**ДОКЛАД**

**к Общественным слушаниям 20.12.2017г.**

В рамках проводимой реформы контрольной и надзорной деятельности и в целях формирования позиции антимонопольного органа Президиумом Федеральной антимонопольной службы 11 октября 2017 года утверждены Разъяснения по определению размера убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства (утверждены Протоколом Президиума ФАС России № 20).

Данные Разъяснения даны для территориальных органов ФАС России в случае привлечения территориального органа к участию в деле, рассматриваемом в суде, могут использоваться при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства и также могут быть использованы в целях определения размера ущерба, причиненного нарушениями антимонопольного законодательства, как обстоятельства, отягчающего административную ответственность по статьям 14.31, 14.31.2, 14.32, 14.33 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Кроме того, настоящие Разъяснения могут помочь пострадавшим лицам и нарушителям в определении убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства, при их взыскании в судебном порядке или урегулировании претензий без судебного разбирательства.

Разъяснения обобщают большинство существующих методик определения убытков, сформированных по итогам исследования как российской правоприменительной практики, так и зарубежного опыта.

1. Общие положения

1.1. Возмещение убытков как способ защиты прав и законных интересов лица, пострадавшего от нарушения антимонопольного законодательства.

Нарушение антимонопольного законодательства одними лицами может повлечь негативные последствия для других лиц.

Если злоупотребление доминирующим положением, недобросовестная конкуренция, картель или иные нарушения антимонопольного законодательства причинили кому-либо убытки, пострадавшее лицо (лица) вправе обратиться в суд с иском об их взыскании.

Иск о возмещении убытков, причиненных совершением антиконкурентного действия может предъявить любое лицо, которое полагает, что ему в результате соответствующих действий (бездействия), соглашений, актов были причинены убытки.

1.2. Предмет доказывания по искам о взыскании убытков

В соответствии с пунктом 12 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.06.2015 № 25 по делам о возмещении убытков истец обязан доказать, что ответчик является лицом, в результате действий (бездействия) которого возник ущерб, а также факты нарушения обязательства или причинения вреда, наличие убытков.

Отсутствие вины доказывается лицом, нарушившим обязательство.

Предмет доказывания включает для истца следующие факты:

- совершение конкретным лицом (лицами) противоречащего антимонопольному законодательству действия или бездействия, соглашения, акта;

- наличие у истца убытков и их размер;

- причинно-следственная связь между нарушением права истца (противоправным поведением) и его убытками.

1.2.1. Противоречащее антимонопольному законодательству действие или бездействие, соглашение, акт ответчика. Значение решения антимонопольного органа по делу о нарушении антимонопольного законодательства.

Потерпевший должен доказать, что нарушитель совершил определенное антиконкурентное действие или не совершил требуемое от него в соответствии с антимонопольным законодательством действие (допустил бездействие), заключил соглашение или принял акт, противоречащие законодательству о защите конкуренции.

Наличие решения антимонопольного органа, подтверждающего нарушение антимонопольного законодательства, не является обязательным требованием для удовлетворения иска о взыскании убытков. Однако 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.

Безусловно, такой подход усиливает правовую позицию истца, так как факт нарушения антимонопольного законодательства будет подтвержден решением компетентного органа.

Важно отметить, что при своевременном обращении лица, считающего себя потенциально пострадавшим, за защитой в антимонопольный орган существующие процессуальные сроки рассмотрения антимонопольных дел позволяют полностью соблюсти в дальнейшем и сроки исковой давности для обращения в суд.

Вместе с тем законодательство не препятствует пострадавшему лицу обращаться в суд с иском о возмещении убытков до или без вынесения соответствующего решения антимонопольным органом.

В таких случаях антимонопольный орган должен быть уведомлен судом о начавшемся процессе, а в дальнейшем должен быть определен статус антимонопольного органа как участника процесса (может быть привлечен судом к участию в судебном процессе).

В этом случае территориальным органам ФАС России, в соответствии с Планом практического внедрения данных разъяснений (утвержден Приказом от 22.11.2017), указано на обязательность участия в судах при подаче частных исков.

1.2.2. Наличие убытков и их размер.

Статья 15 ГК РФ и часть 3 статьи 37 Закона о защите конкуренции позволяют пострадавшему от нарушения антимонопольного законодательства лицу взыскать как реальный ущерб, так и упущенную выгоду.

Реальный ущерб представляет собой расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрату или повреждение его имущества.

Примером реального ущерба является уплата пострадавшим лицом необоснованно завышенной (в силу картеля, необоснованного изъятия товара из обращения и др.) цены, а также несение пострадавшим лицом необоснованных расходов в связи с навязыванием нарушителем невыгодных условий договора или отказом от заключения договора и др.

Упущенная выгода представляет собой неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено.

Расчет упущенной выгоды, представленный истцом, как правило, является приблизительным и носит вероятностный характер. Это обстоятельство само по себе не может служить основанием для отказа в иске.

Несмотря на то, что убытки ввиду упущенной выгоды являются распространенным последствием нарушений антимонопольного законодательства, данный вид убытков является наиболее сложным в доказывании. Отказы в удовлетворении требований о взыскании упущенной выгоды достаточно распространены.

В то же время имеется и положительная практика по таким искам (примеры приведены в полном тексте разъяснений).

1.2.3. Прямая причинно-следственная связь между нарушением и убытками.

Потерпевший должен доказать наличие причинно-следственной связи между возникшими убытками и противоправным действием - нарушением антимонопольного законодательства.

Наличие причинно-следственной связи является, вероятно, самым сложным элементом доказывания в делах о взыскании убытков. Зачастую суды отказывают в удовлетворении требований на том основании, что истец не доказал наличие причинно-следственной связи между нарушением и возникшими убытками.

В случае недоказанности прямой причинно-следственной связи между противоправным поведением ответчика и убытками истца суды отказывают во взыскании убытков.

1.3. Определение размера убытков в судебной практике

При определении размера убытков принципиальное значение имеют позиции, изложенные в пунктах 12и 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25:

Пункт 12. Размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности. Т.е. в удовлетворении требования о возмещении убытков не может быть отказано только на том основании, что их точный размер невозможно установить. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела, исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению.

Пункт 14. Поскольку упущенная выгода представляет собой неполученный доход, при разрешении споров, связанных с ее возмещением, следует принимать во внимание, что ее расчет, представленный истцом, как правило, является приблизительным и носит вероятностный характер. Это обстоятельство само по себе не может служить основанием для отказа в иске.

            Примеры подходов судов в разрешении споров о размере ущерба приведены в полном тексте разъяснений.

1.4. Законодательное ограничение возможности взыскания убытков

Помимо недоказанности какого-либо из оснований возмещения убытков, основанием для отказа в иске может стать правовая природа отношений между истцом и ответчиком и существующие в связи с этим законодательные ограничения на взыскание убытков.

Существуют законы, регулирующие конкретный вид обязательств, которыми ограничена ответственность по ним в сравнении со статьей 15 ГК РФ, устанавливающей принцип полного возмещения убытков, в том числе упущенной выгоды.

1.5. Перенос издержек и иски косвенных покупателей

В контексте предмета доказывания по делам о возмещении вреда особое значение имеет так называемый перенос издержек.

Речь о ситуациях, когда субъект, издержки которого возросли из-за допущенного иными лицами нарушения антимонопольного законодательства (в силу приобретения этим субъектом товара по завышенным картелем ценам или монопольно высоким ценам и т.п.), увеличивает стоимость собственных товаров, услуг или работ, «перекладывая» тем самым свое возросшее финансовое бремя на других лиц (полностью или частично).

Возражая против заявленного иска или внесудебной претензии ответчик может сослаться на то, что пострадавший полностью или частично переложил свои негативные финансовые последствия на собственных покупателей и не может требовать возмещения каких-либо убытков в принципе либо рассчитывать такие убытки в виде разницы между справедливой рыночной ценой и завышенной ценой, по которой пострадавший субъект покупал товар нарушителя.

Применение ответчиком данной защиты не противоречит требованиям российского законодательства и позволяет исключить взыскание с нарушителя излишних убытков, неоправданное обогащение пострадавшего, который уже минимизировал свои потери за счет увеличения собственных отпускных цен.

2. Концептуальные подходы к расчету убытков.

В данном разделе Разъяснений описаны концептуальные подходы, составляющие базис для расчетов убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства, общие экономические принципы, используемые при расчете убытков, обзор конкретных аналитических методов, которые могут применяться для проведения анализа на практике, а также источники информации, используемые в ходе проведении экспертизы по расчету убытков.

2.1. Общие принципы.

При расчете убытков, которые понесли хозяйствующие субъекты вследствие нарушения антимонопольного законодательства, необходимо рассмотреть фактическую ситуацию на рынке в направлении: как бы мог выглядеть рынок, конкурентная среда или финансовое положение хозяйствующего субъекта при отсутствии нарушения?

Т.е. такой анализ всегда основан на ряде предположений об издержках, ценах, объемах продаж, общем размере рынка, прибыльности и прочих параметрах конкурентной среды, которые гипотетически могли бы иметь место на исследуемом рынке, если бы нарушения не произошло.

2.1.2. Временной фактор и упущенная выгода (недополученная прибыль).

Во многих случаях необходимость оценивать убытки возникает через некоторое время после их причинения, например, после того, как было вынесено решение антимонопольного органа или суда, подтверждающее факт нарушения антимонопольного законодательства. Это означает, что пострадавшему лицу необходимо оценить не только размер убытка на момент его возникновения в прошлом, но и текущую стоимость убытка (то есть на момент осуществления оценки), с учетом упущенных (инвестиционных или коммерческих) возможностей. В противном случае убыток будет оценен не полностью.

Бремя доказывания реальности извлечения указанной прибыли и прямой причинно-следственной связи ее неполучения с допущенным нарушением лежит на пострадавшем от нарушения антимонопольного законодательства лице.

2.1.3. Нарушения антимонопольного законодательства, дающие предпосылку для расчета убытков (иных финансовых потерь, подлежащих покрытию в порядке реституции).

В общем случае есть два основных типа антимонопольных нарушений, приводящих к сходным типам финансовых потерь.

Нарушения, приводящие к необоснованному повышению цен, установлению необоснованно высоких цен и (или) поддержанию цен на завышенном уровне.

Нарушения, приводящие к ограничению (созданию препятствий) доступа на рынок или приводящие к устранению с товарного рынка конкурирующих хозяйствующих субъектов.

В некоторых случаях нельзя исключать того, что пострадавшие лица несут убытки (иные финансовые потери, возмещаемые в порядке реституции) как от роста цен, так и от возникновения препятствий для их доступа на рынок.

2.2. Аналитические подходы, используемые для проведения контрфактуального анализа.

В общем случае есть два типа аналитических методов, позволяющих провести гипотетическую оценку уровня цен и иных параметров рынка, которые могли бы возникнуть при отсутствии нарушения:

- Сравнительный экономический анализ (сопоставление рыночных показателей)

- Экономическое и финансовое моделирование  (оценка нормы прибыли и других финансовых показателей).

2.3. Источники информации для проведения контрфактуального анализа.

Любые объективные источники информации могут быть использованы для проведения анализа по расчету убытков. К таковым относятся (но не являются исчерпывающими), например, следующие:

- Официальные статистические данные, сведения, полученные от антимонопольных, налоговых, таможенных и иных государственных органов.

- Внутренние документы компаний, включая финансовую отчетность, собственные маркетинговые исследования, экспертные оценки.

- Рыночные и маркетинговые исследования, проведенные третьими лицами (соответствующими специализированными организациями).

- Экспертные оценки и исследования органов государственной власти (министерств, ведомств, отраслевых регуляторов и проч.).

- Данные ведомственных и независимых информационных центров и служб, средств массовой информации.

В третьем разделе Разъяснений описаны способы и примеры расчета убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства, а именно в результате установления (поддержания) необоснованно высоких цен.

К таким нарушениям, в первую очередь, относятся антиконкурентные горизонтальные соглашения (картели) и установление монопольно высоких цен, а также все те нарушения, которые привели к данному эффекту.

В четвертом  разделе Разъяснений приведены примеры расчета убытков, причиненных нарушениями, ограничивающими доступ на товарный рынок, устраняющими хозяйствующих субъектов с рынка.

К таким случаям относятся, например, установление монопольно низких цен, заключение эксклюзивных контрактов с поставщиками или покупателями, установление необоснованно высоких цен на рынке верхнего передела, продажа совмещенного набора товаров или услуг, навязывание контрагентам невыгодных условий договоров, недобросовестная конкуренция и др.

Убытки, причиненные такими нарушениями, в первую очередь несут имеющиеся конкуренты рассматриваемого хозяйствующего субъекта или субъектов. Помимо этого, убытки могут нести и потенциальные конкуренты в случае, если они планировали вход на рынок, но были вынуждены его отменить в силу наличия ограничений конкуренции. Наконец, убытки также могут понести и покупатели рассматриваемого товара или услуги.

**Заключение:**

Таким образом, иск о возмещении убытков подается лицом, которое полагает, что ему в результате антиконкурентного  действия были причинены убытки.

Вместе с тем, сами факты нарушений антимонопольного законодательства доказываются антимонопольными органами в ходе рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства. Наличие решения антимонопольного органа значительно усиливает правовую позицию истца и принимается судами в качестве важного доказательства по делам о возмещении убытков, но, при этом,  не является обязательным требованием при предъявлении подобных исков в суд.

В случае обращения лица в суд о возмещении убытков, при наличии решения антимонопольного органа, антимонопольный орган может быть привлечен к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмете спора, по ходатайству стороны процесса или по инициативе суда.

Если же данное решение отсутствует, а антимонопольный орган привлечен судом к рассмотрению иска о возмещении убытков и в ходе рассмотрения частного иска установлено наличие признаков нарушения антимонопольного законодательства, следует рассмотреть вопрос о возбуждении дела о нарушении норм Федерального закона «О защите конкуренции».