

Практика Апелляционной коллегии ФАС России

(научный обзор наиболее значимых дел, рассмотренных в III квартале 2019 г.)

ISSN: 2542-0259

© Российское конкурентное право
и экономика, 2019

Москвитин О. А.,

заместитель директора
Института конкурентной
политики и регулирования
рынков НИУ ВШЭ, адвокат,
партнер Коллегии адвокатов
«Муранов, Черняков и партнеры»,
г. Москва

Бочинин И. П.,

юрист Коллегии адвокатов
«Муранов, Черняков и партнеры»,
г. Москва

Рассматриваемые в очередном, ставшем уже традиционным, научном обзоре дела за третий квартал 2019 г. имеют существенное значение для развития практики антимонопольных органов по применению антимонопольного законодательства, поддержания ее единообразия. В частности, в первом рассматриваемом деле Апелляционная коллегия ФАС России указала на те необходимые, по мнению коллегиального органа, вопросы, которые должны были быть исследованы территориальным управлением при рассмотрении дела о нарушении ст. 14.4 Федерального закона «О защите конкуренции»¹ (далее — Закон о защите конкуренции). Во втором рассматриваемом решении поднимается немаловажный вопрос об оценке правомерности (неправомерности) «дробления» предмета закупки и его возможных последствий для конкуренции. В третьем деле Апелляционная коллегия ФАС России вновь сталкивается с вопросами, связанными с вынесением и исполнением предупреждений, выдаваемых в порядке ст. 39.1 Закона о защите конкуренции, анализирует правовые, в том числе процедурные, последствия неполучения предупреждения хозяйствующим субъектом.

1. Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 12 июля 2019 г. по делу № 30-К-05-18²

Решением Астраханского УФАС России в действиях индивидуального предпринимателя (ИП), выразившихся в приобретении и использовании исключительного права на товарный знак в отношении товаров 30-го класса Международной классификации товаров и услуг (МКТУ) (булки, сухари, хлеб, хлеб из пресного теста), установлено нарушение ст. 14.4 Закона о защите конкуренции.

При рассмотрении дела территориальным антимонопольным органом была установлена история распространения спорного хлеба на территории Астраханской области. Так, отмечено, что в апреле 2000 г. в регионе начали выпекать хлеб высокого качества по рецептам и технологии сельских хлебозаводов, принадлежащих к системе Астраханского облрыболовпотребсоюза. Реализация хлеба производилась в киосках известного рынка и со специализированного транспорта в отдельных точках города. У потребителей за указанным хлебом закрепилось наименование «рыболовский».

В дальнейшем ИП — ответчиком по делу о нарушении антимонопольного законодательства — был продолжен выпуск хлеба с наименованием «Рыболовский». При этом ООО «М»

¹ См.: Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (ред. от 18.07.2019) «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 31.07.2006. № 31 (ч.1). Ст. 3434.

² См.: Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 12 июля 2019 г. по делу № 30-К-05-18 // База решений и правовых актов ФАС России. URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/efd2545f-be7b-40d5-b950-b5bc9c3367a6/>. (Дата обращения: 14.11.2019).

осуществляло производство хлеба с наименованием «Рыболовецкий Меркурий» с сентября 2010 г., ООО «З» с наименованием «Рыболовский» — с ноября 2013 г., ООО «А» с наименованием «Рыболовецкий» — с 2015 г.

В 2017 г. ИП был зарегистрирован комбинированный товарный знак «Рыболовский хлебъ», после чего со стороны ИП были направлены претензии ООО «А» и ООО «З» о прекращении незаконного использования товарного знака. В дальнейшем ИП также обращалась в антимонопольный орган с жалобами на ООО «А», ООО «З» и ООО «М», обвиняя их в недобросовестной конкуренции.

Территориальный антимонопольный орган, рассматривая настоящее дело, признал ИП нарушившим положения ч. 1 ст. 14.4 Закона о защите конкуренции.

Напомним, что согласно данной норме права не допускается недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации товаров, работ или услуг. При этом можно считать устоявшейся позицию о том, что целью недобросовестных действий по приобретению и использованию исключительного права является получение конкурентных преимуществ [1]. А сама по себе норма ч. 1 ст. 14.4 Закона о защите конкуренции рассматривается в качестве развивающей положения ГК РФ, в частности, подп. 6 п. 2 ст. 1512 ГК РФ [2].

Комментируемое решение интересно не только тем, что в нем Апелляционная коллегия ФАС России отменила решение территориального управления, отправив дело на новое рассмотрение в УФАС, но и тем, что в данном случае коллегиальный орган фактически развернуто указал на ту необходимую информацию, которую должен получить территориальный антимонопольный орган в целях установления фактов, имеющих определяющее значение для принятия решения о наличии или отсутствии в действиях ИП нарушения положений ч. 1 ст. 14.4 Закона о защите конкуренции.

Во-первых, Апелляционной коллегией справедливо указано на необходимость доказывания как минимум двух элементов:

- наличие в действиях обвиняемого хозяйствующего субъекта совокупности действий по приобретению и использованию исключительных прав на средства индивидуализации;
- благодаря имевшим место до регистрации товарного знака действиям какого (каких) хозяйствующих субъектов спорное обозначение приобрело широкую известность.

Во-вторых, коллегиальный орган ФАС России относительно конкретного комментируемого дела указал на те обстоятельства, которые не были установлены территориальным антимонопольным органом при рассмотрении дела, в отсутствие которых, вероятно, нельзя сделать

справедливый и обоснованный вывод о наличии (отсутствии) нарушения антимонопольного законодательства. По нашему мнению, подобного рода обстоятельства должны доказываться и при разрешении других дел о нарушении ч. 1 ст. 14.4 Закона о защите конкуренции. Так, Апелляционная коллегия ФАС России указала на необходимость:

1) установить документально подтверждаемое время начала деятельности ИП по производству хлебобулочных изделий под наименованием «Рыболовский хлеб»;

2) установить документально подтверждаемое время начала деятельности ИП по реализации хлебобулочных изделий под наименованием «Рыболовский хлеб»;

3) установить, имеет ли, с точки зрения потребителя, название «Рыболовский хлеб» ассоциативную связь с конкретными видами хлебобулочных изделий и (или) с местом их продажи и (или) производства;

4) установить наличие у потребителя ассоциативной связи наименования «Рыболовский хлеб» с каким-либо из производителей хлебобулочных изделий, действующих на соответствующем товарном рынке;

5) установить, благодаря имевшим место до регистрации товарного знака действиям какого из хозяйствующих субъектов спорное обозначение приобрело широкую известность, в том числе на основе анализа инвестиций таких хозяйствующих субъектов в рассматриваемое наименование.

Полагаем, что такая позиция коллегиального органа оправдана и заслуживает поддержки. Уже после принятия комментируемого решения ФАС России было выпущено письмо от 26 августа 2019 г. № АК/74286/19 «Об особенностях рассмотрения дел о нарушении запрета, установленного статьей 14.4 Закона “О защите конкуренции”» [3]. Так, в указанном письме со ссылкой на практику Суда по интеллектуальным правам (см., например, дела № СИП-131/2017, СИП-501/2017, СИП-522/2017, СИП-754/2018 и др.) указывается на необходимость доказывания следующей совокупности обстоятельств для признания действий правообладателя по приобретению и использованию исключительного права на товарный знак актом недобросовестной конкуренции:

1) факт использования спорного обозначения иными лицами до даты подачи ответчиком заявки на регистрацию этого обозначения в качестве товарного знака;

2) известность ответчику факта использования такого обозначения иными лицами до даты подачи им заявки на регистрацию его в качестве товарного знака;

3) наличие на момент подачи ответчиком заявки на регистрацию этого обозначения в качестве товарного знака конкурентных отношений между ответчиком и истцом;

4) наличие у ответчика намерения (цели) посредством приобретения исключительного права на такое

обозначение причинить вред истцу или вытеснить его с товарного рынка путем предъявления требований, направленных на пресечение использования спорного обозначения, либо получить необоснованные преимущества за счет использования обозначения, известного потребителю ранее в связи с деятельностью истца;

5) причинение либо вероятность причинения истцу вреда путем предъявления требований о прекращении использования спорного обозначения.

По нашему мнению, такая совокупность доказательств в известной степени может быть востребована и в правоприменительной практике антимонопольных органов, «первично устанавливающих» факт нарушения антимонопольного законодательства путем недобросовестной конкуренции, связанной с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации товаров, работ или услуг.

2. Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 22 августа 2019 г. по делу № 02-10/01-19³

Решением Марийского УФАС России от 24 мая 2019 г. установлено нарушение ч. 4 ст. 11 Закона о защите конкуренции в действиях ГБУ «З» (Заказчик), Общества «БТ», Общества «БИ», Общества «ГА», которое выразилось в заключении договоров купли-продажи на поставку компьютерной техники для нужд ГБУ «З» без проведения конкурентных процедур.

В ходе рассмотрения дела были установлены следующие обстоятельства.

Между ГБУ «З» и Обществами без проведения конкурентных процедур по отдельности были заключены по шесть договоров поставки компьютерной техники. Каждый договор заключался на сумму, не превышающую 100 тыс. руб.

Комиссия Марийского УФАС пришла к выводу о том, что между ГБУ «З» и Обществами было достигнуто антиконкурентное соглашение, результатом которого является заключение договоров без проведения конкурентных процедур, посредством искусственного дробления закупок.

Апелляционная коллегия ФАС России, рассматривая жалобы хозяйствующих субъектов на решение Марийского УФАС, исходила из следующего.

Из содержания ч. 4 ст. 11 Закона о защите конкуренции следует, что для квалификации действий хозяйствующих субъектов в качестве заключения иного антикон-

курентного соглашения необходимо установить наличие соглашения и наступление (возможность наступления) в результате этого соглашения последствий в виде ограничения конкуренции.

При этом, поскольку соглашение достигнуто в устной форме, оно не может и не должно быть документально подтверждено, а о наличии такого соглашения может свидетельствовать определенная модель поведения участников соглашения.

Апелляционная коллегия сослалась на позицию Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенную в постановлении от 6 апреля 2011 г. № 14686/10, согласно которой в тех случаях, когда требуется проведение конкурса, подразумевающего состязательность хозяйствующих субъектов, его непроведение (за исключением случаев, допускаемых законом) не может не влиять на конкуренцию, поскольку лишь при публичном объявлении конкурса в установленном порядке могут быть выявлены потенциальные желающие получить товары, работы, услуги, доступ к соответствующему товарному рынку либо право ведения деятельности на нем. Отметим, что такой же подход поддерживается в своих разъяснениях самим антимонопольным ведомством [4], а также доктриной [5].

При этом согласно ст. 3.6 Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»⁴ порядок подготовки и осуществления закупки у единственного поставщика (исполнителя, подрядчика) и исчерпывающий перечень случаев проведения такой закупки устанавливаются положением о закупках.

Безусловно, соответствующее положение о закупках существовало и для ГБУ «З». Анализ такого положения показал, что заказчик вправе применять процедуру закупки у единственного источника в случае закупки товаров, работ, услуг на сумму до 100 тыс. рублей с НДС включительно. При этом организатор закупки должен разместить на официальном сайте извещение об осуществлении закупки у конкретного поставщика с указанием условий договора и цены закупки в случае, если сумма закупки превышает 100 тыс. рублей.

Апелляционная коллегия указала, что анализ предмета заключенных договоров, их цели вкуче с временным интервалом в 41 день, в течение которого заключались договоры, свидетельствует о стремлении ГБУ «З» уйти от проведения конкурентных процедур путем «разбивки» закупки на несколько договоров на сумму до 100 тыс. рублей.

Придя к такому выводу, фактически свидетельствующему о неправомерности действий ГБУ «З», коллегияльный орган отдельно отметил, что обязанность проверять соответствие положений договора и правовых основа-

³ См.: Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 22 августа 2019 г. по делу № 02-10/01-19 // База решений и правовых актов ФАС России. URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/0bb5a27a-3fe9-46a3-8678-8f89aa06feda/>. (Дата обращения: 14.11.2019).

⁴ См.: СЗ РФ. 25.07.2011. № 30 (ч. 1). Ст. 4571.

ний для его заключения действующему законодательству возложена на обе стороны договора, в связи с чем в действиях обществ также усматривается нарушение ч. 4 ст. 11 Закона о защите конкуренции.

Особенно примечательно, что рассмотрение данного дела Апелляционной коллегией происходило с опорой на правовые позиции, сформулированные в правоприменительной практике. Так, например, при обосновании неправомочности искусственного дробления на части общего предмета договора, свидетельствующего о желании заказчика избежать проведения конкурентных процедур, коллегиальный орган подтверждал свои выводы ссылками на судебные акты: например, Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 10 августа 2015 г. по делу № А32-31858/2014; Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 20 сентября 2016 г. по делу № А69-3715/2015 и др.

На основании изложенного решение Марийского УФАС России было оставлено без изменения, а жалобы обществ без удовлетворения.

Полагаем, что выводы, которые легли в основу данного решения Апелляционной коллегии ФАС России, обоснованы и должны быть поддержаны дальнейшей правоприменительной практикой.

Действительно, попытки избежать конкурентных процедур в тех случаях, когда их проведение нужно в силу закона, не только нарушает цели и принципы законодательства о закупках, но и свидетельствует о создании преимущественного положения отдельным хозяйствующим субъектам. При этом, по справедливому замечанию А. В. Молчанова, действия, «внешне не противоречащие законодательству, но имеющие своей целью прикрыть сделку, которая должна быть заключена на торгах... должны квалифицироваться как действия в обход закона» [6].

Также следует отметить, что в этом смысле искусственное дробление общего предмета договора, имевшее место в рассматриваемом деле, можно сравнить с часто возникающей на практике ситуацией укрупнения лотов, что тоже ведет к ограничению конкуренции путем создания преимущественного положения для того или иного хозяйствующего субъекта⁵.

⁵ См. об этом, например: Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 8 июня 2017 г. по делу № 111-17-16 // База решений и правовых актов ФАС России. URL: <https://br.fas.gov.ru/documents/d487f259-928a-46ef-a77c-3a510b70ec45/?query=111-17-16>. (Дата обращения: 14.11.2019); Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 31 мая 2019 г. по делу № А04-4382/2018 // Картотека арбитражных дел и решений. URL: http://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/6858f87c-db51-4467-b3b6-b982d286d5d9/1b6ef46c-a82c-4ba0-ab40-dff70c2200c1/A04-4382-2018_20190531_Postanovlenie_kassacionnoj_instancii.pdf?isAddStamp=True. (Дата обращения: 14.11.2019).

3. Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 30 июля 2019 г. по делу № 1-15-284/77-19⁶

На рассмотрение коллегиального органа ФАС России поступила жалоба на решение Московского УФАС России, в соответствии с которым основанием для прекращения рассмотрения дела стало отсутствие нарушения антимонопольного законодательства, которое обусловлено недоказанностью факта доставки предупреждения, направленного в порядке статьи 39.1 Закона о защите конкуренции в адрес ответчика до возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Первоначально, в ходе рассмотрения поступившего в территориальное управление заявления, Московским УФАС в действиях ответчика — Управы — были установлены признаки нарушения ст. 15 Закона о защите конкуренции.

Антимонопольный орган выдал Управе предупреждение, которое должно было быть исполнено в тридцатидневный срок с даты получения.

Территориальным антимонопольным органом на основании данных с сайта почты было установлено, что письмо было получено Управой 6 декабря 2018 г., то есть открытый конкурс (во исполнение предупреждения) должен был быть проведен не позднее 9 января 2019 г. Однако в указанный срок такой конкурс проведен не был.

Неисполнение предупреждения Управа связывала именно с фактом неполучения ею предупреждения антимонопольного органа, несмотря на имеющиеся на официальном сайте почты данные об обратном.

В связи со сложившейся спорной ситуацией Московское УФАС направило в адрес почты соответствующий запрос, из ответа на который следовало, что «по вине работников отделения почтовой связи была нарушена технология доставки заказного отправления, в результате чего документы, подтверждающие факт вручения отправления адресату, в отделении почтовой связи отсутствуют, в связи с чем почтовое отправление признано утраченным».

На основании изложенного территориальный антимонопольный орган пришел к выводу о необходимости прекращения рассмотрения дела.

Апелляционная коллегия ФАС России, рассматривая данное дело, отметила, что согласно ч. 2 ст. 39.1 Закона о защите конкуренции принятие антимонопольным органом решения о возбуждении дела о нарушении, в том

⁶ Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 30 июля 2019 г. по делу № 1-15-284/77-19 // База решений и правовых актов ФАС России. URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/e6b21e59-0227-4916-84f2-8e2f3ce74ccc/>. (Дата обращения: 14.11.2019).

числе ст. 15 Закона о защите конкуренции, без вынесения предупреждения и до завершения срока его выполнения не допускается.

При этом коллегиальный орган ФАС России, сославшись на примеры из судебной практики и практики антимонопольных органов, указал на то, что хозяйствующему субъекту должна быть предоставлена возможность исполнения предупреждения во избежание привлечения его к публично-правовой ответственности.

Однако Апелляционная коллегия не смогла согласиться с выводом территориального управления о том, что отсутствие нарушения антимонопольного законодательства обусловлено недоказанностью факта доставки ответчику предупреждения, отметив, что, наоборот, наличие или отсутствие признаков нарушения антимонопольного законодательства не может быть поставлено в зависимость от факта получения или неполучения предупреждения.

На основании изложенного коллегиальным органом решение территориального антимонопольного органа было изменено. В частности, в резолютивной части решения были справедливо, на наш взгляд, заменены слова «в связи с отсутствием нарушения антимонопольного законодательства в бездействии Управы» на «в соответствии с ч. 2 ст. 39.1 Закона о защите конкуренции».

По нашему мнению, такой подход является оправданным, поскольку базируется на буквальном толковании ч. 2 ст. 39.1 Закона о защите конкуренции, прямо предусматривающей, что принятие антимонопольным органом решения о возбуждении дела о нарушении ряда статей Закона о защите конкуренции, в частности ст. 15, без вынесения предупреждения и до завершения срока его выполнения не допускается.

При этом, исходя из сформированной антимонопольными органами в своей деятельности позиции, предупреждение подлежит выдаче только при действительном наличии признаков нарушения антимонопольного законодательства [7]. Иными словами, при выдаче предупреждения антимонопольные органы полагают (должны полагать) реальную возможность нарушения антимонопольного законодательства в действиях лица, которому выдается предупреждение. Таким образом, неполучение таким лицом предупреждения вследствие нарушений со стороны организации почтовой доставки, иных обстоятельств не может являться обстоятельством, свидетельствующим о том, что лицом было совершено (не было совершено) то или иное нарушение антимонопольного законодательства, поскольку положения ст. 39.1 Закона о защите конкуренции по своей сути носят процедурный, а не материально-правовой характер.

При этом несоблюдение положений ст. 39.1 Закона о защите конкуренции, в том числе отсутствие выдачи предупреждения в случаях, предусмотренных в п. 2 той же статьи, свидетельствует о несоблюдении

процедуры возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства, что может являться причиной в том числе отмены решения антимонопольного органа. Так, в Постановлении Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 31 марта 2016 г. по делу № А82-2591/2015 указано следующее:

«Таким образом, апелляционный суд пришел к правомерному выводу о том, что Управление установило в действиях Общества признаки нарушения п. 3 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, но в нарушение ст. 39.1 Закона о защите конкуренции возбудило дело и приняло решение без выдачи хозяйствующему субъекту предупреждения; нарушение порядка возбуждения и рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства является основанием для признания такого решения недействительным». ■

Литература

1. Конкуренция в рыночной экономике: пределы свободы и ограничений: Монография / А. А. Амангельды, О. А. Беляева, А. Н. Варламова и др.; отв. ред. А. В. Габов. М.: ИзисП, Юриспруденция, 2016. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». (Дата обращения: 19.11.2019).
2. Пономарева Т. Т. «Четвертый антимонопольный пакет»: практика применения // Экономико-правовой бюллетень. 2016. № 6. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». (Дата обращения: 19.11.2019).
3. Письмо ФАС России от 26 августа 2019 г. № АК/74286/19 «Об особенностях рассмотрения дел о нарушении запрета, установленного статьей 14.4 Закона “О защите конкуренции”» // Официальный сайт ФАС России. URL: <https://fas.gov.ru/documents/685654>. (Дата обращения: 14.11.2019).
4. Письмо ФАС России от 25 декабря 2018 г. № СП/106703/18 «О выдаче предупреждений по ч. 1 ст. 15 Закона о защите конкуренции при передаче до 01.03.2015 земельных участков, государственная собственность на которые не разграничена, в аренду хозяйствующим субъектам без проведения процедуры торгов» // Официальный сайт ФАС России. URL: <https://fas.gov.ru/documents/676750>. (Дата обращения: 19.11.2019).
5. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный) / К. Н. Алешин, И. Ю. Артемьев, Е. А. Большаков и др.; отв. ред. И. Ю. Артемьев. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2016. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». (Дата обращения: 19.11.2019).
6. Молчанов А. В. «Обход торгов» — угроза для конкуренции // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. № 3. С. 59. (Дата обращения: 19.11.2019).

7. Разъяснение Президиума ФАС России от 7 июня 2017 г. № 8 «О применении положений статьи 10 Закона о защите конкуренции», утв. протоколом Президиума ФАС России от 7 июня 2017 г. № 11 // Официальный сайт ФАС России. URL: <https://fas.gov.ru/documents/611491>. (Дата обращения: 19.11.2019).

Сведения об авторах

Москвитин Олег Андреевич, заместитель директора Института конкурентной политики и регулирования рынков НИУ ВШЭ, адвокат, партнер, руководитель антимонопольной и тарифной практик Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры», член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов

Область научных интересов: антимонопольное право, тарифное регулирование

Контактная информация:

Адрес: 105005, г. Москва, Денисовский пер., д. 23, стр. 6

Тел.: + 7 (495) 783-74-50

E-mail: O.Moskvitin@rospravo.ru

Бочинин Илья Павлович, юрист Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры»

Область научных интересов: антимонопольное право, тарифное регулирование

Контактная информация:

Адрес: 105005, г. Москва, Денисовский пер., д. 23, стр. 6

Тел.: + 7 (495) 783-74-50

E-mail: I.Bochinin@rospravo.ru