

Рытова Юлия Владиславовна, студентка 4 курса бакалавриата юридического факультета Финансового университета при Правительстве Российской Федерации, г. Москва

ИНДИВИДУАЛЬНОЕ И КОЛЛЕКТИВНОЕ ДОМИНИРУЮЩЕЕ ПОЛОЖЕНИЕ: ПОНЯТИЕ, КРИТЕРИИ, ОСОБЕННОСТИ УСТАНОВЛЕНИЯ

Аннотация: в статье проанализировано понятие «доминирующее положение». Изучены вопросы, связанные с процессом установления индивидуального и коллективного доминирующего положения на рынке, а также приведены количественные и качественные критерии их установления. Для наглядности восприятия приведены примеры из практики рассмотрения соответствующих дел ФАС России. В конце статьи делается вывод о наличии проблем в области признания антимонопольными органами субъекта доминирующим на рынке и предлагаются пути их решения.

Ключевые слова: доминирующее положение, индивидуальное доминирующее положение, коллективное доминирующее положение, качественные критерии, количественные критерии.

Annotation: the article analyzes the concept of "dominant position". The issues related to the process of establishing an individual and collective dominant position in the market are studied, as well as quantitative and qualitative criteria for their establishment are given. For clarity of perception, examples from the practice of considering relevant cases of the FAS of Russia are given. At the end of the article, it is concluded that there are problems in the field of recognition by the antimonopoly authorities of the subject as dominant in the market and suggests ways to solve them.

Key words: dominant position, individual dominant position, collective

dominant position, qualitative criteria, quantitative criteria.

К полномочиям антимонопольных органов относится борьба с монополистической деятельностью, одним из видов которой является злоупотребление доминирующим положением. Однако для привлечения хозяйствующего субъекта к ответственности за злоупотребление доминирующим положением, антимонопольным органам предстоит прежде всего установить факт его доминирующего положения на рынке. Таким образом, исследуемое в данной статье понятие «доминирующее положение» представляет особую важность в вопросах установления признаков нарушения антимонопольного законодательства.

В России данное понятие было впервые закреплено в 1991 году в Законе «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» [1]. На сегодняшний же день легальное определение доминирующего положения закреплено в ст. 5 Федерального закона «О защите конкуренции» (далее – ФЗ «О защите конкуренции») [2]. В рассматриваемый Федеральный закон по сравнению с существовавшим до 2006 года определением доминирующего положения были внесены значительные изменения. Так, к качественному критерию добавилась возможность устранять с рынка других хозяйствующих субъектов. Если же обратиться к изменению количественных критериев, то доля на рынке, при которой положение хозяйствующего субъекта признавалось доминирующим, была снижена с 65 до 50 процентов.

В зависимости от участников доминирующее положение может быть как индивидуальным, так и коллективным. Так, характеризуя индивидуальное доминирование, законодатель определяет, что доминирующим субъектом на товарном рынке может быть как отдельный хозяйствующий субъект, так и все субъекты, входящие в группу лиц, при этом независимо от наличия или отсутствия признаков доминирования на рынке у каждого отдельно субъекта из этой группы лиц. При индивидуальном доминировании субъект занимает такое положение вне зависимости от положения других субъектов на рынке. И

отдельно законодатель выделяет коллективное доминирование. Под ним подразумевается такое положение не входящих в одну группу лиц хозяйствующих субъектов, когда каждый из них может проявлять рыночную власть лишь постольку поскольку на рынке есть другие субъекты, способные проявлять ее. Изучая коллективное доминирование, можно отметить, что в настоящее время данный институт применяется к ограниченному числу рынков, среди которых можно выделить рынок нефтепродуктов.

Для установления как индивидуального, так и коллективного доминирующего положения необходимо наличие качественных и количественных критериев. В Федеральном законе «О защите конкуренции» доминирующее положение определяется именно через качественные критерии. То есть, исходя из данной законодателем формулировки, для определения положения хозяйствующего субъекта как доминирующего необходимо наличие возможности реализовывать субъектом один из трех вариантов поведения на данном товарном рынке. Не имеет значения, реализуется ли им фактически такая возможность или нет. Поскольку данные в определении доминирующего положения хозяйствующего субъекта варианты поведения не раскрываются законодателем, а являются оценочными, определяемыми судебной практикой, прокомментируем каждую из таких возможностей более подробно.

Для начала проанализируем возможность хозяйствующего субъекта оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке. Под этим подразумевается возможность субъекта действовать вопреки рынку, вне зависимости от действующих на данном рынке объективных рыночных закономерностей выбирать модели поведения на этом рынке. В качестве примеров можно смоделировать такую ситуацию, когда субъект устанавливает на свои товары цену, которая значительно превышает цены его конкурентов на данном рынке, но это не приведет к оттоку потребителей в силу ограниченности производственных мощностей конкурентов.

Следующий качественный критерий заключается в возможности

устранения с рынка хозяйствующих субъектов. Однако возникает вопрос, что следует понимать под таким устранением. Отвечая на данный вопрос, следует сказать, что хозяйствующий субъект может косвенным образом влиять на уход конкурентов с рынка. Например, он может создать на рынке такие условия, при которых у его конкурента не останется иных вариантов действий, кроме как прекратить свою деятельность или же ограничить ее осуществление.

Последний критерий по своей сути имеет сходство с предыдущим. Так, о доминирующем положении субъекта на рынке будет свидетельствовать тот факт, что у него есть возможность затруднить конкурентам доступ на рынок. То есть он может создать на рынке такие условия, когда конкуренту будет очень сложно войти на рынок или же вообще такая возможность будет отсутствовать.

Нельзя не упомянуть, что законодатель отдельно определяет, что положение субъекта естественной монополии на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии, также признается доминирующим. Здесь в качестве примера можно выделить деятельность хозяйствующих субъектов в сфере железнодорожных перевозок (РЖД), транспортировки нефти и нефтепродуктов, газа по трубопроводам (Транснефть, Газпром) [3]. Поскольку естественной монополией признается состояние рынка, когда на нем отсутствует конкуренция по объективным причинам, то признание положения любого субъекта на таком рынке доминирующим вполне логично.

Однако для признания субъекта доминирующим на рынке помимо качественных критериев необходимы также еще и количественные критерии. Это и логично, ведь если рассудить, то у субъекта с малой долей на рынке не будет такой рыночной власти, которая лежит в основе качественных критериев.

Рассматривая количественные критерии установления индивидуального доминирования, стоит, в первую очередь, отметить, что положение хозяйствующего субъекта на рынке не может быть признано доминирующим, если его доля на этом рынке не превышает 35 %. Данное правило не распространяется на финансовые организации.

Федеральными законами может снижаться минимальный порог доли

хозяйствующего субъекта на рынке, при котором его положение можно признать доминирующим. В качестве примеров можно назвать Федеральный закон «Об электроэнергетике», где минимальный порог такой доли, при которой положение можно признать доминирующим, снижается до 20 % на оптовом и розничном рынке электрической энергии и мощности и менее 20 %, если речь идет о рынке топлива [4]. Следующий пример можно привести с доминирующим положением оператора связи, поскольку оно может быть признано, если его доля на рынке услуг подвижной радиотелефонной связи превышает 25 % [5].

Несмотря на то, что по общему правилу, если такая доля превышает 50 %, то предполагается доминирующее положение, это также не является таким однозначным критерием. Так, например, может быть установлено, что, несмотря на превышение 50 % доли на рынке, положение хозяйствующего субъекта на товарном рынке не является доминирующим.

Если же субъекту принадлежит менее 50 % доли рынка, законодатель в таком случае говорит о том, что презумпция отсутствия доминирующего положения может быть также опровергнута антимонопольным органом. Такая возможность может быть реализована антимонопольным органом, если им будут выявлены такие критерии товарного рынка, которые свидетельствовали бы о том, что субъект обладает рыночной властью. Возникает закономерный вопрос, что можно отнести к таким критериям товарного рынка. Так, например, здесь можно назвать неизменность или малозначительность изменений доли субъекта на товарном рынке, относительность размера долей конкурентов на рынке.

Представляется необходимым привести пример из судебной практики. Так, проанализируем Постановление Президиума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. [7]. Здесь суд отменил ранее принятые по делу судебные акты, установившие злоупотребление доминирующим положением, и направил дело на новое рассмотрение, поскольку доминирующее положение «НК «Роснефть – Алтайнефтепродукт» (далее - общество «Роснефть») было установлено с нарушением Порядка N 220 [6]. Суд указал, что поскольку доля общества «Роснефть» на товарном рынке установлена в размере менее 50 процентов,

доминирующее положение должно быть установлено исходя из неизменной или подверженной малозначительным изменениям доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке, относительного размера долей на этом товарном рынке, принадлежащих конкурентам, возможности доступа на этот товарный рынок новых конкурентов либо исходя из иных критериев, характеризующих товарный рынок. В связи с этим суд подчеркнул, что непроведение этапа анализа по определению барьеров входа без установления иных критериев, характеризующих товарный рынок, противоречит норме, содержащейся в п. 2 ч. 1 ст. 5 Закона о защите конкуренции.

Теперь стоит перейти к установлению коллективного доминирующего положения. Здесь также есть качественные и количественные критерии. Про количественный критерий отмечается, что:

А) совокупная доля не более чем трех хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает 50 %, и при этом доля каждого субъекта на рынке равна или превышает 8 %;

Б) совокупная доля не более чем пяти хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает 70 %, и при этом доля каждого субъекта на рынке равна или превышает 8 %.

Однако необходимо также доказать наличие определенных качественных характеристик товарного рынка:

1) в течение длительного периода (в течение не менее чем одного года или, если такой срок составляет менее чем один год, в течение срока существования соответствующего товарного рынка) относительные размеры долей хозяйствующих субъектов неизменны или подвержены малозначительным изменениям, а также доступ на соответствующий товарный рынок новых конкурентов затруднен;

2) реализуемый или приобретаемый хозяйствующими субъектами товар не может быть заменен другим товаром при потреблении (в том числе при

потреблении в производственных целях), рост цены товара не обуславливает соответствующее такому росту снижение спроса на этот товар, информация о цене, об условиях реализации или приобретения этого товара на соответствующем товарном рынке доступна неопределенному кругу лиц. Можно сказать, что каждый из субъектов при наличии благоприятных условий для конкуренции добровольно отказывается от конкуренции, ведь у них объективно присутствует возможность изменить условия реализации собственного товара, получив конкурентные преимущества, но добровольно не предпринимают таких действий.

Однако ошибочно было бы думать, что коллективное доминирование является нарушением законодательства. Нарушением антимонопольного законодательства будет являться злоупотребление доминирующим положением кем-либо из субъектов, входящих в такой «коллектив».

При буквальном прочтении ч. 3 ст. 5 ФЗ «О защите конкуренции» можно сделать вывод о том, что для признания коллективного доминирующего положения необходимо установить наличие всех вышеперечисленных условий в совокупности. В данном случае возникает потребность в обращении к практике рассмотрения ФАС подобных дел для получения ответа на вопрос, всегда ли необходимо установление всей совокупности условий для того, чтобы признать коллективное доминирующее положение.

Так, для наглядности обратимся к делу № 1–10–103/00-05-16, где были задействованы ПАО «Северсталь», ПАО «ЧМК», ООО «Мечел-Сервис», АО «ЕВРАЗ ЗСМК», ООО «ТК «ЕвразХолдинг», АО «Северсталь Дистрибуция», [9]. Кратко излагая фабулу дела, следует отметить, что ФАС России был проведен обзор состояния конкуренции на рынке стальных прутков для армирования железобетонных конструкций, по результатам которого было установлено, что вышеназванные субъекты на указанном товарном рынке занимают коллективное доминирующее положение. И далее ФАС России возбудило рассматриваемое дело по признакам нарушения участниками п. 1 ч. 1 ст. 10 ФЗ «О защите конкуренции», что было выражено в установлении ими

монополю высокой цены. Однако в ходе рассмотрения дела участники предоставляли доказательства отсутствия у них доминирующего положения.

Комиссия ФАС России направила обзор состояния конкуренции на данном рынке на доработку в ответственное структурное подразделение ФАС России и после его изучения пришла к выводу об отсутствии всей совокупности необходимых условий, перечисленных в ч. 3 ст. 5 ФЗ «О защите конкуренции», для признания коллективного доминирования и прекратила рассмотрение данного дела.

И все же на практике антимонопольный орган зачастую признает коллективное доминирующее положение, не устанавливая всю совокупность условий, а останавливаясь только на одном. Так, например, было в деле №02–59/2018 от 12.04.2019, рассмотренным Дагестанским УФАС России. Однако, рассматривая поступившую от АО «Авиакомпания «НордСтар» жалобу, Президиум ФАС России не согласился с таким подходом и отменил данное решение, указав при этом, что Дагестанским УФАС не была проведена оценка качественных характеристик товарного рынка, необходимая для установления наличия или отсутствия коллективного доминирования авиакомпаний [10]. И добавил, что на основании только лишь количественного критерия определение коллективного доминирующего положения не допускается. И во избежание подобных случаев Президиум ФАС России принял Разъяснение, где еще раз обратил внимание на эти моменты [8].

Важно также подчеркнуть, что при установлении коллективного доминирования, положение каждого хозяйствующего субъекта будет признано доминирующим, что также можно проследить на приведенных выше примерах. Однако при изучении данного вопроса можно предположить, что отсутствие в законодательстве обязанности антимонопольного органа проводить проверку положения каждого индивидуального субъекта является проблемой. Многие юристы выступают за более тщательный подход, а также считают, что необходимо возложить дополнительные обременения на «коллектив» в целом, а не по отдельности [12]. Можно предположить, что высказываемое в

юридической литературе мнение против признания индивидуального доминирования каждого из участников «коллектива», основано на анализе тех последствий, которые становятся возможны при попытке злоупотребления доминирующим положением субъектом, который входит в состав «коллектива», занимающего доминирующее положение.

Одной из главных проблем института коллективного доминирования, вызывающей неоднозначность правоприменительной практики, является следующая ситуация: положение каждого субъекта в составе коллективного доминирования признается доминирующим, при этом по отдельности каждый из них рыночной властью не обладает. Рыночной властью они обладают лишь в совокупности. Исходя из этого, логично было бы предположить, что привлекать к ответственности их надо так же, как совокупность. Но на практике встречаются дела, когда один субъект выдергивается из совокупности и только он признается нарушителем, злоупотребившим доминирующим положением на рынке.

Для того чтобы наглядно проиллюстрировать вышеприведенную ситуацию продемонстрируем следующее дело, в котором было установлено коллективное доминирующее положение трех субъектов на рынке услуг по обеспечению информационного взаимодействия соискателей, работодателей и кадровых агентств в сети «Интернет» [11]. Здесь отличительным моментом, на который следует обратить внимание в рамках данной статьи, является то, что к ответственности за злоупотребление доминирующим положением был привлечен только один из субъектов данного «коллектива», ООО «Хэдхантер». Так, на данном примере подтверждается проблематичность такого закрепленного законодателем подхода, когда при установлении коллективного доминирования весь «коллектив», который обладает рыночной властью, законодательство не нарушает, но при этом антимонопольный орган привлекает за нарушение законодательства только одного из субъектов такого «коллектива», чье положение и влияние на рынок не изучалось, а лишь презюмировалось.

Таким образом, при подведении итогов изучения установления индивидуального и коллективного доминирующего положения на рынке,

количественных и качественных критериев их установления, и принимая во внимание приведенную в качестве примеров практику рассмотрения дел ФАС России, следует признать, что на практике при установлении антимонопольными органами доминирующего положения происходит преимущественное использование количественных критериев и недостаточное исследование качественных характеристик, несмотря на то, что Президиум ФАС России обращал внимание на необходимость установления и количественных, и качественных критериев.

Можно также сделать вывод о снижении стандартов доказывания антимонопольного органа при установлении коллективного доминирования, поскольку доминирующее положение каждого субъекта, входящего в такой «коллектив», не изучается, а лишь презюмируется. Исходя из всего вышеизложенного, в том числе приведенных в работе аргументов, следует предложить внести соответствующие изменения в законодательство и изменить подход в практике рассмотрения дел антимонопольным органом. Так, необходимо закрепить, что при рассмотрении действий субъекта, входящего в группу субъектов, в отношении которых установлено коллективное доминирование, на предмет наличия признаков нарушения антимонопольного законодательства, а именно злоупотребления доминирующим положением, необходимо в отношении этого субъекта проводить анализ и оценку его положения на рынке, статуса и наличия или же отсутствия реальной рыночной власти.

Библиографический список:

1. Закон РСФСР от 22.03.1991 N 948–1 (ред. от 26.07.2006) «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»//СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 14.04.2023).
2. Федеральный закон от 26.07.2006 N 135-ФЗ (ред. от 16.02.2022) «О защите конкуренции»//СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 14.04.2023).
3. Федеральный закон от 17.08.1995 N 147-ФЗ (ред. от 11.06.2021) «О

естественных монополиях»//СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 14.04.2023).

4. Федеральный закон от 26.03.2003 N 35-ФЗ (ред. от 11.06.2021) «Об электроэнергетике» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.07.2021)//СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 14.04.2023).

5. Федеральный закон от 07.07.2003 N 126-ФЗ (ред. от 30.12.2021) «О связи» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.03.2022) //СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 14.04.2023).

6. Приказ ФАС России от 28.04.2010 N 220 (ред. от 12.03.2020) "Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке" (Зарегистрировано в Минюсте России 02.08.2010 N 18026)//СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 14.04.2023).

7. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30 июля 2013 г. N 1162/13)//СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 14.04.2023).

8. Разъяснение № 15 Федеральной антимонопольной службы «О привлечении к ответственности за злоупотребления доминирующим положением хозяйствующих субъектов, признанных коллективно доминирующими» (утв. протоколом Президиума ФАС России от 24 октября 2018 г. № 11//СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 14.04.2023).

9. Решение по делу 1-10-103/00-05-16 в отношении АО «ЕВРАЗ ЗСМК», ООО «ТК «ЕвразХолдинг», ПАО «Северсталь», АО «Северсталь Дистрибуция», ПАО «ЧМК», ООО «Мечел-Сервис» от 17 апреля 2017 г. URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/upravlenie-kontrolya-promyshlennosti/ats-26865-17/> (дата обращения: 14.04.2023).

10. Решение №19-9-2/2 Решение Президиума ФАС России по жалобе № А-17/2019 АО «Авиа... от 7 ноября 2019 г. URL: <https://br.fas.gov.ru/ca/pravovoe-upravlenie/85f6c62e-d0c8-4a68-a2f8-e84e668cac48/> (дата обращения: 06.03.2022).

11. Решение ФАС России от 23.01.2020 по делу № 11/01/10-9/2019//СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 14.04.2023).

12. Актуальные вопросы проведения анализа состояния конкуренции на товарных рынках (методологический комментарий): монография / Князева И. В., С.Н. Чирихин. Новосибирск. Издательство НГТУ. 2018. С. 46–49, 276.