ОПРЕДЕЛЕНИЕ ДОМИНИРУЮЩЕГО ПОЛОЖЕНИЯ СУБЪЕКТОВ ХОЗЯЙСТВОВАНИЯ В КОНКУРЕНТНЫХ ДЕЛАХ

ВАЛИТОВ Салават Сагадатгареевич - доктор юридических наук, доцент Донецкого национального университета

УДК 346.5

У статті розглянуті проблеми практики застосування конкурентного законодавства при зловживанні домінуючим становищем суб'єктами господарювання на ринку. Розроблено пропозиції щодо розмежування повноважень антимонопольних та судових органів при визначенні домінуючого положення в судових рішеннях.

Ключевые слова: антимонопольные органы, судебное решение, конкурентное законодательство, конкурентное дело, доминирующее положение, суд.

Исходным моментом в применении конкурентного законодательства является определение доминирующего положения субъектов хозяйствования на рынке. Фактическое установление его антимонопольными органами является основанием для квалификации действий субъектов хозяйствования как злоупотребление своим положением, а недоказанность его позволяет судебным органам отменять принятые решения. Поэтому в практике применения конкурентного законодательства проблема определения доминирующего положения субъектов хозяйствования на рынке антимонопольными и судебными органами является одной из наиболее актуальных.

Необходимо отметить, что отдельные аспекты определения доминирующего положения субъектов хозяйствования на рынке в решениях антимонопольных и судебных органов исследовались в работах немногих отечественных юристов: А.Калашника [1], Н. Корчак [2], С. Мельник [3], А. Мельниченко [4].

Целью данной статьи является анализ действующей практики определения доминирующего положения субъектов хозяйствования на рынке в судебных решениях и подготовка предложений по разграничению компетенции между судебными и антимонопольными органами по этому вопросу с учетом адаптации к законодательству Европейского Союза.

В конкурентном праве термин «рынок» используется в целях установления конкуренции между конкретными товарами и границами, очерчивающих эти конкретные группы товаров и их продавцов [5, с. 478-485].

В соответствии с Законом Украины «О защите экономической конкуренции» рынок товара (товарный рынок) — это сфера оборота товара или взаимозаменяемых товаров, на который в течение определённого времени и в пределах определённой территории имеются спрос и предложение. Товарный рынок является частью воспроизводственного процесса и охватывает сферу обращения товаров (работ, услуг), в результате которого в определённое время и в определённых территориальных границах последние от производителя (продавца) переходят к покупателю (получателю) [6].

Ключевым для понимания границ того или иного товарного рынка является понятие «взаимозаменяемости». При этом, в зависимости от спроса конкретного потре-

бителя, пределы взаимозаменяемости могут существенно изменяться.

Формирование группы взаимозаменяемых товаров (товарных групп) осуществляется из перечня товаров, которые по показателям взаимозаменяемости имеют для продавцов (поставщиков, производителей), покупателей (потребителей, пользователей) признаки одного (подобного, аналогичного) товара. В частности, ими являются сходство предназначения, потребительских свойств, условий использования; сходство физических, технических, эксплуатационных свойств и характеристик, качественных показателей и т.п.; наличие общей группы потребителей товара (товарной группы); отсутствие существенной разницы в ценах. Объективный учет указанных признаков подобных товаров делает сложным определение пределов взаимозаменяемости, а также товарных границ рынка, и, как следствие, доминирующего положения на нем [7, с.57-61].

Территориальные (географические) границы рынка определенного товара или товарной группы определяются путем установления минимальной территории, за пределами которой, с точки зрения потребителя, приобретение товаров, принадлежащих к группе взаимозаменяемых товаров, является невозможным или нецелесообразным. При этом, в частности, должны учитываться следующие критерии: физические и технические характеристики товара; технологические связи между производителями и потребителями; возможности относительно гарантийного или абонентского обслуживания; возможности сохранения уровня качества и потребительских свойств товара (товарной группы) при транспортировке; уровень транспортных затрат, включая особенности транспортировки товара.

Кроме того, существует множество других критериев, правильный учет которых позволяет объективно определить территориальные границы рынка и соответствующее количество доминирующих субъектов хозяйствования на нем.

Изучение практики хозяйственных судов по рассмотрению конкурентных дел, в которых определяется монопольное (доминирующее) положение субъектов хозяйствования на рынке позволяет отметить следующее.

Так, в пункте 15.4 Рекомендаций Президиума Высшего хозяйственного суда Украины отмечается, что в разрешении спора по делу, обстоятельства которого связаны с определением границ товарного рынка и/или монопольного положения субъекта хозяйствования на нем, хозяйственный суд не должен опять определять такие границы и/или монопольное положение после того, как это сделал орган Антимонопольного комитета Украины (далее – Комитет), и в такой способ перебирать на себя полномочия указанного органа.

Компетенция хозяйственных судов относительно проверки обоснованности решения органа Антимонопольного комитета Украины об установлении доминирующего положения субъекта хозяйствования на рынке, состоит в проверке соблюдения органами Комитета соответствующих положений законодательства о защите экономической конкуренции [8; 9].

Далее отмечается, что хозяйственный суд в разрешении спора не должен осуществлять исследование рынков товаров, в том числе товарные и территориальные границы рынка, вопросы формирования цен на рынках товаров и т.д., определять собственными силами монопольное (доминирующее) положение субъектов хозяйствования на рынке, поскольку соответствующие полномочия осуществляются исключительно органами Комитета [8; 9].

Высший хозяйственный суд Украины и его Президиум пришли к выводу о том, что акты законодательства Украины не содержат исчерпывающего и установившегося перечня (а соответственно и определений) всех возможных рынков товаров (услуг) в понимании Закона Украины «О защите экономической конкуренции» и других актов законодательства о защите экономической конкуренции [9; 10].

В постановлении Высшего хозяйственного суда Украины от 10.02.2009 по делу против ОАО «Пролетарская железная дорога» и п. 2 Обзорного письма Высшего хозяйственного суда Украины делается вывод:

хозяйственный суд не имеет права самостоятельно или путем назначения судебной экспертизы определять наличие или отсутствие монопольного (доминирующего) положения субъекта хозяйствования на определенном товарном рынке, что является исключительной компетенцией Комитета [11].

Выводы, которые сделала высшая хозяйственная инстанция, имеют под собой как минимум два основания. Во-первых, определение доминирующего положения субъектов хозяйствования на рынке требует специальных экономических знаний а также соответствующей подготовки. При этом необходимо отметить, что во многих судах отсутствует даже специализация для рассмотрения конкурентных дел. Вторая причина заключается в том, что в соответствии со ст. 7 Закона Украины «Об Антимонопольном комитете Украины» проведение исследований рынка, определение границ товарного рынка, а также положение, в том числе монопольное (доминирующее), субъектов хозяйствования на этом рынке и принятие соответствующих решений является исключительной компетенцией Комитета [12].

Вместе с тем на практике все обстоит иначе. Так, например, отделением Комитета (далее – Отделение) было рассмотрено дело о злоупотреблении монопольным положением оператором кабельного телевидения (далее – Оператор), который обжаловал решение Отделения.

В обоснование иска истец ссылается на неверное определение ответчиком товарных грани рынка по предоставлению возможности пересмотра пакетов программ по использованию многоканальных (кабельных) телесетей, безосновательное исключение ответчиком из перечня субъектов хозяйствования тех субъектов, которые используют другие телеинформационные системы (MITRIC, MMDS и другие), неправомерное использование соответствующих временных методических рекомендаций относительно определения основных типов товарных рынков, неполное выяснение ответчиком всех обстоятельств распространения программ, не определены потенциальные конкуренты.

В судебном заседании истец объяснил, что для надлежащего рассмотрения дела следует определить понятие «товар» в понимании статьи 1 Закона Украины «О защите экономической конкуренции» и рассмотреть вопрос относительно аналогичности предоставленных услуг, для чего назначить экспертизу. Отделение возразило против назначения экспертизы, а истец предоставил вопросы, которые необходимо было поставить перед экспертизой.

Для возможности полного и объективного рассмотрения спора по сути и для разъяснения вопросов, которые требуют специальных знаний, хозяйственный суд определением назначил судебную экспертизу, которую поручил Киевскому Научно-исследовательскому институту судебных экспертиз.

Таким образом, назначая судебную экспертизу, в которой эксперт, исследуя вопросы взаимозаменяемости программных услуг, фактически определяет товарные границы рынка, суд тем самым взял на себя полномочия Комитета, поскольку проведение исследований рынка является исключительной компетенцией Комитета.

Судебной экспертизой было установлено, что услуги, которые предоставляют операторы/провайдеры с использованием разнообразных телекоммуникационных сетей, а именно: системы кабельного телевидения (аналоговый формат), системы кабельного телевидения (цифровой формат), системы приема многоканального эфирного телевидения (MITRIC, MMDS) (аналоговый и цифровой форматы), системы коллективного приема спутникового телевидения, системы приема цифрового эфирного телевидения (DVD-T), – можно считать взаимозаменяемыми услугами, исходя из основных потребительских свойств программной услуги, которые должны быть обеспечены исполнителем как участником рынка телекоммуникационных услуг. Согласно выводу судебной экспертизы услуга доступа к телепрограммам (программная услуга) состоит в удовлетворении потребностей потребителей в получении на телеприемники изображения и сопровождающего звука в акустической системе, а параметры сигнала

являются стандартизированными, то есть способ доставки (ретрансляции) телепрограмм не влияет на потребительские свойства услуги.

В соответствии с Методикой определения монопольного (доминирующего) положения (далее – Методика), товарные границы рынка определяются путем формирования группы взаимозаменяемых товаров (товарных групп), в пределах которой потребитель при обычных условиях может легко перейти от потребления одного товара к потреблению другого [13].

Кроме этого, во время определения товарных границ задействованного рынка должна учитываться и возможность (невозможность) технической взаимозаменяемости услуги, которая предоставляется с использованием многоканальной кабельной телесети, и совокупность других факторов, в частности, подобность потребительских характеристик соответствующих услуг (функциональное назначение, физические характеристики и т.д.), условия потребления и реализации, разница в ценах, информированность потребителя о существовании товаров-заменителей.

Отделение при выяснении вопроса относительно взаимозаменяемости программных услуг исходило из комплекса обстоятельств, которые определяют взаимозаменяемость таких услуг, а соответственно и товарные границы рынка, в частности возможностей провайдеров услуг, анализа поведения потребителей, разницы в ценах, существования разного оборудования, необходимого для пользования отдельными услугами из числа исследуемых.

В соответствии со статьей 42 Хозяйственного процессуального кодекса Украины вывод экспертизы был оценен хозяйственным судом по правилам, установленным статьей 43 этого Кодекса [14]. Первая инстанция указала, что отделение согласно Методике при доказывании монопольного положения, определения товарных границ рынка учитывало интересы потребителей. Территориальные границы рынка были определены путем установления минимальной территории, за пределами которой с точки зрения потребителя приобретение товаров является невозможным или нецелесообразным. Территориальные границы рынка с экономической точки зрения являются пространством, где предложение определенного товара способно взаимодействовать со спросом на него, поэтому территориальные границы рынка определены с учетом спроса, исходя из носителей спроса. Поэтому суд считает, что Отделение доказало факт занятия истцом монопольного положения на рынке, правильно применив установленные Методикой нормы.

Оператор обжаловал решение суда в апелляционной инстанции, которая указала, что при принятии оспариваемого решения ответчиком неправильно применено положение п. 10.2 Методики, в котором указано, что монопольным (доминирующим) положением субъекта (субъектов) хозяйствования признается положение, когда доля одного субъекта хозяйствования на рынке превышает 35%, если он не доказал, что: имеет конкурента (конкурентов) на рынке; ощущает значительную конкуренцию вследствие отсутствия ограниченности возможностей доступа других субъектов относительно закупки сырья, материалов и сбыта товаров, отсутствия барьеров для вступления на рынок других субъектов хозяйствования, отсутствия льгот или других обстоятельств.

Судебная коллегия приняла ссылку заявителя апелляционной жалобы на то, что Отделением для расчета доли истца не были взяты все участники соответствующего рынка, а именно: ООО «ТРК «Мир», ООО «Телерадиокомпания «Медиа», ООО «Фирма «Сигма» г. Киев, ответчиком не определены потенциальные конкуренты истца, как это предусмотрено разделом 9 Методики, не установлено количество участников рынка.

Неверное определение перечня участников рынка, констатировала коллегия, является нарушением п. 2.1.3 Методики и привело к неверному определению доли истца на рынке, чем соответственно не соблюдены и предписания п. 2.1.8, п. 8.1, п. 84 Методики.

Постановлением апелляционного хозяйственного суда было отменено решение Отделения в связи с недоказанностью моно-

польного положения Оператора на рынке телекоммуникационных услуг.

В постановлении Высшего хозяйственного суда Украины на кассационную жалобу Отделения отмечается, что суд апелляционной инстанции:

- не указав в постановлении по делу доказательств на опровержение указанных доводов Отделения;

- оставив без внимания приведенные в оспариваемом решении Отделения критерии определения ответчиком территориальных границ соответствующего рынка (с учетом необходимости обустройства кабельными сетями каждого отдельного дома) и имеющиеся фактические препятствия для свободной замены потребителями исполнителя услуг кабельного и/или спутникового телевидения в аналоговом или цифровом формате (в частности, по поводу существенной разницы в стоимости необходимого оборудования и стоимости соответствующего подключения);

- не опровергнув установленный Отделением и проверенный местным судом факт занятия Обществом монопольного положения на рынке телекоммуникационных услуг в территориальных границах собственных и арендованных сетей в г. Донецке (с учетом фактического распределения (изолированности) сетей каждого оператора/провайдера, в том числе и в границах одного административного района города),

- неправильно применил указанные в его постановлении предписания положений утвержденной в установленном порядке Методики определения монопольного (доминирующего) положения субъектов хозяйствования на рынке и пришел к ошибочному выводу относительно необходимости отмены решения местного суда по делу.

С учетом вышеизложенного, оспариваемое постановление апелляционного хозяйственного суда подлежит отмене в соответствии с частью первой статьи 11110 Хозяйственного процессуального кодекса Украины, а решение суда первой инстанции при отсутствии предусмотренных законом оснований для его изменения или отмены должно быть оставлено в силе как такое, что соответствует установленным предыдущими судебными инстанциями фактическим обстоятельствам и принятое с соблюдением норм материального и процессуального права.

Проблема определения доминирующего положения заключается в том, что дальнейшее продолжение хозяйственными судами практики определения товарных границ рынка без учета соответствующих показателей взаимозаменяемости, предусмотренных положениями глав 4 и 5 Методики, руководствуясь только положениями отраслевого законодательства, без учета позиции потребителя, приведет к неправильному определению рыночного влияния соответствующих субъектов хозяйствования и соответственно оценки их поведения требованиям законодательства о защите экономической конкуренции.

Другими словами, суд, отклоняясь от требований Методики, всегда сможет расширить товарные и территориальные границы рынка до таких размеров, которые исключают наличие доминирующего положения субъектов хозяйствования. Следовательно, он сузит сферу применения конкурентного законодательства, тем самым ослабив защиту конкуренции и потребителей, как это видно на нашем примере.

Эффективный судебный контроль гарантирован Договором о создании Европейского союза. В соответствии с п. 4 ст. 230 и ст. 231 любое физическое или юридическое лицо может подать апелляцию на решение Комиссии, которое непосредственно касается его прав и интересов или которое касается другой стороны, однако при этом имеет прямое и непосредственное на него влияние, и требовать отмены такого решения путём обращения в суд.

В целом судебный контроль может касаться оценки доказательств, фактов, соблюдения процессуальных гарантий расследования по конкурентным делам, правовой оценки содержания решений. В ЕС этот подход заложен во втором пункте статьи 230 Договора о Европейском Союзе. Практика рассмотрения дел о защите конкуренции свидетельствует, что наиболее часто причинами для отмены решений Комиссии являются процессуальные нарушения, иг-

норирование прав ответчика. Следовательно, в данном направлении осуществляется расширенный судебный контроль.

С другой стороны, существуют определенные вопросы, которые связаны с решениями конкурентных органов и не могут полностью контролироваться судами. Речь идёт об оценке сложных экономических понятий, юридических фактов, когда судья не имеет никаких оснований считать, что его решение лучше, чем решение специализированного государственного органа.

В конкурентном праве к таким сложным экономическим понятиям относится определение доминирующего положения субъектов хозяйствования, состояния конкуренции на рынке. Оценка этих понятий не может быть обеспечена только правильным применением методик, для этого требуется ещё и экономическое образование со специальной подготовкой, которая даётся в конкурентных ведомствах.

Данные обстоятельства предполагают определённые ограничения для судебной компетенции, поскольку суд не должен заменять оценку органа по вопросам конкуренции своей собственной оценкой. Законодательство ЕС предусматривает решение этой проблемы, предоставляя Комиссии достаточные полномочия при рассмотрении сложных экономических проблем. Решения, которые базируются на экономических оценках, могут быть отменены только в случаях наличия процессуальных ошибок или ошибок в применении материальных норм.

Вышеизложенное позволяет сделать следующие выводы. В ЕС судебный контроль базируется на приоритете прав специализированного органа по вопросам конкуренции относительно определения границ рынка и доминирующего положения субъектов хозяйствования на нем.

Хозяйственные суды при рассмотрении дел должны проверять правильность применения антимонопольными органами соответствующих правовых норм, в частности, Методики определения доминирующего положения субъектов хозяйствования на рынке. Однако суды не должны перенимать на себя не характерные для суда функции, которые осуществляются исключительно органами Антимонопольного комитета Украины, и заново устанавливать товарные, территориальные и временные границы рынка, и на основании этого делать выводы о наличии либо отсутствии доминирующего положения субъекта хозяйствования на этом рынке.

С целью адаптации законодательства о защите экономической конкуренции к правилам конкуренции ЕС целесообразно часть 1 ст. 60 Закона Украины «О защите экономической конкуренции» дополнить следующим содержанием: «Решения, которые базируются на определении монопольного положения субъектов хозяйствования на рынке либо оценке состояния конкуренции, могут быть отменены только в случаях наличия процессуальных ошибок или ошибок в применении материальных норм».

Литература

1. Калашник А. Отдельные аспекты нормативного определения понятия монопольного (доминирующего) положения субъекта хозяйствования на товарном рынке / А. Калашник // Конкуренция. Вестник Антимонопольного комитета Украины. – 2007. – № 3. – С. 40-45.

2. Мельник С.Б. Экономико-правовое определение понятия «монопольное (доминирующее) положение субъекта хозяйствования»/

С.Б. Мельник // Научные работы Одесской национальной юридической академии. – Одесса: Юридическая литература, 2004. – Т. 3 – С. 159-167.

3. Мельниченко О.І. Судова практика: конкуренційні (антимонопольні) спори //- О. Мельниченко. – К.: Юстініан, 2010. –- 512 с.

4. Корчак Н. Злоупотребление правом и злоупотребление монопольным (доминирующим) положением на рынке: критерии разграничения// Н. Корчак // Конкуренция. Вестник Антимонопольного комитета Украины.- 2011.- №2.- С.41-46.

5. Валитов С.С. Концепция рынка в системе законодательства о защите экономической конкуренции / С.С. Валитов // Вісник Донецького університету. Серія В. Економіка та право. – 2009. – № 1. – Том.1.

АНОТАЦІЯ

В статье рассмотрены проблемы практики применения конкурентного законодательства при злоупотреблении доминирующим положением субъектами хозяйствования на рынке. Разработаны предложения по разграничению полномочий антимонопольных и судебных органов при определении доминирующего положения в судебных решениях.

SUMMARY

The article deals with the problems of the competition legislation implementation in the cases of abuse of dominant position by economic entities in the market. The propositions on the division of powers between antimonopoly authorities and the courts in determining the dominant position on the market in judicial decisions have been developed.

– С. 478-485.

6. Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11 січня 2001р. № 2210 // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 12. – Ст. 64; 2005. – № 26. – Ст. 348; 2006.- № 31. – Ст. 269.

7. Валитов С.С. Правовое регулирование коллективного доминирования субъектов хозяйствования на рынке // Экономико-правовые исследования в XXI веке: история, современное состояние и перспективы совершенствования хозяйственного законодательства: материалы Первой международной научно-практической интернет-конференции (г. Донецк, 16-18 февраля 2009 г.) / Ин-т экономико-правовых исследований НАН Украины. – Донецк: изд-во «Вебер», 2009. – С. 57-61.

8. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням конкуренційного законодавства (за матеріалами спорів, розглянутих у касаційному порядку Вищим господарським судом України): Оглядовий лист Вищого господарського суду України від 24.10.2006 р. № 01-8/2361 // Вісник господарського судочинства. – 2006. – № 6. – С. 101-137.

9. Про деякі питання практики застосування конкурентного законодавства: Рекомендації Президії Вищого господарського суду України від 29.10.2008 р. № 04-5/247 // Вісник господарського судочинства. – 2008. – № 6. – С. 6-13.

10. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням конкурентного законодавства: Оглядовий лист Вищого господарського суду України від 22.10.2008 р. № 01-8/634 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: // http://www.arbitr.gov.ua/news/413.

11. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням конкурентного законодавства: Оглядовий лист Вищого господарського суду України від 25.11.2009 р. № 01-8/627 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: // http://www.arbitr.gov.ua/news/776.

12. Про Антимонопольний комітет України: Закон України від 26 листопада 1993 р. № 3659 // Відомості Верховної Ради України. – 1993. – № 50. – Ст. 472; 2000. – - № 41. – Ст. 343; 2002. – № 12-13. – Ст. 92; 2003. – № 10-11. – Ст. 86; 2004. – № 13. – - Ст. 181; 2006. – № 14. – Ст. 118.

13. Про затвердження Методики визначення монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на ринку: Розпорядження Антимонопольного комітету України від 5 березня 2002 р.-- № 49-р // Офіційний вісник України. – 2002. – № 14. – Ст. 778.

14. Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. № 1798 // Відомості Верховної Ради України. – 1992. – № 6. – Ст. 56; 2001. – № 36. – Ст. 188; 2002. – № 32. – Ст. 221.