**ДОКЛАД**

**по правоприменительной практике Бурятского УФАС России**

**в сфере государственного контроля за соблюдением хозяйствующими субъектами**

**антимонопольного и рекламного законодательства**

Данный доклад подготовлен в рамках реализации пунктов 2 и 3 части 2 статьи 8.2 Федерального закона от 26.12.2008 № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля», а также пункта 1 части 1 статьи 17 Федерального закона от 23.06.2016 № 182-ФЗ «Об основах профилактики правонарушений в Российской Федерации» для информирования хозяйствующих субъектов и органов государственной власти в целях соблюдения ими обязательных требований антимонопольного законодательства.

В докладе содержится информация об изменениях в законодательстве, о судебной практике антимонопольных органов, о правоприменительной практике Бурятского УФАС России в сфере антимонопольного и рекламного законодательства за 4 квартал 2017 года (по состоянию на 01.12.2017).

**Контроль за соблюдением требований Федерального закона**

 **от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»**

### Практика выявления и пресечения нарушений Закона о защите конкуренции в виде злоупотребления хозяйствующих субъектов доминирующим положением на рынке (статья 10)

***Наибольшее количество нарушений в части злоупотребления хозяйствующими субъектами своим доминирующим положением на рынке выявляется управлением в сфере жилищно-коммунального хозяйства и электроэнергетики. Среди наиболее часто встречающихся нарушений – уклонение доминирующих компаний от заключения договоров, навязывание невыгодных условий договора.***

***В 4 квартале 2017 года Бурятское УФАС России выдало 18 предупреждений о прекращении действий, содержащих признаки нарушения статьи 10 Закона о защите конкуренции.***

***Из них 7 предупреждений были выданы АО «Читаэнергосбыт» по фактам навязывания потребителям невыгодных условий договора, 10 – по фактам уклонения от заключения договоров купли-продажи электроэнергии, в том числе с ОАО «Речной порт Улан-Удэ», СПК «Баян», ООО «Регион» и несколькими индивидуальными предпринимателями. 1 предупреждение о прекращении навязывания невыгодных условий договора водоснабжения выдано МУП «Водоканал».***

***Предупреждение выдается антимонопольным органом хозяйствующим субъектам, занимающим доминирующее положение на рынке определенного товара в случае выявления признаков нарушения*** ***пунктов 3******,*** ***5******,*** ***6*** ***и*** ***8 части 1 статьи 10*** ***Закона о защите конкуренции. Принятие антимонопольным органом решения о возбуждении дела по перечисленным составам статьи 10 Закона о защите конкуренции без вынесения предупреждения и до завершения срока его выполнения не допускается.***

**Примеры из практики УФАС**

Бурятское УФАС России по результатам рассмотрения заявления ОАО «Промстроймеханизация» установило наличие признаков злоупотребления МУП «Водоканал» доминирующим положением на рынке, выразившегося в навязывании невыгодных условий договора холодного водоснабжения и водоотведения.

Договор за номером 766 между сторонами был заключен в июне 2015 года и в соответствии с данным договором ООО «Промстроймеханизация» осуществляло расчеты с МУП «Водоканал» на основании показаний приборов учета, установленных и введенных в эксплуатацию в соответствии с действующим законодательством.

01.03.2017 МУП «Водоканал» установило прибор учета холодного водоснабжения в водопроводной камере 3050, объединив тем самым учет потребления в целом по 17 абонентам. В связи с этим, 13.06.2017 МУП «Водоканал» направило в адрес ООО «Промстроймеханизация» дополнительное соглашение к договору № 766, в соответствии с которым ранее указанная в договоре граница балансовой принадлежности водопроводной сети объекта водоснабжения, принадлежащего ОАО «Промстроймеханизация», изменяется и теперь проходит в водопроводной камере 3050.

Вместе с тем, в данной водопроводной камере проходит граница эксплуатационной ответственности и балансовой принадлежности водопроводных сетей всех абонентов, объекты которых запитаны от трубопровода холодной воды промзоны пос. Силикатный, и разница между совокупным показанием приборов учета абонентов и показаниями общего для 17 абонентов прибора учета, установленного в камере 3050, распределяется пропорционально между абонентами. При этом ОАО «Промстроймеханизация» собственником сетей, находящихся за пределами своих земельных участков, не является, соответственно, не обязано нести затраты по оплате потерь, возникающих на сетях других абонентов.

УФАС вынесло в отношении МУП «Водоканал» предупреждение о необходимости прекращения навязывания невыгодных для потребителя условий договора. Срок исполнения предупреждения 07.12.2017.

***В случае неисполнения предупреждения возбуждается дело о нарушении антимонопольного законодательства.***

Так, 8 ноября 2017 года управлением возбуждено дело в отношении МУП «Водоканал» по признакам нарушения пункта 5 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции в части уклонения от заключения договора водоснабжения и водоотведения. Предприятие не исполнило предупреждение Бурятского УФАС России от 28.09.2017.

***Институт предупреждений распространяется не на все составы статьи 10 Закона о защите конкуренции. В случае выявления признаков нарушения частей 1, 2, 4, 7, 9, 10, 11 статьи 10 (в том числе нарушения, связанные с установлением монопольно высокой цены товара, с изъятием товара из обращения, с нарушением порядка ценообразования) дело возбуждается без выдачи предупреждения.***

**Примеры из практики УФАС**

Бурятское УФАС России возбудило дело о нарушении антимонопольного законодательства в отношении ООО «Аэропорт Байкал». Предприятие подозревается в злоупотреблении доминирующим положением на рынке услуг временной парковки на привокзальной площади аэропорта г. Улан-Удэ.

В марте текущего года ООО «Аэропорт Байкал» повысило стоимость размещения автотранспорта на автоматизированной неохраняемой парковке аэропорта. В соответствии с прейскурантом стоимость разовой парковки с 12-й по 30-ю минуту, а также каждых последующих 30 минут была увеличена с 70 до 100 рублей. При этом первые 11 минут предоставляются посетителям парковки бесплатно.

Поскольку ООО «Аэропорт Байкал» является единственным хозяйствующим субъектом, предоставляющим услуги парковки вблизи аэропорта, действия предприятия подконтрольны антимонопольному органу.

Как установило УФАС, расходы ООО «Аэропорт Байкал», понесенные на содержание парковки, существенно не изменились, документы, подтверждающие увеличение затрат на капитальные вложения предприятием не предоставлены. Следовательно, действия предприятия по необоснованному повышению стоимости услуги парковки содержат признаки  злоупотребления доминирующим положением.

### Практика пресечения соглашений хозяйствующих субъектов, ограничивающих конкуренцию (статья 11 Закона о защите конкуренции)

***В 4 квартале 2017 года Бурятским УФАС России не возбуждались дела о нарушениях, предусмотренных статьей 11 Закона о защите конкуренции. При этом представляется целесообразными напомнить подход судов в доказываний нарушений в этой сфере.***

**Судебная практика**

15 августа 2017 года Арбитражный суд Центрального округа вынес постановление по делу № А64-4040/2016, в соответствии с которым по статье 11 Закона о защите конкуренции не требуется доказывать наступление последствий: "...при доказывании по статье 11 Закона о защите конкуренции не требуется доказывания наступления последствий для конкурентной среды. В силу части 4 статьи 11 Закона обязательным условием признания недопустимыми таких соглашений является доказанность факта возможности наступления таких последствий...".

Кроме того, судом применен принцип оценки доказательств в совокупности.

"...В силу части 2 статьи 71 АПК РФ арбитражный суд оценивает относимость, допустимость, достоверность каждого доказательства в отдельности, а также достаточность и взаимную связь доказательств в их совокупности. В соответствии с частью 4 статьи 71 АПК РФ каждое доказательство подлежит оценке арбитражным судом наряду с другими доказательствами.

Указанное правило требует комплексного подхода к оценке доказательств с учетом особенностей предмета спора. На особенности рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с доказыванием антиконкурентного согласованного поведения, указал Высший Арбитражный Суд в пункте 2 постановления Пленума от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства»: арбитражным судам следует учитывать: согласованность действий может быть установлена и при отсутствии документального подтверждения наличия договоренности об их совершении. Вывод о наличии одного из условий, подлежащих установлению для признания действий согласованными, а именно: о совершении таких действий было заранее известно каждому из хозяйствующих субъектов, - может быть сделан исходя из фактических обстоятельств их совершения.

Названный подход применим и к доказыванию соглашений, то есть договоренностей, которые, по их существу, не могут быть подтверждены прямыми доказательствами; о наличии таких договоренностей косвенно могут судить иные доказательства, которые могут убедить суд в наличии или отсутствии таких договоренностей.

Для этого суд должен оценить полноту сбора доказательств, их «весомость» как в отдельности, так и в совокупности. Иной подход означает, что антиконкурентные соглашения недоказуемы в
принципе...".

### Пресечение недобросовестной конкуренции

### (глава 21: статьи 14.1-14.8 Закона о защите конкуренции)

***Согласно статье 4 Закона о защите конкуренции недобросовестная конкуренция - любые действия хозяйствующих субъектов (группы лиц), которые направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречат законодательству Российской Федерации, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам - конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации.***

**Примеры из практики УФАС**

В октябре 2017 года FIFA (Международная федерация футбольных ассоциаций) обратилась в Бурятское УФАС России с заявлением о фактах недобросовестной конкуренции со стороны индивидуального предпринимателя, допущенных им при проведении в торговой сети «Титан» стимулирующего мероприятия «Выиграй путевку на чемпионат мира по футболу!».

По результатам рассмотрения заявления УФАС установило в действиях предпринимателя наличие признаков нарушения Закона о защите конкуренции, Закона о подготовке и проведении в Российской Федерации чемпионата мира по футболу FIFA 2018 года и Кубка конфедераций FIFA 2017 года (108-ФЗ).

По факту использования изображений входных билетов на мероприятия чемпионата мира в рекламных целях без официального письменного разрешения FIFA, УФАС выдало предпринимателю предупреждение о необходимости прекращения указанных действий в срок до 14.11.2017, которое было исполнено в установленный срок.

При этом, по факту незаконного использования предпринимателем обозначений, сходных до степени смешения с товарными знаками FIFA: изображение кубка, наименование чемпионата, изображение Забиваки - волка, который выиграл конкурс на звание Официального талисмана чемпионата, УФАС возбудило в отношении предпринимателя дело о недобросовестной конкуренции.

**Рассмотрение жалоб на действия (бездействие) юридического лица, организатора торгов, оператора электронной площадки, конкурсной**

**или аукционной комиссии при организации и проведении торгов, заключении договоров по результатам торгов**

**в порядке, предусмотренном статьей 181**

**Закона о защите конкуренции**

***В 4 квартале 2017 года в адрес Бурятского УФАС России поступило 3 жалобы на нарушение процедуры торгов при организации и проведении закупок в соответствии с Федеральным законом от 18.07.2011 № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (Закон о закупках), регулирующим порядок проведения закупок субъектами естественной монополии, государственными компаниями, автономными учреждениями. Указанная категория жалоб подлежит рассмотрению антимонопольным органом в ускоренном порядке, предусмотренном статьей 181 Закона о защите конкуренции.***

***Основными видами нарушений в данной сфере являются необоснованное ограничение доступа к участию в закупках, нарушение порядка определения победителя торгов, предъявление необоснованных требований к участникам закупок.***

***Значительное снижение количества поступающих в управление жалоб (на 90% меньше по сравнению с 3 кварталом 2017 года) обусловлено позицией Верховного суда РФ на предмет полномочий антимонопольного органа по рассмотрению жалоб, которая приведена ниже.***

**Судебная практика**

В апреле и июне 2017 года Верховный суд РФ вынес несколько определений, в которых указал на отсутствие у ФАС России полномочий по рассмотрению жалоб на закупки отдельных видов юридических лиц по основаниям, не указанным в части 10 статьи 3 Закона о закупках.

Согласно определениям от 11.04.2017, от 27.06.2017 по делу № 304-КГ16-17592 часть 10 статьи 3 Закона о закупках носит императивный характер и приведенный в ней перечень оснований для обжалования действия (бездействий) заказчика в антимонопольный орган является исчерпывающим, в связи с чем положения статьи 18.1 Закона о защите конкуренции должны применяться с учетом части 10 статьи 3 Закона о закупках.

К основаниям для подачи жалобы в антимонопольный орган, указанным в части 10 статьи 3 Закона о закупках, относятся:

- неразмещение в ЕИС информации о закупке;

- предъявление к участникам закупки требования о представлении документов, не предусмотренных документации о закупке;

- осуществление заказчиками закупки в отсутствие положения о закупке и без применения положения Федерального закона от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»;

- неразмещение или размещение в ЕИС недостоверной информации о годовом объеме закупки у субъектов малого и среднего предпринимательства.

Таким образом, ФАС России с учетом позиции суда принимает решение о возврате жалоб, поданных в порядке статьи 18.1 Закона о защите конкуренции по основаниям, не предусмотренным Законом о закупках.

**Контроль за соблюдением требований**

**Федерального закона**

**от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О РЕКЛАМЕ»**

***В 4 квартале 2017 года в адрес Бурятского УФАС России поступило 10 заявлений, по результатам рассмотрения которых в одном случае подтвердились признаки нарушения законодательства о рекламе.***

***В целом практика правоприменения норм Федерального закона от 13.03.2017 № 38-ФЗ «О рекламе» (Закон о рекламе) показывает, что основными видами нарушения являются нарушения требований статьи 5 (общие требования к рекламе), статьи 18 (реклама, направляемая по сетям электросвязи).***

**Статья 5 Закона о рекламе**

В силу части 1 статьи 5 Закона о рекламе не допускается недобросовестная или недостоверная реклама.

Как правило нарушения заключаются в отсутствии в рекламе части существенной информации о рекламируемом товаре, об условиях его приобретения (использования), результатом чего является искажение смысла информации и введение в заблуждение потребителей рекламы.

При этом в рекламе выделяется только привлекательная для потребителей рекламы информация, например, о распространении скидки в размере 20 % на все товары, а информация о существующих ограничениях по скидкам в рекламе фактически отсутствует.

**Статья 18 Закона о рекламе**

В соответствии с требованиями статьи 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или адресата, если рекламораспространитель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламораспространитель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

В соответствии с пунктом 25 Плана оказания методической помощи территориальным органам ФАС России в 2017 году, утвержденным приказом ФАС России от 17.04.2017 N 523/17 (далее - План), ФАС России направило разъяснение о распространении рекламы по сетям электросвязи посредством SMS-рассылки от 25.09.2017 № АК/65823/17 из которых следует, что в соответствии с частью 1 статьи 18 Закона о рекламе распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы.

Пункт 21.1 статьи 2 Федерального закона "О связи" закрепляет понятие рассылки по сети подвижной радиотелефонной связи, под которой понимается автоматическая передача абонентам коротких текстовых сообщений (сообщений, состоящих из букв и (или) символов, набранных в определенной последовательности) по сети подвижной радиотелефонной связи или передача абонентам коротких текстовых сообщений с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи.

Поскольку Федеральный закон "О связи" не содержит исключений из информации, которая может распространяться с помощью рассылки, указанное понятие рассылки включает в себя в том числе рассылку сообщений рекламного характера.

При этом понятие рассылки включает в себя только сообщения, направляемые с использованием нумерации, не соответствующей российской системе и плану нумерации, а также сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (то есть, например, с использованием "коротких" или "буквенных" номеров) и сообщения, направляемые автоматически. Сообщения, рассылаемые с номеров, входящих в российскую систему и план нумерации или предусмотренные договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи, и не являющиеся автоматическими, не подпадают под указанное понятие рассылки.

Статья 44.1 Федерального закона "О связи" устанавливает порядок осуществления рассылки.

Соответственно, при осуществлении рассылок по сетям электросвязи сообщений рекламного характера с "коротких" и "буквенных" номеров, а также автоматических рассылок должны соблюдаться требования статьи 44.1 Федерального закона "О связи".

Согласно части 1 статьи 44.1 Федерального закона "О связи" рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи должна осуществляться при условии получения предварительного согласия абонента, выраженного посредством совершения им действий, однозначно идентифицирующих этого абонента и позволяющих достоверно установить его волеизъявление на получение рассылки. Рассылка признается осуществленной без предварительного согласия абонента, если заказчик рассылки в случае осуществления рассылки по его инициативе или оператор подвижной радиотелефонной связи в случае осуществления рассылки по инициативе оператора подвижной радиотелефонной связи не докажет, что такое согласие было получено.

В соответствии с данной нормой согласие абонента на получение рекламы должно быть выполнено таким образом, чтобы можно было однозначно идентифицировать такого абонента (простое заполнение бланка/формы, не позволяющее однозначно установить и подтвердить, кто именно заполнил такую форму, не является соблюдением указанного требования).

В соответствии с частью 2 статьи 44.1 Федерального закона "О связи" рассылка по сети подвижной радиотелефонной связи по инициативе заказчика рассылки осуществляется на основании договора, заключенного с оператором подвижной радиотелефонной связи, абоненту которого предназначена рассылка. Предметом указанного договора являются услуги по осуществлению рассылки оператором связи.

Данная норма, по мнению специалистов ФАС России, закрепляет положение, согласно которому оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, выполняет не только функции доставки сообщения, но также обеспечивает направление сообщения в сеть электросвязи, соответственно имеет правовую и техническую возможность оценить содержание сообщения, в том числе наличие у сообщения рекламного характера, и проверить у заказчика рассылки наличие согласия абонента на получение такой рассылки.

Согласно статье 3 Закона о рекламе рекламораспространитель - это лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, в случае осуществления рассылки рекламных сообщений с номеров, не соответствующих российской системе и плану нумерации, сообщений, передача которых не предусмотрена договором о межсетевом взаимодействии с иностранными операторами связи (например, с "коротких" и "буквенных" номеров), а также направляемых автоматически, оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, может признаваться рекламораспространителем.

Согласно части 7 статьи 38 Закона о рекламе за нарушение статьи 18 данного закона ответственность несет рекламораспространитель. Соответственно, в указанных случаях оператор связи абонента, которому предназначена рассылка, может быть привлечен к ответственности в качестве рекламораспространителя за нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Указанная позиция нашла свое подтверждение в судебной практике, в том числе в решении Арбитражного суда города Москвы от 26.08.2014, постановлении Девятого арбитражного апелляционного суда от 05.12.2014, постановлении Арбитражного суда Московского округа от 30.03.2015 по делу N А40-60684/2014.

Из постановления Арбитражного суда Московского округа от 30.03.2015 по делу N А40-60684/2014 в том числе следует, что суды с учетом конкретных обстоятельств дела, исходя из положений Закона о рекламе и существующих договорных обязательств, а также роли оператора связи в распространении спорной рекламы, правомерно признали оператора связи рекламораспространителем указанного выше sms-сообщения, поскольку именно совместными действиями оператора связи, обеспечивающего подключение к сети электросвязи предоставления технических мощностей и оказание услуг связи, а также абонента осуществлялось непосредственное доведение sms-сообщений до конечных получателей.

Кроме того, в решении по делу N А10-4537/2015 суды также отмечают, что признание оператора сотовой связи рекламораспространителем возможно, если есть сведение об осведомлении об использовании смс-услуг для доведения рекламной информации до абонента и у оператора имелась правовая и техническая возможность оценить содержание смс-рассылки и проверить у заказчика рассылки наличие согласия абонента на ее получение.

**Возмещение убытков, причиненных**

**в результате нарушения**

**антимонопольного законодательства**

Судебный иск о возмещении убытков, причиненных совершением антиконкурентного действия (бездействия), заключением нарушающего законодательство о защите конкуренции соглашения или участием в нем, принятием антиконкурентного акта органа власти, может предъявить любое лицо, которое полагает, что ему в результате соответствующего действия (бездействия), соглашений, актов были причинены убытки.

Удовлетворение судом такого иска возможно при доказанности трех обстоятельств:

- факта правонарушения;

- факта возникновения убытков;

- причинно-следственной связи между правонарушением и возникновением убытков.

Пример:

Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 23.10.2015 по делу № А50-24853/2014 о взыскании убытков от технологически необоснованного отказа в продлении срока действия технических условий и навязывания невыгодных условий договора.

Признавая обоснованным отказ в иске, суд указал, что для возникновения права на возмещение убытков истец обязан доказать совокупность таких обстоятельств, как факт причинения убытков и его размер; противоправность поведения причинителя вреда; наличие причинно-следственной связи между наступлением вреда и противоправным поведением причинителя вреда. В данном конкретном деле эта совокупность обстоятельств не была, по мнению суда, доказана истцом.

Анализ правоприменительной практики показывает, что практически во всех случаях иски о взыскании убытков (а также о взыскании неосновательного обогащения) инициируются после вынесения антимонопольным органом решения о нарушении антимонопольного законодательства.

Наличие решения антимонопольного органа усиливает правовую позицию истца, так как факт нарушения антимонопольного законодательства подтверждается решением компетентного органа.

Решения по делам о нарушении антимонопольного законодательства, а также иные документы, содержащие письменные позиции антимонопольных органов, принимаются судами в качестве важного доказательства по делам о взыскании убытков.

В силу положений статьи 69 Арбитражного процессуального кодекса в случае, если в ранее рассмотренном арбитражном судом деле уже была подтверждена законность решения антимонопольного органа, судя считают факт нарушения антимонопольного законодательства преюдициально установленным обстоятельством, если в деле участвуют те же лица.

Таким образом, в случае обращения лица в суд о возмещении убытков (а также о взыскании неосновательного обогащения), при наличии решения антимонопольного органа о нарушении антимонопольного законодательства, антимонопольный орган может быть привлечен к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора по ходатайству стороны процесса или по инициативе суда.

При этом наличие решения антимонопольного органа, устанавливающего факт нарушения антимонопольного законодательства, не является обязательным требованием для удовлетворения иска о взыскании убытков.

В случае обращения лица в суд о возмещении убытков в отсутствие установленного решением органа факта нарушения антимонопольного законодательства антимонопольный орган также может быть привлечен к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно спора, по ходатайству стороны или по инициативе суда.

По итогам анализа зарубежного опыта и отечественной практики Президиум ФАС России выпустил разъяснение, которое может помочь пострадавшим лицам и нарушителям в определении убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства, при их взыскании в судебном порядке или урегулировании претензий без судебного разбирательства.

Документ содержит перечень нарушений, являющихся основанием для расчета убытков, общие экономические принципы, используемые при расчете убытков, модельные примеры расчета убытков и анализ правоприменительной практики.

С разъяснением можно ознакомиться на официальном сайте Бурятского УФАС России http://buryatia.fas.gov.ru.