

# Предупреждение антимонопольного органа: проблемы правоприменения



Анжела ПОТЕЕВА,

председатель  
четырнадцатого арбитражного  
апелляционного суда

Одна из проблем, связанных с недавно введенным в России предупреждением как мерой реагирования антимонопольных органов на нарушение законодательства, заключается в возможности его обжалования. Если ФАС России полагает, что предупреждение, не обладая признаками ненормативного правового акта, обжалованию не подлежит, то мнения судебной практики по этому вопросу разделились. Автор статьи разбирается, какую позицию можно признать наиболее верной и как устранить столь разные трактовки.

## Правовая природа предупреждения

После того как в 2012 г. вступили в силу поправки в Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон), в распоряжении антимонопольных органов оказалась новая мера реагирования на нарушения конкурентного законодательства – институт предупреждения (ст. 39.1).

Исходя из общей либеральной направленности третьего антимонопольного пакета, законодатель рассматривал предупреждение в качестве превентивной меры к нарушителям антимонопольных норм. Закладываемые в этот механизм преимущества были очевидны: в случае выполнения предупреждения дело о нарушении антимонопольного законодательства не возбуждается и нарушитель не подвергается административному наказанию. При этом положительный эффект достигается в кратчайшие сроки при минимальных усилиях контролирующего органа: предупреждение должно быть исполнено в течение десяти дней и для его вынесения необходимо лишь наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства, установленных ст. 39 Закона<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> См.: Пузыревский С.А. Третий антимонопольный пакет // Энергетическое право. 2012. № 1. С. 23–28.

Однако хозяйствующие субъекты не в полной мере оценили преимущества нововведения, о чем свидетельствует судебная практика оспаривания предупреждений. Среди мотивов для обращения в суд можно отметить отсутствие нарушения антимонопольного законодательства, влекущего выдачу предупреждения, и отсутствие доминирования на рынке, где совершено нарушение.

Антимонопольная служба полагает, что предупреждение обжалованию не подлежит, поскольку не обладает признаками ненормативного правового акта: оно не нарушает права и законные интересы организации, так как последствием его неисполнения является издание процессуального документа – определения, не выступающего предметом самостоятельного обжалования<sup>1</sup>.

В судебной практике мнения по этому вопросу разделились.

Одни суды, принимая за основу доводы антимонопольного органа, прекращают производство по делу. В обоснование указывают на то, что предупреждение не устанавливает факта нарушения антимонопольного законодательства, не определяет меру ответственности, не влечет каких-либо негативных последствий для лица – адресата предупреждения. Оно служит лишь основанием для возбуждения дела, т.е. издания приказа и вынесения определения о назначении дела к рассмотрению, которые, в свою очередь, также не влекут негативных последствий и не могут быть обжалованы<sup>2</sup>.

В поддержку этой точки зрения проводится аналогия между предупреждением и предостережением (ч. 1 ст. 23, ст. 25.7 Закона), общность их правовой природы усматривается в порядке и основаниях выдачи<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 17 февраля 2009 г. № 14338/08.

<sup>2</sup> См.: постановления 4 ААС от 27 ноября 2012 г. по делу № А58-3869/2012, 13 ААС от 19 июля 2013 г. по делу № А26-2410/2013.

<sup>3</sup> См.: Грязева В.В. Возможность оспаривания в порядке главы 24 АПК РФ предостережения и предупреждения, вынесенных антимонопольным органом // Вестник ФАС СКО. 2013. № 2 (12). С. 132.

Хозяйствующие субъекты не в полной мере оценили преимущества предупреждений, о чем свидетельствует судебная практика их оспаривания.

Согласно другой позиции предупреждение содержит властное предписание: оно выдается при выявлении признаков нарушения антимонопольного законодательства лицу, занимающему доминирующее положение; на нарушителя возложена обязанность сообщить об исполнении предписания; неисполнение предписания может повлечь нарушение прав и законных интересов хозяйствующего субъекта. Такое нарушение усматривается в том, что выполнение предупреждения означает признание факта нарушения антимонопольного законодательства и заключение гражданско-правовой сделки (например, договора энергоснабжения)<sup>4</sup>, а также в негативных последствиях для деловой репутации хозяйствующего субъекта<sup>5</sup>.

В ряде случаев суды, признавая возможность обжалования предупреждения, приходят к выводу, что оно не создает препятствий для предпринимательской деятельности, даже если в результате его исполнения заключена гражданско-правовая сделка<sup>6</sup>.

Думается, отсутствие единого мнения по рассматриваемому вопросу – это следствие недоработки законодателя, несоответствия цели предупреждения как превентивной меры форме реализации нормы в ст. 39.1 Закона.

## Основания и порядок выдачи предупреждения

Статья 39.1 включена в гл. 9 «Рассмотрение дел о нарушении антимонопольного законодательства»

<sup>4</sup> См.: постановления ФАС ПО от 8 ноября 2012 г. по делу № А55-5939/2012, 23 января 2013 г. по делу № А06-2449/2012, ФАС МО от 9 сентября 2013 г. по делу № А40-95675/12-152-522, ФАС ЗСО от 30 сентября 2013 г. по делу № А16-597/2013, 14 ААС от 10 апреля 2013 г. по делу № А66-14223/2012, 3 ААС от 22 мая 2013 г. по делу № А74-5455/2012.

<sup>5</sup> См.: Грязева В.В. Указ. соч. С. 134.

<sup>6</sup> См.: постановления ФАС УО от 27 марта 2013 г. по делу № А60-26874/2012, 19 сентября 2013 г. по делу № А60-30023/2012, 23 октября 2013 г. по делу № А50-24308/2012.



Закона. Это обстоятельство позволяет говорить о том, что основания для возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства и для выдачи предупреждения идентичны. Согласно ст. 39 Закона для возбуждения дела необходимо, чтобы:

- из государственных органов, от юридических или физических лиц, из СМИ поступила информация о наличии признаков такого нарушения;
- антимонопольный орган обнаружил признаки нарушения антимонопольного законодательства;
- имелись результаты проверки, выявившей нарушение антимонопольного законодательства.

Предупреждение должно содержать:

- 1) выводы о наличии оснований для его выдачи;
- 2) нормы антимонопольного законодательства, нарушенные действиями (бездействием) лица, которому выдается предупреждение;

3) перечень действий, направленных на прекращение нарушения антимонопольного законодательства, устранение причин и условий, способствовавших возникновению нарушения, устранение его последствий, а также разумный срок выполнения этих действий.

В соответствии с п. 1.2 Порядка выдачи предупреждения, утвержденного приказом ФАС России от 14 декабря 2011 г. № 874, предусматривается установление доминирующего положения хозяйствующего субъекта, в том числе посредством проведения анализа состояния конкурентной среды на товарном рынке.

Из этого следует, что выдача предупреждения должна подкрепляться доказательственной базой. Среди обстоятельств, подлежащих доказыванию, антимонопольный орган обязан установить доминирующее положение организации и факт допущенного ею нарушения антимонопольного законодательства.

Содержательно предупреждение обладает несомненным сходством с предписанием (ст. 50 Закона).

Согласно форме, утвержденной приказом ФАС России от 22 декабря 2006 г. № 337, предписание должно содержать:

- 1) нормы антимонопольного законодательства, которые нарушены действиями (бездействием) лица, привлекаемого к ответственности;

Из-за несоответствия цели предупреждения как превентивной меры форме реализации нормы в ст. 39.1 Закона о защите конкуренции не сложилось единого мнения по вопросу обжалования этого акта.

2) указание, в чем конкретно выразилось нарушение;

3) перечень действий, направленных на прекращение нарушения антимонопольного законодательства, устранение причин и условий, способствовавших возникновению нарушения, устранение последствий такого нарушения, а также срок выполнения этих действий.

Различие предупреждения и предписания обусловлено стадией производства по делу о нарушении антимонопольного законодательства, на которой они выдаются. В свою очередь, это предполагает и различный объем доказательств.

Так как предписание выдается одновременно с решением по делу о нарушении антимонопольного законодательства, оно основывается на исследованных комиссией доказательствах: объяснениях заинтересованных лиц, заключениях экспертов, письменных доказательствах. Выдача предупреждения не предполагает сбора полного объема доказательств в связи с тем, что оно выносится до возбуждения дела о нарушении антимонопольного законодательства, для его выдачи достаточно лишь поступления в антимонопольный орган информации о наличии признаков нарушения. Закон не содержит четких требований к процедуре проверки этой информации, поэтому можно сделать вывод, что дополнительные доказательства, в том числе объяснения предполагаемого нарушителя, антимонопольный орган вправе не запрашивать и не исследовать.

Таким образом, Закон требует установить факт нарушения конкуренции, об устранении которого выносится предупреждение, но при этом нормы об обязательном доказывании заявления антимонопольного органа о наличии нарушения отсутствуют. Возникает ситуация, когда получивший предупре-



ждение хозяйствующий субъект, если доказательства совершения им правонарушения и его вины отсутствуют, обязан предпринять действия по устранению такого «нарушения», что порождает спор. Конечно, организация вправе не исполнять предупреждение и доказывать свою позицию в дальнейшей процедуре по делу о нарушении антимонопольного законодательства. Однако зачастую хозяйствующий субъект пытается разрешить конфликт по существу на ранней стадии, чтобы исключить дальнейшее ведение дела о нарушении антимонопольного законодательства.

## Судебное обжалование предупреждения

**Возможно ли судебное обжалование предупреждения? По нашему мнению, возможно.**

В теории права под ненормативным правовым актом понимается акт государственного органа, который представляет собой официальный письменный документ, составленный по специальной форме; отражает юридически-властное волеизъявление (предписание, запрет или дозволение) уполномоченного субъекта, обязательное для исполнения адресатом; обращен к строго определенным лицам; содержит только предписания индивидуального характера; рассчитан на разовое применение; воздействует на конкретные отношения и действует вплоть до момента их прекращения.

В соответствии с ч. 1 ст. 198 АПК РФ граждане, организации и иные лица вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании недействительными ненормативных правовых актов государственных органов, органов местного самоуправления, иных органов, должностных лиц, если полагают, что оспариваемый акт не соответствует закону или иному нормативному правовому акту и нарушает их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагает на них какие-либо обязанности, создает иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности.

Закон требует установить факт нарушения конкуренции, об устранении которого выносится предупреждение, при этом нормы об обязательном доказывании заявления антимонопольного органа о наличии нарушения отсутствуют.

О праве любого лица на судебную защиту и обжалование в суд решений, действий (бездействия) органов государственной власти неоднократно высказывался Конституционный Суд РФ. В частности, он указывал на то, что при рассмотрении подобных дел суды не вправе ограничиваться формальным установлением того, кому адресован обжалуемый акт, а обязаны выяснить, соответствует ли он действующему законодательству, затрагивает ли права лица в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, возлагает ли на него какие-либо обязанности, создает ли препятствия для осуществления этой деятельности. И в каждом конкретном случае суд должен обеспечить эффективное восстановление нарушенных прав<sup>1</sup>.

Предупреждение антимонопольной службы – это официальный документ государственного органа, составленный в специальной форме; он содержит властное предписание конкретному хозяйствующему субъекту (устранить нарушение конкуренции); влечет для этого лица юридические последствия (выдача предупреждения – обязательная стадия производства по делу о нарушении антимонопольного законодательства, предшествующая его возбуждению) и может нарушать гражданские права и охраняемые законом интересы, что позволяет обжаловать его в арбитражный суд.

Сложность рассмотрения такого дела заключается в том, что зачастую с доказательствами наличия нарушения и возражениями организации стороны знакомятся только в ходе судебного разбирательства. Это связано с тем, что Закон не содержит требований

<sup>1</sup> См., например: Определение КС РФ от 4 декабря 2003 г. № 418-О.

к сбору доказательств на стадии, предшествующей возбуждению дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Конфликт правовых норм необходимо устранить путем внесения изменения в Закон. Достичь заявленной цели – либерализации антимонопольного законодательства – можно, исключив не только предупреждение из стадии рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, но и указания о его обязательной выдаче до возбуждения дела. Благодаря введению этой нормы в гл. 6 «Функции и полномочия антимонопольного органа» Закона можно будет сохранить предупреждение как превентивную меру реагирования антимонопольного органа и в то же время не допустить наступления юридических последствий принятия такого акта, на

основании которых суды квалифицируют его в качестве ненормативного правового.

Возможен и другой вариант: оставляя предупреждение как обязательную стадию возбуждения дела об антимонопольном нарушении, дополнить Закон нормами, устанавливающими основания для его выдачи и объем доказательственной базы при этом. Такое изменение позволит ограничить судебную проверку действий антимонопольной службы на предмет соблюдения этих требований, а не разрешать спор по существу, до завершения полной процедуры антимонопольного контроля.

**В любом случае изменение правовых норм находится в компетенции законодателя, поэтому выработать их единообразное толкование может только судебная практика ВАС РФ.**