

Комментарий к статье «Специфические характеристики рынка услуг и особенности определения релевантного товарного рынка для целей антимонопольного правоприменения»

И. В. Башлаков-Николаев,
к.э.н., заведующий кафедрой
антимонопольного
регулирования МГОУ,
г. Москва

**Новые аргументы в пользу необходимости
повышения стандартов экономического анализа
в антимонопольном регулировании**

Бстатье рассматриваются весьма актуальные вопросы стандартов и качества доказательств по делам о нарушении антимонопольного законодательства, а также обоснованности предъявляемых нарушителям соответствующих обвинений.

Сама автор объясняет актуальность своего исследования активностью продолжающейся длительное время на научных и экспертных площадках дискуссии на эту тему, сохранением различных взглядов при подготовке разъяснений и комментариев к соответствующим положениям Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»¹.

Противоречие «потребностей» регулятора и регулируемых хозяйствующих субъектов, связанное с понятным и во многом вынужденным (из-за ограниченности бюджетных ресурсов) тяготением первого к снижению издержек доказывания и формализации доказательств, а второго — к усилению роли экономического анализа в формировании доказательств антимонопольных нарушений, по всей видимости, будет сохраняться и дальше. По крайней мере до тех пор, пока не удастся унифицировать и автоматизировать процесс экономического анализа состояния конкурентной среды на товарных рынках.

Между тем, ряд авторов отмечает² разработанный ФАС России Порядок проведения анализа и оценки конкурентной среды на товарных рынках³, при разработке

¹ См.: Собрание законодательства РФ. 2006. № 31 (ч. I). Ст. 3434.

² См.: Развитие и применение антимонопольного законодательства в России: по пути достижений и за-
блуждений: Доклад / С. Авдашева, Н. Дзагурова, П. Крючкова, Г. Юсупова. Научный редактор С. Ав-
дашева. М.: МАКС Пресс, 2011. С. 6, 7.

³ См.: Приказ ФАС России от 25.04.2006 № 108 (ред. от 28.04.2010) «Об утверждении Порядка про-
ведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 07.08.2006. № 32. Пункт 1 данного
Приказа признан утратившим силу в соответствии с приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220. —
Прим. ред.

которого удалось достичь редкой комбинации — одновременно продемонстрировать связь между компонентами анализа рынка и применением антимонопольного законодательства и предложить альтернативные решения ряда методических проблем. По мнению данных авторов, Порядок способствовал повышению качества экономической аргументации в делах по нарушению антимонопольного законодательства как со стороны ФАС России, так и со стороны обвиняемых в нарушении антимонопольного законодательства.

Но достижение таких положительных результатов при разработке Порядка, скорее всего, является компромиссом регулятора и регулируемых хозяйствующих субъектов.

Кроме того, необходимо отметить, что потребность в широком использовании экономического анализа при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства в Российской Федерации предопределена самой моделью норм об ответственности за такие нарушения.

Возьмем хотя бы административную ответственность за злоупотребление доминирующим положением, которая установлена ст. 14.31 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ). Составы административных правонарушений, определенных ч. 1 и 2 указанной статьи КоАП РФ, являются бланкетными, определяются в соответствии с нормами Закона о защите конкуренции (в основном ст. 5 и 10).

При этом основной акцент доказывания как индивидуального доминирования, так и так называемого коллективного или многосубъектного доминирования смещается в сторону установления условий признания доминирующего положения, указанных в ч. 1 и 3 ст. 5 Закона о защите конкуренции, которые можно идентифицировать только в результате проведения экономического анализа, установив:

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

Данная модель регулирования ответственности показывает, что в этой связи экономические доказательства являются необходимыми и достаточными (если в результате будет установлена и рыночная доля) при установлении доминирующего положения и при установлении злоупотребления доминирующим положением, а формальный подход, основанный на определении рыночной доли, достаточным не является.

Противоречие между регулятором и регулируемым хозяйствующим субъектом в использовании экономического анализа или формальных доказательств можно продемонстрировать на примере, связанном с неполным соответствием норм об условиях установления доминирующего положения, которые содержатся в Законе о защите конкуренции и в Порядке проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, утвержденном приказом ФАС России от 28.04.2010 № 220 (далее — Порядок 220)⁴.

Согласно п. 12.1 Порядка доминирующее положение хозяйствующего субъекта на товарном рынке определяется на основании ст. 5 Закона о защите конкуренции.

В соответствии с п. 12.2 Порядка 220 доминирующими признается положение хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации), доля которого на рынке определенного товара превышает пятьдесят процентов, если не будет установлено, что несмотря на превышение указанной величины, такой хозяйствующий субъект не обладает возможностью оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

Необходимо отметить, что данное определение доминирующего положения не совпадает с нормами ст. 5 Закона о защите конкуренции, в соответствии с которым «доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или таким хозяйствующим субъектам (группам лиц) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам».

Указание в Порядке 220 на первом месте в определении доминирующего положения формального показателя рыночной доли, а не сутевого значения данного понятия, содержащегося в ч. 1 и п. 2 и 3 ч. 3 ст. 5 Закона о защите конкуренции, свидетельствует как раз о тяготении регулятора к формальному подходу.

⁴ См.: Приказ ФАС России от 28.04.2010 № 220 (ред. от 20.07.2016) «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 23.08.2010. № 34.

Несколько слов о процессуальных аспектах использования доказательств. В соответствии с ч. 2 ст. 2.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП РФ предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению. Данный постулат подтвержден позицией высшей судебной инстанции⁵.

Хозяйствующий субъект вправе представить в антимонопольный орган и суд доказательства своей невиновности, например доказательства того, что положение этого хозяйствующего субъекта на товарном рынке не может быть признано доминирующим (ч. 4 ст. 5 Закона о защите конкуренции).

Вместе с тем проведение экономического анализа отнесено законодателем к функциям антимонопольного органа, а Закон о защите конкуренции не содержит норм о порядке подготовки и «силе» доказательств, которые формируются хозяйствующими субъектами.

Формально и суд не может обойтись при принятии решения без экономического анализа. Хотя арбитражный процессуальный закон не содержит каких-либо исключений для дел, связанных со сферой защиты конкуренции, и в этой части и суд формально вправе принять решение по делу об оспаривании решения антимонопольного органа, в котором в обязательном порядке все же должен содержаться экономический анализ как форма, в которой содержатся необходимые доказательства, например, об установлении доминирующего положения и виновности в злоупотреблении доминирующим положением. Без проведения экономического анализа останутся не установленными обстоятельства, указанные в ч. 1 и 3 ст. 5 Закона о защите конкуренции. Рассматривая вопрос о коллективном доминировании, например, Н. Вознесенский обращает внимание, что на практике установление доли хозяйствующего субъекта играет ключевую роль, в то время как исследованию реальной возможности субъекта влиять на рынок не уделяется должного внимания⁶.

И. Князева называет анализ состояния конкуренции «краеугольным камнем проведения конкурентной политики». Он (анализ) отвечает на ключевой вопрос о ее эффективности, позволяет строить прогнозы, изменять содержание, состав и характер применяемого инструментария регуляторами и участниками рынка, используемого последними в том числе при принятии решений о вхождении или уходе с рынка. В данном ключе трудно переоценить значение анализа рынка.

Кроме того, хотелось бы особо отметить, что анализ товарного рынка, его качество формируют доверие рынка к действиям регулятора.

Нельзя не согласиться с автором статьи в вопросе о важности точного установления товара и товарного рынка как на рынках товаров, так и на рынках услуг, особенно с учетом существования рынков, для которых важнейшими характеристиками являются временные факторы, одновременность производства и потребления, «виртуальный характер» или, как автор называет это качество, — «неосязаемость».

Указывая на методологические изъяны установления релевантного рынка и на ошибки, допускаемые при точном определении товара, автор указывает на недопустимость обобщения при определении товара и товарного рынка; на примере матрицы рынков, сосредоточенных на площадках автовокзала (табл. 1) и музея (табл. 2), показывает, что фактически точность определения релевантного рынка, отказ от формального подхода и обобщений дает регулятору инструмент, позволяющий ему адекватно определять и воздействовать на угрозы в сфере конкуренции, не искажая экономических реалий.

Классифицируя рынки, используя понятия связанных рынков, которые автор называет базисными и сопряженными, конгломератных рынков, на которых обращаются сопряженные или взаимодополняющие продукты (сервисы), рынков, формирующих конечный сложный мультипродукт (например, перевозки), основных и сервисных рынков, автор указывает фактически на многогранность и многовариантность товарных рынков, наличие составных рынков и сложность определения в таких ситуациях релевантных рынков.

Хотелось бы особо обратить внимание на рынки, которые существуют в сферах деятельности естественных монополий. Неправильное определение релевантных рынков в указанной сфере может приводить к ошибкам, в результате которых товарный рынок услуг, оказываемых в данной сфере, в тех случаях, когда данные услуги не являются естественно-монопольными, может быть ошибочно идентифицирован как рынок с доминированием в 100%.

⁵ См.: п. 16 Постановления Пленума ВАС РФ от 02.06.2004 № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях».

⁶ См.: Антимонопольный форум Объединения корпоративных юристов и Федеральной антимонопольной службы // Российское конкурентное право и экономика. 2018. № 2. С. 71.

В проекте Федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и иные законодательные акты Российской Федерации и о признании утратившим силу Федерального закона «О естественных монополиях» (далее — Проект), подготовленном ФАС России и размещенном на официальном сайте для размещения информации о подготовке нормативных правовых актов (ID regulation.gov.ru: 02/04/05-18/00081192), например, предложены новая дефиниция понятия естественной монополии, дефиниция сетевого актива и термин «использование сетевого актива».

Можно предположить, что в отдельных случаях при применении предлагаемых дефиниций услуга, оказываемая с использованием сетевого актива, может не относиться к естественно-монопольной (например, смежные рынки), а в ряде случаев может являться составной частью товара, приобретаемого покупателем.

Так, например, в случае приобретения покупателем природного газа, поставляемого (и транспортируемого) потребителю под давлением по магистральным системам газоснабжения и распределительным газопроводам, товар (по смыслу, определяемому в соответствии с п. 1 ст. 4 Закона о защите конкуренции), приобретаемый покупателем, состоит собственно из газа как предмета поставки и услуги по его транспортировке (и хранению) с использованием сетевого актива. Причем часть товара может поставлять продавец, например, независимый производитель (продавец) газа, а часть услуги (транспортировка, хранение и др.) — собственник(и) (владелец) газопроводов, в том числе Единой системы газоснабжения (ЕСГ), подземных хранилищ газа (ПХГ) и распределительных газопроводов, осуществляющий(е) транспортировку и хранение газа. В случае если поставщиком газа является собственник ЕСГ, всю комплексную услугу по транспортировке (хранению) газа и его купле-продаже он и оказывает.

В данном случае речь идет о ситуации, не описанной ни в действующем Законе о естественных монополиях, ни в Проекте. Такая конструкция сложного товара, состоящего собственно из транспортируемого вещества, информации и услуги по его транспортировке (использованию), определяет товарные границы рынка, а также модель его функционирования.

Возникающие проблемы правовой неопределенности, связанные с несовершенством формулировок антимонопольного законодательства и законодательства о естественных монополиях, которые можно охарактеризовать как проблемы, связанные с неопределенностью порядка определения товара при его доставке посредством инфраструктурных (сетевых) активов, можно было бы решить, уточнив некоторые правовые конструкции, которые фактически складываются на рынке, но не урегулированы в законе.

При этом автор статьи указывает, что избежать подобных ошибок можно только при правильном определении релевантного рынка.

По всей видимости, анализ товарного рынка в совокупности с качественным его методологическим и методическим обеспечением является необходимым условием правильного определения релевантного рынка и применения адекватных мер антимонопольного регулирования и реагирования.

Автор предостерегает, что существенной ошибкой при доказывании наличия доминирующего положения при анализе базисных и сопутствующих товарных рынков является их смешение, подмена содержательных характеристик продуктов и потребительских нужд, что оказывает ключевое влияние на определение релевантного рынка и доли субъекта.

В условиях работы ФАС России над пятым антимонопольным пакетом и поправками по доминирующему положению социальных сетей актуальность темы статьи И. Князевой еще более возрастает. ■