

Новое в понятии доминирующего положения*



С.Н. Носов,
адвокат, управляющий партнер
адвокатского бюро
«НСН Альянс»



Д.М. Малкин,
старший консультант отдела налоговых
и юридических услуг компании
«Эрист энд Янг»

Развитие антимонопольного законодательства в современной России играет значительную роль как в построении конкретного бизнеса, так и в построении рыночной системы взаимоотношений между хозяйствующими субъектами в целом. Необходимо отметить, что это развитие связано с возникновением различных споров в процессе толкования и применения норм антимонопольного права (в том числе арбитражными судами).

Вопросы доминирующего положения и особенно злоупотребления доминирующим положением актуальны в принципе для крупных компаний, осуществляющих предпринимательскую деятельность в России, в частности на рынках продовольственных товаров, оказания услуг сотовой связи и т.д.

Правоприменительная практика арбитражных судов России в отношении определения доминирующего положения на рынке недостаточно широка. Основные вопросы, касающиеся доминирующего положения хозяйствующих субъектов на тех или иных рынках, с недавнего времени определены в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (далее — ВАС РФ) от 25 мая 2010 г. № 16678/09 (далее — постановление № 16678/09). И хотя оно принято по спору, касающемуся рынка нефтепродуктов, необходимо учитывать, что на сегодняшний день это единственная правовая позиция ВАС РФ, которая указывает на критерии определения продуктовых и географических границ рынков, применяемые Федеральной антимонопольной службой.

Таким образом, нельзя исключать возможность применения аналогичной правовой позиции ВАС РФ при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства на иных товарных рынках России.

История вопроса

Федеральная антимонопольная служба отмечает рост оптовых цен на нефтепродукты, который не обусловлен экономическими показателями мирового, а также внутреннего рынка потребления нефтепродуктов. Средняя оптовая цена на автомобильные бензины в Российской Федерации в период с декабря 2007 г. по июнь 2008 г. выросла на 21,2 % (на А-76 — на 26,6 %, АИ-92 — на 24,7 %, АИ-95 — на 19,8 %, АИ-98 — на 13,7 % (данные ИЦ «Кортес»). Вместе с тем среднемесячное потребление автомобильных бензинов в 2008 г. по сравнению с 2007 г. не только не снизилось, но и выросло на 2,1 % (данные ЦДУ ТЭК). Средняя оптовая цена на авиационный керосин в Российской Федерации в период с декабря 2007 г. по июнь 2008 г. выросла на 39 % (данные ИЦ «Кортес»), тогда как среднемесячное потребление авиационного керосина в 2008 г. по сравнению с 2007 г. выросло на 2,8 % (данные ЦДУ ТЭК)¹.

Естественно, что ФАС России не может не реагировать на факты роста цен на нефтепродукты. Кроме того, в адрес Правительства Российской Федерации поступило немало обращений, в том числе от сельхозпроизводителей и представителей различных сегментов бизнеса, о том, что высокие цены на нефтепродукты приводят

* Журнал «Арбитражная практика». 2010. № 12.

¹ Решение ФАС России по делу № 1 10/63-08.

к фактической потере рентабельности в реальных секторах экономики России².

Реакция со стороны ФАС России необходима, но следует учитывать тот факт, что она должна быть законной и обоснованной.

Согласно Программе развития конкуренции в Российской Федерации³ основной проблемой развития конкуренции на рынках нефтепродуктов является то, что эти рынки разделены между несколькими вертикально интегрированными нефтяными компаниями (далее — ВИНК) по территориальному признаку.

Потенциально конкурентный сегмент оптового рынка нефтепродуктов искусственно сужен: ВИНК, владеющие более чем 80 % ресурсов нефтепродуктов, не торгуют друг с другом, не конкурируют в регионах и могут устанавливать дискриминационные условия для других участников рынка.

Согласно докладу о состоянии конкуренции в Российской Федерации за 2009 г., подготовленному ФАС России, доля четырех ВИНК на оптовых рынках авиакеросина, мазута и автомобильных бензинов превышает 70 %.

Оценка позиции Президиума ВАС РФ

Постановление № 16678/09 имеет на данный момент ключевое значение в практике применения антимонопольного законодательства.

Суть спора, возникшего между нефтяной компанией (далее — Компания) и ФАС России, заключается в следующем.

На основании материалов, поступивших из различных федеральных органов государственной власти, а также от граждан Российской Федерации, ФАС России провела проверку соблюдения законодательства на оптовом рынке реализации нефтепродуктов.

В результате проведенной проверки были установлены нарушения антимонопольного законодательства, допущенные четырьмя российскими ВИНК. По результатам проверки в отношении четырех ВИНК были вынесены решения о привлечении к ответственности и предписания.

Все ВИНК обратились в арбитражные суды с исками о признании вынесенных решений ФАС России недействительными.

Доминирующее положение

В основу решения ФАС России был положен анализ, проведенный ею в 2008 г. По его результатам установлено следующее.

Четыре крупнейшие российские ВИНК имеют на оптовом рынке Российской Федерации:

- доли автомобильных бензинов в размере 21,61 %, 14,73 %, 23,23 % и 15,87 % соответственно;
- доли авиационного керосина в размере 21,47 %, 26,30 %, 15,94 % и 15,46 % соответственно.

Доля каждой ВИНК на оптовых рынках автомобильных бензинов и авиационного топлива составляет более 8 %, а также превышает доли других хозяйствующих компаний на указанных товарных рынках в Российской Федерации.

Совокупная доля четырех ВИНК на оптовом рынке автомобильных бензинов в Российской Федерации составляет 73,44 % (т.е. превышает 70 %). Совокупная доля четырех ВИНК на оптовом рынке авиационного керосина в Российской Федерации составляет 79,26 %.

При этом, как отмечает ФАС России, в период с 2007 г. по первое полугодие 2008 г. относительные размеры долей указанных хозяйствующих субъектов были подвержены малозначительным изменениям, доступ новых конкурентов на оптовые рынки автомобильных бензинов, авиационного керосина, дизельного топлива и мазута в Российской Федерации был затруднен.

Таким образом, ФАС России признала каждую нефтяную компанию в отдельности компанией, занимающей доминирующее положение на рынке оптовой торговли нефтепродуктами совместно с другими ВИНК на территории Российской Федерации.

Согласно долям четырех ВИНК, приведенным в анализе, каждая компания занимает доминирующее положение на рынке, поскольку применительно к ней выполняются три обязательных условия, предусмотренных статьей 5 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Федеральный закон «О защите конкуренции»).

² С. 5 решения ФАС России по делу № 1 10/63-08.

³ Утверждена распоряжением Правительства Российской Федерации от 19 мая 2009 г. № 691-р // http://www.economy.gov.ru/minec/activity/sections/concuration/programconcur/doc091228_1644.

В основу оспариваемого Компанией решения был положен расчет, проведенный на основании определения товарных и географических границ рынка. Правомерность этого определения и оспаривала Компания. Порядок проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарных рынках утвержден приказом ФАС России от 25 апреля 2006 г. № 108 (далее — порядок № 108).

Основные аспекты дела

В основу правовой позиции Компании были положены следующие аргументы:

- ФАС России неправомерно включила в понятие «автомобильные бензины» бензины, производимые под марками А-76, АИ-92, -95, -98, так как исходя из их функционального назначения, применения и качественных характеристик их нельзя рассматривать как взаимозаменяемые товары;
- ФАС России неправомерно признала в качестве географических границ рынка всю территорию Российской Федерации по причине того, что Компания не осуществляет деятельность на территории нескольких субъектов Российской Федерации.

Приведенные аргументы Компании основаны на порядке № 108, а также на Методических указаниях по исследованию состояния конкуренции на оптовом рынке.

Таким образом, вопрос об определении продуктовых и географических границ товарных рынков автомобильных бензинов и авиационного керосина стал предметом рассмотрения Президиума ВАС РФ.

Суд отметил, что при исследовании товарного рынка, на котором продавец, занимающий доминирующее положение, продает товар своим дочерним компаниям, метод, предусмотренный подпунктом «а» пункта 5 порядка № 108, не может предопределять результаты анализа и оценки состояния конкурентной среды.

Также надзорная инстанция указала, что определение границ товарного рынка представляет собой этапы анализа, результаты проведения которых должны оцениваться применительно к статьям 4 и 5 Федерального закона «О защите конкуренции» в совокупности с информацией и сведениями, полученными при проведении всех установленных процедур.

Определение товарных и географических границ рынка

Президиум ВАС РФ пришел к выводу, что географическими границами рынка является территория Российской Федерации, поскольку реализация нефтепродуктов производилась во всех субъектах Российской Федерации совместно доминирующими вертикально интегрированными субъектами.

Также суд отметил, что факт оптовой реализации автомобильных бензинов внутри группы лиц не означает, что входящие в эту группу лиц хозяйствующие субъекты утрачивают самостоятельность в гражданских отношениях.

Надзорная инстанция выделила следующие основные позиции:

- ФАС России правомерно признала, что географическими границами рынка следует считать всю территорию Российской Федерации, поскольку группа ВИНК осуществляет свою деятельность на всей территории России;
- ФАС России правомерно определила доминирующее положение четырех ВИНК в соответствии с частью третьей статьи 5 Федерального закона «О защите конкуренции»;
- факт реализации товаров внутри группы лиц не означает, что входящие в эту группу хозяйствующие субъекты утрачивают самостоятельность в гражданско-правовых отношениях, и не может являться основанием для вывода об отсутствии рынка;
- наличие возможности у хозяйствующего субъекта реализовывать товар с соблюдением норм Федерального закона «О защите конкуренции» и несоблюдение этих норм в виде злоупотребления доминирующим положением являются достаточными для признания общества виновным.

Таким образом, на данный момент ВАС РФ сформировал правовую позицию по применению порядка № 108, статей 4, 5, 10 Федерального закона «О защите конкуренции» в отношении ВИНК при оптовой реализации автомобильных бензинов и авиационного керосина. Также ВАС РФ признал законным включение групп бензинов (А-76, АИ-92, -95, -98) в группу «автомобильные бензины». Следовательно, анализ, проведенный ФАС России, а также методика, выработанная службой, соответствуют требованиям Федерального закона «О защите конкуренции».

Особенности формирования цен, которые не были предметом рассмотрения ВАС РФ

Признание групп бензинов от А-76 до АИ-98 взаимозаменяемыми без соответствующего экспертного заключения представляется достаточно спорным.

Согласно статье 26.4 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, если при производстве по делу об административном правонарушении возникает необходимость в использовании специальных познаний в науке, технике, искусстве или ремесле, орган, в производстве

которого находится дело, вправе вынести определение о назначении экспертизы. Аналогичная норма содержится и в статье 82 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Для полного и всестороннего разрешения спора в порядке арбитражного процесса заключение эксперта по вопросам, которые требуют специальных знаний, может являться единственным доказательством того или иного обстоятельства.

В рамках рассмотренного ВАС РФ дела экспертиза могла бы определить, являются ли автомобильные бензины марок А-76, АИ-92, -95, -98

взаимозаменяемыми товарами по смыслу Федерального закона «О защите конкуренции».

Представляется, что проведение подобной экспертизы в будущем позволит укрепить доказательственную базу как для ФАС России, так и для хозяйствующего субъекта.

Следует отметить, что содержащееся в постановлении № 16678/09 толкование норм является общеобязательным и подлежит применению при рассмотрении арбитражными судами аналогичных дел.

На первый взгляд, практика применения Федерального закона «О защите конкуренции» в отношении ВИНК сформирована. Тем не менее другим участникам дела, арбитражным судам, а также самой ФАС

России следует обратить внимание на то, что за рамками рассмотрения данного дела осталось много неиспользованных мер защиты и аргументов, которые Компания могла бы привести в обоснование своей правовой позиции.

Так, Президиум ВАС РФ указал на то, что Компания не представила каких-либо доказательств экономической обоснованности оптовых цен на нефтепродукты, установленных внутри группы. Аналогичный вывод содержится в решении ФАС России № 110/63-08: «...существенное и протяженное во времени повышение цен нефтяной

На сегодняшний день Президиум ВАС РФ вынес всего одно постановление, в котором высказал позицию о критериях определения границ товарных рынков.

ОПРЕДЕЛЕНИЕ ДОМИНИРУЮЩЕГО ПОЛОЖЕНИЯ

Согласно части третьей статьи 5 Федерального закона «О защите конкуренции» доминирующим признается положение каждого хозяйствующего субъекта из нескольких хозяйствующих субъектов (за исключением финансовой организации), применительно к которому выполняются в совокупности следующие условия:

1) совокупная доля не более чем пяти хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает 70 % (это положение не применяется, если доля хотя бы одного из указанных хозяйствующих субъектов менее чем 8 %);

2) в течение длительного периода (в течение не менее чем одного года или, если такой срок составляет менее

чем один год, в течение срока существования соответствующего товарного рынка) относительные размеры долей хозяйствующих субъектов неизменны или подвержены малозначительным изменениям, а также доступ на соответствующий товарный рынок новых конкурентов затруднен;

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

компанией не было вызвано какими-либо объективными причинами и обстоятельствами. Ни в материалах дела, ни в устных объяснениях представителей нефтяной компании не содержатся достоверные сведения и доказательства, свидетельствующие о наличии объективных факторов, повлекших за собой установление столь высоких цен на нефтепродукты в рассматриваемый период.

Не могли обусловить рост цен на автомобильные бензины, дизельное топливо, мазут и авиационный керосин изменения в исчислении или ставках акцизов, поскольку для автомобильных бензинов и дизельного топлива в 2007 и 2008 годах эти ставки оставались неизменными и в соответствии со статьей 193 Налогового кодекса Российской Федерации их повышение в ближайшие 3 года также не планируется».

Следовательно, можно с уверенностью сказать, что на данный момент правоприменительная практика в отношении экономической обоснованности ценообразования внутри группы не выработана.

Представляется целесообразным как для ФАС России, так для хозяйствующих субъектов при рассмотрении дел по статье 10 Федерального закона «О защите конкуренции» учитывать:

- применение методов трансфертного ценообразования по концепции ОЭСР;
- применение правил ценообразования согласно Налоговому кодексу Российской Федерации (а в скором времени, возможно, и новых методов трансфертного ценообразования⁴);
- наличие оценки независимой организации-оценщика, подтверждающей экономическую обоснованность применения цен.

Для полного и всестороннего разрешения спора в порядке арбитражного процесса заключение эксперта по вопросам, которые требуют специальных знаний, может являться единственным доказательством того или иного обстоятельства.

Выводы и рекомендации

Антимонопольное законодательство современной России находится в процессе реформирования и развития. Многие вопросы вызывают сегодня неоднозначную правовую оценку со стороны как правоприменителей, так и хозяйствующих субъектов.

Однако при разрешении споров, связанных с привлечением к ответственности, суд основывает

ся на конституционном положении о том, что все неустранимые сомнения в виновности лица толкуются в пользу обвиняемого. Указанный принцип содержит также и часть четвертая статьи 1.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Как неоднократно указывал Конституционный Суд Российской Федерации, «общеправовой критерий определенности, ясности, недвусмысленности правовой нормы вытекает из конституционного принципа равенства всех перед законом и судом (статья 19, часть 1, Конституции Российской Федерации), поскольку такое равенство может быть обеспечено лишь при условии единообразного понимания и толкования нормы всеми правоприменителями. Неопределенность содержания правовой нормы, напротив, допускает возможность неограниченного усмотрения в процессе правоприменения и неизбежно ведет к произволу, а значит — к нарушению принципов равенства, а также верховенства закона»⁵. Указанный принцип закреплен также в статье 8 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

При вынесении решения о виновности лица компетентным органам следует учитывать конституционный принцип определенности правовой нормы, применение которой может служить одним из оснований для привлечения к ответственности.

Таким образом, можно сделать следующий вывод: в деле нефтяной компании ряд важных вопросов не был предметом судебного рассмотрения, следовательно, на данный момент нельзя с уверенностью утверждать, что все дела с участием ФАС России и ВИНК будут рассмотрены «по образу и подобию» названного дела в случае дополнительной аргументации со стороны ФАС России или ВИНК. □

⁴ См. проект федерального закона № 305289-5 «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации... в связи с совершенствованием принципов определения цен для целей налогообложения».

⁵ См. постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 15 июля 1999 г. № 11-П, от 14 июля 2005 г. № 9-П, от 16 июля 2004 г. № 14-П, от 25 февраля 2004 г. № 4-П, от 11 ноября 2003 г. № 16-П, от 22 июля 2002 г. № 14-П, от 25 апреля 2001 г. № 6-П, от 31 января 2008 г. № 2-П.