

Утверждено протоколом
Президиума ФАС России
от 10.04.2019 № 3

ФЕДЕРАЛЬНАЯ АНТИМОНОПОЛЬНАЯ СЛУЖБА

Разъяснение № 17

«Об отдельных вопросах анализа состояния конкуренции»

Настоящие Разъяснения подготовлены в целях единообразного применения антимонопольного законодательства при проведении анализа состояния конкуренции.

Настоящие Разъяснения дополняют ранее изданные Президиумом ФАС России разъяснения по вопросам применения антимонопольного законодательства с учетом обязательности проведения анализа состояния конкуренции при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства и должны применяться в совокупности с такими разъяснениями, в частности: Разъяснением № 1 Президиума ФАС России «Определение монопольно высокой и монопольно низкой цены товара», Разъяснением № 3 Президиума ФАС России «Доказывание недопустимых соглашений (в том числе картелей) и согласованных действий на товарных рынках, в том числе на торгах», Разъяснением Президиума ФАС России № 8 «О применении положений статьи 10 Закона о защите конкуренции», Разъяснением ФАС России № 15 «О привлечении к ответственности за злоупотребления доминирующим положением хозяйствующих субъектов, признанных коллективно доминирующими».

1. Общие положения

В соответствии со статьей 1 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) закон определяет организационные и правовые основы защиты конкуренции, в том числе предупреждения и пресечения:

- 1) монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции;
- 2) недопущения, ограничения, устранения конкуренции федеральными органами исполнительной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, иными осуществляющими функции указанных органов органами или организациями, а также государственными внебюджетными фондами, Центральным банком Российской Федерации.

При этом определение конкуренции содержится в пункте 7 статьи 4 Закона о защите конкуренции и определяется 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.

Определение товарного рынка, в свою очередь, дано в пункте 4 статьи 4 Закона о защите конкуренции и под ним понимается сфера обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров (далее - определенный товар), 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.

Из названной нормы закона следует, что в основе применения положений антимонопольного законодательства находится необходимость определения товарного рынка, на котором возможно или в действительности

происходит ограничение, недопущение или устранение конкуренции.

На необходимость проведения анализа состояния конкуренции указывает ряд положений антимонопольного законодательства.

Так, из положений части 5¹ статьи 45 Закона о защите конкуренции следует, что при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган проводит анализ состояния конкуренции в объеме необходимом для принятия решения о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства.

Таким образом, анализ состояния конкуренции и, соответственно, составление по его результатам аналитического отчета (обзора состояния конкуренции) является обязательным этапом рассмотрения каждого дела о нарушении антимонопольного законодательства вне зависимости от состава вменяемого нарушения.

При этом, результаты анализа состояния конкуренции частью 4 статьи 45¹ Закона о защите конкуренции отнесены к одному из письменных доказательств по делу и сами по себе не определяют установление факта наличия (отсутствия) нарушения антимонопольного законодательства, а оцениваются комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства наряду с другими доказательствами.¹

Лица, участвующие в деле о нарушении антимонопольного законодательства вправе знакомиться с материалами такого дела, в т. ч. с анализом состояния конкуренции (с аналитическим отчетом (обзором), составленным по результатам анализа состояния конкуренции на товарном рынке) (определение Верховного Суда Российской Федерации от 13.01.2015 № 308-КГ14-7832 по делу № А53-2953/2014).

Исходя из положений части 4 статьи 44 Закона о защите конкуренции, при рассмотрении заявления, материалов, указывающих на наличие

¹ Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 14.09.2017 № АПЛ17-290 «Об оставлении без изменения решения Верховного Суда РФ от 22.05.2017 № АКПИ17-182».

признаков нарушения статьи 10 Закона о защите конкуренции, антимонопольному органу до принятия решения о возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства надлежит провести анализ состояния конкуренции на товарном рынке и установить доминирующее положение хозяйствующего субъекта, в отношении которого поданы эти заявление, материалы, за исключением случая, если антимонопольный орган принимает решение об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства по основаниям, предусмотренным частью 9 статьи 44 Закона о защите конкуренции. Кроме того, как следует из норм Закона о защите конкуренции, 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.

Соответственно, перед выдачей предупреждения по указанным пунктам, а также перед возбуждением дела по признакам нарушения запретов, предусмотренных статьей 10 Закона о защите конкуренции, требуется проведение анализа состояния конкуренции на соответствующем рынке.

Для квалификации действий или бездействия хозяйствующего субъекта как запрещенных в силу статьи 10 Закона о защите конкуренции необходимо, чтобы хозяйствующий субъект на момент их совершения занимал доминирующее положение на товарном рынке.

Предупреждение в период рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства в случае выявления признаков нарушения пунктов 3, 5, 6 и 8 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции может быть выдано также только после установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта по результатам проведения необходимого для этого анализа состояния конкуренции.

На необходимость проведения анализа состояния конкуренции указывают следующие положения законодательства.

Так, в частности, пунктом 1.1 Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденного приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220 (далее – Порядок), установлено, что Порядок разработан на основании Федерального закона «О защите конкуренции» и используется для анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта (хозяйствующих субъектов) и выявления иных случаев недопущения, ограничения или устранения конкуренции, в том числе:

а) при рассмотрении дел о нарушениях антимонопольного законодательства;

б) при принятии решений в рамках государственного контроля за экономической концентрацией согласно главе 7 Закона о защите конкуренции, за исключением рассмотрения сделок и иных действий, которые осуществляются внутри группы лиц;

в) при решении вопросов о принудительном разделении (выделении) коммерческих и некоммерческих организаций, осуществляющих предпринимательскую деятельность, в соответствии со статьей 38 Закона о защите конкуренции.

На необходимость анализа состояния конкуренции как обязательного этапа принятия соответствующего решения антимонопольным органом указывает пункт 3.33 Административного регламента Федеральной антимонопольной службы 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 Российской Федерации, утвержденного приказом ФАС России от 20.09.2007 года № 294.

Цель проведения анализа состояния конкуренции определяется исходя из функций/полномочий антимонопольного органа, в рамках осуществления которых такой анализ проводится.

2. Этапы анализа состояния конкуренции

Пунктом 1.3 Порядка предусмотрены соответствующие этапы проведения анализа состояния конкуренции и особенности проведения анализа для отдельных категорий дел.

В соответствии с данным пунктом основными этапами проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке являются:

- 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, предусмотренного в пункте 12.5 настоящего Порядка;
- и) оценка состояния конкуренции на товарном рынке;
- к) составление аналитического отчета.

Анализ состояния конкуренции на товарном рынке необходимо осуществлять в указанной Порядком последовательности, так как качество реализации последующих этапов напрямую зависит от реализации предыдущих.

Нарушение данной последовательности или непроведение какого-либо из перечисленных этапов может привести к некорректным выводам о

границах товарного рынка или о состоянии конкуренции на нем, и как следствие, может явиться основанием для признания аналитического отчета в целом не соответствующим Порядку.

О недопустимости исключать какие-либо этапы анализа при рассмотрении дел о нарушениях антимонопольного законодательства, в частности, указано в постановлении Президиума ВАС РФ № 1162/13².

Только в предусмотренных Порядком случаях количество этапов проведения анализа состояния конкуренции может быть иным.

Отдельные пункты Порядка, предусматривающие особенности проведения анализа для отдельных категорий дел, определяют ровно то количество этапов, которое необходимо и целесообразно для принятия решения о наличии (отсутствии) того или иного нарушения антимонопольного законодательства.

Порядок предусматривает особенности проведения анализа состояния конкуренции по делам, возбужденным по признакам нарушения статей 11, 14¹ - 14⁸, 15, 16, 17, 17¹ и 18 Закона о защите конкуренции, которые содержатся в пунктах 10.3 – 10.9 Порядка.

Закон о защите конкуренции не содержит предписаний, обязывающих антимонопольный орган в таких случаях анализировать состояние конкуренции в полном объеме.

Так, при рассмотрении дела, возбуждённого по признакам нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, анализ состояния конкуренции проводится антимонопольным органом в объёме, установленном пунктом 10.9 Порядка, что обусловлено особенностями конкуренции хозяйствующих субъектов, участвующих в торгах либо отказавшихся от участия в торгах в результате соглашения, но соответствующих требованиям к участникам торгов, которые предусмотрены документацией о торгах.

² постановление Президиума ВАС РФ от 30.07.2013 № 1162/13 по делу № А03-1338/2012.

Вместе с тем, устанавливая обязательность определенных этапов анализа, законодательство не ограничивает деятельность антимонопольного органа при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства, который в зависимости от конкретных обстоятельств, включая мнения, пояснения и ходатайства лиц, участвующих в деле, и в соответствии с требованиями части 5¹ статьи 45 Закона о защите конкуренции вправе проводить анализ состояния конкуренции в необходимом для конкретного дела объеме, т.е. вправе расширить сокращенный перечень этапов анализа, установленный для отдельных категорий дел, дополнив необходимыми этапами из стандартного перечня этапов³.

Также необходимо учитывать, что если в отношении отдельных категорий дел Порядком не уставлены особенности проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, в указанном случае такой анализ проводится в полном объеме, включая все этапы, предусмотренные Порядком.

Отдельно необходимо отметить, что анализ состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения кредитной организации при осуществлении ею банковских операций осуществляется в соответствии с Порядком с учетом особенностей, установленных Порядком проведения анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения кредитной организации, утвержденным приказом ФАС России от 28.06.2012 № 433 (далее – Порядок № 433).

Вместе с тем использование положений Порядка № 433 при проведении анализа в целях установления доминирующего положения кредитной организации при оказании ею иных услуг, помимо банковских, не требуется.

³ Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 14.09.2017 № АПЛ17-290 «Об оставлении без изменения решения Верховного Суда РФ от 22.05.2017 № АКПИ17-182».

3. Требования к информации, используемой при проведении анализа состояния конкуренции

Согласно пункту 1.5 Порядка при анализе состояния конкуренции на товарном рынке в качестве исходной информации о товарных рынках используются:

- данные официальной статистической информации;
- сведения, полученные от налоговых, таможенных и иных государственных органов, Центрального банка Российской Федерации, органов местного самоуправления;
- сведения, полученные от физических и юридических лиц, в том числе сведения, представляемые покупателем (покупателями) товара, в том числе в результате их выборочного опроса, а также сведения, представляемые продавцами товара;
- результаты экономических и товароведческих экспертиз, заключения специализированных организаций, а также отдельных специалистов и экспертов;
- данные ведомственных и независимых информационных центров, и служб;
- данные объединений потребителей и объединений производителей;
- сообщения средств массовой информации;
- данные собственных исследований антимонопольного органа и данные антимонопольных органов других государств;
- данные маркетинговых, социологических исследований, выборочных опросов и анкетирования хозяйствующих субъектов, граждан, общественных организаций;
- государственные стандарты, технические условия и другие нормативы;
- обращения физических и юридических лиц в антимонопольный

орган;

- результаты ранее проведенных антимонопольными органами исследований состояния конкуренции на соответствующем товарном рынке;
- данные, предложенные к рассмотрению хозяйствующим субъектом;
- данные иных источников, в том числе представленные участниками рынка (такие источники должны быть верифицируемы).

Приведенные выше источники информации могут использоваться как отдельно, так и совместно друг с другом, и ни один из указанных источников не имеет приоритетного значения.

Антимонопольный орган вправе принять решение о привлечении экспертов (лиц, обладающих специальными знаниями, в понимании статьи 42.1 Закона о защите конкуренции) для проведения исследований и представления суждений, без которых невозможно осуществление анализа состояния конкуренции. Выводы таких лиц не должны подменять выводы аналитического отчёта, составляемого антимонопольным органом по результатам анализа состояния конкуренции.

В последнем абзаце указанного пункта идет речь об иных источниках, за исключением источников, перечисленных в иных абзацах пункта 1.5 Порядка. Источники, указанные в данном абзаце должны быть верифицируемы. Верификация источника означает установление его реального существования, а также установление достоверности сведений о таком источнике.

Перечень источников исходной информации о товарных рынках, используемых антимонопольными органами при анализе таких рынков, не является закрытым, то есть при наличии информации из источников, не поименованных в пункте 1.5 Порядка, например, представленных хозяйствующим субъектом социологических, маркетинговых, иных исследований, в т. ч. подготовленных самостоятельно хозяйствующим субъектом или по его заданию специализированными организациями, такая

информация может использоваться при анализе состояния конкуренции на рынке.

В части анализа состояния конкуренции на рынке банковских услуг необходимо отметить, что согласно Порядку № 433 перечень сведений, запрашиваемых антимонопольным органом у Центрального банка Российской Федерации при анализе состояния конкуренции на товарном рынке, определяется по соглашению между Центральным банком Российской Федерации и Федеральной антимонопольной службой в соответствии с требованиями, установленными федеральными законами о соблюдении банковской тайны, в пределах сведений, содержащихся в формах отчетности, передаваемых кредитными организациями в Центральный банк Российской Федерации.

Кроме того, в соответствии с пунктом 2.11 Порядка № 433 расчет объема банковского рынка осуществляется на основании отчетности кредитных организаций и информации, размещаемой в периодических изданиях Центрального банка Российской Федерации («Вестник Банка России», «Бюллетень банковской статистики», «Обзор банковского сектора Российской Федерации») и на сайте Банка России.

В случае невозможности определения объема товарного рынка исключительно на основании указанной информации для расчета объема товарного рынка могут использоваться данные иных источников.

Поскольку результаты анализа состояния конкуренции являются сами по себе доказательствами, то значимость таких доказательств будет напрямую зависеть от полноты, верифицируемости и надежности источников информации, используемых для исследования.

Порядок предусматривает возможность использования антимонопольным органом при исследовании товарного рынка сведений, представленных участниками рынка.

Так, антимонопольный орган может использовать, в частности:

данные, предложенные к рассмотрению хозяйствующим субъектом

(пункт 1.5 Порядка);

- данные иных источников, представленные участниками рынка (пункт 1.5 Порядка);

- представленную хозяйствующим субъектов информацию о том, что замена рассматриваемого товара другим имела или имеет место (пункт 3.7 Порядка). Это могут быть в том числе социологические, маркетинговые и иные исследования, подготовленные самостоятельно хозяйствующим субъектом или по его заданию специализированными организациями.

Если хозяйствующим субъектом и/или иным участником рынка представлена информация или рекомендованы ее источники, то согласно подпункту «а» пункта 11.2 Порядка антимонопольный орган обязан оценить такую информацию наряду с иной, имеющейся в его распоряжении, а в составляемом по итогам анализа состояния конкуренции аналитическом отчете отразить мнение о такой информации и/или ее источниках. Мнение антимонопольного органа не должно носить произвольный характер, а должно быть мотивированным и обоснованным.

Одним из важных вопросов при оценке источников информации является оценка доступности информации.

Так согласно пунктам 3.8 и 4.5 Порядка при определении продуктовых и географических границ товарного рынка выбор методов исследования производится, в том числе исходя из доступности информации. При этом обязательным условием является отражение в итоговом отчете по результатам анализа состояния конкуренции источников информации, обосновывающих выбор методов исследования.

4. Определение временного интервала исследования

Порядок предусматривает необходимость обоснования выбора временного интервала исследования при описании данного этапа в аналитическом отчете по результатам анализа товарного рынка.

Так, согласно части 9 статьи 5 Закона о защите конкуренции 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.

О том же говорится в пункте 2.1 Порядка, согласно которому 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.

Из этого можно сделать вывод о том, что, если исследование проводится в целях, отличных от установления доминирующего положения, то минимальная продолжительность временного интервала исследования одним годом не ограничена. Вместе с тем, при установлении временного интервала исследования продолжительностью менее одного года необходимо обосновать, что такой временной интервал исследования будет достаточным и позволит получить достоверные выводы о состоянии конкуренции на рынке.

Периоды, за которые представляются соответствующие количественные данные об объеме рынка и происходящих на рынке процессах, в т. ч. связанных с нарушением антимонопольного законодательства, должны соответствовать требованиям одного установленного временного интервала.

Вместе с тем, такой временной интервал должен отвечать целям исследования товарного рынка, учитывать особенности функционирования рынка и быть достаточным для того, чтобы результаты анализа могли быть признаны допустимыми и относимыми доказательствами для принятия антимонопольным органом соответствующего решения.

В случае, если анализ состояния конкуренции проводится в ходе рассмотрения заявления, материалов или дела о нарушении

антимонопольного законодательства, временной интервал исследования по общему правилу должен включать в себя период, в котором были выявлены признаки нарушения, а при длящемся нарушении – период в котором нарушение имело место быть.

Вместе с тем, иногда невозможно включить во временной интервал исследования рынка весь период совершения нарушения антимонопольного законодательства (например, когда длящееся нарушение не прекращено на момент проведения исследования товарного рынка). В таких случаях временной интервал исследования рынка не будет совпадать с периодом времени, в течение которого совершено нарушение.

Само по себе такое различие периодов нарушения и анализа состояния конкуренции не запрещается, однако Порядок (подпункт «б» пункта 11.2) содержит обязанность антимонопольного органа обосновывать в аналитическом отчете различие периода исследования рынка и периода нарушения антимонопольного законодательства с учетом требований относимости и допустимости составляемого по результатам анализа состояния конкуренции аналитического отчета как доказательства по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

Существуют два вида анализа рынка по временному интервалу исследования:

- 1) ретроспективный анализ состояния конкуренции на товарном рынке, в рамках которого исследуются характеристики товарного рынка, которые сложились исключительно до момента проведения анализа;
- 2) перспективный анализ состояния конкуренции на товарном рынке - исследуются существующие на момент проведения исследования характеристики товарного рынка и анализируется воздействие, которое окажут подконтрольные действия на состояние конкуренции.

Перспективный анализ состояния конкуренции проводится тогда, когда для целей исследования необходим учет условий, которые в будущем сложатся на рассматриваемом товарном рынке, например, после совершения

действий, за которыми осуществляется антимонопольный контроль: при принятии решений в рамках государственного контроля за экономической концентрацией (глава 7 Закона о защите конкуренции), за ограничивающими конкуренцию соглашениями хозяйствующих субъектов (статья 35 Закона о защите конкуренции).

При проведении ретроспективного анализа состояния конкуренции на товарном рынке применяются рыночные цены, существовавшие в течение определенного временного интервала исследования рассматриваемого товарного рынка.

При проведении перспективного анализа состояния конкуренции на товарном рынке для анализа существующей на момент исследования ситуации могут применяться рыночные цены, сложившиеся на момент проведения исследования. При этом для целей перспективного анализа в целом должен быть выполнен прогноз изменения параметров (анализ ожидаемого воздействия подконтрольных действий на состояние конкуренции).

Следует иметь в виду, что согласно пункту 2.4 Порядка все характеристики товарного рынка определяются в пределах одного установленного временного интервала.

Пунктом 2.3 Порядка определено, что если покупатели не заменяют и не готовы заменить в потреблении товар, приобретаемый в одни периоды времени, этим же товаром, приобретаемым в другие периоды времени, то при выборе временного интервала учитываются обуславливающие данный выбор характеристики товарного рынка, в том числе:

- сезонность поставок товара в течение года;
- стабильность поставок товара в течение года;
- возможности продавцов (производителей) изменить время продажи (производства) или сроки хранения товара;
- периоды максимального и минимального спроса (в том числе краткосрочные), соотношение между количеством приобретателей в эти

периоды;

- возможность установления продавцами разных цен в разные временные периоды;

- сроки договоров;

- время появления товара на рынке;

- степень новизны товара.

При наличии фактора сезонности для сформировавшихся и существующих длительное время товарных рынков, с целью установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта, для повышения репрезентативности характеристик рынка, рекомендуется использовать временной интервал не менее 2-х лет.

Специфика определения временного интервала исследования сложилась в практике рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства при организации и проведении торгов.

Так, в частности, применительно к закупкам, проводимым в соответствии с Федеральным законом от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» закупка товара, работы, услуги для обеспечения государственных и муниципальных нужд – совокупность действий, осуществляемых в установленном законом порядке заказчиком и направленных на обеспечение государственных и муниципальных нужд. Закупка начинается с определения поставщика (подрядчика, исполнителя) и завершается исполнением обязательств сторонами.

Также согласно пункту 3 статьи 448 ГК РФ условия договора, заключаемого по результатам торгов, определяются организатором торгов и должны быть указаны в извещении о проведении торгов.

Таким образом, при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства при организации и проведении торгов временной интервал исследования состояния конкуренции, как правило, включает период с момента опубликования извещения о проведении торгов, при организации и

проведении которых имеются признаки нарушения (первых из проводимых торгов), до момента исполнения сторонами заключенных по результатам торгов сделок принятых на себя обязательств, если иное не следует из материалов рассматриваемого дела.

При этом период совершения нарушения антимонопольного законодательства на торгах определяется на основании материалов дела и может не совпадать с временным интервалом исследования товарного рынка.

5. Определение продуктовых границ товарного рынка

Правильное определение продуктовых, равно как и географических границ товарного рынка, имеет ключевое значение при проведении анализа состояния конкуренции на товарном рынке.

При определении продуктовых и географических границ товарного рынка следует обратить внимание на судебную практику, согласно которой неправильно установленные продуктовые и географические границы товарного рынка могут привести к недостоверным выводам об определении состава хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке, объема товарного рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке, уровня концентрации товарного рынка⁴.

В соответствии с пунктом 3.1 Порядка процедура выявления товара, не имеющего заменителя, или взаимозаменяемых товаров, обращающихся на одном и том же товарном рынке (далее - определение продуктовых границ товарного рынка), включает:

- предварительное определение товара;
- выявление свойств товара, определяющих выбор приобретателя,

и товаров, потенциально являющихся взаимозаменяемыми для данного товара;

⁴ Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 2 ноября 2016 г. № Ф01-4424/16 по делу № А79-240/2015, Постановление ФАС Поволжского округа от 21.08.2013 по делу № А06-9027/2012, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 11.09.2015 по делу № А44-5853/2014, Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 29.11.2017 по делу № А74-4513/2017, Постановление ФАС Уральского округа от 11.10.2013 по делу № А71-15482/2012.

- определение взаимозаменяемых товаров.

Порядок не допускает, чтобы какой-либо из этапов определения продуктовых границ товарного рынка был пропущен антимонопольным органом при проведении анализа рынка⁵. Так, например, определение продуктовых границ товарного рынка не может осуществляться исключительно на основании предварительного определения товара. Иными словами, источников информации, используемых в рамках предварительного определения товара (например, только данных общероссийских классификаторов), недостаточно для полноценного определения продуктовых границ товарного рынка⁶.

С другой стороны, проведение предварительного определения товара, в том числе с учетом его свойств, определяющих выбор приобретателя, позволяет корректно сформулировать вопросы при опросе покупателей при проведении следующего этапа определения взаимозаменяемых товаров⁷.

Пункт 3.2 Порядка устанавливает, что определение продуктовых границ товарного рынка основывается на мнении покупателей (как физических, так и юридических лиц) о взаимозаменяемости товаров, составляющих одну товарную группу. В случае, когда предполагаемое нарушение антимонопольного законодательства рассматривается применительно к покупателю продукции (монопсония), определяющим в вопросе взаимозаменяемости продукции выступает мнение ее продавца.

В свою очередь, мнение покупателей может быть определено в результате:

- сплошного опроса покупателей;
- выборочного опроса покупателей;
- анализа предмета договоров, на основании которых

⁵ Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 24 октября 2016 г. № Ф01-4420/16 по делу № А79-11990/2015.

⁶ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 12 апреля 2018 года по делу № А40-90347/17.

⁷ Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 12 июля 2017 года по делу № А58-6352/2016.

осуществляется реализация товара.

Каждый из выбранных антимонопольным органом способов может быть использован для определения мнения покупателей как отдельно, так и в совокупности с другими способами.

Сплошное исследование предполагает опрос каждого покупателя. Его целесообразно проводить в случаях, когда существует возможность выявить и опросить всех покупателей товара, то есть когда количество покупателей невелико (например, не более 100), они легко установимы, имеют возможность принять и принимают участие в опросе.

Вместе с тем, сплошной опрос покупателей не всегда может быть использован. Например, когда покупателями товара является большое количество субъектов или неопределенный круг лиц, а также когда субъекты изучаемой совокупности могут быть недоступны по тем или иным причинам, либо если проведение сплошного опроса потребует больших трудовых и финансовых затрат. В таких случаях проводится выборочный опрос покупателей.

При проведении выборочного опроса покупателей достоверность полученного результата должна быть обоснованной. Выборка должна обеспечивать репрезентативность (представительность), т.е. полно и достоверно отображать признаки той совокупности, частью которой она является.

Обоснование выборки отражается в тексте анализа состояния конкуренции. На отсутствие в аналитическом отчете информации о том, как определялся круг хозяйствующих субъектов, которым направлялись опросные листы, обратил внимание, к примеру, Арбитражный суд Волго-Вятского округа⁸.

При обосновании достоверности результата антимонопольным органом могут быть использованы экспертные оценки. Вместе с тем, необходимо

⁸ Постановление от 26.08.2014 по делу № А29-4292/2013.

отметить, что в соответствии с Порядком ФАС России является единственным уполномоченным государственным органом на проведение анализа состояния конкуренции. При этом ни Законом о защите конкуренции ни Порядком для целей проведения такого анализа не предусмотрено обязательное привлечение представителей экспертного сообщества⁹.

Кроме того, в соответствии с частью 4 статьи 5 Закона о защите конкуренции хозяйствующий субъект вправе представлять в антимонопольный орган или в суд доказательства того, что положение этого хозяйствующего субъекта на товарном рынке не может быть признано доминирующим.

Исходя из содержания пункта 3.3 Порядка, мнение покупателей может отличаться в зависимости от способа их участия в обороте товара (оптовый, мелкооптовый покупатель, покупатель единичного количества товара). В связи с чем, при формировании запросов информации в адрес потребителей (производителей) необходимо учитывать, что покупатели могут относиться к разным категориям.

Группы покупателей различаются:

- по способу и формам участия в обороте товара (в том числе оптовые приобретатели и розничные приобретатели);
- по месту приобретения товара;
- по предъявляемым к товару требованиям; - по особенностям поведения на товарном рынке;
- по другим признакам.

Разные группы приобретателей признаются действующими на разных товарных рынках, если один и тот же продавец на основании признаков, указанных в названном пункте, устанавливает (может установить) разные цены на один и тот же товар для разных групп приобретателей. Анализ информации, полученной в результате опроса, должен проводиться с учетом

⁹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 16.07.2018 года по делу № А40-69793/17.

того, к какой категории относится покупатель.

Рассматриваемый товар может обращаться на одной и той же территории на разных товарных рынках. Такие товарные рынки следует анализировать обособленно. 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.

Пунктом 3.4 Порядка определено что, предварительное определение товара проводится на основе различных методик, включая, но не ограничиваясь следующим: анализ условий договора, заключенного в отношении товара, разрешений (лицензий) на осуществление определенных видов деятельности, нормативных актов, регулирующих соответствующую деятельность, общероссийских классификаторов продукции, работ, услуг, видов экономической деятельности, товарных словарей или справочников товароведов, заключений специалистов, имеющих специальные знания в соответствующей сфере.

При этом использование классификаторов для предварительного определения товара является одним из возможных пунктов методологии доказывания (пункт 3.4 Порядка). Основная цель классификаторов (ОКВЭД, ОКУН и др.) предоставлять данные для статистического учета, финансово-экономического анализа, разработки технологических регламентов, соответственно в цепочке методологии доказывания они являются одним из элементов. Соответственно, цели и задачи данных документов предполагают их использование для иных методических целей и находятся в плоскости доказательной базы для целей антимонопольного контроля только косвенно.

Коды ОКП (ОКПД) являются идентификационными кодами той или иной продукции, но сами по себе не являются продуктовыми границами

соответствующих товарных рынков¹⁰.

В силу пункта 3.5 Порядка при выявлении свойств товара, определяющего выбор покупателя, анализируется функциональное назначение, в том числе цель потребления товара и его потребительские свойства, применение товара, качественные характеристики, цена и иные характеристики.

Согласно пункту 3.6 Порядка выявление товаров, потенциально являющихся взаимозаменяемыми для данного товара, осуществляется путем: экспертных оценок, а также анализа сопоставимых по существенным свойствам товаров, входящих вместе с рассматриваемым товаром в одну классификационную группу одного из общероссийских классификаторов видов экономической деятельности, продукции или услуг.

При этом антимонопольным органом могут быть выбраны как одновременно оба названных способа выявления товара, так и один из них.

Для анализа сопоставимых по существенным свойствам товаров в качестве исходной информации могут быть использованы данные, поименованные в пункте 1.5 Порядка.

При этом Порядок проведения анализа не подразделяет используемые источники информации на основные и дополнительные, и не указывает на обязательность использования всех источников в совокупности. Вместе с тем фактически использованные источники, сведения и их объем должны быть достаточны для проведения полного и всестороннего исследования¹¹.

Пункт 3.8, как и пункт 3.2 Порядка предусматривают выбор антимонопольным органом различных методов при выявлении взаимозаменяемых товаров и определении продуктовых границ товарного рынка, как связанных, так и не связанных с опросами покупателей. При этом для целей применения метода «тест гипотетического монополиста», опрос

¹⁰ Решение Арбитражного суда Омской области от 7 марта 2013 года по делу № А46-30731/2012 (подтверждено Постановлением Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 20 ноября 2013 г. № Ф04-4673/13).

¹¹ Постановление четвертого арбитражного апелляционного суда от 2 сентября 2015 года по делу № А58-8469/2014.

потребителей проводится с использованием формулировки вопроса в точном соответствии с пунктом 3.9 Порядка.

Так, согласно пункту 3.8 Порядка при выявлении взаимозаменяемых товаров используется один или несколько из следующих методов:

- «тест гипотетического монополиста»;
- анализ ценообразования и динамики цен, изменения объема спроса при изменении цен;
- расчет показателя перекрестной эластичности спроса в соответствии с пунктом 3.10 Порядка.

Выбор методов исследования должен быть обоснован в аналитическом отчете. В случае использования метода «тест гипотетического монополиста» такое обоснование не требуется. Выбор методов исследования производится, в том числе исходя из сроков исследования и доступности информации.

В случае, когда покупателей или продавцов на товарном рынке ничтожно мало, то может применяться весь комплекс методов, указанный в пункте 3.8 Порядка.

Пункт 3.8 Порядка имеет важное значение для определения продуктовых границ товарного рынка, его неправильное выполнение может привести к некорректному определению продуктовых границ товарного рынка¹².

Ярким примером неточного определения взаимозаменяемости товаров является объединение в один товарный рынок товаров, имеющих общее родовое наименование, но в силу различных факторов не взаимозаменяемых. Так, в одном из дел суды указали на ошибочное определение продуктовых границ товарного рынка как рынка автогрейдеров, не приняв во внимание, что автогрейдеры различных классов не являются взаимозаменяемыми товарами, и, следовательно, границы должны были определяться отдельно по каждому классу автогрейдеров¹³.

¹² Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 10.03.2017 по делу № А65-29187/2015.

¹³ Постановление ФАС Московского округа от 29.04.2014 по делу № А40-79104/12.

Пунктом 3.9 Порядка предусмотрено, что в случае, если взаимозаменяемые товары определены методом «тест гипотетического монополиста», иные методы определения взаимозаменяемых товаров могут не использоваться.

Данное положение не означает, что альтернативой метода «тест гипотетического монополиста» являются оба метода, указанных в пункте 3.8 Порядка¹⁴. Также не следует, что при необходимости антимонопольный орган не может в дополнение к данному тесту использовать иные методы определения взаимозаменяемых товаров.

«Тест гипотетического монополиста» (для определения продуктовых границ товарного рынка) позволяет выяснить, сможет ли небольшой, но существенный для покупателей долговременный рост цены товара (например, товара А) побудить покупателей приобретать взамен него другой товар (товар В). В случае, если небольшой рост цены настолько сокращает спрос на товар А за счет переключения потребителей на товар В, что делает невыгодным увеличение цены на товар А, то товары А и В формируют один товарный рынок.

Очевидно, что если такое повышение цены будет лишь краткосрочным, а затем она снизится, то потребители, скорее всего, не переключатся на другой товар. Поэтому одним из условий теста является долгосрочность повышения цены, как правило, рассматривается период в один год. Однако существуют рынки, действующие в краткосрочном периоде (например, сезонные), поэтому период гипотетического повышения на таких рынках может быть меньше.

При проведении «теста гипотетического монополиста» проводится опрос приобретателей с целью получения ответа на вопрос: «Какими товарами и в каком объеме они предпочтут заменить предварительно определенный товар, если цена на него долговременно (дольше одного года)

¹⁴ Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 5 июня 2018 года № А33-24280/2017.

повысится на 5 - 10 процентов, а цены на остальные товары останутся неизменными?»).

Ответы приобретателей товара обобщаются, и с помощью обобщенной информации определяется, выполняются ли следующие два условия:

- в результате указанного в вопросе повышения цены приобретатели будут заменять рассматриваемый товар другими товарами;
- произойдет снижение объема продаж предварительно определенного товара, делающее такое повышение цены невыгодным для продавца (продавцов) предварительно определенного товара.

Если оба указанных условия выполняются, то товары, которые являются наиболее близкими по свойствам к предварительно определенному товару и на которые приобретатель (приобретатели) готов (готовы) заменить рассматриваемый товар, следует включить в состав группы взаимозаменяемых товаров.

Указанная процедура (вопрос, обобщение ответов, расширение группы взаимозаменяемых товаров, вопрос в отношении расширенной группы взаимозаменяемых товаров) осуществляется до тех пор, пока не будет выявлена группа товаров, в отношении которой выполняется хотя бы одно из приведенных ниже условий:

- гипотетическое увеличение цены на входящие в группу товары не ведет к их замене приобретателями на другие товары;
- гипотетическое увеличение цены на входящие в группу товары не обуславливает утрату продавцом (продавцами) выгоды от продажи таких товаров по увеличенной цене.

Товары, входящие в такую группу, признаются продуктовыми границами товарного рынка.

При проведении «теста гипотетического монополиста» в качестве продуктовых границ товарного рынка следует рассматривать наименьший набор товаров, цены на которые могут быть повышены продавцом (продавцами) без сопутствующей такому повышению цены утраты его (их)

выгоды.

Анализ ценообразования и динамики цен может быть проведен на основании использования различных подходов – проведения сравнительного анализа ценовой политики участников рынка, оценки прямой ценовой эластичности спроса по цене и прочим показателям.

Так, еще одним методом определения взаимозаменяемости товаров является определение показателя перекрестной эластичности спроса по цене.

Согласно пункту 3.10 Порядка мерой взаимозаменяемости товаров является показатель перекрестной эластичности спроса по цене, исчисляемый как отношение выраженного в процентах изменения объема спроса на один товар к выраженному в процентах изменению цены другого товара за определенный период.

О взаимозаменяемости рассматриваемых товаров свидетельствуют устойчивые значения показателя перекрестной эластичности, превышающие единицу.

Данный метод исходит из того, что если товары А и В взаимозаменяемые и находятся в одних продуктовых границах, то рост цен на товар А будет вести к росту спроса на товар В. Поскольку рост спроса ведет к росту цен, то если рассматриваемые рынки связаны, рост цен на товар А будет вести к росту цен на товар В.

Также следует учитывать, что согласно пункту 10.9 Порядка по делам, возбужденным по признакам нарушения пункта 2 части 1, части 5 (если координация приводит или может привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах) статьи 11, статей 17, 17.1, 18 Закона о защите конкуренции, анализ состояния конкуренции предусматривает в качестве обязательного и достаточно этапа не определение продуктовых границ товарного рынка в целом, а лишь определение предмета торгов (по делам, возбужденным по признакам нарушения пункта 2 части 1, части 5 (если координация приводит или может привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах) статьи 11, статьи 17 Закона о защите

конкуренции); предмета договоров, заключаемых в отношении государственного и (или) муниципального имущества (по делам, возбужденным по признакам нарушения статьи 17¹ Закона о защите конкуренции); предмета договоров на оказание соответствующих финансовых услуг (по делам, возбужденным по признакам нарушения статьи 18 Закона о защите конкуренции).

6. Определение географических границ товарного рынка

Пунктом 4.1 Порядка предусмотрено, что процедура определения географических границ товарного рынка (границ территории, на которой приобретатель (приобретатели) приобретает или имеет экономическую, техническую или иную возможность приобрести товар и не имеет такой возможности за ее пределами) включает:

- предварительное определение географических границ товарного рынка;
- выявление условий обращения товара, ограничивающих экономические возможности приобретения товара приобретателем (приобретателями);
- определение территорий, входящих в географические границы рассматриваемого товарного рынка.

Процедура установления географических границ товарного рынка заключается в поэтапном исследовании возможностей покупателей приобрести товар на определенной территории и отсутствии такой возможности за ее пределами, предполагает необходимость проведения последовательной оценки полученных из различных источников сведений об условиях обращения товара на соответствующей территории, ограничивающих экономические, технические или иные возможности его приобретения покупателями¹⁵.

¹⁵ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 02.06.2015 № Ф04-19575/2015 по делу № А81-2757/2014.

При этом, так же, как и при определении продуктовых границ, Порядок не допускает, чтобы какой-либо из этапов определения географических границ товарного рынка не был проведен антимонопольным органом при его анализе.

Товарный рынок может охватывать территорию Российской Федерации или выходить за ее пределы (федеральный рынок), охватывать территорию нескольких субъектов Российской Федерации (межрегиональный рынок), не выходить за границы субъекта Российской Федерации (региональный рынок), не выходить за границы муниципального образования (местный или локальный рынок).

Вместе с тем, географические границы товарного рынка могут и не совпадать с административно-территориальным делением Российской Федерации и определяться, например, границами пролегания сетей или расположения иных объектов инфраструктуры¹⁶.

Кроме того, географические границы рынков могут выходить за пределы Российской Федерации и охватывать территории нескольких государств (международные рынки).

Например, по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 1-11-313/00-22-13 географическими границами рынка международных линейных контейнерных перевозок были определены перевозки грузов в контейнерах из Дальнего Востока и Юго-Восточной Азии в Российскую Федерацию (Санкт-Петербург, Усть-Луга) и обратно¹⁷. Важно отметить, что данный рынок не «привязан» к межгосударственным границам.

Необходимо также учитывать, что согласно части 3 статьи 3 Закона о защите конкуренции положения данного закона не распространяются на отношения, урегулированные едиными правилами конкуренции на трансграничных рынках, контроль соблюдения которых относится к компетенции Евразийской экономической комиссии (далее – Комиссия) в соответствии с

¹⁶ Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 29 июня 2016 г. № Ф01-2367/16 по делу № А79-6766/2015.

¹⁷ Решение Арбитражного суда города Москвы от 07.09.2016 года по делу № А40-54700/16.

международным договором Российской Федерации. Критерии отнесения рынка к трансграничному устанавливаются в соответствии с международным договором Российской Федерации.

Критерии отнесения рынка к трансграничному, утвержденные Решением Высшего Евразийского экономического совета от 19.12.2012 № 29 (далее – Критерии), разработаны на основании пункта 2 статьи 74 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014 (далее - Договор) и в соответствии с пунктом 7 статьи 76 Договора применяются для целей определения компетенции Комиссии по пресечению нарушений общих правил конкуренции хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств - членов Евразийского экономического союза (далее соответственно - хозяйствующие субъекты, государства - члены).

Пунктом 2 Критериев установлено, что в целях применения общих правил конкуренции, установленных в статье 76 Договора, рынок относится к трансграничному, если географические границы товарного рынка охватывают территории двух и более государств - членов.

Критерии определяют условия, при которых пресечение нарушений хозяйствующими субъектами запретов, установленных статьей 76 Договора, осуществляется Евразийской экономической комиссией.

Аналогичная позиция содержится в Консультативном заключении Суда Евразийского экономического союза от 17.12.2018.

При этом в случае, если антимонопольным органом будет установлено, что рассмотрение заявления или дела о нарушении антимонопольного законодательства относится к компетенции Комиссии, то такое заявление или дело подлежат передаче на рассмотрение Комиссии (пункт 58 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции, приложение № 19 к Договору).

Согласно пункту 57 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции (приложение № 19 к Договору) Комиссия осуществляет взаимодействие с центральными аппаратами уполномоченных органов государств-членов.

В пункте 58 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции (приложение № 19 к Договору) закреплено, что решение о передаче заявления о нарушении общих правил конкуренции на рассмотрение Комиссии принимается уполномоченным органом государства-члена.

В Российской Федерации в силу пункта 1 Положения о Федеральной антимонопольной службе, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 30.06.2004 № 331, таким уполномоченным органом является Федеральная антимонопольная служба.

В связи с чем, если заявление или дело о нарушении антимонопольного законодательства, которое относится к компетенции Комиссии, рассматривается территориальным органом Федеральной антимонопольной службы, то такое заявление или дело подлежат передаче центральному аппарату Федеральной антимонопольной службы для последующего направления в Комиссию на основании пункта 58 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции (приложение № 19 к Договору).

В соответствии с пунктом 4.2 Порядка определение географических границ товарного рынка проводится на основе информации:

а) о регионе, в котором действует хозяйствующий субъект, являющийся объектом антимонопольного контроля, и (или) о регионе, в котором выявлены признаки нарушения антимонопольного законодательства;

б) о ценообразовании на рынке рассматриваемого товара или о различиях в уровнях цен на данный товар на территории Российской Федерации;

в) о структуре товаропотоков (о границах территории, за пределы которой вывозится и на которую ввозится не более 10 процентов от общего

объема рассматриваемой товарной массы).

При этом Порядок не содержит требований о необходимости использования одновременно всех видов информации, перечисленных в пункте 4.2 Порядка¹⁸.

Также необходимо учитывать, что согласно пункту 10.3 Порядка по делам, возбужденным по признакам нарушения части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, за исключением нарушений пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, географические границы товарного рынка определяются с учетом материалов дела о нарушении антимонопольного законодательства, в том числе территорий, определенных в соглашении хозяйствующих субъектов, в котором усматриваются признаки нарушения антимонопольного законодательства.

Однако следует учитывать, что, как и в случае определения продуктовых границ товарного рынка, полученные сведения и их объем должны быть достаточны для проведения полного и всестороннего исследования и позволять достоверно определить географические границы товарного рынка¹⁹.

На стадии выявления условий обращения товара, ограничивающих экономические возможности приобретения товара приобретателем (приобретателями) необходимо выявить возможные ограничения перемещения товара с удаленных территорий к потребителю, расположенному в предварительных географических границах, а также возможные ограничения перемещения потребителей из удаленных территорий к товару, расположенному в предварительных географических границах, с учетом доступности информации и в объеме, достаточном для проведения полного и всестороннего исследования и достоверного определения географических границ товарного рынка.

Согласно пункту 4.3 Порядка при выявлении условий обращения

¹⁸ Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 18.03.2013 по делу № А82-16787/2011.

¹⁹ Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 10.03.2017 № Ф06-18111/2017 по делу № А65-29187/2015, Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 02.06.2015 № Ф06-22939/2015, Ф06-23931/2015 по делу № А65-3898/2014, Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 17.07.2015 № Ф08-4848/2015 по делу № А63-9843/2014.

товара, ограничивающих экономические, технические или иные возможности приобретения товара приобретателем (приобретателями), учитываются:

- требования к условиям транспортировки товара (обеспечивающие сохранение потребительских свойств товара);
- организационно-транспортные схемы приобретения товара приобретателями;
- возможность перемещения товара к покупателю или покупателя к товару;
- наличие, доступность и взаимозаменяемость транспортных средств для перемещения рассматриваемого товара (приобретателя рассматриваемого товара);
- расходы, связанные с поиском и приобретением товара, а также транспортные расходы;
- особенности территории в предварительно определенных географических границах товарного рынка (в том числе природно-климатические и социально-экономические особенности, наличие зон регулируемого или частично регулируемого ценообразования);
- региональные особенности спроса на рассматриваемый товар (включая потребительские предпочтения);
- условия, правила и обычаи делового оборота.

При выявлении условий обращения банковских услуг, ограничивающих экономические, технические или иные возможности приобретения услуг приобретателем (приобретателями) в соответствии с Порядком № 433 могут быть также учтены:

- возможность перемещения места оказания банковской услуги (места заключения договора) к покупателю или покупателя к месту оказания услуги (месту заключения договора);
- отсутствие административных ограничений на получение банковской услуги в данном регионе у определенного хозяйствующего субъекта (хозяйствующих субъектов).

В качестве исходной информации при определении географических границ рынка могут быть использованы данные, указанные в пункте 1.5 Порядка. При этом применяются аналогичные изложенным в разделе «определение продуктовых границ товарного рынка» подходы к выбору источников информации и ее необходимого объема. Кроме того, предварительные географические границы товарного рынка могут быть определены на основе результатов ранее проведенных антимонопольным органом исследований состояния конкуренции на рассматриваемом товарном рынке.

В целях определения ограничений перемещения товара, имеющих ключевое значение для выбора поставщика (территории, с которой будет осуществлена поставка товара) следует провести выборочный либо сплошной опрос покупателей (продавцов). При проведении опросов покупателей необходимо руководствоваться подходами, изложенными в разделе «определение продуктовых границ товарного рынка» настоящих разъяснений.

В случае если при опросе потребителей (производителей) установлено, что имеют место какие-либо из указанных ограничений на перемещение товара к потребителю с иных территорий и наличие данных ограничений делает такое перемещение невозможным, либо экономически нецелесообразным, тогда такие территории следует признавать в качестве обособленных товарных границ товарного рынка.

В рамках предварительного определения географических границ товарного рынка целесообразно также опросить производителей рассматриваемого товара и товаров-заменителей в части объема реализации производимого ими товара с указанием территории поставок.

Обобщение информации, предоставленной поставщиками в части их географии поставок в совокупности с информацией о потенциальной, либо фактической замене поставщиков с одной территории на поставщиков с иных территорий позволит определить территориальные границы товарного рынка.

При определении территорий, входящих в географические границы рассматриваемого товарного рынка необходимо исходить из того, что 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 (приобретателям) в пределах предварительно определенных географических границ рассматриваемого товарного рынка, то такие территории (продавцы) должны относиться к другим товарным рынкам (пункт 4.4 Порядка), если при этом антимонопольный орган не располагает информацией о том, что такое приобретение имело или имеет место, а также если такая информация не представлена хозяйствующим субъектом.

Данный принцип можно использовать в качестве одного из методов определения географических границ товарного рынка. Метод, предполагающий сравнение уровней цен, фиксирует, что товары, цены на которые существенно различаются, обращаются на разных рынках. Однако из равенства цен не следует, что товары обращаются на одном рынке. Даже при небольших различиях цен покупатель может нести такие издержки переключения на нового поставщика, что рынки будут находиться в разных географических границах.

В соответствии с пунктом 4.5 Порядка определение географических границ товарного рынка осуществляется следующими методами:

- методом «тест гипотетического монополиста», который проводится в соответствии с пунктом 4.6 Порядка;
- методом установления фактических районов продаж (местоположения приобретателей), хозяйствующих субъектов (продавцов), осуществляющих продажи на рассматриваемом товарном рынке (в предварительно определенных географических границах);
- сочетанием указанных методов либо иным методом, который позволит выявить продавцов товара (исходя из предварительно определенных

продавцов), однозначно установить географическое расположение районов продаж, в которых продавцы конкурируют друг с другом при осуществлении продаж товара предварительно определенным приобретателям.

Определение географических границ товарного рынка может осуществляться сочетанием указанных методов либо иным методом, который позволит выявить продавцов товара (исходя из предварительно определенных продавцов), однозначно установить географическое расположение районов продаж, в которых продавцы конкурируют друг с другом при осуществлении продаж товара предварительно определенным приобретателям (п. 4.5 Порядка проведения анализа и оценки)²⁰.

При этом при установлении географических границ товарного рынка методом фактических районов продаж (местоположения приобретателей), хозяйствующих субъектов (продавцов), осуществляющих продажи на рассматриваемом товарном рынке (в предварительно определенных географических границах), антимонопольный орган может исходить из экономической, технической и иной целесообразности потребления рассматриваемого вида товара (услуг)²¹.

Метод исследования, который был использован антимонопольным органом, указывается в аналитическом отчете.

Выбор методов исследования производится, в том числе исходя из сроков исследования и доступности информации.

В случае, когда покупателей или продавцов на товарном рынке ничтожно мало, то может применяться весь комплекс методов, указанный в пункте 3.8 Порядка.

Пунктом 4.6 Порядка определено, что в случае, если географические границы товарного рынка определены методом «тест гипотетического монополиста», иные методы определения географических границ товарного рынка могут не использоваться.

²⁰ Постановление ФАС Уральского округа от 06.02.2014 № Ф09-14391/13 по делу № А71-5134/2013.

²¹ Постановление ФАС Дальневосточного округа от 28.03.2012 № Ф03-791/2012 по делу № А59-3010/2011.

Тест позволяет выявить, сможет ли небольшой, но существенный для покупателей долговременный рост цены товара в предварительно определенных географических границах (например, в границах территории X) побудить покупателей приобретать аналогичный товар у продавцов, расположенных за пределами предварительно определенных географических границ товарного рынка (в границах территории Y). В случае, если небольшой рост цены настолько сокращает спрос на товар в границах территории X за счет переключения потребителей на продавцов, расположенных в границах территории Y, что делает невыгодным увеличение цены на товар для продавцов, расположенных в границах территории X, то территории X и Y формируют один товарный рынок.

При проведении «теста гипотетического монополиста» проводится опрос потребителей, действующих на территории предварительно определенных географических границ товарного рынка, на предмет их готовности заменить товар, производимый на одной территории, товарами с иных территорий. В этих целях потребителю задается вопрос: «У каких продавцов и в каком количестве вы предпочтете покупать товар, если цена на приобретаемый вами товар в пределах предварительно определенных географических границ товарного рынка долговременно (дольше 1 года) повысится на 5 - 10 процентов, а цена за пределами таких границ останется прежней?».

Пунктом 4.6 Порядка установлено, что ответы приобретателей товара обобщаются, и с помощью обобщенной информации определяется, выполняются ли следующие два условия:

- в результате указанного в вопросе повышения цены приобретатели будут приобретать рассматриваемый товар на других территориях (у продавцов, расположенных на других территориях);
- произойдет снижение объема продаж товара в пределах предварительно определенных географических границ товарного рынка, делающее такое повышение цены невыгодным для продавца (продавцов),

расположенных в пределах таких границ товарного рынка.

Если указанные условия выполняются, то географические границы товарного рынка расширяются таким образом, чтобы включить в себя территории, на которых приобретатели будут приобретать рассматриваемый товар при указанном в вопросе повышении цены.

Указанная процедура (вопрос, обобщение ответов, расширение географических границ товарного рынка, вопрос в отношении расширенных границ товарного рынка) осуществляется до тех пор, пока не будет выявлена территория, в географических границах которой выполняется хотя бы одно из приведенных ниже условий:

- гипотетическое увеличение цены на обращающийся в пределах такой территории товар не ведет к тому, что приобретатели будут приобретать рассматриваемый товар на других территориях (у продавцов, расположенных на других территориях);

- гипотетическое увеличение цены на обращающийся в пределах такой территории товар не обуславливает утрату продавцом (продавцами) выгоды от продажи таких товаров по увеличенной цене.

Границы выявленной территории признаются географическими границами рассматриваемого товарного рынка.

7. Определение состава хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке в качестве продавцов и покупателей

В соответствии с пунктом 5.1 Порядка в состав хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке, включаются хозяйствующие субъекты, реализующие в его границах рассматриваемый товар в пределах определенного временного интервала исследования товарного рынка.

Определение состава хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке в качестве продавцов и покупателей, является важным этапом, влияющим на последующие выводы анализа состояния конкуренции, в том числе относительно доминирования хозяйствующих субъектов на таком

товарном рынке.

Согласно пункту 5.1 Порядка в состав хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке, включаются хозяйствующие субъекты, реализующие в его границах рассматриваемый товар в пределах определенного временного интервала исследования товарного рынка.

Согласно пункту 5.3 Порядка хозяйствующие субъекты, действующие на товарном рынке, определяются на основании информации, полученной при определении временного интервала исследования, при определении продуктовых и географических границ товарного рынка.

Определение хозяйствующих субъектов означает получение данных, позволяющих их идентифицировать:

- полное наименование (с указанием организационно-правовой формы);
- адрес (место нахождения).

Важное значение имеет правильность выбора источников информации, определяющей состав хозяйствующих субъектов, действующих на рынке и требования к ним.

Так, в деле № А70-438/2011 суд указал, что использование сведений из Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним (далее - ЕГРП) в качестве единственного источника для информации о составе хозяйствующих субъектов является ошибочным, поскольку в соответствии со статьей 131 Гражданского кодекса Российской Федерации, пунктом 1 статьи 6 и статьей 33 Федерального закона от 21.07.1997 № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» права на недвижимость, возникшие до 31.01.1998 (момент вступления в силу указанного Закона) признаются юридически действительными при отсутствии их государственной регистрации в ЕГРП, государственная регистрация таких прав проводится по желанию их обладателей. Составление перечня объектов линейно-кабельных сооружений связи и их владельцев только

на основании сведений ЕГРП может привести к существенному искажению данных об объеме рынка и составе действующих на нем субъектов²².

Информация о перечне производителей/поставщиков товара (в том числе о потенциальных) также может быть получена у выявленных производителей и поставщиков.

При определении состава участников рынка, действующих за пределами административных границ Таможенного Союза ЕАЭС, целесообразно использовать таможенную статистику о поставках товаров из-за пределов Таможенного Союза.

Порядок содержит правила, определяющие требования к глубине и полноте этого этапа исследования.

Так пункт 5.2 Порядка определяет, что количество выявленных хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке, является достаточным, если выполняется любое (хотя бы одно) из следующих условий:

- выявленных хозяйствующих субъектов достаточно, чтобы подтвердить или опровергнуть гипотезу о доминирующем положении любого из них, а также для установления влияния любого из них на состояние конкуренции;

- количество выявленных хозяйствующих субъектов основано на всей доступной информации и не может быть расширено за счет информации о хозяйствующих субъектах, которой обладают покупатели и продавцы на рассматриваемом товарном рынке.

Пункт 5.5 Порядка определяет обязательность уточнения состава (численности) групп покупателей, приобретающих товар у продавцов, которые действуют на рассматриваемом товарном рынке.

При этом в соответствии с пунктом 5.5 Порядка при определении состава хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке, состав

²² Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 28.08.2012 по делу № А70-438/2011.

приобретателей товара должен быть уточнен в случае, если исследование выявит иных приобретателей товара. Если на рынке действует небольшое количество приобретателей (менее 15), то выявляются хозяйственные связи этих приобретателей с продавцами.

Также следует иметь в виду, что согласно пункту 10.9 Порядка по делам, возбужденным по признакам нарушения пункта 2 части 1, части 5 (если координация приводит или может привести к повышению, снижению или поддержанию цен на торгах) статьи 11, статей 17, 17.1, 18 Закона о защите конкуренции, анализ состояния конкуренции включает в качестве необходимого и достаточного определение состава хозяйствующих субъектов, участвующих в торгах (с момента подачи заявки на участие в торгах).

Согласно подпункту «в» пункта 10.9 Порядка в состав хозяйствующих субъектов в указанных случаях и только при возбуждении дел по признакам нарушения пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции также подлежат включению хозяйствующие субъекты, которые отказались от участия в торгах в результате соглашения, если они при этом соответствуют требованиям к участникам торгов, которые предусмотрены документацией.

8. Расчет объема товарного рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке

Расчет общего объема товарной массы в обороте за определенный период времени в продуктовых и географических границах рассматриваемого рынка позволяет оценить объем товарного рынка.

Расчет объема рынка является основой для определения долей хозяйствующих субъектов, поскольку дает товарному рынку количественную оценку. После установления временного интервала исследования, продуктовых и географических границ рынка, состава хозяйствующих субъектов, действующих на рынке, его объем можно определить как сумму находящегося в обороте рассматриваемого товара (выявленной группы взаимозаменяемых товаров) в определенных географических границах.

Объем рынка имеет также временную определенность: он рассчитывается за определенный период времени.

Пункт 6.1 Порядка устанавливает, что расчет общего объема товарной массы в обороте за определенный период времени в продуктовых и географических границах рассматриваемого рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке осуществляется на основании одного из следующих показателей:

- . объем продаж;
- . объем поставок (отгрузок);
- . объем выручки;
- . объем перевозок;
- . объем производства;
- . объем производственных мощностей;
- . объем запасов ресурсов;
- . объем товара в соответствии с заключенными договорами.

Основным показателем для расчета объема товарного рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке является объем продаж (поставок) на рассматриваемом товарном рынке. Иные показатели используются в тех случаях, когда из-за отраслевых особенностей они позволяют более точно охарактеризовать положение хозяйствующих субъектов на рассматриваемом товарном рынке с точки зрения конкуренции.

Указанные выше показатели могут использоваться в натуральном или стоимостном выражении, а также в условных расчетных единицах, обеспечивающих сопоставимость данных по различным товарам из группы взаимозаменяемых товаров, сопоставимость данных по различным продавцам и приобретателям.

Стоимостные показатели обычно используют для анализа дифференцированной продукции (сложные промышленные товары, услуги), так как натуральные показатели не обеспечат сопоставимости этих товаров

или услуг.

При определении состава участников рынка, расчете объема рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке могут быть учтены потенциальные продавцы.

В этой связи, когда в состав хозяйствующих субъектов включены потенциальные продавцы, объем товарного рынка целесообразно рассчитывать с учетом объема продаж/производства потенциальных продавцов/производителей, в том числе поставляющих товар на экспорт. Для этих целей можно использовать фактические объемы продаж на смежных рынках.

После расчета объема товарного рынка рассчитываются доли хозяйствующих субъектов, которые определяются применительно к установленному временному интервалу, к продуктовым границам и к географическим границам рассматриваемого товарного рынка, а также к составу хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке.

Показатели, используемые при расчете доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке, приводятся в тех же единицах измерения, что и при расчете объема товарного рынка.

Доля финансовой организации на товарном рынке определяется исходя из отношения объема финансовых услуг определенного вида, оказанных ею, в натуральном и (или) стоимостном выражении к общему объему финансовых услуг данного вида, оказанных в границах товарного рынка в соответствии с постановлением Правительства Российской Федерации от 26.06.2007 № 409 «Об утверждении условий признания доминирующим положения кредитной организации и правил установления доминирующего положения кредитной организации» (далее - Постановление № 409) и постановлением Правительства Российской Федерации от 09.06.2007 № 359 «Об утверждении условий признания доминирующим положения финансовой организации (за исключением кредитной организации) и правил

установления доминирующего положения финансовой организации (за исключением кредитной организации)» (далее – Постановление № 359).

Доля на рынке нескольких финансовых организаций, входящих в группу лиц, действующих в границах товарного рынка, определяется в совокупности для группы лиц.

Подходы, которыми антимонопольному органу необходимо руководствоваться при отражении в аналитическом отчете (обзоре) информации о размере рыночной доли участников товарного рынка, а также информации составляющей коммерческую тайну, изложены в Разъяснении Президиума ФАС России от 21.02.2018 № 13 «Об информации, составляющей коммерческую тайну, в рамках рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, проведении проверок соблюдения антимонопольного законодательства, осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией».

9. Определение уровня концентрации товарного рынка

В целях оценки состояния конкуренции на товарном рынке и заключения о том, к какому виду рынка относится рассматриваемый товарный рынок, производится расчет показателя уровня концентрации товарного рынка.

При этом следует принимать во внимание, что правильное определение уровня концентрации товарного рынка возможно только при правильном определении продуктовых и географических границ товарного рынка (Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 02.11.2016 по делу № А79-240/2015).

Пунктом 7.1 Порядка определены следующие показатели, используемые для определения уровня концентрации товарного рынка:

а) коэффициент рыночной концентрации (CR) - сумма долей на товарном рынке (выраженных в процентах) определенного числа (n) крупнейших хозяйствующих субъектов, действующих на данном рынке;

б) индекс рыночной концентрации Герфиндаля-Гиршмана (ННІ) - сумма квадратов долей (выраженных в процентах) на товарном рынке всех хозяйствующих субъектов, действующих на данном рынке;

в) иные показатели рыночной концентрации.

Установленные данными индексами количественные показатели определяют уровень концентрации рынка как высокий, умеренный или низкий (пункт 7.2 Порядка).

При этом Порядком не определено, каким образом существующий или потенциальный (при перспективном анализе) уровень концентрации влияет (или может повлиять) на состояние конкуренции на товарном рынке. Вместе с тем с соответствии с пунктом 9.2 Порядка показатели уровня концентрации товарного рынка должны учитываться при подготовке заключения о том, к какому виду рынков относится рассматриваемый товарный рынок.

10. Определение барьеров входа на товарный рынок

Определение барьеров входа на товарный рынок является обязательным и важным этапом анализа состояния конкуренции в тех случаях, когда Порядок предусматривает выполнение такого этапа.

Непроведение данного этапа исследования в случае, если он не исключен Порядком из числа этапов анализа состояния конкуренции при рассмотрении конкретных дел или ошибки при определении барьеров могут приводить к ошибкам анализа состояния конкуренции на товарном рынке в целом, не позволяют сделать правильные выводы по последующим этапам анализа и могут стать причиной признания решения антимонопольного органа недействительным²³.

Исходя из пункта 8.1 Порядка под барьерами входа на товарный рынок следует понимать обстоятельства или действия, препятствующие или

²³Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 23.01.2015 № Ф01-5830/2014 по делу № А38-81/2014.

затрудняющие и ограничивающие хозяйствующим субъектам начало деятельности на товарном рынке.

Пункт 8.2 Порядка содержит неисчерпывающий перечень барьеров входа на товарный рынок, в частности:

а) экономические ограничения;

б) административные ограничения, вводимые органами государственной власти и местного самоуправления и иными органами и организациями, наделенными правами данных органов (не противоречащие антимонопольному законодательству);

в) стратегия поведения действующих на рынке хозяйствующих субъектов, направленная на создание барьеров входа на рынок;

г) наличие среди действующих на рынке хозяйствующих субъектов вертикально-интегрированных хозяйствующих субъектов, которое приводит к созданию барьеров входа на рынок.

Так, одним из примеров экономических барьеров согласно пункту 8.2 Порядка являются издержки получения доступа к необходимым ресурсам и правам интеллектуальной собственности, издержки на получение информации.

Данные барьеры приобретают все большее значение в условиях информатизации экономических процессов и повышения роли интеллектуальной собственности.

Наличие исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности может быть учтено антимонопольным органом при определении доминирующего положения. Например, при определении доминирующего положения компании Google Inc. на рынке магазина приложений для операционной системы мобильного устройства антимонопольный орган установил, что доминирующее положение ответчика усиливается в виду наличия прав на ОС «Андройд»²⁴.

²⁴ Решение ФАС России по делу № 1-14-21/00-11-15 от 18.09.2015 г.

Отдельные примеры барьеров входа на банковский рынок приведены в Порядке № 433, в частности, таковыми барьерами могут являться:

- условия разрешений (лицензий) на осуществление определенных банковских операций;
- меры, предпринимаемые действующей на рынке кредитной организацией в ответ на появление нового конкурента, например изменения в политике процентных ставок;
- инвестирование в открытие внутренних структурных подразделений, позволяющих увеличить объем оказания услуги для целей ограничения новых участников рынка;
- антиконкурентные соглашения и согласованные действия хозяйствующих субъектов, в том числе с органами государственной власти и местного самоуправления.

Пунктом 8.1 Порядка установлено, что процедура определения барьеров входа на товарный рынок, включает:

- выявление наличия (или отсутствия) барьеров входа на рассматриваемый товарный рынок;
- определение преодолемости выявленных барьеров входа на рассматриваемый товарный рынок.

Барьеры входа на товарный рынок анализируются:

- а) с точки зрения возможности потенциальных продавцов, в том числе действующих на смежных рынках, стать участниками рассматриваемого товарного рынка;
- б) с точки зрения возможности хозяйствующих субъектов, действующих на рассматриваемом товарном рынке, расширить производственные мощности или объем продаж данного товара.

При определении наличия (или отсутствия) барьеров входа на товарный рынок учитывается возможность наличия барьеров входа на товарный рынок для крупных хозяйствующих субъектов при отсутствии таких барьеров для малых хозяйствующих субъектов, и наоборот.

Согласно пункту 8.4 Порядка преодолимость барьеров входа на товарный рынок оценивается на основе сроков и величины затрат на преодоление таких барьеров.

При этом в соответствии с указанным пунктом Порядка барьеры входа на товарный рынок считаются преодолимыми, если затраты на преодоление барьеров, входа на рассматриваемый товарный рынок экономически оправдываются доходами (преимуществами), которые получит (предполагает получить) хозяйствующий субъект, собирающийся прийти на данный товарный рынок.

Установление преимущества, которые получает хозяйствующий субъект, войдя на товарный рынок, может иметь принципиальное значение для оценки преодолимости барьера входа на товарный рынок.

В свою очередь, установление преодолимости барьеров в виду оправданности с экономической точки зрения затрат, понесенных на преодоление барьеров, такими преимуществами, может свидетельствовать об отсутствии доминирующего положения хозяйствующего субъекта даже фактически обладающего большей долей рынка²⁵. Неверная оценка преодолимости барьеров входа на товарный рынок или необоснованность выводов о непреодолимости барьеров может также служить основанием для признания решения антимонопольного органа недействительным²⁶.

Необходимые для хозяйствующих субъектов сроки и затраты на преодоление барьеров входа на рассматриваемый товарный рынок, а также преодолимость барьеров входа на рассматриваемый товарный рынок могут оцениваться путем опроса фактических и потенциальных продавцов или отраслевых специалистов (экспертов).

Устанавливая обязательность определение преодолимости выявленных барьеров Порядок не устанавливает классификацию барьеров с точки зрения

²⁵Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 22.10.2015 № Ф06-562/2015 по делу № А57-13703/2014.

²⁶Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 28.01.2013 по делу № А53-14125/2012.

их преодолимости.

Вместе с тем, исходя из содержания требований по проведению соответствующей оценки и практики антимонопольных органов с точки зрения преодолимости барьеры могут быть разделены на: непреодолимые, высокие и труднопреодолимые, низкие и легко преодолимые, преодолимые.

Необходимые для хозяйствующих субъектов сроки и затраты на преодоление барьеров входа на рассматриваемый товарный рынок, а также преодолимость барьеров входа на рассматриваемый товарный рынок оцениваются в соответствии с пунктом 8.4 Порядка.

Из данного положения не следует, что для оценки указанных обстоятельств, не могут быть применены и иные методы и способы, а также приведены другие доказательства, например, расчеты и иные письменные доказательства.

Вместе с тем, результаты проведенного антимонопольным органом опроса фактических и потенциальных продавцов на практике рассматриваются как необходимые и достаточные доказательства²⁷.

11. Установление доминирующего положения хозяйствующего субъекта (хозяйствующих субъектов)

На данном этапе анализа проводится исследование на предмет наличия или отсутствия хозяйствующего субъекта (хозяйствующих субъектов), занимающих доминирующее положение на рассматриваемом товарном рынке.

Доминирующее положение хозяйствующего субъекта на товарном рынке определяется на основании статьи 5 Закона о защите конкуренции.

В соответствии с частью 7 статьи 5 Закона о защите конкуренции условия признания доминирующим положения финансовой организации

²⁷ Постановление ФАС Уральского округа от 02.06.2014 № Ф09-2928/14 по делу № А50-24126/2012; Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 04.08.2011 по делу № А45-20124/2010.

утверждаются нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации: для финансовой организации, поднадзорной Центральному банку Российской Федерации, условия устанавливаются Правительством Российской Федерации по согласованию с Банком России; для иной финансовой организации - Правительством Российской Федерации. Постановление № 409 и Постановление № 359 применяются в не противоречащей законодательству части.

При установлении доминирующего положения необходимо также руководствоваться Разъяснениями Президиума ФАС России от 07.06.2017 года № 8 «О применении положений статьи 10 Закона о защите конкуренции» (утв. протоколом Президиума ФАС России от 07.06.2017 № 11).

Так, при определении доминирующего положения антимонопольный орган обязан руководствоваться качественными и количественными критериями, которые установлены статьей 5 Закона о защите конкуренции.

Именно совокупность качественных и количественных критериев дает представление о наличии доминирующего положения хозяйствующего субъекта на товарном рынке, свидетельствует о его возможности оказывать решающее влияние на общие условия обращения товаров на товарном рынке.

Определенная специфика содержится в Порядке относительно анализа состояния конкуренции на рынке, находящемся в состоянии естественной монополии.

Необходимо обратить внимание на то, что из положений пункта 12.5 Порядка следует, что без проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта - субъекта естественной монополии на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии.

Вместе с тем, данное положение Порядка необходимо применять в совокупности с абзацами 12-15 пункта 1.3 и пункта 4.7 Порядка.

Так, в соответствии с абзацами 12-15 пункта 1.3 Порядка по делам, возбужденным по признакам нарушения статьи 10 Закона о защите

конкуренции субъектом естественной монополии на рынке, функционирующем в условиях естественной монополии, анализ состояния конкуренции на товарном рынке должен включать следующие этапы:

а) определение временного интервала исследования товарного рынка;

б) определение продуктовых границ товарного рынка, которое производится согласно сферам деятельности субъектов естественных монополий, указанных в пункте 1 статьи 4 Федерального закона от 17 августа 1995 года № 147-ФЗ «О естественных монополиях»;

в) определение географических границ товарного рынка.

Из указанных положений следует, что при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства субъектом естественной монополии антимонопольный орган должен как минимум доказать, что хозяйствующий субъект является субъектом естественной монополии, установить какие услуги и на каком рынке оказывает хозяйствующий субъект, а также установить находится ли этот рынок в состоянии естественной монополии²⁸.

При этом то обстоятельство, что в отношении субъекта естественных монополий, установлено доминирующего положение на том товарном рынке, на котором он является субъектом естественных монополий, автоматически не означает наличие доминирующего положения на иных товарных рынках, на которых этот хозяйствующий субъект осуществляет свою деятельность, не относящуюся к сфере естественных монополий. Для установления доминирующего положения на таких рынках необходимо проводить полноценный анализ состояния конкуренции без изъятий, предусмотренных абзацами 12-15 пункта 1.3 Порядка для субъектов естественных монополий.

При этом пункт 4.7 Порядка определяет также особенности установления географических границ в сфере услуг субъектов естественных монополий.

²⁸ Арбитражного суда Северо-Западного округа от 23.05.2017 № Ф07-3636/2017 по делу № А21-4010/2016.

Географические границы товарных рынков в таких случаях определяются с учетом особенностей, предусмотренных законодательством Российской Федерации, предоставления этих услуг на соответствующих товарных рынках, в том числе на основании одного или нескольких критериев:

- административно-территориального критерия (территория Российской Федерации, территория федерального округа Российской Федерации, территория экономических районов Российской Федерации, территория субъекта Российской Федерации, территория (района, города, пгт, иное) субъекта Российской Федерации);

- организационного критерия (территория деятельности хозяйствующего субъекта, территория деятельности филиала хозяйствующего субъекта);

- технологического критерия (наличие и расположение технологической инфраструктуры (сетей), включая доступ к инфраструктуре и ее использованию (подключение к сетям).

Выбор соответствующего критерия должен быть обоснован антимонопольным органом.

Обоснованное применение одного из критериев, указанных в пункте 4.7 Порядка является достаточным для установления географических границ товарного рынка в сфере услуг естественных монополий²⁹, однако положения пункта 4.7 Порядка также не исключают применение и иных методов установления географических границ, например, «теста гипотетического монополиста».

Все указанные особенности анализа состояния конкуренции на рынке услуг естественных монополий относятся в полной мере не только к процедуре рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, но и являются необходимыми при решении вопроса о

²⁹ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 19.09.2017 по делу № А40-235024/16.

выдаче предупреждения о прекращении действий (бездействия), которые содержат признаки нарушения антимонопольного законодательства субъекту естественной монополии.

Следует также учитывать, что положения раздела XII Порядка относительно установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта (субъектов) не применяются для установления доминирующего положения финансовых организаций, а также для установления доминирующего положения хозяйствующих субъектов в соответствии со статьей 14 Федерального закона от 29.12.2012 № 275-ФЗ «О государственном оборонном заказе».

12. Оценка состояния конкурентной среды на товарном рынке

В соответствии с пунктом 9.1 Порядка оценка состояния конкуренции на товарном рынке включает:

а) заключение о том, к какому виду рынков относится рассматриваемый товарный рынок: к рынку с развитой конкуренцией, к рынку с недостаточно развитой конкуренцией или к рынку с неразвитой конкуренцией;

б) оценку перспективы изменения конкуренции на рассматриваемом товарном рынке (в случаях, предусмотренных подпунктами «б» и «в» пункта 1.1 Порядка).

Оценка состояния конкуренции также должна включать оценку перспективы изменения конкуренции на рассматриваемом товарном рынке в случаях, когда анализ состояния конкуренции проводится:

А) при принятии решений в рамках государственного контроля за экономической концентрацией;

Б) при решении вопросов о принудительном разделении (выделении) коммерческих и некоммерческих организаций, осуществляющих предпринимательскую деятельность.

Заключение о том, к какому виду рынков относится рассматриваемый

товарный рынок, дается на основании показателей уровня концентрации товарного рынка, наличия и преодолемости барьеров входа на товарный рынок, а также интенсивности входа на рынок новых участников, информации об ограничениях импорта товара.

В случае если коэффициенты рыночной концентрации являются высокими, и при этом установлено наличие высоких барьеров входа новых участников на рынок, а также наличие ограничений импорта товара из-за пределов определенных географических границ товарного рынка, рассматриваемый рынок находится в состоянии неразвитой конкурентной среды, если не доказано иное.

Если коэффициенты рыночной концентрации являются высокими или умеренными, однако в ходе анализа установлено, что потенциальный вход новых участников рынка возможен в короткий временной период (в сравнении с циклом производства и потребления товара) с относительно невысокими материальными затратами для данного товарного рынка, тогда вывод о состоянии конкурентной среды на товарном рынке необходимо делать с учетом оценки возможности потребителей переключиться на альтернативных поставщиков товара и иных релевантных факторов. Если такая возможность есть, рынок следует признавать либо как рынок с недостаточно развитой конкуренцией, либо рынок с развитой конкуренцией, в зависимости от обстоятельств.

В том случае если коэффициенты рыночной концентрации являются низкими, вне зависимости от барьеров входа на рынок новых участников и существующих ограничений на импорт, рынок необходимо относить к категории рынков с развитой конкурентной средой.

В случае если указанных характеристик недостаточно для заключения о том, к какому виду рынков относится рассматриваемый товарный рынок, то:

- 1) Проводится анализ поведения хозяйствующих субъектов на рассматриваемом товарном рынке.
- 2) Проводится анализ результатов хозяйственной деятельности.

3) Выявляются факторы, способствующие ограничению конкуренции на рассматриваемом товарном рынке, в том числе возможности оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке.

13. Аналитический отчет

В соответствии с пунктом 11.1 Порядка по результатам проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке составляется аналитический отчет, в котором приводятся результаты проведенного анализа.

В соответствии с пунктом 11.3 Порядка в случае если в соответствии с пунктами 1.3, 10.3 - 10.9 настоящего Порядка отдельные этапы анализа состояния конкуренции не проводились, по итогам анализа составляется краткое описание полученных результатов (краткий отчет (обзор)).

При составлении аналитического отчета, краткого отчета (обзора) необходимо указывать цель исследования состояния конкуренции и принимаемые по его результатам решения. Следует отметить, что отдельные положения, посвященные определению доминирующего положения, содержатся в пунктах 6.5 и 6.6 Порядка.

Требования к содержанию аналитического отчета определены в пункте 11.2 Порядка. В случае если различные источники содержат противоречивую и/или разнонаправленную информацию, то антимонопольный орган обосновывает причины, по которым информация из одного источника принимается антимонопольным органом, а из другого – не принимается.

В силу пункта 11.4 Порядка к аналитическому отчету, включая краткий отчет (обзор), прилагается перечень документов, использованных для определения характеристик рассматриваемого товарного рынка.

Документы, имеющиеся в материалах дела о нарушении антимонопольного законодательства, а также документы, содержащиеся в общедоступных источниках информации, не прилагаются к аналитическому

отчету (обзору). При этом в аналитическом отчете (обзоре) указываются ссылки на такие документы и общедоступные источники информации.

Председатель
Президиума ФАС России,
Руководитель ФАС России



И.Ю. Артемьев