соответствии с [ч. 2 комментируемой статьи](#), [ч. ч. 2 и 3 ст. 41](#) Закона о защите конкуренции акт комиссии антимонопольного органа о прекращении производства по делу принимается в форме решения.

2. В данной редакции [ст. 48](#) Закона о защите конкуренции вступила в действие с 5 января 2016 г. <1>.

<1> [Статья 6](#) Федерального закона от 5 октября 2015 г. N 275-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "О защите конкуренции" и отдельные законодательные акты Российской Федерации".

Ранее действовавшая редакция [статьи](#) предусматривала в качестве основания для прекращения рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства добровольное устранение нарушения антимонопольного законодательства и его последствий лицом, совершившим нарушение, а также вступившее в законную силу решение суда, содержащее выводы о наличии либо об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства.

Исключение первого из поименованных оснований может быть связано со смысловой коллизией комментируемой нормы с процедурой рассмотрения антимонопольных дел. Так, несмотря на добровольное устранение нарушения, ФАС России выносит обвинительное решение, признающее сам факт нарушения. В этой связи прекращение рассмотрения дела при таких обстоятельствах представляется нелогичным, поскольку в остальных случаях наличие соответствующих оснований препятствует дальнейшему рассмотрению дела в целом. При этом, как следует из судебной практики, признание факта добровольного устранения хозяйствующим субъектом совершенного нарушения антимонопольного законодательства влечет невозможность одновременной выдачи предписания <1>.

<1> См., напр.: [Определение](#) ВАС от 10 февраля 2014 г. N ВАС-16263/13 по делу N A06-7113/2012.

3. Исключение второго основания можно объяснить следующим образом. В случае наличия вступившего в законную силу решения арбитражного суда, в котором установлен факт нарушения антимонопольного законодательства, обвиненный субъект не мог быть привлечен к административной ответственности, поскольку ФАС России или ее территориальные органы были не вправе выносить свое обвинительное решение. Напомним, что согласно [ч. 1.2 ст. 28.1](#) КоАП РФ основанием для возбуждения дела об административных правонарушениях по [ст. ст. 14.9, 14.31 - 14.33](#) КоАП РФ является только вступившее в силу решение антимонопольного органа. Таким образом, на текущий момент наличие подобного решения арбитражного суда будет означать возможность для антимонопольного органа возбудить свое дело и продублировать обвинительные выводы суда, а затем привлечь к административной ответственности.

Рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства подлежит прекращению в случае, если антимонопольный орган в ходе рассмотрения дела установит отсутствие нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых действиях (бездействии) ([п. 2 ч. 1 комментируемой статьи](#)).

Формально именно данное основание прекращения дела является полностью "реабилитирующим" ответчика, так как комиссия антимонопольного органа подтверждает отсутствие в его действиях (бездействии) нарушения антимонопольного законодательства.

Однако, как будет показано далее, при прекращении дела лишь по двум основаниям комиссия антимонопольного органа вправе указать в резолютивной части решения на установление факта нарушения ответчиком (ответчиками) антимонопольного законодательства. В остальных случаях факт нарушения антимонопольного законодательства не может считаться установленным (**в рамках данного антимонопольного дела**), а лицо - признаваться совершившим нарушение.

Очевидно, что в качестве факта, свидетельствующего об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства, будет выступать и наличие вступившего в законную силу судебного акта, в котором содержатся выводы об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых комиссией действиях (бездействии). Ранее, до внесения изменений в [Закон](#) о защите конкуренции, произведенных четвертым антимонопольным [пакетом](#), данное основание выступало в качестве самостоятельного для прекращения рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Отсутствие необходимости выделения такого основания для прекращения производства по делу о нарушении антимонопольного законодательства в качестве самостоятельного связано с правовой позицией, которая изложена в [Постановлении](#) КС РФ от 17 марта 2009 г. N 5-П и согласно которой преодоление вынесенного судом решения юрисдикционным актом административного органа недопустимо.

Необходимо отметить, что данная правовая позиция является универсальной и устанавливает, что вне зависимости от правоотношений, в рамках которых она осуществляется (налоговые, антимонопольные и др.), "несудебная процедура ревизии судебных актов принципиально недопустима, поскольку означала бы возможность замещения (вопреки обусловленным природой правосудия и установленным процессуальным законом формам пересмотра судебных решений и проверки их правосудности исключительно вышестоящими судебными инстанциями) актов органов правосудия административными актами, что является безусловным отступлением от необходимых гарантий самостоятельности, полноты и исключительности судебной власти" ([Постановление](#) КС РФ от 18 октября 2011 г. N 23-П).

В связи с этим арбитражные суды также применяют данную правовую позицию КС РФ при рассмотрении антимонопольных споров ([Постановления](#) ФАС ЗСО от 14 сентября 2011 г. по делу N [A46-11868/2010](#), 8 ААС от 26 марта 2010 г. по делу N [A70-8245/2009](#) и др.). Таким образом, антимонопольный орган не может установить нарушение в тех действиях, которые были признаны судом не противоречащими соответствующим нормам законодательства о конкуренции. Иной подход противоречил бы также [ст. 6](#) Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. N 1-ФКЗ "О судебной системе Российской Федерации", [ст. 16](#) АПК РФ, устанавливающим обязательность судебных актов на территории РФ для всех лиц, включая органы государственной власти.

При этом, однако, с учетом [Постановления](#) КС РФ от 17 марта 2009 г. N 5-П препятствием для вынесения

подобных решений антимонопольных органов являются, по мнению авторов настоящего комментария, только две категории судебных актов: судебные акты, которые признают отсутствие антимонопольного нарушения в определенных действиях (бездействии и др.) в принципе - вне зависимости от обстоятельств их совершения и имеющих доказательств, и судебные акты, в которых указывается на отсутствие нарушения (недоказанность нарушения) исходя из представленных доказательств и фактических обстоятельств. В последнем случае антимонопольный орган не может установить нарушение законодательства о конкуренции, основываясь на тех же доказательствах и обстоятельствах, которые уже были исследованы судом и признаны им не подтверждающими нарушение. В то же время антимонопольный орган может установить нарушение, если ему были представлены (получены им) иные доказательства, установлены иные обстоятельства, существенно отличные от оцененных судом (существенность отличия доказательств определяется в каждом конкретном случае). Использование же для повторного вменения нарушения иных, но аналогичных отвергнутым судом доказательств может быть квалифицировано судом как неправомерная попытка ревизии его решений.

В некоторой степени такой подход аналогичен правилу [п. 4 ч. 9 ст. 44](#) Закона, согласно которому отказ антимонопольного органа в возбуждении дела в связи с отсутствием нарушения не является препятствием для повторного обращения с заявлением по тем же самым основаниям, но с приложением документов и доказательств, которым ранее оценка антимонопольным органом не давалась.

Также необходимо отметить, что применительно к данному основанию речь идет исключительно о судебных актах, вступивших в законную силу согласно положениям процессуального законодательства. Если судебный акт принят, но в силу еще не вступил, то комиссия антимонопольного органа может признать целесообразным приостановить рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства в порядке [п. 1 ч. 3 ст. 47](#) Закона о защите конкуренции (приостановление в случае рассмотрения судом другого дела, имеющего значение для рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства).

После 5 января 2016 г. дела о нарушении антимонопольного законодательства, основанием для возбуждения которых послужило обращение гражданина, не осуществляющего предпринимательскую деятельность, интересы которого ущемлены рассматриваемыми действиями (бездействием) доминирующего хозяйствующего субъекта, результатом которых не является и не может являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции (а равно нарушение интересов хозяйствующих субъектов) и которые не связаны с ущемлением интересов неопределенного круга потребителей, подлежат прекращению по основанию, установленному [п. 1 ч. 1 ст. 48](#) Закона в редакции четвертого антимонопольного [пакета](#).

Данные разъяснения содержатся в [п. 3](#) письма ФАС России от 28 декабря 2015 г. N СП/75571/15.

Из указанного [письма](#) ФАС России также следует, что прекращение рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства в таких случаях не означает, что действия (бездействие) хозяйствующих субъектов не могут быть оценены антимонопольным органом на предмет соблюдения иного законодательства и информация не может быть направлена антимонопольным органом в соответствующий орган государственного контроля (надзора).

4. Третьим и четвертым основаниями для прекращения производства по делу комментируемая [статья](#) называет ликвидацию юридического лица или смерть физического лица - единственных ответчиков по делу.

Важно отметить, что речь идет именно о единственных ответчиках по делу. В случае если наступает ликвидация (смерть) только одного из двух или более ответчиков, то производство по делу прекращается лишь в отношении такого ответчика. В отношении остальных ответчиков производство по делу продолжается, если к тому нет иных правовых препятствий (оснований для прекращения производства).

Согласно [п. 6 ст. 22](#) Федерального закона от 8 августа 2001 г. N 129-ФЗ "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей" ликвидация юридического лица считается завершённой, а юридическое лицо - прекратившим свою деятельность после внесения об этом записи в Единый государственный реестр юридических лиц (далее - ЕГРЮЛ).

Следовательно, не является основанием для прекращения производства по делу о нарушении антимонопольного законодательства, например, только принятие участниками (учредителями) юридического лица, уполномоченным органом решения о его ликвидации либо внесение регистрирующим органом в ЕГРЮЛ записи о том, что юридическое лицо находится в процессе ликвидации ([п. 2 ст. 20](#) Федерального закона "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей").

Не является основанием для прекращения производства по делу о нарушении антимонопольного законодательства и возбуждение в отношении юридического лица (ответчика) дела о банкротстве.

Смерть физического лица - единственного ответчика по делу не следует смешивать со смертью гражданина, осуществлявшего функции единоличного исполнительного органа ответчика - юридического лица. Даже если данный гражданин в качестве единоличного исполнительного органа организации предположительно совершал вменяемое ей нарушение антимонопольного законодательства, его смерть не является основанием для прекращения производства по делу.

5. Еще одно основание для прекращения производства по делу - наличие вступившего в силу решения антимонопольного органа об установлении факта нарушения антимонопольного законодательства в отношении рассматриваемых комиссией действий (бездействия).

В данном случае речь также идет только о **вступивших в силу** актах - решениях антимонопольных органов. В **п. 10.1** Постановления Пленума ВАС РФ N 30 разъясняется, что датой вступления в силу решения антимонопольного органа является дата его принятия (оглашения резолютивной части).

Данное основание для прекращения производства по делу исключает повторное применение к лицу мер публичного воздействия за одно и то же нарушение антимонопольного законодательства.

В то же время данная норма не исключает, к сожалению, принятие в отношении одного и того же лица двух и более противоречащих друг другу решений антимонопольных органов, из которых первые не будут устанавливать нарушение антимонопольного законодательства, а последнее - будет.

Для минимизации риска таких ситуаций, исключения подобной правовой неопределенности в квалификации одних и тех же действий, снижения административного давления на бизнес антимонопольные органы могут в том числе активно использовать **Правила** передачи антимонопольным органом заявлений, материалов, дел о нарушении антимонопольного законодательства на рассмотрение в другой антимонопольный орган, утвержденные Приказом ФАС России от 1 августа 2007 г. N 244.

В частности, согласно **п. 1.4.6** названных Правил в том случае, если территориальными органами ФАС России, расположенными в границах одного федерального округа, возбуждены однородные дела в отношении одного и того же хозяйствующего субъекта, такие дела подлежат передаче территориальному органу, расположенному в центре федерального округа, для их объединения и принятия к своему рассмотрению.

В случае если территориальными органами ФАС России, расположенными в разных федеральных округах, возбуждены однородные дела в отношении одного и того же хозяйствующего субъекта, такие дела подлежат передаче в ФАС России для их объединения и принятия к рассмотрению либо передаче объединенного дела соответствующему территориальному органу для рассмотрения.

6. Наконец, заключительным основанием для прекращения производства по делу о нарушении антимонопольного законодательства является истечение срока давности, предусмотренного **ст. 41.1** Закона о защите конкуренции.

В силу указанной **статьи** дело о нарушении антимонопольного законодательства не может быть возбуждено и возбужденное дело подлежит прекращению по истечении трех лет со дня совершения нарушения антимонопольного законодательства, а при длящемся нарушении антимонопольного законодательства - со дня окончания нарушения или его обнаружения.

Подробно данное основание прекращения производства по делу о нарушении антимонопольного законодательства рассматривается в **комментарии к ст. 41.1** Закона о защите конкуренции.

7. **Часть 2 комментируемой статьи** устанавливает, что решение о прекращении рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства должно приниматься в соответствии с требованиями **ст. 41** Закона о защите конкуренции.

В частности, это означает, что решение о прекращении производства по делу принимается в заседании комиссии антимонопольного органа и подписывается председателем комиссии и всеми членами комиссии, присутствовавшими на заседании (**ч. 2 ст. 41** Закона о защите конкуренции).

Также такое решение должно содержать выводы о наличии оснований для прекращения рассмотрения дела ([п. 1 ч. 3 ст. 41](#) Закона о защите конкуренции), причем, как отмечалось ранее в данном комментарии, такие выводы должны быть мотивированными.

8. Поскольку [ч. 2 комментируемой статьи](#) устанавливает, что при прекращении производства по делу по четвертому основанию резолютивная часть решения о прекращении рассмотрения дела должна содержать сведения об установлении факта нарушения ответчиком (ответчиками) антимонопольного законодательства, в решении должно содержаться обоснование таких выводов комиссии.

9. Установление в решении о прекращении производства по делу о нарушении антимонопольного законодательства по [п. 4 ч. 1 комментируемой статьи](#) факта нарушения ответчиком законодательства о конкуренции требует рассмотрения вопроса о возможности применения к ответчику административных санкций.

В соответствии с [ч. 5 ст. 39](#) Закона о защите конкуренции если в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган выявит обстоятельства, свидетельствующие о наличии административного правонарушения, антимонопольный орган возбуждает дело об административном правонарушении в порядке, установленном законодательством РФ об административных правонарушениях.

В силу [ч. 1.2 ст. 28.1](#) КоАП РФ поводом к возбуждению дел об административных правонарушениях, предусмотренных [статьями 14.9, 14.31, 14.32, 14.33, 14.40](#) КоАП РФ, является принятие комиссией антимонопольного органа решения, которым установлен факт нарушения антимонопольного законодательства РФ.

10. Добровольное прекращение нарушения, устранение причиненного вреда являются согласно [п. п. 2, 6 ст. 4.2, примеч. 2 к ст. 14.31](#) КоАП РФ обстоятельствами, смягчающими административную ответственность.

11. Что касается возможности привлечения к административной ответственности лица, в отношении которого дело о нарушении антимонопольного законодательства прекращено в порядке [п. 4 ч. 1 комментируемой статьи](#), то привлечение к административной ответственности недопустимо, если субъект уже был привлечен к такой ответственности антимонопольным органом, вынесшим **первое** ^{<1>} решение по данному нарушению.

^{<1>} Имеется в виду указанное в [п. 4 ч. 1 ст. 48](#) Закона о защите конкуренции "вступившее в силу решение антимонопольного органа об установлении факта нарушения антимонопольного законодательства в отношении рассматриваемых комиссией действий (бездействия)", обуславливающее необходимость прекращения производства по рассматриваемому в более позднем периоде делу.

Согласно [ч. 5 ст. 4.1](#) КоАП РФ никто не может нести административную ответственность дважды за одно и то же административное правонарушение.

Также полагаем, что привлечение лица к административной ответственности на основании **второго** ^{<1>} решения по вмененному ему нарушению антимонопольного законодательства было бы неправомерным в случае, когда с момента вступления в силу **первого** решения по тому же нарушению прошло более одного года.

^{<1>} Решение комиссии антимонопольного органа о прекращении производства по делу в порядке [п. 6 ч. 1 ст. 48](#) Закона о защите конкуренции.

Согласно [ч. 6 ст. 4.5](#) КоАП РФ годовой срок давности привлечения к административной ответственности за административные правонарушения, предусмотренные [ст. ст. 14.9, 14.9.1, 14.31, 14.32, 14.33, 14.40](#) КоАП РФ, начинается исчисляться со дня вступления в силу решения комиссии антимонопольного органа, которым установлен факт нарушения антимонопольного законодательства РФ.

Иной подход ставил бы лицо "под угрозу возможного обременения на неопределенный или слишком длительный срок", что недопустимо в силу Постановлений КС РФ от 27 апреля 2001 г. [N 7-П](#), от 14 июля 2005 г. [N 9-П](#), от 24 июня 2009 г. [N 11-П](#), [Определения](#) КС РФ от 3 ноября 2006 г. [N 445-О](#).

12. Также необходимо отметить, что лицо, в отношении которого производство по делу о нарушении антимонопольного законодательства было прекращено по [п. 4 ч. 1 комментируемой статьи](#) и которое не согласно с выводами антимонопольного органа о наличии факта нарушения законодательства о конкуренции, вправе оспорить соответствующие выводы решения в установленном [ст. 52](#) Закона о защите конкуренции порядке.

Статья 48.1. Заключение об обстоятельствах дела

Комментарий к [статье 48.1](#)

1. [Статья 41](#) Закона о защите конкуренции, действующая в редакции четвертого антимонопольного [пакета](#), среди актов, принимаемых комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства, называет заключение об обстоятельствах дела. Данный документ является новым для российского антимонопольного законодательства.

В соответствии с предыдущей редакцией Закона о защите конкуренции дело о нарушении антимонопольного законодательства возбуждалось на основании приказа о возбуждении дела и создании комиссии ([ч. 12 ст. 44](#)). В течение 15 дней со дня издания приказа о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства и создании комиссии председатель комиссии выносил определение о назначении дела к рассмотрению и направлял копии определения лицам, участвующим в деле ([ч. 13 ст. 44](#)). В ходе рассмотрения комиссия принимала процессуальные определения (например, определение об отложении дела, предусмотренное [ст. 47](#) Закона о защите конкуренции). Заканчивалось дело вынесением решения ([ст. ст. 41, 49](#) Закона о защите конкуренции). Применительно ко всем упомянутым процессуальным документам императивные требования о необходимости указания в них всех установленных антимонопольным органом признаков антимонопольного нарушения, являющихся предметом рассмотрения комиссии, со ссылкой на подтверждающие их доказательства, были установлены только для решений, выносимых по окончании рассмотрения дела ([ч. ч. 2, 3 ст. 41](#) Закона о защите конкуренции).

Введение в антимонопольное законодательство РФ дополнительного этапа рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства является безусловным положительным изменением [Закона](#) о защите конкуренции, поскольку направлено на всестороннее и объективное рассмотрение дела, обеспечение прав и законных интересов участников дела. Основное назначение заключения об обстоятельствах дела состоит в доведении до участников дела до завершения рассмотрения дела позиции комиссии антимонопольного органа о том, в каких действиях (бездействии) и на основании каких доказательств комиссия усматривает нарушение антимонопольного законодательства, и о том, к выводам о наличии какого состава антимонопольного нарушения [Закона](#) о защите конкуренции пришла комиссия. Особое значение указанный институт имеет для рассмотрения сложных категорий дел, в том числе возбуждаемых на основании статей [Закона](#) о защите конкуренции, содержащих неисчерпывающий перечень нарушений антимонопольного законодательства (в частности, [ст. ст. 10, 11, 15, 16](#)).

Комментируемая норма [ст. 48.1](#) была введена в Закон о защите конкуренции с учетом опыта иностранных законодательств, в частности Республики Казахстан <1>.

<1> См.: ст. 67 Закона Республики Казахстан от 25 декабря 2008 г. "О конкуренции" или ст. 224 Предпринимательского кодекса Республики Казахстан.

2. В соответствии с [ч. 1 комментируемой статьи](#) заключение об обстоятельствах дела представляет собой обязательный акт, который готовится и принимается комиссией антимонопольного органа до окончания рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства в том случае, если комиссия "устанавливает в действиях (бездействии) ответчика по делу нарушение антимонопольного законодательства".

Рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства заканчивается принятием комиссией решения о наличии в действиях (бездействии) ответчика нарушения антимонопольного законодательства либо принятием решения о прекращении рассмотрения дела. Соответственно, до принятия решения о наличии в рассматриваемых комиссией действиях (бездействии) нарушения антимонопольного законодательства в силу требований комментируемой [статьи](#) комиссия должна подготовить и принять

заключение об обстоятельствах дела, поскольку в этом случае комиссия "устанавливает наличие в действиях (бездействии) ответчика нарушение антимонопольного законодательства". В свою очередь, решение о прекращении рассмотрения дела принимается как в случае отсутствия в действиях (бездействии) ответчика нарушения антимонопольного законодательства, так и в иных случаях, в том числе когда комиссией будет установлен факт нарушения антимонопольного законодательства. Согласно [ст. 48](#) Закона о защите конкуренции комиссия прекращает рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства в случае отсутствия нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых комиссией действиях (бездействии); ликвидации юридического лица - единственного ответчика по делу; смерти физического лица - единственного ответчика по делу; наличия вступившего в силу решения антимонопольного органа об установлении факта нарушения антимонопольного законодательства в отношении рассматриваемых комиссией действий (бездействия); истечения срока давности, предусмотренного [ст. 41.1](#) Закона о защите конкуренции.

В свете изложенного возникают вопросы о том, в каких из перечисленных выше случаях прекращения дела в обязанности комиссии входит подготовка и принятие заключения об обстоятельствах дела. Когда следует считать, что в действиях (бездействии) ответчика установлено нарушение антимонопольного законодательства?

Не вызывает затруднений квалификация прекращения рассмотрения дела в связи с отсутствием нарушения антимонопольного законодательства - в этом случае основания для принятия заключения об обстоятельствах дела отсутствуют.

Вместе с тем такие основания прекращения рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, как ликвидация юридического лица - единственного ответчика по делу, смерть физического лица - единственного ответчика по делу, наличие вступившего в силу решения антимонопольного органа об установлении факта нарушения антимонопольного законодательства в отношении рассматриваемых комиссией действий (бездействия), истечение срока давности, не исключают того, что нарушение антимонопольного законодательства могло иметь место. Однако в силу объективных обстоятельств, предусмотренных в законе в качестве юридических фактов, такое нарушение не влечет применения мер административного воздействия либо ввиду невозможности их применения, либо ввиду того, что такие меры уже были применены, либо ввиду отсутствия значимой степени опасности для охраняемых законом общественных интересов и правопорядка.

Вместе с тем только в отношении одного из перечисленных оснований для прекращения дела - наличие вступившего в силу решения антимонопольного органа об установлении факта нарушения антимонопольного законодательства - закон указывает, что резолютивная часть решения о прекращении дела должна содержать сведения об установлении факта нарушения ответчиком антимонопольного законодательства. Поэтому при прекращении рассмотрения дела по указанному основанию комиссия антимонопольного органа устанавливает в действиях (бездействии) ответчика по делу нарушение антимонопольного законодательства, а следовательно, до принятия решения по существу в силу требований комментируемой [статьи](#) принятие заключения об обстоятельствах дела в таком случае является обязательным.

В отношении остальных оснований для прекращения дела [Закон](#) не предусматривает специальных правил. В связи с этим при применении комментируемой нормы на практике может возникнуть неопределенность в вопросе о том, будут ли выводы комиссии антимонопольного органа о наличии признаков нарушения в рассматриваемых действиях (бездействии), содержащиеся в мотивировочной части решения о прекращении дела, являться "установлением в действиях (бездействии) ответчика по делу нарушения антимонопольного законодательства", на которое указано в [ч. 1 комментируемой статьи](#) как на основание для принятия комиссией заключения об обстоятельствах дела.

Позиция антимонопольных органов по вопросу о необходимости принятия заключения об обстоятельствах в случаях вынесения решения о прекращении дела по нереабилитирующим основаниям такова, что только указание на нарушение в резолютивной части решения является установлением факта нарушения ответчиком антимонопольного законодательства. Поэтому в случаях ликвидации юридического лица - единственного ответчика по делу, а также смерти физического лица - единственного ответчика по делу оценка в мотивировочной части решения представленных в материалы дела доказательств в качестве подтверждающих факт нарушения антимонопольного законодательства не является основанием для принятия комиссией заключения об обстоятельствах дела. Тем более что в этих случаях имеет место фактическое отсутствие субъекта ответственности в момент принятия комиссией решения по делу. Такой же подход следует применять при прекращении рассмотрения дела в связи с истечением срока давности, поскольку из содержания [ст. 41.1](#)

Закона о защите конкуренции не следует, что в решении о прекращении дела по такому основанию не могут содержаться выводы о нарушении антимонопольного законодательства.

3. Заключение об обстоятельствах представляет собой отдельный документ, в котором излагаются установленные фактические обстоятельства, а также должен содержаться анализ доказательств, даны объяснения, касающиеся их оценки, и сделаны выводы о наличии нарушения антимонопольного законодательства. Круг обстоятельств и доказательств, излагаемых в заключении, должен быть относимым к составу инкриминируемого ответчику антимонопольного нарушения и описывать его исчерпывающим образом. Поскольку новая редакция **ст. 41** Закона о защите конкуренции устанавливает обязательные требования к содержанию решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства, то можно утверждать, что содержание заключения об обстоятельствах дела должно соотноситься с возможным содержанием финального акта (решения).

Данный документ должен быть подписан председателем и членами комиссии. В силу **ч. 3 ст. 45** Закона о защите конкуренции заключение об обстоятельствах дела подлежит оглашению председателем комиссии при рассмотрении дела.

4. Для того чтобы лица, участвующие в деле, могли представить комиссии пояснения, доказательства и привести доводы в отношении обстоятельств, изложенных в заключении об обстоятельствах дела, после принятия заключения комиссия откладывает рассмотрение дела и в течение пяти рабочих дней со дня вынесения определения направляет его копию лицам, участвующим в деле. Дата следующего заседания по рассмотрению дела не может быть назначена ранее чем через пять рабочих дней со дня направления копии заключения лицам, участвующим в деле. Данный срок является достаточно сжатым. Вместе с тем представляется, что при назначении даты очередного рассмотрения дела комиссия антимонопольного органа должна действовать разумно таким образом, чтобы право на представление доказательств и доводов в отношении обстоятельств, изложенных в заключении, могло быть фактически (а не формально) реализовано лицами, участвующими в деле.

5. Очевидно, что лица, участвующие в деле, прежде всего будут заинтересованы представить комиссии те доказательства, которые соответствуют их процессуальному интересу, имеются в их распоряжении, но отсутствуют в материалах дела. Предпосылкой для того, чтобы участники процесса провели ревизию доказательственной базы, будет являться окончательное уточнение и раскрытие в заключении позиции антимонопольного органа. Также лица, участвующие в деле, смогут предложить свою интерпретацию оцениваемых комиссией обстоятельств. Данное право может быть реализовано путем подачи в материалы дела письменного документа в любое время до окончания рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства и оглашения резолютивной части решения по нему на заседании комиссии.

6. Поскольку право на представление дополнительных доводов и доказательств имеют как заявитель, так и ответчик и заинтересованные лица, то они могут содержать аргументы не только против заявленного нарушения, но и в его поддержку, а также указывать на признаки нарушений, не указанных в заключении. При этом представление в материалы дела новых доказательств, не изменяющих в итоге квалификацию рассматриваемого нарушения, не является основанием для принятия комиссией повторного заключения об обстоятельствах дела.

7. Комиссия по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства, получив дополнительные пояснения и доказательства, должна оценить и сопоставить их с иными имеющимися в деле доказательствами и принять одно из следующих решений:

а) в случае, если представленные лицами, участвующими в деле, пояснения, доказательства и доводы в отношении обстоятельств, изложенных в заключении об обстоятельствах дела, свидетельствуют об отсутствии в рассматриваемых комиссией действиях (бездействии) нарушения антимонопольного законодательства, комиссия на основании **п. 1 ч. 1 ст. 48** Закона о защите конкуренции прекращает рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства;

б) в случае, если представленные указанными лицами пояснения, доказательства и доводы не изменяют предварительных, содержащихся в заключении об обстоятельствах, выводов, комиссия выносит решение о нарушении антимонопольного законодательства;

в) если же комиссия придет к выводу о необходимости изменить "формулу нарушения" либо путем

уточнения или изменения инкриминируемых ответчику действий (бездействия), либо путем привлечения новых ответчиков, то она на основании [п. 1 ч. 1.1 ст. 47](#) Закона о защите конкуренции обязана отложить рассмотрение дела о нарушении антимонопольного законодательства с последующим продолжением его рассмотрения по правилам [гл. 9](#) Закона о защите конкуренции. При этом окончанию рассмотрения дела после его продолжения должно также предшествовать принятие заключения об обстоятельствах дела по правилам, предусмотренным настоящей [статьей](#).

Статья 49. Принятие комиссией решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства

Комментарий к [статье 49](#)

1. [Статья 49](#) Закона о защите конкуренции устанавливает порядок действий комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства при принятии решения по рассматриваемому делу.

Статья 49 Закона о защите конкуренции состоит из двух частей: [первая](#) определяет, какие вопросы в обязательном порядке должна разрешить комиссия антимонопольной службы по результатам проведенной процедуры рассмотрения дела на этапе принятия решения по делу; [часть вторая](#) связана с установлением процедурных требований в части оформления комиссией решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

2. [Часть 1 ст. 49](#) Закона о защите конкуренции закрепляет обязанность комиссии при принятии решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства проводить оценку доказательств и доводов, представленных лицами, участвующими в деле; заключений и пояснений экспертов, а также лиц, располагающих сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах; определять нормы антимонопольного и иного законодательства РФ, нарушенные в результате осуществления рассматриваемых комиссией действий (бездействия); устанавливать права и обязанности лиц, участвующих в деле; разрешать вопрос о выдаче предписаний и об их содержании.

Кроме этого, комиссия разрешает вопросы о необходимости осуществления других действий, направленных на устранение и (или) предотвращение нарушения антимонопольного законодательства, в том числе вопросы о направлении материалов в правоохранительные органы, об обращении в суд, о направлении предложений и рекомендаций в государственные органы или органы местного самоуправления.

Из описанных правил ясно прослеживаются отличительные особенности административно-юрисдикционной процедуры рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, обладающей признаками квазисудебного процесса.

[Пунктом 3.98](#) Административного регламента ФАС России по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства, утвержденного Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 339 (далее - Регламент), дополнительно учтено, что на заседании комиссии, т.е. до вынесения решения, комиссией при установлении фактов нарушений [п. п. 1, 5, 9 ст. 10, ст. 11](#) Закона о защите конкуренции должны быть определены размер причиненного ответчиком по делу ущерба или извлеченного им дохода либо отсутствие причиненного ущерба и (или) извлеченного дохода. Необходимость установления таких фактов, как извлечение ущерба, дохода в результате реализации действий ответчиков по делу, связана с разрешением вопроса о направлении или ненаправлении антимонопольной службой материалов в правоохранительные органы для принятия решений в соответствии с их компетенцией.

При этом если речь идет о нарушениях [ч. 1 ст. 10](#) Закона о защите конкуренции, то подобный расчет подлежит осуществлению в случае повторности (неоднократности) нарушения хозяйствующим субъектом такого нарушения антимонопольного законодательства, как одного из обязательных признаков преступного деяния по [ст. 178](#) УК РФ в данной части.

Комиссия принимает решение по делу после исследования и оценки доказательств и доводов по делу, изучения позиций лиц, участвующих в деле, заключений и пояснений экспертов, проведения опроса лиц, располагающих сведениями о рассматриваемых комиссией обстоятельствах.

Данный перечень определен по аналогии с нормами [ст. 168](#) АПК РФ и [ст. 196](#) ГПК РФ, определяющими вопросы, которые должны быть разрешены судом при принятии решения.

На основании [п. 3.136](#) Регламента объявление об окончании рассмотрения дела делает председатель комиссии.

В соответствии с [п. 3.137](#) Регламента комиссия принимает решение по делу в отсутствие лиц, участвующих в деле, и иных лиц, привлеченных к рассмотрению дела, путем объявления перерыва для принятия решения по делу. Данное положение означает, что члены комиссии принимают решения самостоятельно, без вмешательства кого-либо в процесс принятия решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

3. [Часть 2 ст. 49](#) Закона о защите конкуренции, а также [п. 3.139](#) Регламента закрепляют обязательное требование к изготовлению и оформлению принимаемого решения по делу. Так, резолютивная часть принятого решения должна быть:

- оглашена комиссией по окончании рассмотрения дела;
- подписана всеми членами комиссии <1>;

<1> Представляется, что требованию о подписании всеми членами комиссии резолютивной части решения должна предшествовать обязанность по изготовлению (в виде документа) резолютивной части решения.

- приобщена к материалам дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Решение по делу о нарушении антимонопольного законодательства в полном объеме должно быть изготовлено в течение 10 рабочих дней со дня оглашения комиссией его резолютивной части. Следует отметить, что иные требования к решению <1> по делу о нарушении антимонопольного законодательства установлены в [ст. 41](#) Закона о защите конкуренции.

<1> [Форма](#) решения приведена в приложении 6 к Приказу ФАС России от 22 декабря 2006 г. N 337 "Об утверждении форм актов, принимаемых комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства".

Изложенные правила [ч. 2 комментируемой статьи](#) закреплены по аналогии с нормами [ст. 176](#) АПК РФ, регламентирующими объявление решения арбитражного суда в судебном заседании.

Копии решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства немедленно направляются или вручаются лицам, участвующим в деле.

Следует отметить, что в случае, если в мотивировочной части решения содержатся сведения, составляющие охраняемую законом тайну, то антимонопольный орган обязан принять меры по обеспечению ее неразглашения при направлении копий решения. В этом случае часть текста решения будет скрыта (вымарана).

Как предусмотрено в [п. п. 3.144](#) и [3.145](#) Регламента, решение комиссии по делу о нарушении антимонопольного законодательства должно быть изготовлено в одном экземпляре и приобщено к материалам дела; копии решения не позднее одного рабочего дня, следующего за днем изготовления, направляются или вручаются лицам, участвующим в деле, под расписку, а также размещаются на официальном сайте антимонопольного органа.

4. До сих пор в правоприменительной практике встречаются случаи, когда лица, участвующие в деле о нарушении антимонопольного законодательства, неправильно оценивают момент вступления в силу решения антимонопольного органа, принятого по результатам рассмотрения дела. Данный вопрос разрешен в [Постановлении](#) Пленума ВАС РФ N 30.

В силу [ч. 2 ст. 49](#) Закона о защите конкуренции решение по делу о нарушении антимонопольного законодательства, принятое комиссией, подлежит оглашению по окончании рассмотрения дела. При этом может оглашаться только его резолютивная часть. Решение должно быть изготовлено в полном объеме в срок, не

превышающий 10 рабочих дней со дня оглашения его резолютивной части. Копии такого решения немедленно направляются или вручаются лицам, участвующим в деле. Дата изготовления решения в полном объеме считается датой его принятия.

Закон о защите конкуренции не устанавливает, что датой вступления в силу решения антимонопольного органа является иная дата, нежели дата принятия этого решения (т.е. дата его изготовления в полном объеме).

Кроме того, **ст. 52** Закона о защите конкуренции предусматривает, что в случае обжалования решения или предписания антимонопольного органа до вступления решения суда в законную силу приостанавливается лишь исполнение предписания антимонопольного органа. При этом не указано, что обжалование решения откладывает его вступление в законную силу.

С момента изготовления решения антимонопольного органа в полном объеме антимонопольный орган вправе возбудить дело об административном правонарушении независимо от того, обжаловано ли соответствующее решение в судебном порядке.

С этой же даты на основании **ч. 6 ст. 4.5** КоАП РФ исчисляется срок давности привлечения к административной ответственности за административные правонарушения, предусмотренные **КоАП** РФ за нарушение антимонопольного законодательства.

Согласно **п. 2 ст. 49** Закона о защите конкуренции в случае прекращения возбужденного дела в соответствии с **п. 1 ч. 1 ст. 48** в связи с добровольным устранением нарушения антимонопольного законодательства и его последствий лицом, совершившим такое нарушение, в резолютивной части решения должны содержаться сведения об установлении факта нарушения ответчиком или ответчиками антимонопольного законодательства.

Статья 50. Предписание по делу о нарушении антимонопольного законодательства

Комментарий к **статье 50**

1. **Часть 1 ст. 50** Закона о защите конкуренции предусматривает, что на основании решения, которое принимается по итогам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, антимонопольным органом может быть также выдано и предписание, содержащее определенные обязательные для исполнения поведенческие условия. Вопрос о необходимости выдачи предписания разрешается комиссией при принятии ею решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства (**п. 5 ч. 1 ст. 49** Закона о защите конкуренции).

2. Предписание оформляется в виде отдельного документа для каждого ответчика, которому надлежит осуществить определенные действия в установленный предписанием срок (**ч. 4 ст. 41** Закона о защите конкуренции, **п. 3.148** Административного регламента ФАС России по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства РФ, утвержденного Приказом ФАС России от 25 мая 2012 г. N 339). Исчерпывающий перечень видов предписаний, которые могут быть выданы антимонопольным органом по делам о нарушении антимонопольного законодательства, указан в **п. 2 ч. 1 ст. 23** Закона о защите конкуренции. Однако, несмотря на то, что данный перечень сам по себе является исчерпывающим, варианты содержания самих предписаний (т.е. разновидности действий, которые обязан осуществить ответчик) строго не урегулированы законодателем. Представляется целесообразным коротко прокомментировать отдельные вопросы в отношении наиболее широко дискутируемых на практике видов предписаний антимонопольного органа.

А. Предписания о прекращении злоупотребления хозяйствующим субъектом доминирующим положением и совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции (подп. "б" п. 2 ч. 1 ст. 23)

Особенно важным вопросом в контексте выдачи предписания о прекращении злоупотребления доминирующим положением являются полномочия ФАС по разработке моделей ценообразования для доминирующих участников рынка.

Согласно правовой позиции Президиума ВС РФ, если нарушение со стороны хозяйствующего субъекта связано с установлением, поддержанием монопольно высокой или монопольно низкой цены товара, то

предписание не может содержать требования о заключении в будущем договоров по определенной антимонопольным органом расчетным методом цене, поскольку такой расчет не может учитывать будущих, в том числе экономических, условий осуществления хозяйственной деятельности <1>.

<1> **Пункт 16** Обзора практики ВС РФ.

В то же время Пленумом ВАС РФ предлагался общий подход, согласно которому, если антимонопольным органом определена справедливая, по его мнению, цена какого-либо вида товаров, обращающихся на товарном рынке, эта цена носит рекомендательный характер, не является обязательной к применению конкретными хозяйствующими субъектами, поскольку **Законом** о защите конкуренции не установлено иное. Однако применение конкретным хозяйствующим субъектом таких рекомендованных антимонопольным органом цен в любом случае не может быть признано нарушением антимонопольного законодательства.

В отношении доминирующих хозяйствующих субъектов, осуществляющих производство и реализацию нескольких видов продукции, нередко антимонопольным органом выдаются предписания, обязывающие таких участников рынка осуществлять раздельный учет расходов (себестоимости) по каждому из видов продукции <1>. Смысл таких предписаний состоит в том, чтобы обеспечить возможность проверки обоснованности цен на доминирующий товар за счет исключения из расчета этих цен всех расходов, не связанных с такими товарами.

<1> См., напр.: предписание ФАС России в отношении ОАО "Газпром нефть" от 26 сентября 2008 г. по делу N 110/63-08 или предписание ФАС России в отношении ОАО "Лукойл" от 27 октября 2008 г. по делу N 110/64-08.

Б. Предписания, направленные на восстановление положения, существовавшего до нарушения (подп. "з" п. 2 ч. 1 ст. 23).

Одним из способов восстановления положения, существовавшего до нарушения антимонопольного законодательства, является возмещение убытков. Так, согласно **ч. 2 ст. 15** ГК РФ под убытками в том числе понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права (реальный ущерб). Однако, как отмечается Пленумом ВАС РФ, пресекая соответствующее нарушение антимонопольного законодательства, антимонопольный орган не вправе выдавать предписание ответчику об уплате контрагенту задолженности или о возмещении понесенных убытков, поскольку антимонопольный орган не уполномочен защищать субъективные гражданские права потерпевшего от нарушения антимонопольного законодательства и разрешать гражданско-правовые споры хозяйствующих субъектов <1>.

<1> **Постановление** Пленума ВАС РФ N 30.

Под восстановлением положения, существовавшего до нарушения, как правило, понимается совершение определенных действий с имуществом нарушителя, в результате которых будет восстановлено изначальное положение, в котором был заявитель по делу о нарушении антимонопольного законодательства. Например, это может быть возобновление подачи электроэнергии или водообеспечения за счет мощностей нарушителя <1>. При этом в ряде случаев предписания, направленные на восстановление положения, существовавшего до нарушения, могут предусматривать и внесение изменений в имущество нарушителя, требующих дополнительных затрат <2>.

<1> См., напр.: предписание Удмуртского УФАС России от 2 ноября 2010 г. N MM 05-03/2010-97, выданное индивидуальному предпринимателю об устранении нарушения антимонопольного законодательства // <http://udmurtia.fas.gov.ru/solution/8422>; предписание Башкортостанского УФАС России в отношении ЗАО "СтройИнжиниринг" от 3 июня 2011 г. по делу N А-25/10-11 Р.Б. // <http://bash.fas.gov.ru/solution/5484>.

<2> См., напр.: предписание Хабаровского УФАС России в отношении ООО "Авиатерминал" от 21 декабря 2012 г. N 30 по делу N 3-1/150 // <http://habarovsk.fas.gov.ru/solution/8409>.

Восстановление положения, существовавшего до нарушения, часто неразрывно связано с обеспечением конкуренции на рынке. Поэтому поведенческие условия, направленные на восстановление положения, существовавшего до нарушения, нередко включаются в предписания, направленные на обеспечение конкуренции <1> (см. следующий п. "В").

<1> См., напр.: решение и предписание ФАС России в отношении компаний Google Inc. и Google Ireland Limited от 18 сентября 2015 г. по делу N 1-14-21/00-11-15 // <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15>.

В. Предписания о совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции (подп. "н" п. 2 ч. 1 ст. 23) <1>.

<1> Комментарий к настоящему [пункту](#) также относится к предписаниям, направленным на обеспечение конкуренции и выдаваемым доминирующим участникам рынка по итогам рассмотрения дел о злоупотреблении таким положением ([подп. "б" п. 2 ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции](#)).

Какого-либо закрытого перечня действий, направленных на обеспечение конкуренции, в [Закоме](#) о защите конкуренции не предусмотрено, поэтому антимонопольный орган вправе обязывать хозяйствующих субъектов на основании указанных предписаний совершать фактически любые действия, которые, по мнению антимонопольного органа, направлены на обеспечение конкуренции. При этом антимонопольный орган не вправе обязать хозяйствующего субъекта совершить действия, противоречащие законодательству РФ.

В рамках такого вида предписаний антимонопольный орган может обязать нарушителя совершить определенные действия, которые будут направлены на защиту как интересов непосредственно заявителя по конкретному делу, так и интересов иных участников рынка, которые могли пострадать в результате нарушения <1>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) 6 ААС от 5 ноября 2013 г. N 06АП-5409/2013 по делу N А37-677/2013.

Часто встречающимся способом обеспечения конкуренции является обязанность по предоставлению информации о деятельности нарушителя. При этом предоставление информации может требоваться как в адрес антимонопольного органа (т.е. своего рода отчетность) <1>, так и в адрес иных участников рынка (например, покупателей) <2>. В результате таких предписаний осуществляется мониторинг действий нарушителя с целью недопущения повторения нарушений в будущем, а также обеспечивается осведомленность участников рынка о совершенном нарушении и исправлении торговых практик со стороны нарушителя.

<1> См., напр.: предписание в отношении ООО "Газпром добыча Оренбург" от 25 октября 2011 г. по делу N 110/133-11.

<2> См., напр.: [Постановление](#) 6 ААС от 5 ноября 2013 г. N 06АП-5409/2013 по делу N А37-677/2013; [решение](#) АС г. Москвы от 31 августа 2009 г. по делу N А40-43784/09-79-268.

Г. Предписания о заключении договоров, об изменении условий договоров или о расторжении договоров (подп. "и" п. 2 ч. 1 ст. 23).

Отдельного внимания заслуживают предписания, касающиеся договоров, заключаемых с органами власти через механизм торгов. Президиум ВС РФ прямо указывает на отсутствие у антимонопольного органа права возлагать на юридические лица дополнительные обязанности, не предусмотренные законом, вмешиваться без

надлежащих на то оснований в его хозяйственную деятельность, в частности обязывать юридическое лицо осуществлять к определенному сроку отбор финансовых организаций для оказания финансовых услуг путем проведения открытого конкурса или аукциона.

В частности, Президиумом ВС РФ отмечается, что защита прав лиц, чьи права и законные интересы нарушены вследствие непроведения торгов или их организации, проведения с нарушениями законодательства, обеспечивается не посредством выдачи предписаний, а путем признания судом соответствующих торгов или сделок, заключенных по результатам таких торгов (в отсутствие торгов), недействительными, в том числе по иску антимонопольного органа <1>.

<1> [Обзор](#) практики ВС РФ.

В этом отношении существует различная судебная практика по пересмотру предписаний антимонопольных органов по выдаче предписания о расторжении гражданско-правового договора, заключенного между заказчиком и участником, если данный договор является частью антиконкурентного соглашения между данными лицами, запрещенного ранее [ч. 4 ст. 11](#) (а теперь [ч. 1 ст. 17](#)) либо [ст. 16](#) Закона о защите конкуренции.

Данная дискуссионность подчеркивается в том числе наличием специальных норм в [Зако](#)не о конкуренции, позволяющих антимонопольному органу в случае установления правонарушения обратиться в суд с иском о признании сделки недействительной (напр., [ч. 5 ст. 17](#) Закона о защите конкуренции).

В отличие от нормы [подп. "и" п. 2 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции, позволяющей выдавать предписание хозяйствующему субъекту, нарушившему антимонопольное законодательство, о расторжении договора только в случае наличия ходатайства потерпевшей стороны, в отношении органов государственной власти выдача предписаний о расторжении соглашений в зависимости от ходатайства заинтересованных лиц не ставится. Это, в частности, подчеркивается в [письме](#) ФАС России от 28 июня 2012 г. в адрес территориальных органов, в котором указано, что случае установления фактов нарушений антимонопольного законодательства территориальными органами федеральных органов исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов РФ и органами местного самоуправления, выразившихся в заключении между данными органами или между ними и хозяйствующими субъектами соглашений, недопустимых в соответствии со [ст. 16](#) Закона о защите конкуренции, территориальные органы ФАС России вправе выдавать таким органам предписания о расторжении указанных соглашений. Так, в некоторых случаях судами признаны законными предписания антимонопольного органа о расторжении договора, заключенного без проведения обязательных торгов <1>.

<1> См., напр.: Постановления ФАС ДО от 11 декабря 2012 г. по делу [N A73-6091/2012](#); от 5 февраля 2016 г. по делу [N A51-1079/2015](#); АС МО от 20 ноября 2015 г. по делу [N A40-143894/14](#).

Однако встречаются позиции арбитражных судов, в соответствии с которыми сам по себе гражданско-правовой договор не является антиконкурентным соглашением, что не дает возможности антимонопольному органу требовать его расторжения в виде действий, направленных на обеспечение конкуренции <1>.

<1> См. напр.: [Постановление](#) ФАС ВВО от 30 октября 2012 г. по делу [N A17-9528/2011](#).

Вместе с тем практика выявленных ФАС России сговоров в рамках предоставления права вылова водных биологических ресурсов может свидетельствовать о том, что в случаях, когда антимонопольным органом доказано, что предоставление тех или иных благ органом власти в пользу хозяйствующих субъектов в рамках проведения торгов является неотъемлемой частью антиконкурентного соглашения, запрещенного [ст. 16](#) Закона о защите конкуренции, предписания о расторжении соответствующих договоров между органом власти и хозяйствующими субъектами признаются судами законными <1>.

<1> См. напр.: [Постановление](#) АС МО от 20 ноября 2015 г. по делу N А40-143894/14.

В правовых позициях ВАС и ВС РФ особое внимание уделяется содержанию предписаний, касающихся договоров и выдаваемых по результатам рассмотрения дел о злоупотреблении доминирующим положением. В частности, Пленумом ВАС РФ отмечается право антимонопольного органа вынести предписание об изменении условий заключенного договора или о его расторжении. При этом в случае, если установлено, что с иными лицами заключены договоры, содержащие аналогичные условия, антимонопольный орган при отсутствии ходатайств этих лиц вправе обязать хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, направить предложение своим контрагентам об изменении или о расторжении таких договоров <1>.

<1> [Пункт 6](#) Постановления Пленума ВАС РФ N 30.

3. Предписания, выдаваемые по результатам рассмотрения антимонопольных дел, должны отвечать признакам относимости (требования, предъявляемые к ответчику, должны относиться к совершенному правонарушению), исполнимости (требования могут быть исполнены ответчиком самостоятельно, а не зависеть от воли иных лиц, не входящих с ним в одну группу), соразмерности совершенному правонарушению, конкретности (содержать четкие формулировки в отношении необходимых к совершению действий).

В частности, Президиумом ВС РФ указывается, что выдаваемые антимонопольным органом предписания должны быть направлены на устранение выявленных нарушений, отраженных в решении антимонопольного органа.

Выдача общего предписания на будущее время без указания вида действий, которые должен совершить или не совершать хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, не отвечает требованиям определенности и законности и может привести к вторжению в различные виды хозяйственной деятельности лица, в отношении которого такое предписание вынесено.

В случае, когда нарушение состоит в навязывании контрагенту условий, не относящихся к предмету договора, предписание в части требований, направленных на предупреждение аналогичных нарушений в будущем, должно содержать конкретные указания о недопустимости включения таких условий в договор, а если договор является типовым, то требование об их исключении <1>.

<1> [Обзор](#) практики ВС РФ.

4. Предписание, так же как и решение по делу о нарушении антимонопольного законодательства, подписывается председателем комиссии и членами комиссии, присутствующими на заседании комиссии ([ч. 4 ст. 41](#) Закона о защите конкуренции). В предписании указываются <1>:

<1> [Пункт 3.150](#) Административного регламента.

а) **описание действий, определенных решением, которые ответчик должен осуществить.** На практике существует вопрос о том, требуется ли указывать в предписании, помимо общего описания действий, которые необходимо осуществить ответчику, также и конкретный способ (или порядок) осуществления таких действий. Разрешение данного вопроса, как правило, зависит от того, как отсутствие способа исполнения действий, указанных в предписании, влияет на практическую возможность исполнения предписания. Конкретный способ может отсутствовать в предписании, если отсутствие указания на такой способ не приводит к невозможности исполнения предписания любыми доступными ответчику способами <1>. Если же без указания на конкретный способ осуществления действий предписание не обладает достаточной степенью конкретизации, чтобы считаться исполнимым, то антимонопольный орган должен описать такой способ в предписании <2>. С дополнением Закона о защите конкуренции [ст. 51.1](#) в судебной практике появилась также позиция, согласно которой, если в предписании не предусмотрен необходимый способ (порядок) его исполнения, ответчик должен обратиться за разъяснением в антимонопольный орган согласно [ч. 1 ст. 51.1](#) Закона о защите конкуренции и тем самым самостоятельно инициировать процесс конкретизации предписания для целей его исполнения <3>.

Предписание может предусматривать осуществление длящихся действий в течение определенного срока. Такой срок может быть фиксирован и исчисляться, например, годами <4> либо может быть привязан к какому-либо событию или факту, например, сохранение отношений контроля между основным и дочерним обществами <5>;

<1> См., напр.: [Постановление](#) ФАС ВВО от 29 июня 2012 г. по делу N A28-8038/2011.

<2> См., напр.: [Постановление](#) ФАС ЗСО от 7 декабря 2011 г. по делу N A03-3143/2011.

<3> [Постановление](#) 8 ААС от 4 октября 2013 г. по делу N A70-5141/2013.

<4> См., напр.: решение и предписание в отношении ООО "Газпром добыча Оренбург" от 25 октября 2011 г. по делу N 110/133-11.

<5> См., напр.: [Постановление](#) 15 ААС от 16 октября 2013 г. N 15АП-15182/2013 по делу N A53-25865/2012 или [Постановление](#) 16 ААС от 27 апреля 2012 г. по делу N A25-1858/2011.

б) срок исполнения предписания. Срок исполнения предписания определяется антимонопольным органом самостоятельно ([ч. 1 ст. 51](#) Закона о защите конкуренции) и устанавливается с учетом времени, которое может потребоваться ответчику для совершения действий, предусмотренных в предписании. Срок исполнения предписания может быть продлен антимонопольным органом ([ч. 5 ст. 51](#) Закона о защите конкуренции).

Ответчик по делу вправе заявить ходатайство с просьбой о продлении срока исполнения предписания не позднее чем за 20 рабочих дней до истечения срока его исполнения. В случае если указанные в ходатайстве причины будут признаны уважительными, то комиссия вправе продлить срок исполнения предписания по делу, но не более чем на шесть месяцев. О продлении срока исполнения предписания или об отказе в его продлении комиссия выносит определение <1>;

<1> См., напр.: [Постановление](#) 15 ААС от 16 октября 2013 г. N 15АП-15182/2013 по делу N A53-25865/2012 или [Постановление](#) 16 ААС от 27 апреля 2012 г. по делу N A25-1858/2011.

в) срок представления доказательств исполнения предписания. Данный срок также определяется антимонопольным органом самостоятельно. Чаще всего этот срок составляет пять дней с даты исполнения предписания <1>.

<1> Так, пятидневный срок предусмотрен в типовой [форме](#) предписания, содержащейся в Приказе ФАС России от 22 декабря 2006 г. N 337 "Об утверждении форм актов, принимаемых комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства".

Как было указано выше, решение по делу о нарушении антимонопольного законодательства является основой предписания. Во-первых, это означает, что между содержанием предписания и выводами решения должна быть логическая связь. При отсутствии такой связи предписание может быть признано недействительным (например, если действия, предусмотренные в предписании, не способны устранить или предотвратить последствия нарушения антимонопольного законодательства, о котором идет речь в решении) <1>. Во-вторых, признание недействительным решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства влечет недействительность предписания, так как предписание в таком случае теряет основание <2>. Если недействительной признается лишь часть решения, то недействительными признаются только те положения предписания, которые основаны на соответствующей части решения, признанной недействительной <3>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) ФАС МО от 20 октября 2010 г. N КА-А40/12768-10 по делу N A40-19296/10-84-47, согласно которому заявитель пытался доказать, что предписание не основано на выводах, содержащихся в решении антимонопольного органа по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

<2> См., напр.: [Постановление](#) ФАС ЗСО от 13 января 2012 г. по делу N A45-6022/2011.

<3> См., напр.: [Постановление](#) ФАС МО от 13 мая 2010 г. N КА-А40/4531-10 по делу N A40-9808/08-145-137.

Следует также обратить внимание на следующую особенность Закона о защите конкуренции, предусмотренную в [ч. 2 ст. 52](#) Закона о защите конкуренции. В случае принятия заявления об обжаловании предписания к производству арбитражного суда исполнение предписания антимонопольного органа приостанавливается до дня вступления решения арбитражного суда в законную силу. Это означает, что, если ответчиком в арбитражный суд было обжаловано исключительно решение по делу о нарушении антимонопольного законодательства, предписание не будет приостановлено автоматически, а будет действовать. Следовательно, обязанность по исполнению такого предписания сохранится. С практической точки зрения данная особенность [ч. 2 ст. 52](#) Закона о защите конкуренции представляется не вполне обоснованной, так как решение является основой предписания, и, следовательно, при обжаловании решения обжалуется основа предписания, без которой оно не может существовать.

Согласно [ч. 2 ст. 50](#) Закона о защите конкуренции предписание по делу о нарушении антимонопольного законодательства изготавливается одновременно с решением по такому делу. Предписание по делу о нарушении антимонопольного законодательства не может быть изготовлено до решения по такому делу. В противном случае предписание может быть признано недействительным, поскольку отсутствие готового решения означает отсутствие основы для вынесения предписания <1>.

<1> В судебной практике встречаются дела, в которых аналогичную позицию занимает суд применительно к изготовлению решений и предписаний согласно [ст. 18.1](#) Закона о защите конкуренции (см., напр.: [Постановление](#) ФАС МО от 17 июля 2013 г. по делу N A40-126760/12-146-173).

Предписание по делу о нарушении антимонопольного законодательства должно быть направлено всем ответчикам - хозяйствующим субъектам, в отношении которых вынесено предписание ([ч. 2 ст. 50](#) Закона о защите конкуренции). Если предписание по делу о нарушении антимонопольного законодательства вынесено в отношении нескольких связанных между собой лиц (например, входящих в одну группу лиц), то такое предписание тем не менее должно быть направлено каждому из таких лиц отдельно. Если возможность исполнения предписания ответчиком также зависит от воли других лиц (как правило, лиц, входящих с ответчиком в одну группу), то предписание может быть выдано также и таким лицам. При этом в предписании, выдаваемом таким лицам, указывается обязанность по обеспечению осуществления поведенческих действий, предписанных ответчику.

5. Предписание по делу о нарушении антимонопольного законодательства направляется или вручается ответчику не позднее одного рабочего дня, следующего за днем его изготовления <1>. Направление предписания по истечении более продолжительного, но при этом разумного срока, как правило, не рассматривается судами как существенное нарушение прав ответчика и не служит основанием для признания предписания незаконным <2>. Помимо направления предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства ответчику антимонопольный орган также размещает предписание на своем официальном сайте в сети Интернет <3>.

<1> [Пункт 3.153](#) Регламента.

<2> См., напр.: [Постановление](#) 9 AAC от 16 сентября 2013 г. N 09АП-23935/2013-АК по делу N A40-29215/13.

<3> <http://fas.gov.ru>

Статья 51. Исполнение предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства. Последствия неисполнения предписания о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного от монополистической деятельности или недобросовестной конкуренции

Комментарий к [статье 51](#)

1. Согласно [ч. 1 комментируемой статьи](#) исполнение предписания является обязательным. Это требование закона. Именно посредством исполнения указанных в предписании действий достигается эффект антимонопольного регулирования и происходит восстановление конкуренции на рынке.

Предписание по делу о нарушении антимонопольного законодательства подлежит исполнению лицом, которому оно выдано в полном объеме и в срок ([ч. 2](#)). Поскольку антимонопольный орган осуществляет контроль за своевременностью исполнения предписания, то в интересах ответчика избежать административных санкций за его неисполнение ([ст. 19.5 КоАП РФ](#)). В некоторых случаях можно отсрочить исполнение предписания путем направления мотивированного ходатайства о продлении сроков его исполнения по объективным причинам.

Однако в случае обжалования предписания антимонопольного органа в арбитражном суде его исполнение приостанавливается (см. также [комментарий к ст. 52 Закона о защите конкуренции](#)).

Согласно разъяснениям, изложенным в [п. 23 Постановления Пленума ВАС РФ N 30](#), право антимонопольного органа обращаться в арбитражный суд с исками, заявлениями о понуждении к исполнению своих решений и предписаний предполагает в случае неисполнения лицом выданного ему предписания, помимо привлечения данного лица к административной ответственности, право антимонопольного органа обратиться в арбитражный суд с самостоятельным требованием к нарушителю, связанным с исполнением решения и направленным на устранение и (или) предотвращение нарушения антимонопольного законодательства, в рамках полномочий антимонопольного органа, определенных [п. 6 ч. 1 ст. 23 Закона о защите конкуренции](#).

2. Антимонопольный орган наделен полномочиями по выдаче особого вида предписания, обязывающего хозяйствующего субъекта - ответчика по делу перечислить в федеральный бюджет доход, полученный в результате нарушения антимонопольного законодательства.

Данный вид предписания по своему содержанию и правовой природе близок к юридической ответственности в виде штрафных санкций.

На практике сумма такого дохода является весьма значительной и порой измеряется в десятках и сотнях миллионов рублей <1>.

<1> См., напр.: Постановления Президиума ВАС РФ от 2 апреля 2013 г. [N 11980/12](#); АС МО от 24 февраля 2016 г. по делу [N A40-148987/2014](#).

Одной из мер административной ответственности за нарушения антимонопольного законодательства является наложение "оборотного" штрафа, т.е. штрафа, исчисляемого от размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено правонарушение.

Данный вид административного наказания также является весьма существенным и подлежит применению к наиболее опасным для конкуренции видам нарушений антимонопольного законодательства.

В этой связи на определенном этапе в правоприменительной практике возникла дискуссия о том, насколько обоснованно с точки зрения чрезмерности наказания за совершение нарушения антимонопольного законодательства применять правовой механизм выдачи такого рода предписаний и привлекать ответчика по делу к административной ответственности в виде "оборотного" штрафа.

Так, в ныне исключенном из Постановления Пленума ВАС РФ N 30 [п. 9](#) было указано, что взыскание в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства, и штрафы, предусмотренные [ст. ст. 14.31 - 14.33 КоАП РФ](#), являются мерами публичной ответственности за одни и те же нарушения антимонопольного законодательства, применение которых одновременно недопустимо. Меры публичной ответственности в виде взыскания в федеральный бюджет дохода, полученного в связи с нарушением антимонопольного законодательства, могут быть применены только в том случае, если исходя из допущенного нарушения привлечение лица к административной ответственности невозможно ввиду невозможности определения штрафа по правилам, установленным [ст. ст. 14.31 - 14.33 КоАП РФ](#).

Однако КС РФ занял иную правовую позицию по данному вопросу ^{<1>} и указал на то, что такое предписание может быть выдано нарушителю параллельно с мерами ответственности, носящими штрафной характер, что само по себе не затрагивает сферу действия общеправового принципа недопустимости повторного привлечения к ответственности за одно и то же деяние.

^{<1>} См.: [Постановление](#) КС РФ от 24 июня 2009 г. N 11-П "По делу о проверке конституционности положений п. п. 2 и 4 статьи 12, статей 221 и 231 Закона РСФСР "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" и статей 23, 37 и 51 Федерального закона "О защите конкуренции" в связи с жалобами ОАО "Газэнергосеть" и ОАО "Нижнекамскнефтехим".

Окончательно данный вопрос был решен на законодательном уровне в 2016 г. с вступлением в силу четвертого антимонопольного [пакета](#), которым были внесены изменения в [ст. 51](#) Закона о защите конкуренции. Так, в действующей редакции [ч. 3 данной статьи](#) теперь предусмотрено, что "оборотный" штраф за нарушение антимонопольного законодательства не может быть наложен, если исполнено предписание о взыскании в федеральный бюджет дохода, полученного в связи с этим же нарушением антимонопольного законодательства.

В КоАП РФ также включается положение, предполагающее недопустимость привлечения в соответствии со [ст. ст. 14.31 - 14.33](#) КоАП РФ к административной ответственности лица, которому выдано предписание о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного от монополистической деятельности или недобросовестной конкуренции, в случае исполнения субъектом такого предписания ([п. 5 примечания к ст. 14.31](#) КоАП РФ).

Таким образом, комиссии по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства до принятия решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства следует решить вопрос о выдаче лицу предписания о перечислении в федеральный бюджет дохода, полученного вследствие нарушения антимонопольного законодательства, либо о привлечении указанного лица к административной ответственности в виде административного штрафа, выраженного в величине, кратной сумме выручки правонарушителя от реализации товара, на рынке которого совершено правонарушение.

3. [Частью 4 комментируемой статьи](#) дается крайне важное указание на то, какие юридические факты свидетельствуют о неисполнении предписания. К таковым относят не только его неисполнение в полном объеме, но и частичное неисполнение, а также неисполнение в срок, что является самостоятельным нарушением антимонопольного законодательства, влекущим административную ответственность согласно соответствующим частям [ст. 19.5](#) КоАП РФ.

Указание на то, что неисполнение предписания является нарушением антимонопольного законодательства, является существенным с точки зрения исчисления процессуальных сроков привлечения к административной ответственности виновного лица.

При этом, как указано в [ч. 7 комментируемой статьи](#), привлечение виновного лица к административной ответственности влечет вынесение комиссией антимонопольного органа определения об установлении новых сроков для его исполнения и повторное административное наказание в случае повторности неисполнения.

Одновременно с применением мер административной ответственности антимонопольный орган в соответствии с [подп. "и" п. 6 ч. 1 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции вправе обратиться в арбитражный суд с иском о принудительном исполнении предписания ^{<1>}.

^{<1>} См., напр.: Постановления ФАС МО от 27 мая 2011 г. [N КА-А40/5117-11](#) по делу [N А40-89125/10-84-401](#); ФАС СКО от 27 апреля 2010 г. по делу [N А25-1127/2009](#).

4. В соответствии с [ч. 5 комментируемой статьи](#) срок исполнения предписания по делу продлевается не более чем на шесть месяцев. Ходатайство направляется только в антимонопольный орган. Основанием для продления срока исполнения предписания служит мотивированное ходатайство ответчика. При этом доводы, указывающие на необходимость продления сроков, должны быть признаны уважительными комиссией антимонопольного органа. Продлевать исполнение предписания можно неоднократно (на 2 месяца + на 1 месяц

+ на 2,5 месяца, например), но в совокупности такое продление не должно выходить за установленные законом пределы в шесть месяцев. Срок на вынесение определения составляет 10 рабочих дней ([ч. 6 комментируемой статьи](#)) и отсчитывается с момента получения антимонопольным органом ходатайства и заканчивается десятым рабочим днем с момента его получения и вынесения определения.

5. В практике важным вопросом является оценка исполнимости предписания. Этот вопрос возникает, как правило, в рамках рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с оспариванием штрафов за неисполнение выданного предписания. Если лицо, которому выдано предписание, объективно не может его исполнить с практической или юридической точки зрения, то такое предписание считается неисполнимым и, соответственно, за его несоблюдение не должен налагаться административный штраф, поскольку вина в невыполнении предписания будет отсутствовать ([ст. 2.1 КоАП РФ](#)). Неисполнимость предписания, например, может быть связана с отсутствием у нарушителя имущества, необходимого для исполнения предписания (например, такое имущество было из его владения после выдачи предписания) <1>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) ФАС ЦО от 11 декабря 2013 г. по делу N A23-977/2013.

При оценке исполнимости предписания должны рассматриваться все возможные способы исполнения. Если хотя бы одним из таких способов предписание можно было исполнить, то предписание не должно считаться неисполнимым. Это не относится к тем случаям, когда способ исполнения предписания непосредственно указан в самом предписании, и таким способом исполнить предписание не представляется возможным <1>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) АС ПО от 9 февраля 2016 г. N Ф06-4761/2015 по делу N A12-19004/2015.

Наконец, при оценке исполнимости предписания анализируются действия лица, которому это предписание было выдано. Так, если такое лицо заявляет в суде о неисполнимости предписания и при этом такое лицо было абсолютно пассивным после получения предписания, то это может восприниматься судами как свидетельство пренебрежительного отношения к исполнению властных предписаний антимонопольного органа и, следовательно, виновного совершения административного правонарушения в форме неисполнения предписания. Таким образом, от лица, которому, возможно, выдано неисполнимое предписание, ожидаются активные действия после получения такого предписания, а именно обращение в ФАС России за разъяснением порядка исполнения предписания ([ст. 51.1 Закона о защите конкуренции](#)), сообщение в антимонопольный орган о невозможности исполнения предписания, а также, возможно, просьба о продлении его срока для поиска способов исполнить предписание <1>.

<1> См., напр.: Постановления 17 ААС от 4 декабря 2015 г. [N 17АП-15754/2015-АК](#) по делу N A60-41857/2015; АС ПО от 9 февраля 2016 г. [N Ф06-4761/2015](#) по делу N A12-19004/2015.

Статья 51.1. Разъяснение решения и (или) предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства. Исправление описки, опечатки и арифметической ошибки

Комментарий к [статье 51.1](#)

1. В начале 2012 г. вступили в силу поправки к [Закону](#) о защите конкуренции, которые в том числе дополнили Закон новой [ст. 51.1](#), регламентирующей порядок и форму разъяснений и исправлений антимонопольным органом своих решений и (или) предписаний. Данная [статья](#) введена в Закон о защите конкуренции по аналогии с положениями процессуального законодательства, наделяющими суд правом разъяснять и исправлять свои решения. Так, арбитражный суд в случае неясности своего решения вправе давать разъяснения без изменения его содержания <1>. Схожесть института судебных разъяснений с положениями [ст. 51.1 Закона о защите конкуренции](#) дает основание для применения существующих толкований института судебных разъяснений высшими судами к [ст. 51.1 Закона о защите конкуренции](#).

<1> [Часть 1 ст. 179 АПК РФ](#).

Согласно позиции ВАС РФ "разъяснение заключается в более полной и ясной форме изложения и осуществляется путем восполнения текста судебного решения за счет расшифровки кратких формулировок, восполнения логической связи между выводами суда. При этом суд не вправе изменить его содержание и не может касаться тех вопросов, которые не отражены в судебном акте..." <1>. В дополнение к этой позиции ВАС РФ также пояснил, что "упомянутая правовая норма, устанавливающая порядок и условия разъяснения решения суда в тех случаях, когда оно содержит неясности, затрудняющие его реализацию, направлена на защиту прав лиц, участвующих в деле. Разъяснение состоит в более полном и ясном изложении тех частей судебного акта, понимание которых вызывает трудности..." <2>. КС РФ прокомментировал положение о разъяснении решений арбитражным судом следующим образом: "...путем разъяснения решения создаются необходимые условия для его правильного понимания и исполнения, а также устранения тех или иных недостатков" <3>.

<1> См.: [Определение](#) ВАС РФ от 9 июля 2010 г. N ВАС-8506/10.

<2> См.: [Определение](#) ВАС РФ от 12 июля 2012 г. N ВАС-17329/11.

<3> См.: [Определение](#) КС РФ от 24 марта 2005 г. N 108-О.

С учетом вышеизложенного решение разъясняется, если: 1) в нем содержатся неясности; 2) разъяснение необходимо для правильного понимания и исполнения решения; 3) разъяснение устраняет неясности посредством их более полного и ясного изложения, в том числе за счет расшифровки кратких формулировок и восполнения логической связи между выводами суда; 4) разъяснение направлено на защиту прав лиц, участвующих в деле; 5) разъяснение не касается тех вопросов, которые не отражены в решении.

2. В практике ФАС России наиболее часто выдаются разъяснения предписаний, так как они предусматривают поведенческие условия, неисполнение или ненадлежащее исполнение которых участниками дел о нарушении антимонопольного законодательства влечет ответственность. Поэтому разъяснения предписаний, как правило, касаются либо непосредственно содержания поведенческих условий, составляющих предписание, либо порядка выполнения таких поведенческих условий. Например, в своем разъяснении предписания, выданного компании Google, ФАС России <1> разъяснила как содержание самих поведенческих условий, так и порядок их исполнения. Согласно данному предписанию от Google требовалось совершить все действия, необходимые для внесения изменений во все действующие соглашения/договоры, содержащие требования, которые привели к выявленным в рамках дела нарушениям антимонопольного законодательства. Позднее ФАС России в ответ на запрос Google разъяснила, что необходимо понимать под "всеми действиями" и каким образом такие действия необходимо осуществить <2>.

<1> Предписание ФАС России от 18 сентября 2015 г. по делу N 1-14-21/00-11-15 // <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15>.

<2> Определение о разъяснении предписания от 6 ноября 2015 г. по делу N 1-14-21/00-11-15 // <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-63106-15>.

Важно также отметить, что на практике антимонопольный орган отказывает в выдаче разъяснений, которые не касаются содержания или порядка исполнения самого предписания или решения, а связаны с организационными аспектами опубликования и направления решений и предписаний участникам дел о нарушении антимонопольного законодательства <1>.

<1> См., напр.: Определение ФАС России о разъяснении решения и предписания от 24 ноября 2015 г. по делу N 1-14-21/00-11-15 // <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-66427-15>.

3. Исправление описки, опечатки или арифметической ошибки уместно, если из текста решения и (или)

предписания очевидно прослеживается позиция или вывод антимонопольного органа и исправление играет техническую роль восстановления смысловой связи между разными частями решения и (или) предписания. Например, исправлением добавляются какие-либо слова в предложении или фразе, которые последовательно используются в таком же предложении или фразе в остальных частях решения и (или) предписания <1>. Или, например, когда исправлением вносятся изменения в текст предписания, восстанавливая тем самым смысловую связь между выводами решения и текстом предписания <2>.

<1> [Постановление](#) ФАС ЗСО от 4 сентября 2013 г. по делу N A45-121/2013.

<2> [Постановление](#) 18 AAC от 5 марта 2013 г. N 18АП-660/2013 по делу N A07-15523/2012.

При этом также необходимо учитывать, что допущенная в решении и (или) предписании описка сама по себе не должна влечь изменение установленных и отраженных в решении обстоятельств или изменение его содержания.

Так, например, при рассмотрении дела N A28-6318/2012 суды исследовали доводы заявителя об изменении УФАС содержания принятого им решения в части квалификации действий заявителя путем вынесения определения об устранении описки, а именно исключения из мотивировочной части и п. 1 резолютивной части решения слов "п. 8", и, соответственно, квалификации действий ответчика по [ч. 1 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции (действия ответчика были совершены до вступления в силу Федерального [закона](#) от 6 декабря 2011 г. N 401-ФЗ, которым в ч. 1 ст. 15 был введен [п. 8](#)). Суды пришли к выводу о том, что Федеральным [законом](#) N 401-ФЗ конкретизированы действия, запрет на совершение которых действовал и ранее в силу [ч. 1 ст. 15](#) Закона о защите конкуренции, а не установлена дополнительная ответственность; допущенная УФАС описка в решении (указание на [п. 8](#)) не повлекла изменения установленных и отраженных в решении обстоятельств, не изменила его содержание, так как факт создания дискриминационных условий доказан; устранение описки, в свою очередь, не повлекло нарушения прав ответчика, в том числе права на защиту <1>.

<1> [Постановление](#) AC BBO от 4 апреля 2013 г. по делу N A28-6318/2012.

При рассмотрении другого дела суды также исследовали доводы заявителя относительно возложения дополнительных обязательств на ответчика в связи с вынесением комиссией УФАС определения об устранении технической ошибки. Суды установили, что УФАС, указывая в описательной части решения на нарушения, допущенные ответчиком, и признавая факт нарушения, должно было указать их в резолютивной части решения, однако в силу допущенных именно технических ошибок их не указало <1>.

<1> [Постановление](#) 12 AAC от 31 марта 2014 г. по делу N A12-24446/2013.

Исходя из текста [ч. 1 ст. 51.1](#) Закона о защите конкуренции прямо не следует, что изменение содержания решения и (или) предписания недопустимо при исправлении антимонопольным органом допущенных в решении и (или) предписании описок, опечаток и арифметических ошибок. Вместе с тем представляется, что содержание решения и (или) предписания концептуально также не должно меняться в результате их исправлений антимонопольным органом. То есть при исправлении ошибки (опечатки) антимонопольный орган не вправе, например, изменить квалификацию вменяемого нарушения антимонопольного законодательства. Данное толкование находит свое подтверждение в аналогичных нормах об исправлении решений арбитражных судов <1> и в судебной практике в отношении [ч. 1 ст. 51.1](#) Закона о защите конкуренции.

<1> [Часть 3 ст. 179](#) АПК РФ.

Так, в судебной практике встречаются решения, согласно которым если в результате исправления антимонопольным органом своего решения и (или) предписания увеличивается объем вменяемого ответчику правонарушения, изменяются установленные ранее обстоятельства и характер допущенного правонарушения,

то такое исправление считается незаконным, так как оно изменяет содержание решения и (или) предписания. При этом не имеет значения, основано ли такое изменение на имеющихся у антимонопольного органа доказательствах <1>.

<1> [Постановление](#) ФАС ЗСО от 7 ноября 2012 г. по делу N А45-14030/2012.

4. В комментируемой [статье](#) не раскрываются понятия "описка", "опечатка" и "арифметическая ошибка". Указанные понятия относятся к тому или иному виду погрешности принятого комиссией антимонопольного органа акта. Вместе с тем содержание данных понятий имеет значение при решении комиссией антимонопольного органа вопроса об устранении конкретной погрешности.

Согласно толковому словарю С.И. Ожегова под опиской следует понимать ошибку по рассеянности в письменном тексте, ошибку из-за невнимания. В соответствии со словарем Т.Ф. Ефремовой описка - случайная ошибка при письме.

Под опечаткой в толковом словаре С.И. Ожегова понимается ошибка в печатном тексте. В словаре Т.Ф. Ефремовой - ошибка в тексте, допущенная при печатании.

В данном случае можно сказать, что опечатка является больше технической ошибкой, а описка возникает ввиду невнимательности, рассеянности автора текста.

Арифметическими ошибками принято считать ошибки, допущенные при подсчете, которые носят явный характер и обнаруживаются при следующем подсчете при тех же исходных данных.

5. Согласно [ч. 1 комментируемой статьи](#) право разъяснения решения и (или) исправления описок, опечаток и арифметических ошибок принадлежит комиссии, принявшей решение и (или) предписание по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

В практике применения указанного положения возникают вопросы о персональном составе комиссии по делу о нарушении антимонопольного законодательства в тех случаях, когда в силу объективных причин кто-либо из членов комиссии, непосредственно принимавших решение и (или) предписание, не имеет в силу объективных причин возможности принимать участие в разъяснении решения и (или) устранении описок, опечаток и арифметических ошибок.

В данном случае необходимо руководствоваться положениями [ч. 6 ст. 40](#) Закона о защите конкуренции, предусматривающей, что комиссия правомочна рассматривать дело о нарушении антимонопольного законодательства, если на заседании комиссии присутствует не менее чем 50% общего числа членов комиссии, но не менее чем три члена комиссии; а также [ч. 7 указанной статьи](#), согласно которой вопросы, возникающие в ходе рассмотрения дела комиссией, решаются членами комиссии большинством голосов.

Данные положения применимы и к случаям рассмотрения комиссией вопросов о даче разъяснения решения и (или) об исправлении описок, опечаток и арифметических ошибок.

Применимы к таким отношениям и положения [ч. 2 ст. 40](#) Закона о защите конкуренции, предусматривающей возможность замены члена комиссии на основании мотивированного решения антимонопольного органа.

6. В [ст. 51.1](#) Закона не предусмотрен период времени, в течение которого антимонопольный орган может дать разъяснение или исправить решение и (или) предписание. Представляется, что по аналогии с арбитражными судами <1> решение и (или) предписание может быть разъяснено или исправлено антимонопольным органом в течение всего периода его действия. Однако определенные особенности с исправлением решений и (или) предписаний возникают при оспаривании их в суде. В судебной практике существует позиция, что если в решении и (или) предписании содержится опечатка или ошибка и такое решение и (или) предписание оспариваются в суде, то исправление возможно только до вынесения резолютивной части решения суда в отношении данного решения и (или) предписания <2>.

<1> [Часть 2 ст. 179 АПК РФ](#).

<2> [Постановление](#) 4 ААС от 18 апреля 2012 г. по делу N А58-4367/2011.

7. До вступления в начале 2012 г. в силу поправок в комментируемую [статью](#) правовой статус разъяснений или исправлений решений и (или) предписаний был не ясен. Теперь же согласно [ч. 2 ст. 51.1](#) Закона о защите конкуренции разъяснения решений и (или) предписаний и исправления в них технических ошибок или описок оформляются определением. Определение согласно [ч. 1 ст. 41](#) Закона является формальным актом, принимаемым комиссией антимонопольного органа. Таким образом, определение о разъяснении или исправлении решений и (или) предписаний имеет формальный правоустанавливающий и, следовательно, обязывающий характер (т.е. толкование решения и (или) предписания или их новая редакция с учетом исправленной ошибки являются обязательными для ответчика и третьих лиц). В этом состоит отличие разъяснения решений и (или) предписаний от разъяснений по вопросам применения антимонопольного законодательства, которые антимонопольный орган вправе давать согласно [п. 5 ч. 2 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции. Разъяснения по вопросам применения антимонопольного законодательства не оформляются в виде формального обязывающего акта антимонопольного органа, а составляются в форме письма <1>.

<1> [Пункт 3.20](#) Административного регламента ФАС России по предоставлению государственной услуги по даче разъяснений по вопросам применения федеральным антимонопольным органом антимонопольного законодательства РФ, утв. Приказом ФАС России от 20 января 2012 г. N 22.

8. Определение по вопросу разъяснения решения и (или) предписания, исправления описки, опечатки или арифметической ошибки составляется по утвержденной антимонопольным органом [форме](#) <1>. Если разъяснение или исправление решения и (или) предписания инициировано по заявлению участника дела, то срок, в течение которого определение о соответствующем разъяснении или исправлении решения и (или) предписания изготавливается и направляется заявителю, не может превышать 15 рабочих дней с даты регистрации заявления участника дела в канцелярии антимонопольного органа.

<1> [Приказ](#) ФАС России от 22 декабря 2006 г. N 337 "Об утверждении форм актов, принимаемых комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства".

Следует отметить, что комментируемая [статья](#) не предусматривает необходимости проведения заседания комиссии для решения вопросов о даче разъяснений, а также исправления описки, опечатки или арифметической ошибки. Следовательно, указанные вопросы рассматриваются без назначения заседания и, соответственно, без уведомления лиц, участвующих в деле.

Статья 51.2. Пересмотр решения и (или) предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства по новым и (или) вновь открывшимся обстоятельствам

Комментарий к [статье 51.2](#)

1. Согласно [ч. 1 комментируемой статьи](#) решение и (или) предписание по делу о нарушении антимонопольного законодательства могут быть пересмотрены по новым и (или) вновь открывшимся обстоятельствам по заявлению лица, участвующего в деле, а также по инициативе антимонопольного органа в случае установления комиссией оснований для пересмотра. При этом в комментируемой [статье](#) не указано, что по результатам пересмотра решения и (или) предписания антимонопольного органа не могут быть вынесены ненормативные правовые акты, аналогичные первоначальным <1>. В этом случае арбитражный суд, рассматривая соответствующее заявление хозяйствующего субъекта о признании недействительным первоначального решения, не лишен возможности дать правовую оценку ненормативному акту государственного органа, принятому по результатам рассмотрения заявления, поскольку первоначальное решение и решение, принятое в результате пересмотра, не противоречат друг другу <2>.

<1> [Постановление](#) ФАС СЗО от 28 ноября 2013 г. по делу N А66-10215/2012.

<2> [Постановление](#) АС ЦО от 23 сентября 2015 г. N Ф10-2929/2015 по делу N А08-5584/2014.

Лицами, участвующими в деле о нарушении антимонопольного законодательства, являются: заявитель, ответчик по делу и заинтересованные лица, т.е. лица, чьи права и законные интересы затрагиваются в связи с рассмотрением дела о нарушении антимонопольного законодательства ([ч. 1 ст. 42](#) Закона о защите конкуренции). По результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства комиссия антимонопольного органа принимает решение, копия которого немедленно направляется или вручается лицам, участвующим в деле ([ч. 2 ст. 49](#) Закона о защите конкуренции). Предписание по делу о нарушении антимонопольного законодательства выдается исключительно ответчику - лицу, которому предписывается совершить определенные решением действия ([ст. 50](#) Закона о защите конкуренции).

Таким образом, заявитель и заинтересованные лица, фактически не являясь адресатами выдаваемого антимонопольным органом предписания, тем не менее вправе обратиться с заявлением о его пересмотре.

Основаниями для пересмотра решения и (или) предписания являются новые и (или) вновь открывшиеся обстоятельства, способные повлиять на позицию и выводы антимонопольного органа, отраженные в ранее принятых решении и предписании. Согласно правовой позиции ВАС РФ при рассмотрении заявления о пересмотре судебного акта по новым или вновь открывшимся обстоятельствам суд должен установить, свидетельствуют ли факты, приведенные заявителем, о наличии существенных для дела обстоятельств, которые не были предметом судебного разбирательства по данному делу <1>.

<1> [Пункт 4](#) Постановления Пленума ВАС РФ от 30 июня 2011 г. N 52 "О применении положений Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при пересмотре судебных актов по новым или вновь открывшимся обстоятельствам".

Применительно к комментируемой [статье](#) вновь открывшиеся обстоятельства - обстоятельства, которые объективно существовали на момент рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, но не могли быть учтены, так как не были и не могли быть известны лицам, участвующим в деле.

По правилам арбитражного судопроизводства новые обстоятельства - обстоятельства, возникшие после принятия судебного акта, но имеющие существенное значение для правильного разрешения дела <1>.

<1> [Пункт 2 ч. 1 ст. 311](#) АПК РФ.

Для целей комментируемой [статьи](#) в качестве новых обстоятельств следует рассматривать установление после принятия комиссией решения по делу фактов фальсификации доказательств, заведомо ложного показания лица, располагающего сведениями об обстоятельствах рассматриваемого дела, заведомо ложного заключения эксперта, заведомо неправильного перевода, повлекших за собой принятие незаконного или необоснованного решения и (или) выдачу на его основании предписания.

Комментируемая [статья](#) четко устанавливает и регламентирует последовательность действий лица, участвующего в деле, при обращении с заявлением о пересмотре решения и (или) предписания по новым и (или) вновь открывшимся обстоятельствам.

В целях реализации [ст. 51.2](#) Закона N 135-ФЗ была утверждена [форма](#) заявления о пересмотре принятого антимонопольным органом решения и (или) выданного на его основании предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства <1>.

<1> [Приказ](#) ФАС России от 13 февраля 2012 г. N 85.

Заявление о пересмотре принятого антимонопольным органом решения и (или) выданного на его

основании предписания по делу по новым и (или) вновь открывшимся обстоятельствам должно быть оформлено в соответствии с требованиями, установленными [Приказом](#) ФАС России от 13 февраля 2012 г. N 85 <1>. Несоблюдение формы и содержания заявления является основанием для его возвращения антимонопольным органом заявителю.

<1> [Пункт 3.169](#) Регламента.

2. [Частью 3 комментируемой статьи](#) указано, что заявление о пересмотре должно быть подано в антимонопольный орган, комиссия которого приняла решение и предписание, в течение трех месяцев со дня, когда лица, участвующие в деле, узнали или должны были узнать о наличии обстоятельств, являющихся основанием для пересмотра. Комментируемая [статья](#) не дает ответа на вопрос, можно ли пересматривать решение и предписание, которые являются предметом обжалования в арбитражном суде. Поскольку прямой запрет [статьей](#) не установлен, хозяйствующий субъект может одновременно обратиться и в арбитражный суд, и в антимонопольный орган.

Вместе с тем для таких обращений будут иметься различные основания. В случае обращения в арбитражный суд решение антимонопольного органа в подавляющих случаях будет обжаловано по существу. Обращение о пересмотре по новым и (или) вновь открывшимся обстоятельствам имеет значительно более узкий перечень оснований и не влечет проверку законности соответствующего решения в полном объеме.

При этом право антимонопольного органа пересмотреть принятые им решение и (или) предписание по новым и (или) вновь открывшимся обстоятельствам не может быть реализовано в случае вступления в законную силу судебного акта арбитражного суда, которым данные ненормативные правовые акты признаны незаконными.

Более того, то обстоятельство, что в производстве антимонопольного органа находится заявление о пересмотре решения и выданного на его основании предписания по новым или вновь открывшимся обстоятельствам, не является уважительной причиной пропуска срока для обращения в арбитражный суд, установленного [ч. 4 ст. 198](#) АПК РФ, и не препятствует хозяйствующему субъекту обратиться с заявлением в арбитражный суд в установленные законом сроки <1>.

<1> [Определение](#) ВС РФ от 2 ноября 2015 г. N 309-КГ15-14177 по делу N A47-3134/2014.

3. В [ч. 4 комментируемой статьи](#) указано, что срок для обращения с заявлением о пересмотре не является пресекательным и по ходатайству лица, обратившегося с заявлением, он может быть восстановлен при условии, что антимонопольный орган признает причины пропуска срока уважительными и ходатайство о восстановлении срока подано в течение шести месяцев со дня установления оснований для пересмотра.

При этом термин "установление оснований для пересмотра" можно толковать в зависимости от оснований для обращения, т.е. в зависимости от того, являются ли обстоятельства вновь открывшимися (тогда установление может означать момент, когда заявитель узнал или мог узнать об их наличии) либо новыми. В последнем случае факт фальсификации доказательств может быть установлен в судебном порядке. Таким образом, шесть месяцев могут исчисляться с момента установления уполномоченным органом факта фальсификации доказательств, ложности заключения эксперта и т.д.

4. Антимонопольный орган возвращает заявление о пересмотре решения и (или) предписания, если установит, что не соблюдены требования, предъявляемые к форме и содержанию заявления, или истек срок, установленный [ч. 3 комментируемой статьи](#), и ходатайство о его восстановлении не заявлено либо в удовлетворении ходатайства отказано.

У антимонопольного органа на данном этапе отсутствует обязанность оформлять и направлять хозяйствующему субъекту процессуальный документ с изложением причин возврата заявления. Проверку заявления о пересмотре решения на предмет наличия правовых оснований для принятия его к рассмотрению осуществляет не комиссия, принявшая решение и (или) предписание, а ответственный сотрудник антимонопольного органа.

5. При отсутствии правовых оснований, предусмотренных [ч. 6 комментируемой статьи](#), комиссия антимонопольного органа, принявшая решение и (или) предписание по делу о нарушении антимонопольного законодательства, обязана в течение месяца со дня поступления заявления о пересмотре решения и (или) предписания по новым и (или) вновь открывшимся обстоятельствам рассмотреть его и принять одно из решений: об удовлетворении заявления и пересмотре решения и предписания либо об отказе в удовлетворении заявления. Из блок-схемы административной процедуры "Пересмотр решения и (или) предписания антимонопольного органа по новым и (или) вновь открывшимся обстоятельствам" следует, что отказ в удовлетворении заявления должен быть мотивированным <1>.

<1> [Приложение 2](#) к Регламенту.

Так, при рассмотрении данного заявления комиссия антимонопольного органа устанавливает, в частности:

- могли ли обстоятельства, на которые ссылается заявитель, быть ему известны при рассмотрении соответствующего дела о нарушении антимонопольного законодательства;

- свидетельствуют ли факты, приведенные заявителем, о наличии существенных для дела обстоятельств, которые не были предметом его рассмотрения;

- не свидетельствуют ли факты, на которые ссылается заявитель, о представлении новых доказательств, имеющих отношение к уже исследовавшимся ранее антимонопольным органом обстоятельствам. Представление новых доказательств не может служить основанием для пересмотра решения и (или) предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства по вновь открывшимся обстоятельствам.

Таким образом, как уже отмечалось, существенным для дела обстоятельством может быть признано указанное в заявлении вновь обнаруженное обстоятельство, которое не было и не могло быть известно заявителю, неоспоримо свидетельствующее о том, что если бы оно было известно, то это привело бы к принятию другого решения, или к выдаче иного предписания, или его невыдаче. В частности, в качестве нового (вновь открывшегося) обстоятельства, влекущего за собой пересмотр ранее принятого решения антимонопольного органа, может быть расценено решение мирового судьи, обязательное для административного органа <1>.

<1> [Постановление](#) АС ВВО от 3 февраля 2016 г. N Ф01-5513/2015 по делу N А43-29837/2014.

В случае если комиссией принято решение о пересмотре решения и (или) предписания по новым и (или) вновь открывшимся обстоятельствам, комиссия выносит определение о пересмотре решения и (или) предписания, копии которого в течение трех дней со дня его вынесения направляются лицам, участвующим в деле.

В целях реализации полномочий по пересмотру решения и (или) предписания действия комиссии антимонопольного органа оформляются следующими процессуальными документами: решение об удовлетворении заявления и пересмотре решения и (или) предписания, решение об отказе в удовлетворении заявления, определение о пересмотре решения и (или) предписания ([ч. ч. 8 и 10 комментируемой статьи](#)).

В случае принятия решения о пересмотре решения и (или) выданного на его основании предписания по делу комиссия выносит определение о пересмотре решения и (или) предписания.

Копии определения о пересмотре решения и (или) предписания в течение трех дней со дня его вынесения направляются лицам, участвующим в деле.

Пересмотр решения и (или) выданного на его основании предписания по делу осуществляется комиссией, принявшей пересматриваемое решение и (или) издавшей пересматриваемое предписание в общем порядке рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства, установленном [гл. 9 Закона](#) о защите конкуренции. Следует также отметить, что [ч. 11 ст. 51.2 Закона](#) о защите конкуренции не содержит требования о

том, что пересмотр осуществляется комиссией в том же составе, который принимал ранее пересматриваемое решение и (или) выдавал пересматриваемое предписание <1>.

<1> [Постановление](#) АС СЗО от 26 мая 2015 г. N Ф07-2093/2015 по делу N А56-59270/2014.

Однако поскольку речь идет о пересмотре решений и (или) предписаний в связи с конкретными новыми и (или) вновь открывшимися обстоятельствами, то предмет рассмотрения дела в таких случаях значительно сужается, и следовательно, лица, участвующие в деле, уже не могут представлять новые доказательства по делу, а вправе лишь выразить позицию по существу оснований и обстоятельств, послуживших принятию комиссией решения о пересмотре решения и (или) предписания.

Статья 52. Порядок обжалования решений и предписаний антимонопольного органа

Комментарий к [статье 52](#)

1. Как следует из [ч. 1 комментируемой статьи](#), обжалованы по отдельности могут быть как решение, так и предписание.

При этом с принятием четвертого антимонопольного [пакета Закон](#) о защите конкуренции предусматривает два способа обжалования решений и (или) предписаний антимонопольного органа:

- обжалование решений и (или) предписания антимонопольного органа в арбитражный суд независимо от того, подается ли жалоба юридическим или физическим лицом <1>;

- обжалование решений и (или) предписаний территориального антимонопольного органа в коллегиальный орган федерального антимонопольного органа.

<1> [Пункт 4](#) Обзора практики ВС РФ.

Обжалование соответствующих ненормативных правовых актов территориального антимонопольного органа в коллегиальный орган ФАС не исключает дальнейшего их обжалования в арбитражный суд, однако сокращает такой срок обжалования до одного месяца с момента вступления в силу решения коллегиального органа ФАС.

2. Комментируемой [статьей](#) определено, что срок обжалования и (или) предписания антимонопольного органа в арбитражный суд составляет три месяца и исчисляется со дня принятия решения или выдачи предписания.

Согласно [ч. 2 ст. 49](#) Закона о защите конкуренции дата изготовления решения в полном объеме считается датой его принятия. Согласно [ч. 2 ст. 50](#) Закона о защите конкуренции предписание по делу о нарушении антимонопольного законодательства изготавливается одновременно с решением по такому делу. Предписание по делу о нарушении антимонопольного законодательства не может быть изготовлено до решения по такому делу. В противном случае предписание может быть признано недействительным, поскольку отсутствие готового решения означает отсутствие основы для вынесения предписания <1>.

<1> В судебной практике встречаются дела, в которых аналогичную позицию занимает суд применительно к изготовлению решений и предписаний согласно [ст. 18.1](#) Закона о защите конкуренции (см., напр.: [Постановление](#) ФАС МО от 17 июля 2013 г. по делу N А40-126760/12-146-173).

Таким образом, можно сделать вывод об одномоментном начале исчисления срока для обжалования решения и предписания по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

При этом, исходя из правовой позиции Пленума ВАС РФ, изложенной в [п. 10.1](#) Постановления Пленума

ВАС РФ N 30, дата принятия решения антимонопольного органа одновременно является датой вступления его в силу, а его обжалование не является препятствием для привлечения правонарушителя к административной ответственности за совершенное нарушение антимонопольного законодательства, установленное таким решением.

3. По общему правилу подсудности заявление об обжаловании решений и предписаний антимонопольного органа подается в арбитражный суд по месту нахождения антимонопольного органа, принявшего данные акты.

Из данного правила есть одно существенное исключение в части решений и предписаний по делам о недобросовестной конкуренции.

Согласно [ст. 43.4](#) Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 г. N 1-ФКЗ "Об арбитражных судах в Российской Федерации" дела об оспаривании решений антимонопольного органа о признании актом недобросовестной конкуренции действий хозяйствующих субъектов, связанных с приобретением и использованием исключительных прав на средства индивидуализации юридического лица, товаров, работ или услуг, подлежат рассмотрению СИП в качестве суда первой инстанции.

Изложенное указано также в [Постановлении](#) Пленума ВАС РФ от 8 октября 2012 г. N 60 "О некоторых вопросах, возникших в связи с созданием в системе арбитражных судов Суда по интеллектуальным правам" (далее - Постановление Пленума ВАС РФ N 60).

При этом согласно приведенной норме данного Федерального конституционного [закона](#) в качестве суда кассационной инстанции СИП рассматривает дела о защите интеллектуальных прав, рассмотренные арбитражными судами субъектов РФ по первой инстанции, арбитражными апелляционными судами.

В [Постановлении](#) Пленума ВАС РФ N 60 разъясняется, что в части антимонопольных споров речь идет о делах об обжаловании решений и (или) предписаний антимонопольного органа по делам о нарушениях, предусмотренных [п. 4 ч. 1 ст. 14](#) Закона о защите конкуренции, независимо от субъектного состава ([ч. 1 ст. 52](#) Закона о защите конкуренции).

С учетом появления новой [гл. 2.1](#) Закона о защите конкуренции можно предположить, что в качестве суда первой инстанции СИП будет рассматривать дела об обжаловании решений и предписаний по делам о нарушении [ст. 14.4](#) данного Закона, а в качестве суда кассационной инстанции - рассмотренные арбитражными судами нижестоящей инстанции дела об обжаловании решений и предписаний по делам о нарушении [ст. 14.5](#), а также [ст. 14.6](#) в части нарушения исключительных прав на зарегистрированные в РФ средства индивидуализации.

Поскольку ранее дела об обжаловании решений и (или) предписаний по делам о нарушении [п. 2 ч. 1 ст. 14](#) Закона о защите конкуренции, выраженном во введении в заблуждение в отношении производителя товара с помощью копирования этикеток/упаковок товара конкурента, в полном объеме рассматривались арбитражными судами ^{<1>}, полагаем, что решения и предписания по делам о нарушении [ч. 2 ст. 14.6](#) не будут рассматриваться СИП в рамках кассационного пересмотра.

^{<1>} См., напр.: [Определение](#) ФАС МО от 14 февраля 2014 г. по делу N A40-22114/2013.

Следует отметить, что подсудность по оспариванию решений и предписаний по делам о нарушении антимонопольного законодательства и делам по оспариванию постановлений антимонопольного органа о привлечении виновных юридических лиц к административной ответственности за данные правонарушения различна. В последнем случае [ст. 208](#) АПК РФ предусмотрена альтернативная подсудность, в соответствии с которой заявление об оспаривании решения административного органа о привлечении к административной ответственности подается в арбитражный суд по месту нахождения или месту жительства заявителя либо по месту нахождения административного органа, которым принято оспариваемое решение о привлечении к административной ответственности.

В соответствии с разъяснениями Пленума ВАС РФ, содержащимися в [п. п. 24, 24.1](#) его Постановления N 30, если в производстве одного и того же арбитражного суда находятся дела об оспаривании решения антимонопольного органа и о привлечении лица к административной ответственности за нарушение,

установленное таким решением, то указанные дела подлежат объединению в одно производство для их совместного рассмотрения на основании [ст. 130](#) АПК РФ.

При этом срок совместного рассмотрения указанных дел определяется исходя из срока, установленного для рассмотрения дела об оспаривании решения антимонопольного органа, - по правилам, определенным [ч. 1 ст. 200](#) АПК РФ. Этот срок исчисляется со дня поступления в арбитражный суд заявления по последнему из дел, которые были объединены.

В случае если названные дела находятся в производстве разных арбитражных судов, приостановлению с учетом [ч. 9 ст. 130](#) и [п. 1 ч. 1 ст. 143](#) АПК РФ подлежит дело о привлечении лица к административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства (или дело об оспаривании постановления антимонопольного органа о привлечении лица к такой ответственности).

4. Процедура обжалования решений и (или) предписаний территориального антимонопольного органа в коллегиальный орган ФАС (далее - внутренняя апелляция) является абсолютной новеллой и имеет ряд существенных особенностей.

Данные особенности регламентированы в [ч. ч. 5 - 16 ст. 23](#) Закона о защите конкуренции, а также в [Приказе](#) ФАС России от 7 апреля 2016 г. N 422/16 "О порядке работы коллегиальных органов Федеральной антимонопольной службы". Также предполагается принятие ФАС России специального регламента, детально закрепляющего процедуру внутренней апелляции.

Кратко обозначим основные особенности данной процедуры.

Жалоба на решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа может быть подана только лицами, участвовавшими в деле, по итогам рассмотрения которого приняты оспариваемые ненормативные правовые акты.

При этом, в отличие от сроков для обжалования данных актов в арбитражный суд, жалоба в коллегиальный орган ФАС (Апелляционную коллегию либо Президиум ФАС России) может быть подана в течение одного месяца со дня принятия оспариваемого решения или выдачи оспариваемого предписания.

Еще одной важной особенностью является то, что принятие Апелляционной коллегией к производству жалобы не приостанавливает действие обжалуемого предписания.

Наконец, концептуальным отличием следует считать основание для обращения в коллегиальный орган - нарушение единообразия в применении антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Под данным основанием для пересмотра может подразумеваться противоречие толкования и применения антимонопольного законодательства, осуществленного при принятии решения, выдаче предписания, толкованию и применению тех же норм антимонопольного законодательства, которые были осуществлены ранее антимонопольным органом и по которым, например, сформированы правовые позиции вышестоящих судов и Президиума ФАС России.

В этой связи и с учетом уже имеющейся практики сама по себе незаконность решения территориального антимонопольного органа в связи с недоказанностью вмененного им правонарушения не может признаваться нарушением единообразия в толковании и применении норм антимонопольного законодательства.

Так, хозяйствующим субъектом в жалобе, поданной в коллегиальный орган ФАС, было указано, что обжалуемое решение территориального антимонопольного органа является незаконным, необоснованным и подлежащим отмене по следующим основаниям.

1. Решение не содержит описания конкретных согласованных действий, которые привели к ограничению конкуренции, не содержит доказательств наличия негативных последствий такого соглашения в виде ограничения доступа на товарный рынок или устранения с него хозяйствующих субъектов.

2. По мнению заявителя, ссылка в решении на некую аудиозапись не является надлежащим доказательством, поскольку не установлено, чьи именно голоса и о чем именно шла речь.

3. В решении не содержится какого-либо анализа товарного рынка, не определены его географические границы и состав субъектов, действующих в качестве продавцов и покупателей, в связи с чем невозможно понять, на какой товарный рынок был ограничен доступ другого хозяйствующего субъекта.

Решением Президиума ФАС России от 13 апреля 2016 г. N 16-5-1/1 в удовлетворении жалобы было отказано, поскольку обжалуемое решение принято в соответствии с требованиями [Закона](#) о защите конкуренции, соответствует практике его применения, не нарушает единообразия применения антимонопольного законодательства антимонопольными органами <1>.

<1> <http://solutions.fas.gov.ru/documents/5471-16-4e86963c-d703-4e78-b023-o295aa136342>.

Подробнее о процедуре внутренней апелляции изложено в [комментарии к ст. 23](#) Закона о защите конкуренции.

5. В [ч. 2 комментируемой статьи](#) указывается, что в случае принятия заявления об обжаловании предписания к производству арбитражного суда исполнение предписания антимонопольного органа приостанавливается до дня вступления решения арбитражного суда в законную силу.

Судебной практикой подчеркивается невозможность широкого толкования юридического факта, с которым связывается момент приостановления исполнения предписания. В частности, судами отмечается, что приостановление действия оспариваемого предписания и, следовательно, приостановление обязанности его исполнять происходит лишь после принятия заявления об обжаловании предписания к производству арбитражного суда, а не после подачи соответствующего заявления в суд <1>.

<1> См., напр.: [Постановление](#) АС МО от 9 июля 2015 г. по делу N А40-15894/14.

Оспаривать решение имеет смысл и в том случае, если в нем установлены факты нарушения антимонопольного законодательства ответчиком, но предписание ему не выдавалось.

Существующая практика обжалования только решения или только предписания при наличии их обоих порождает серьезные правовые проблемы и для суда, и для самих сторон. Если решение признано незаконным, то заинтересованному лицу придется второй раз обращаться в суд для признания незаконным и выданного на его основе предписания, которое само по себе автоматически не утрачивает своей силы в связи с незаконностью решения.

Однако такой подход вряд ли будет разумным.

В случае обжалования решения антимонопольного органа без обжалования предписания срок исполнения предписания не приостанавливается. Следовательно, предписание должно быть исполнено в срок, установленный в данном предписании. В случае неисполнения предписания лицом в указанный срок антимонопольный орган применит меры административной ответственности ([ст. 19.5 КоАП РФ](#)) независимо от стадии обжалования решения при условии, если решение не признано на момент возбуждения дела об административном правонарушении недействительным вступившим в законную силу судебным актом, что подтверждено судебной практикой.

Так, Президиум ВАС РФ, признавая законным Постановление Калужского УФАС России по делу об административном правонарушении ([ч. 2.2 ст. 19.5 КоАП РФ](#)), указал, что, поскольку ни на момент истечения срока исполнения предписания, ни на момент принятия Постановления о привлечении к административной ответственности от 15 апреля 2010 г. по делу N 04-24/2010 общество не обращалось с заявлением в арбитражный суд об оспаривании решения от 27 января 2010 г. и предписания от 27 января 2010 г. N 1 по делу 04-54/2009 и в то же время не устранило нарушение антимонопольного законодательства в установленный срок, у управления имелись правовые основания для привлечения общества к административной ответственности.

Президиум ВАС РФ пришел к выводу о том, что обращение общества в арбитражный суд с заявлением об оспаривании решения и предписания управления после привлечения к административной ответственности в

данном случае не могло служить основанием для приостановления исполнения этого предписания, поскольку указанное заявление подано в суд после истечения срока исполнения <1>.

<1> [Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 7 февраля 2012 г. N 12405/11; аналогичную практику см., напр., в [Постановлении](#) ФАС ЗСО от 2 октября 2013 г. по делу N А45-26975/2012.

Поэтому стандартной ситуацией должно являться комплексное обжалование как решения, так и предписания антимонопольного органа в одном производстве.

Следует также отметить, что положения [ч. 1 ст. 52](#) Закона о защите конкуренции во взаимосвязи с [п. 2 ст. 29](#) АПК РФ не предусматривают возможность самостоятельного обжалования всех актов антимонопольного органа, что не исключает возможности заявить соответствующие возражения на более поздней стадии - при обжаловании в суде принятых по результатам рассмотрения названного дела решения и предписания антимонопольного органа <1>.

<1> См., напр.: [Определение](#) ВС РФ от 3 февраля 2015 г. N 305-КГ14-7756 по делу N А40-37476/2014.

6. На практике также возникает вопрос о том, каким образом исчислять срок исполнения предписания, если ранее он был приостановлен в связи с судебным обжалованием.

Представляется, что ответ на этот вопрос может быть дан в зависимости от существа предписания и установленного срока на его исполнение, поскольку срок, установленный комиссией по рассмотрению дела, в предписании может определяться конкретной датой или периодом времени (год, месяц и т.д.).

Так, при вступлении в законную силу решения (постановления) арбитражного суда о законности предписания, где срок исполнения предписания установлен в виде определенной даты, такое предписание подлежит исполнению в срок, равный периоду, рассчитываемому с даты принятия арбитражным судом заявления об обжаловании предписания к производству (приостановления срока исполнения предписания) и до даты исполнения предписания, которая установлена в соответствующем пункте такого предписания.

Вместе с тем при вступлении в законную силу решения (постановления) арбитражного суда о законности предписания, где срок исполнения предписания установлен в виде периода времени (календарный год, месяц) без указания конкретной даты, такое предписание подлежит исполнению в течение периода времени, исчисляемого с даты вступления в законную силу решения (постановления) арбитражного суда.

Глава 10. ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ И ВСТУПЛЕНИЕ В СИЛУ НАСТОЯЩЕГО ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА

Статья 53. Заключительные положения

Комментарий к [статье 53](#)

1. В [ч. 1 комментируемой статьи](#) представлен перечень актов, утративших силу в связи с принятием [Закона](#) о защите конкуренции.

Из всей совокупности отмененных в связи с принятием настоящего Федерального [закона](#) нормативных правовых актов следует выделить предыдущий закон о конкуренции - [Закон](#) о конкуренции 1991 г.

Исторически первый [Закон](#) о конкуренции в современной России сохранил свое действие только в части понятия "аффилированные лица". Понятие раскрывается путем перечисления признаков (ситуаций), когда то или иное лицо может быть признано аффилированным. Этот перечень в настоящий момент является родовым по отношению к закреплённому в [ст. 9](#) Закона о защите конкуренции понятию "группа лиц".

На сегодняшний день перечень аффилированных лиц несколько устарел по своему наполнению. Например, одно из условий включения лица в список аффилированных отпало в связи с отменой Федерального

[закона](#) от 30 ноября 1995 г. N 190-ФЗ "О финансово-промышленных группах".

Споры о месте этого понятия в системе норм права об аффилированных лицах идут достаточно давно. Одно из предложений - внести это понятие, доработав и упростив его, в состав части первой [ГК](#) РФ для более полного регулирования корпоративных отношений.

2. Поскольку [Закон](#) о защите конкуренции объединил в себе правила регулирования конкуренции как на рынках нефинансовых товаров, так и на финансовых рынках (теперь существует единое понятие "товар" в [ст. 4](#) Закона о защите конкуренции), специальный Федеральный [закон](#) от 23 июня 1999 г. N 117-ФЗ "О защите конкуренции на рынке финансовых услуг" также признан утратившим силу.

3. [Частью 2 комментируемой статьи](#) подчеркивается статус [Закона](#) о защите конкуренции как основополагающего законодательного акта антимонопольного регулирования.

Важно понимать, что в части антимонопольных запретов и ограничений противоречить требованиям [Закона](#) о защите конкуренции не могут не только равнозначные ему по юридической силе иные федеральные законы (например, [Закон](#) о естественных монополиях, [Закон](#) об электроэнергетике, [Закон](#) о недрах и др.), но и подзаконные акты, ранее регулировавшие связанные с конкуренцией отношения (ведомственные приказы и распоряжения, например).

При этом речь не идет об актах уровня субъектов РФ или органов местного самоуправления, поскольку вопросы обеспечения единого экономического пространства на всей территории РФ относятся к исключительному ведению РФ ([ст. ст. 8, 34, 71](#) Конституции РФ).

Более того, в случае принятия такого рода актов неуполномоченным органом власти вступит в действие [ст. 15](#) Закона о защите конкуренции, которая рассматривает эту ситуацию как самостоятельное нарушение антимонопольного законодательства.

4. В настоящее время порядок проведения конкурсов и аукционов регламентирован [Приказом](#) ФАС России от 10 февраля 2010 г. N 67 "О порядке проведения конкурсов или аукционов на право заключения договоров аренды, договоров безвозмездного пользования, договоров доверительного управления имуществом, иных договоров, предусматривающих переход прав в отношении государственного или муниципального имущества, и перечне видов имущества, в отношении которого заключение указанных договоров может осуществляться путем проведения торгов в форме конкурса".

Кроме того, определен перечень видов имущества, в отношении которого заключение договоров, предусматривающих переход прав владения и (или) пользования в отношении государственного или муниципального имущества, может осуществляться путем проведения торгов в форме конкурса (теплосети, метрополитен, инфраструктура поддержки субъектов малого предпринимательства и др.).

Таким образом, отсылка в [ч. 3 комментируемой статьи](#) к Законам [о концессионных соглашениях](#) и [о приватизации](#) фактически утратила силу в связи с изданием ведомственного нормативного правового акта (см. также [комментарий к ст. 17.1](#) Закона о защите конкуренции).

5. Первоначально во исполнение требований [ч. 5 комментируемой статьи](#) сайты для размещения информации о торгах госимуществом соответствовали сайтам подразделений по управлению имуществом того или иного органа власти, а печатные издания отбирались по правилам законодательства о госзакупках. Стандарты раскрытия и публикации в каждом городе и регионе были свои.

Для дальнейшего единообразного регулирования потоков информации был издан [Приказ](#) ФАС России от 14 июля 2010 г. N 400 "Об определении официального сайта Российской Федерации в сети "Интернет" для размещения информации о проведении торгов" (сфера его действия распространялась на федеральные торги, но к этой системе подключались региональные и муниципальные власти). Таким сайтом был определен www.torgi.gov.ru.

Важным шагом стало принятие [Постановления](#) Правительства РФ от 10 сентября 2012 г. N 909 "Об определении официального сайта Российской Федерации в информационно-телекоммуникационной сети "Интернет" для размещения информации о проведении торгов и внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации".

Теперь сайт www.torgi.gov.ru установлен в качестве официального для публикации данных об аукционах на предоставление земельных участков для целей жилищного строительства, развитие застроенной территории, на право пользования участками недр, сведений о приватизации и некоторые другие.

В настоящее время этот портал является основным средством получения заинтересованными лицами информации о торгах государственным и муниципальным имуществом в РФ.

На нем аккумулированы все предложения федеральных органов исполнительной власти, имущественных департаментов регионов, органов местного самоуправления о продаже, предоставлении в аренду государственного и муниципального имущества.

На сайте присутствует также специальный раздел по интеллектуальной собственности, в частности о передаче прав на единую технологию, созданную за счет бюджетных средств.

6. **Часть 6 комментируемой статьи** введена для целей установления законодательного запрета продлевать действие договоров на оказание ряда финансовых услуг.

Особенностью данной нормы является то, что она распространяет свое действие на ранее заключенные договоры (до 6 декабря 2012 г.). Этим, судя по всему, вызвано и вынесение этой нормы из логики [ст. 18](#) комментируемого Закона непосредственно в заключительные положения ([ст. 20](#) Федерального закона от 6 декабря 2011 г. N 401-ФЗ "О внесении изменений в Федеральный закон "О защите конкуренции" и отдельные законодательные акты Российской Федерации").

Напомним, что в действующей редакции [ст. 18](#) Закона о защите конкуренции к перечню договоров об оказании финансовых услуг относились:

- 1) привлечение денежных средств во вклады (депозиты);
- 2) открытие и ведение банковских счетов, осуществление расчетов по этим счетам;
- 3) услуги по ведению реестра владельцев ценных бумаг;
- 4) доверительное управление ценными бумагами;
- 5) негосударственное пенсионное обеспечение.

При этом максимальный срок действия таких договоров, заключенных по результатам проведения конкурса или аукциона для государственных нужд, составляет на сегодняшний день пять лет ([ч. 4 ст. 18](#) Закона о защите конкуренции). В редакции [ст. 18](#) Закона о защите конкуренции до изменений, внесенных третьим антимонопольным [пакетом](#), указанные условия не были приведены.

7. Не стоит опасаться, что договоры, заключенные до 6 декабря 2012 г. в соответствии с предыдущей редакцией [ч. 1 ст. 18](#) Закона о защите конкуренции, подпадут под норму о запрете пролонгации.

Так, согласно упомянутой [ст. 20](#) Федерального закона "О внесении изменений в Федеральный закон "О защите конкуренции" и отдельные законодательные акты Российской Федерации" она распространяет свою обратную силу только на обновленный перечень договоров, заключаемых на торгах.

Например, ранее перечень насчитывал 11 позиций. После принятия третьего антимонопольного [пакета](#) такие финансовые услуги, как страхование ответственности, выдача банковской гарантии, личное страхование и некоторые другие услуги, исключены из перечня, и соответствующие договоры могут быть продлены на общих основаниях, предусмотренных [ГК РФ](#).

8. Следует отметить, что практика пролонгации договоров, заключенных на торгах согласно требованиям [ст. 18](#) Закона о защите конкуренции, существовала и была весьма распространенной среди субъектов, обязанных выбирать на торгах организации, в том числе и для ведения банковских счетов. Несмотря на то что большинство из указанных лиц имеет счета в органах казначейства, возможность выбрать другой банк для них также существует.

Это было связано с тем, что предыдущая редакция нормы [ч. 1 ст. 18](#) Закона о защите конкуренции не содержала допущения заключать такие договоры сроком до пяти лет. Поэтому для заказчиков действовал принцип бюджетного законодательства о годичном сроке планирования закупок и принятии на себя договорных обязательств.

Законодательно предопределенная необходимость перезаключения договора и смены банка, в котором находятся счета органа власти, на ежегодной основе не только приводила к росту расходов на проведение таких торгов и уведомления о смене платежных реквизитов, но и провоцировала фактически продление действия таких договоров.

Эта позиция основывалась на общих положениях гражданского законодательства относительно порядка пролонгации действующих договоров.

Теперь ситуация исправлена и заказчики действуют в следующих условиях:

- договоры, предусмотренные [ч. 1 ст. 18](#) Закона о защите конкуренции, заключаются сроком до пяти лет;
- согласно [ч. 3 ст. 18](#) Закона о защите конкуренции изменение и расторжение таких договоров производится по правилам законодательства о государственных закупках;
- в соответствии с [ч. 6 комментируемой статьи](#) продление срока действия договора за пределами пяти лет и заключение его на новый срок без проведения торгов не допускается.

Представленные особенности заключения договоров с финансовыми организациями со стороны госзаказчиков теперь получили наиболее полное и логичное правовое урегулирование.

Федеральным [законом](#) от 13 июля 2015 г. N 213-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "О свободном порте Владивосток" ст. 53 Закона о защите конкуренции была дополнена [ч. 4.1](#) следующего содержания:

"4.1. На территориях Республики Крым и города федерального значения Севастополя заключение на новый срок договоров, предусматривающих переход прав владения и (или) пользования в отношении государственного или муниципального имущества, заключенных до 18 марта 2014 года, а также заключенных с 18 марта 2014 года до 1 июля 2015 года с субъектами малого и среднего предпринимательства, надлежащим образом исполнившими свои обязанности, осуществляется в порядке и на условиях, предусмотренных [частями 9 - 11 статьи 17.1](#) настоящего Федерального закона. При этом положение [пункта 1 части 9 статьи 17.1](#) настоящего Федерального закона не применяется и размер арендной платы определяется в соответствии с нормативными правовыми актами Республики Крым и города федерального значения Севастополя, принятыми в соответствии с [частью 1 статьи 12.1](#) Федерального конституционного закона от 21 марта 2014 года N 6-ФКЗ "О принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов - Республики Крым и города федерального значения Севастополя".

В настоящее время встречается неоднозначная практика ^{<1>}, опирающаяся на то, что "определяющее значение имеет не наличие в ранее заключенном договоре условия о сроке, а факт заключения его в соответствии с требованиями и порядком, предусмотренными законодательством Российской Федерации, т.е. по результатам проведения торгов".

<1> Дело N А83-692/2015.

В то же время в указанном случае не нашло своего отражения исследование наличия или отсутствия исключений, предусмотренных [п. п. 1 - 16 ч. 1 ст. 17.1](#) Закона о защите конкуренции, установление статуса предыдущего арендодателя, что может быть существенным с учетом [ч. 3 ст. 17.1](#) Закона о защите конкуренции, вопросы правопреемства, в том числе получения арендной платы за предшествовавшие разбирательству последние восемь месяцев.

При этом спорно утверждение о применимости на территориях Республики Крым и города федерального значения Севастополя порядка заключения на новый срок договоров, предусматривающих переход прав

владения и (или) пользования в отношении государственного или муниципального имущества в порядке и на условиях, предусмотренных [ч. ч. 9 - 11 ст. 17.1](#) Закона о защите конкуренции только в отношении договоров, заключенных до 18 марта 2014 г. в соответствии с требованиями и порядком, которые предусмотрены законодательством РФ.

[Часть 4.1 комментируемой статьи](#) достаточно прямо говорит о порядке и условиях заключения договоров на новый срок, а при определении перечня договоров, на которые она распространяется указывает на временной критерий, субъектный состав и объект договора, что очевидно не требует того, чтобы договор, заключаемый на новый срок, ранее заключался по правилам российского законодательства.

Статья 54. Вступление в силу настоящего Федерального закона

Комментарий к [статье 54](#)

Порядок опубликования и вступления в силу федеральных законов установлен Федеральным законом от 14 июня 1994 г. N 5-ФЗ "О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания", в соответствии со [ст. 4](#) которого официальным опубликованием федерального закона считается первая публикация его полного текста в "Парламентской газете", "Российской газете", Собрании законодательства Российской Федерации или первое размещение (опубликование) на официальном интернет-портале правовой информации (www.pravo.gov.ru).

Первоначальный текст [Закона](#) о защите конкуренции опубликован в следующих изданиях: 1) "Российская газета" - N 162 от 27 июля 2006 г.; 2) Собрание законодательства Российской Федерации - N 31 (ч. 1) от 31 июля 2006 г., ст. 3434; 3) "Парламентская газета" - N 126 - 127 от 3 августа 2006 г. Таким образом, днем первого официального опубликования [Закона](#) о защите конкуренции следует считать 27 июля 2006 г.

Согласно [ст. 6](#) Федерального закона от 14 июня 1994 г. N 5-ФЗ федеральные законы вступают в силу одновременно на всей территории России по истечении 10 дней после дня их официального опубликования, если самими законами не установлен другой порядок вступления их в силу. Законодатель воспользовался правом установить другой порядок вступления комментируемого [Закона](#) в силу: по истечении 90 дней после дня его официального опубликования. Таким образом, [Закон](#) о защите конкуренции вступил в силу 26 октября 2006 г.

Полный текст [Закона](#) о защите конкуренции после внесенных в него в последующем изменений официально не публиковался. При определении даты начала действия каждой новой редакции [Закона](#) о защите конкуренции необходимо принимать во внимание позицию КС РФ, изложенную в [Постановлении](#) от 24 октября 1996 г. N 17-П "По делу о проверке конституционности части первой статьи 2 Федерального закона от 7 марта 1996 года "О внесении изменений в Закон РФ "Об акцизах", на основе которой можно сформулировать общее правило: если дата, которой датируется выпуск Собрания законодательства Российской Федерации с текстом федерального закона, совпадает с датой подписания издания в печать, то такая дата не может считаться днем его обнародования, поскольку отсутствует реальная возможность получить информацию о содержании [Закона](#) его адресатами.

По общему правилу [Закон](#) о защите конкуренции и изменения к нему не имеют обратной силы и применяются только к тем отношениям, которые возникли после их вступления в силу. Указанное правило имеет исключения в случаях, когда изменения норм [Закона](#) о защите конкуренции, к которым отсылают бланкетные нормы административного и уголовного законодательства РФ, смягчают или отменяют административную ответственность за административное правонарушение либо иным образом улучшают положение лица, совершившего административное правонарушение ([ч. 1 ст. 1.7](#) КоАП РФ), а также устраняют преступность деяния, смягчают наказание или иным образом улучшают положение лица, совершившего преступление ([ч. 1 ст. 10](#) УК РФ). Такие нормы [Закона](#) о защите конкуренции имеют обратную силу, т.е. распространяются на лиц, совершивших соответствующие деяния до вступления указанной нормы в силу.

В соответствии с [ч. 2 ст. 54](#) Конституции РФ если после совершения правонарушения ответственность за него устранена или смягчена, применяется новый [Закон](#). КС РФ в своем [Определении](#) от 10 июля 2003 г. N 270-О применительно к уголовной ответственности указал, что декриминализация тех или иных деяний может осуществляться не только путем внесения соответствующих изменений в уголовное законодательство, но и путем отмены нормативных предписаний иной отраслевой принадлежности, к которым отсылали бланкетные

нормы уголовного закона, либо ограничения объема уголовно-правового регулирования в результате законодательного признания какого-либо деяния не представляющим общественной опасности, свойственной именно преступлениям, и влекущим на данном основании административную или иную более мягкую ответственность. Данная правовая позиция в полной мере применима к нормам [Закона](#) о защите конкуренции.
