



ФЕДЕРАЛЬНАЯ
АНТИМОНОПОЛЬНАЯ
СЛУЖБА
(ФАС России)

ЗАМЕСТИТЕЛЬ
РУКОВОДИТЕЛЯ

Садовая Кудринская, 11
Москва, Д-242, ГСП-3, 125993
тел. (499) 755-23-23, факс (499) 755-23-24
delo@fas.gov.ru <http://www.fas.gov.ru>

Руководителям территориальных
органов ФАС России

25.12.2018 № СП/106430/18

На № _____ от _____

О некоторых вопросах, возникающих
при рассмотрении дел о нарушении
антимонопольного законодательства,
выдаче и исполнении предупреждений

По итогам анализа представленной территориальными органами ФАС России информации по проблемным вопросам, возникающим у территориального органа при выдаче предупреждений, судебной практики, а также практики Центрального аппарата ФАС России за период с 01.06.2017 по 30.06.2018 во исполнение пункта 1 Плана оказания методической помощи территориальным органам в 2018 году, утвержденного Приказом ФАС России от 19.04.2018 № 508/18, ФАС России подготовлены разъяснения о некоторых вопросах, возникающих при выдаче и исполнении предупреждений о прекращении действий (бездействии), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства.

1. Согласно части 2 статьи 39¹ Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее - Закон о защите конкуренции) предупреждение выдается лицам в случае выявления признаков нарушения антимонопольного законодательства. В соответствии с частью 2 статьи 39¹ Закона о защите конкуренции принятие антимонопольным органом решения о возбуждении дела о нарушении пунктов 3, 5, 6 и 8 части 1 статьи 10, статьей 14¹, 14², 14³, 14⁷, 14⁸ и 15 Закона о защите конкуренции без вынесения предупреждения и до завершения срока его выполнения не допускается.

Подход о недопустимости принятия антимонопольным органом решения о возбуждении дела о нарушении по признакам указанных выше нарушений без вынесения предупреждения и до завершения срока его выполнения нашел свое



отражение в письме ФАС России № ИА/74666/15 от 24.12.2015 «О применении «четвёртого антимонопольного пакета».

Хозяйствующему субъекту должна быть предоставлена возможность исполнения предупреждения в целях избежания привлечения его к публично-правовой ответственности (постановление АС Волго-Вятского округа от 31.03.2016 по делу № А82-2591/2015, решение Апелляционной коллегии ФАС России от 03.05.2018 по жалобе ООО «Инновационные технологии» на решение территориального антимонопольного органа по делу № 08-171/2017).

2. Согласно позиции Президиума Верховного Суда Российской Федерации, изложенной в Обзоре по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере, от 16 марта 2016 года, предупреждение должно содержать:

- выводы 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;
- разумный срок их выполнения.

Предупреждение подлежит обязательному рассмотрению лицом, которому оно выдано, в срок, указанный в предупреждении. Антимонопольный орган должен быть уведомлен о выполнении предупреждения в течение трех дней со дня окончания срока, установленного для его выполнения.

При этом предупреждение должно содержать ясно сформулированные и заведомо исполнимые требования, не допускающие неоднозначное толкование.

Отсутствие в предупреждении четкого перечня действий, которые следует совершить лицу, которому оно выдано в целях прекращения нарушения антимонопольного законодательства, устранения причин и условий, способствовавших возникновению такого нарушения, может служить основанием для его отмены (постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 27.04.2018 по делу № А31-1088/2017).

Целями выдачи предупреждения в соответствии со статьей 39¹ являются:

- пресечение действий (бездействия), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции и (или) ущемлению интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо ущемлению интересов неопределенного круга потребителей;
- устранение причин и условий, способствовавших возникновению такого нарушения, и принятие мер по устранению последствий такого нарушения.

При решении вопроса о необходимости выдачи предупреждения следует иметь в виду, что предупреждение об устранении признаков нарушения

антимонопольного законодательства не может быть выдано, если действия (бездействие), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства, на момент принятия решения о выдаче предупреждения прекращены.

Вместе с тем, если последствия нарушения продолжают существовать, то антимонопольный орган обязан выдать предупреждение об устранении причин и условий, способствовавших возникновению такого нарушения, и о принятии мер по устранению последствий такого нарушения.

3. Предупреждение должно обладать признаком исполнимости.

Так, например, в целях пресечения действий органов местного самоуправления по передаче объектов теплоснабжения, водоснабжения, водоотведения без проведения обязательного конкурса целесообразно выдавать предупреждения не только о необходимости отмены решения о заключении соглашения о передаче вышеуказанных объектов, но и о принятии мер по устранению последствий такого нарушения, а именно по возврату незаконно переданного имущества (письмо ФАС России от 26.02.2018 № ВК/12509/18).

Указанная позиция подтверждается следующими судебными актами ВС РФ: определение №306-КГ15-10666 от 07.12.2015 по делу № А65-18315/2014; определение ВС РФ № 306-КГ16-10230 от 10.11.2016 по делу №А65-23671/2015; постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 01.12.2016 по делу № А65-14698/2016.

4. Возможность отмены, пересмотра по новым или вновь открывшимся обстоятельствам ранее выданного предупреждения Законом о защите конкуренции, приказом ФАС России от 25.05.2012 № 339 «Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства Российской Федерации», приказом ФАС России от 22.01.2016 № 57/16 «Об утверждении порядка выдачи предупреждения о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства» не предусмотрена.

По смыслу положений части 2 статьи 39, статьи 44 Закона о защите конкуренции необходимым условием для возбуждения антимонопольным органом дела является наличие в действиях лица признаков нарушения антимонопольного законодательства.

Поскольку возможность отмены или отзыва выданного предупреждения Законом о защите конкуренции не предусмотрена, в ситуации, когда предупреждение было выдано по признакам нарушения антимонопольного законодательства и не исполнено, но при подготовке заключения по результатам правовой экспертизы антимонопольный орган, изучив имеющиеся документы и материалы (в том числе дополнительно представленные), пришел к выводу о том, что признаки нарушения антимонопольного законодательства на момент выдачи предупреждения отсутствовали, следует принять решение об отказе в возбуждении

дела о нарушении антимонопольного законодательства в соответствии с пунктом 2 части 9 статьи 44 Закона о защите конкуренции.

5. При исполнении предупреждения после истечения установленного в нем срока необходимо исходить из следующего.

В силу положения части 7 статьи 39¹ Закона о защите конкуренции при условии выполнения предупреждения дело о нарушении антимонопольного законодательства не возбуждается и лицо, выполнившее предупреждение, не подлежит административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства, в связи с его устранением.

С учетом данного положения, в случае исполнения предупреждения и поступления информации об этом в антимонопольный орган после истечения установленного в нем срока, но до возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства такое дело не может быть возбуждено, а заявителю (при его наличии) на основании пункта 7 части 9 статьи 44 Закона о защите конкуренции должно быть направлено решение об отказе в возбуждении дела в связи с устранением признаков нарушения антимонопольного законодательства.

6. В случаях, когда суд первой инстанции отменяет предупреждение антимонопольного органа, а дело о нарушении антимонопольного законодательства уже возбуждено в соответствии с частью 8 статьи 39¹ Закона о защите конкуренции, комиссия по рассмотрению дела вправе приостановить рассмотрение данного дела до завершения судебных разбирательств в соответствии с пунктом 1 части 3 статьи 47 Закона о защите конкуренции.

При этом, если судом принято решение об отмене предупреждения, необходимо провести анализ оснований отмены предупреждения:

- если судебными актами, вступившими в законную силу, установлено отсутствие признаков правонарушения - рассмотрение дела подлежит прекращению (пункт 1 части 1 статьи 48 Закона о защите конкуренции);

- если судебными актами, вступившими в законную силу, установлено, что при выдаче предупреждения антимонопольным органом были допущены процессуальные нарушения или не было доказано доминирующее положение, следует устранить указанные недостатки и выдать в рамках рассмотрения дела предупреждение, отложить рассмотрение дела на срок, установленный для исполнения предупреждения, при его исполнении дело прекратить, при неисполнении - принять решение, признать факт нарушения и выдать предписание (часть 3 статьи 39¹ Закона о защите конкуренции).

7. По вопросу проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке перед выдачей предупреждения необходимо руководствоваться следующим.

Предупреждение по пунктам 3, 5, 6, 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции выдается только хозяйствующему субъекту, занимающему доминирующее положение на определенном товарном рынке. Перед выдачей

предупреждения по указанным пунктам требуется проведение анализа состояния конкуренции на соответствующем рынке (определение Конституционного Суда Российской Федерации от 27.10.2015 № 2541-О, разъяснение Президиума ФАС России от 07.06.2017 № 8 «О применении положений статьи 10 Закона о защите конкуренции»).

При этом Порядок проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденный Приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220, не содержит обязанности по проведению анализа товарного рынка в целях выдачи предупреждения, кроме как по части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции. В связи с чем, в случае выдачи предупреждения о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства, по статьям 14¹, 14², 14³, 14⁷, 14⁸, 15 Закона о защите конкуренции проведение анализа состояния конкуренции на товарном рынке не требуется (постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 25.09.2017 по делу № А66-11162/2016).

8. По вопросу выдачи предупреждения о прекращении нарушения антимонопольного законодательства потенциальному участнику рынка, в частности связанного с недобросовестной конкуренцией, позиция ФАС России заключается в следующем.

Лицо, фактически не осуществляющее деятельность на товарном рынке, но имеющее потенциальную возможность выхода на рынок, может быть признано свершившим акт недобросовестной конкуренции.

Указанная позиция нашла свое отражение в решении Апелляционной коллегии ФАС России от 26.10.2017 по жалобе на решение по делу № 06-01-13-14-16. В частности, в решении указано, что любой хозяйствующий субъект, из действий которого следует намерение использовать объект интеллектуальной собственности другого хозяйствующего субъекта (правообладателя) в отсутствие его согласия в целях получения конкурентных преимуществ, может быть расценен как хозяйствующий субъект-конкурент.

9. При определении разумного срока выполнения предупреждения следует исходить из того, что хозяйствующему субъекту должно быть предоставлено время для исполнения предупреждения, соразмерное указанным в предупреждении действиям, которые хозяйствующий субъект должен совершить для исполнения предупреждения, но не менее 10 дней (часть 5 статьи 39¹ Закона о защите конкуренции). Поскольку названная норма Закона о защите конкуренции не содержит указания на рабочие дни, установленный в ней срок следует исчислять календарными днями в соответствии со статьями 190, 191 Гражданского кодекса Российской Федерации.

По большей части в практике антимонопольного органа используется указание на срок исполнения предупреждения «в течение 10 дней с момента получения данного предупреждения». При этом, в силу части 3 статьи 54 ГК РФ юридическое

лицо несет риск последствий неполучения юридически значимых сообщений, доставленных по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц, а также риск отсутствия по указанному адресу своего органа или представителя. Сообщения, доставленные по адресу, указанному в едином государственном реестре юридических лиц, считаются полученными юридическим лицом, даже если оно не находится по указанному адресу.

Указанная позиция подтверждается судебной практикой: постановление Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 61 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с достоверностью адреса юридического лица», постановление АС Северо-Кавказского округа от 17.03.2016 по делу № А32-20844/2015; постановление АС Уральского округа от 29.02.2016 по делу № А60-35313/2015; постановление АС Дальневосточного округа от 10.07.2017 по делу № А04-9709/2016.

Вместе с тем, иные указания срока исполнения предупреждения при обеспечении минимального десятидневного срока также допустимы на практике.

10. В случае обращения хозяйствующего субъекта с ходатайством о продлении срока исполнения предупреждения до его истечения возбуждение дела без рассмотрения по существу заявленного ходатайства может послужить основанием для отмены принятого по результатам рассмотрения такого дела решения (постановление АС Западно-Сибирского округа от 21.12.2015 по делу № А75-3234/2015; постановление АС Московского округа от 01.02.2018 по делу № А40-70986/2017). При поступлении такого ходатайства следует дать оценку его обоснованности, в том числе исходя из наличия/отсутствия объективных причин невозможности исполнения предупреждения в установленный срок, и письменно уведомить заявителя о принятом по ходатайству решении. Ответ по результатам рассмотрения ходатайства должен быть направлен хозяйствующему субъекту до возбуждения дела.

Вопросы оформления решения о продлении срока выполнения предупреждений о прекращении нарушений, связанных со злоупотреблением доминирующим положением, были раскрыты в Разъяснении Президиума ФАС России от 07.06.2017 № 8 «О применении положений статьи 10 Закона о защите конкуренции».

11. В случае установления факта предоставления в антимонопольный орган недостоверной информации об исполнении предупреждения после принятия решения об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства истечение установленного частью 8 статьи 39¹ Закона о защите конкуренции срока в десять рабочих дней не является препятствием для возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства в связи с неисполнением предупреждения.

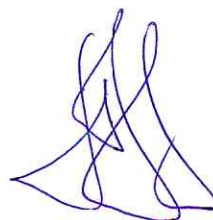
12. По вопросу о возможности предоставления антимонопольным органом разъяснений предупреждения по ходатайству лица, которому оно выдано, необходимо руководствоваться следующим.

В Разъяснении Президиума ФАС России от 07.06.2017 № 8 «О применении положений статьи 10 Закона о защите конкуренции» закреплено, что для достижения целей выдачи предупреждения антимонопольный орган вправе предоставить по собственной инициативе или по письменному ходатайству хозяйствующего субъекта, которому выдано предупреждение, разъяснения предупреждения, которые не должны выходить за пределы предупреждения и расширять содержащиеся в нем требования.

Указанное положение в части возможности разъяснения предупреждения антимонопольного органа может быть применимо и к предупреждениям, выданным по иным статьям Закона о защите конкуренции в соответствии с частью 2 статьи 39¹ Закона о защите конкуренции.

Без изменения содержания предупреждения возможно исправить и допущенные в нем описки, опечатки и арифметические ошибки. Опечатки, допущенные в тексте предупреждения, можно исправить путем направления соответствующего письма за подписью лица, выдавшего предупреждение.

В случае направления разъяснений предупреждения, а также писем об исправлении описок или опечаток срок исполнения предупреждения с учетом характера разъяснений может быть продлен.



С.А. Пузыревский