



**МИНИСТЕРСТВО ЮСТИЦИИ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
(МИНЮСТ РОССИИ)**

Житная ул., д. 14, Москва, 119991
тел.: (495) 955-59-99, факс: (495) 955-57-79
E-mail: info@minjust.ru

22.02.2017 № 09/22447-МГ

На № СП/5852/17 от 01 февраля 2017 г.

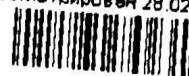
Минюст России



№ 09/22117-МГ
от 22.02.2017

**Федеральная
антимонопольная служба**

ФАС России
Рег номер 29146/17
зарегистрирован 28.02.2017



В Министерстве юстиции Российской Федерации рассмотрен проект Разъяснений по определению размера убытка, причинённого в результате нарушения антимонопольного законодательства для территориальных органов (далее – проект разъяснений), подготовленный Федеральной антимонопольной службой.

В соответствии с пунктами 11 и 12 Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации, утверждённых постановлением Правительства Российской Федерации от 13 августа 1997 г. № 1009, Минюст России осуществляет правовую экспертизу нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и принимает решение о необходимости их государственной регистрации после представления таких актов в Министерство юстиции Российской Федерации в установленном порядке.

Согласование с Министерством юстиции Российской Федерации разъяснений, издаваемых Федеральной антимонопольной службой, действующим законодательством не предусмотрено.

Тем не менее, по тексту проекта разъяснений полагаем возможным отметить следующее.

1. Содержание проекта разъяснений выходит за пределы компетенции ФАС России.

Согласно пункту 5 части 2 статьи 23 Федерального закона «О защите конкуренции» антимонопольный орган даёт разъяснения по вопросам применения им антимонопольного законодательства.

Из пункта 6.3 Положения о Федеральной антимонопольной службе, утверждённого постановлением Правительства Российской Федерации

вн 28256-М/17

от 30 июня 2004 г. № 331, следует, что антимонопольная служба вправе давать юридическим и физическим лицам разъяснения по вопросам, отнесенным к её компетенции.

Проект разъяснений посвящён вопросам взыскания убытков, причинённых нарушением антимонопольного законодательства. К компетенции антимонопольных органов не относится взыскание в пользу третьих лиц либо неопределённого круга лиц убытков, причинённых нарушением антимонопольного законодательства. Следовательно, содержание проекта разъяснений выходит за пределы компетенции ФАС России.

Также вызывает сомнение цель планируемых к утверждению Разъяснений. На странице 5 проекта разъяснений указано, что «настоящие Разъяснения даны для территориальных органов ФАС России в целях *формирования позиции* антимонопольного органа по вопросам, связанным с определением размера убытка, причинённого в результате нарушения антимонопольного законодательства, в случае привлечения территориального органа к участию в деле, рассматриваемом судом».

В силу пункта 7 части 1 статьи 23 Федерального закона «О защите конкуренции» антимонопольный орган имеет право участвовать в рассмотрении судом или арбитражным судом дел, связанных с применением и/или нарушением антимонопольного законодательства. Арбитражный суд, рассматривая дела, возбужденные на основании исков, заявлений иных лиц, должен известить антимонопольный орган для обеспечения возможности его участия (пункт 21 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда России от 30 июня 2008 г. № 30).

Однако данное положение не должно трактоваться как позволяющее антимонопольному органу представлять свою позицию по вопросам частного характера (наличия либо отсутствия убытков, методики их расчета и т.д.). Иное означало бы, что компетентный орган власти занимает положение одной из сторон спора. Такое положение неминуемо нарушало бы принципы состязательности и равноправия сторон (статьи 8, 9 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации).

К тому же определение размера убытков, причинённых нарушением антимонопольного законодательства, требует применения специальных знаний, для чего нормами процессуального законодательства предусмотрено проведение судебной экспертизы (часть 1 статьи 82 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации).

В таком случае эксперт выступает лицом, содействующим отправлению правосудия (в терминологии Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации является «иным участником арбитражного процесса»). Однако антимонопольный орган имеет процессуальный статус лица, участвующего в деле,

чьи процессуальные права и обязанности отличны от прав и обязанностей лиц, содействующих отправлению правосудия.

Применение Разъяснений по определению размера убытка, причинённого в результате нарушения антимонопольного законодательства территориальными органами ФАС России может привести к вмешательству с их стороны в состязательный процесс по вопросам, которые не относятся к компетенции ФАС России.

2. В проекте разъяснений имеются многочисленные ссылки на судебную практику. Изучение правоприменительной практики при подготовке разъяснений является важной составляющей, позволяющей лучше уяснить содержание норм права. Однако авторы проекта разъяснений зачастую ссылаются на судебные акты, которые не являются практикообразующими, а также на нерелевантные (не относящиеся к предмету проекта разъяснений) постановления высших судебных инстанций либо судебную практику.

Как разъяснил Конституционный Суд Российской Федерации в определении от 29 сентября 2016 г. № 1876-О, полномочия Верховного Суда Российской Федерации давать разъяснения по вопросам судебной практики закреплены в статье 126 Конституции Российской Федерации. Такие же полномочия Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации были закреплены в статье 127 Конституции Российской Федерации. Таким образом, к практикообразующим следует относить разъяснения, которые содержатся в актах толкования норм права высшими судебными инстанциями.

Также из решений Конституционного Суда Российской Федерации следует, что при анализе судебной практики на предмет наличия либо отсутствия противоречий в подходах к толкованию норм права следует ориентироваться на акты арбитражных судов округов (постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 2 июня 2015 г. № 12-П).

Несмотря на это, в проекте разъяснений даны ссылки на судебные акты арбитражных судов первой и/или апелляционной инстанций.

К тому же в проекте разъяснений неоднократно упоминается решение Арбитражного суда города Москвы от 12 июля 2010 г. по делу № А40-46424/10. Однако данное решение было *отменено* постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 2 ноября 2010 г. в связи с принятием отказа от иска.

К числу нерелевантных относится ссылка на пункт 3 постановлений Пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29 апреля 2010 г. № 10/22. Из преамбулы и содержания данного постановления следует, что данные в нём высшими судебными инстанциями разъяснения посвящены вопросам применения законодательства о возникновении, прекращении и защите права собственности и других вещных прав.

Также в проекте разъяснений содержится ссылка на пункт 11 постановления Пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. № 6/8. Однако в соответствии с абзацем 2 пункта 133 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 года № 25 данный пункт был признан не подлежащим применению.

Другой пример – ссылка на дело № А53-20302/2012 как на случай ограничения возможности взыскания убытков. В данном деле покупатель тепловой энергии был признан нарушившим антимонопольное законодательство в связи с отказом от приобретения товара по утверждённому тарифу. Потерпевший пытался взыскать с покупателя упущенную выгоду.

Суды апелляционной и кассационной инстанций посчитали, что упущенная выгода не могла быть взыскана, поскольку ответственность сторон договора энергоснабжения ограничена взысканием реального ущерба (пункт 1 статьи 547 Гражданского кодекса Российской Федерации). Также суды отметили, что часть 3 статьи 37 Федерального закона «О защите конкуренции», позволяющая при нарушении антимонопольного законодательства взыскивать и упущенную выгоду, не применима, поскольку она на момент нарушения не вступила в силу.

Очевидно, что рассматриваемое дело представляет собой частный случай ограничения возможности взыскания убытков (в связи с тем, что норма не вступила в силу).

Помимо этого в судебных актах по другому судебному спору (дело № А40-135137/2012) вопреки мнению авторов проекта разъяснений отсутствует вывод о преюдициальности решения другого суда, которым был установлен факт нарушения антимонопольного законодательства.

В каких-то случаях содержание судебных актов раскрывается не в полной мере, из-за чего невозможно понять, какую именно позицию заняли суды. Например, на странице 7 проекта разъяснений содержится ссылка на постановление Арбитражного суда Уральского округа от 23 октября 2015 г. по делу № А50-24853/2014, которым истцу было отказано в возмещении убытков в связи с недоказанностью необходимой совокупности обстоятельств. Какие именно обстоятельства и почему не доказал истец, в проекте разъяснений не указано, в связи с чем цитирование судебного акта не имеет какого-либо значения для правоприменителей.

3. Затрагивая проблему конкуренции способов защиты права, нарушенного неисполнением требований антимонопольного законодательства (взыскание убытков, применение реституции или заявление кондикционных требований), проект разъяснений не содержит чёткой и ясной методологии её решения.

Более того, в отдельных случаях предлагаемые разъяснения по вопросу конкуренции способов защиты права являются спорными и неоднозначными.

Так, на странице 10 проекта разъяснений оценивается решение Арбитражного Суда города Москвы от 12.07.2010 по делу № А40-46424/10-59-378. В частности, указывается, что «наиболее верным в данном случае было бы использование такого способа защиты нарушенного права как признание недействительным условия договора поставки о цене товара как нарушающего положения антимонопольного законодательства и применении последствия недействительности данного условия сделки в виде возврата покупателю разницы между фактически уплаченной им ценой товара и его справедливой ценой. При этом мы исходим из того, что применение реституции является в данном случае специальным способом правовой защиты права, нарушенного не соответствующим антимонопольному законодательству условием договора о цене товара, уплате вознаграждения и т.д. Соответственно, данный способ правовой защиты имеет приоритет перед общим способом защиты права – взысканием убытков».

Следует обратить внимание, что статья 12 Гражданского кодекса Российской Федерации не устанавливает приоритет одних способов защиты перед другими. Кроме того, в рассматриваемом в проекте разъяснений случае признание недействительным условия договора влекло бы применение статьи 180 Гражданского кодекса Российской Федерации, согласно которой недействительность части сделки не влечет недействительности прочих её частей, если можно предположить, что сделка была бы совершена и без включения недействительной ее части.

Поскольку в данном деле заявлялось требование о признании недействительным части условия договора о цене, то признание договора недействительным в этой части могло привести к признанию недействительным всего договора и применению двусторонней реституции, то есть возврата обеими сторонами всего полученного по сделке (статья 167 Гражданского кодекса Российской Федерации). Между тем такое последствие вряд ли отвечало интересам истца, который не был заинтересован в признании договора недействительным.

4. На странице 25 проекта разъяснений указывается, что признание отдельных условий сделки недействительными является эффективным способом защиты в случаях, когда доминирующий субъект настоял на включении в договор невыгодных для контрагента условий или условий, не относящихся к предмету договора и предполагающих осуществление контрагентом каких-либо не обусловленных предметом сделки платежей (комиссий и т.п.) в адрес доминанта.

Однако следует отметить, что защита права в этом случае может осуществляться и с помощью применения статьи 428 Гражданского кодекса Российской Федерации, которая предусматривает иные последствия включения в договор невыгодных условий.

5. Проект разъяснений также затрагивает вопрос установления причинно-следственной связи, при этом отмечается, что такая связь должна быть прямой.

Действительно, судебная практика и доктрина зачастую говорят о прямой (непосредственной) причинно-следственной связи.

Тем не менее, очевидно, что в определённых случаях такая связь может быть не только прямой, например в ситуации, когда негативные последствия от нарушения антимонопольного законодательства претерпевает конечный приобретатель (страница 21 проекта разъяснений). Называя такую связь прямой, разработчики вступают в противоречие с собственным определением такого типа связи.

К тому же в доктрине существует множество способов установления причинной связи (например, теория адекватной причинности, теория необходимого условия, теория равнозначных условий), и требование о наличии «прямой» причинной связи ограничивает и ещё больше осложняет возможность истца доказать требование об убытках.

В связи с этим раздел о причинно-следственной связи нуждается в доработке: фраза о наличии только «прямой» причинно-следственной связи должна быть исключена. Другой вариант – в проекте разъяснений могут быть рассмотрены иные теории причинной связи.

6. На странице 12 проекта заключения в качестве примера приводится судебный спор о взыскании убытков, в рамках которого сумма ущерба была установлена на основании судебной экспертизы. При этом в проекте разъяснений приводятся вопросы, поставленные судебному эксперту. По всей видимости, данная цитата должна послужить ориентиром при формулировке вопросов в схожих экспертизах. Однако следует отметить, что вопросы «г)» и «д)» являются вопросами права, которые перед экспертом поставлены быть не могут.

7. На странице 30 проекта разъяснений утверждается, что при признании недействительными отдельных условий сделки, противоречащих антимонопольному законодательству, презюмируется, что сделка была бы заключена без включения в нее недействительных условий (статья 180 Гражданского кодекса Российской Федерации). Данный вывод обосновывается презумпцией добросовестности участников оборота.

Такой вывод является некорректным в отношении субъектов, для которых заключение договора не является обязательным: вопрос о том, была бы заключена сделка на иных условиях, может быть решён только в конкретном деле с учётом сложившихся обстоятельств. Презумпция добросовестности (статья 1, 10 Гражданского кодекса Российской Федерации) действует в отношении всех субъектов, однако это не приводит к признанию во всех случаях действительным договора при включении в него несправедливого условия

8. На странице 32 проекта разъяснений указывается, что «поскольку ничтожная сделка (часть сделки) недействительна с момента её заключения, пострадавшее лицо вправе также требовать начисления на возвращаемые ему в

порядке реституции суммы процентов согласно статьям 395, 1103 и 1107 ГК РФ с момента уплаты таких сумм нарушителю».

Данное разъяснение нуждается в доработке с учётом правовой позиции, изложенной в пункте 55 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 марта 2016 г. № 7. В частности, Пленум Верховного Суда Российской Федерации пришёл к выводу, что в случае исполнения недействительной сделки обеими сторонами произведённые сторонами взаимные предоставления считаются равными, пока не доказано иное, и их возврат должен производиться одновременно, в связи с чем проценты, установленные статьей 395 Гражданского кодекса Российской Федерации, на суммы возвращаемых денежных средств не начисляются.

В то же время при наличии доказательств, подтверждающих, что полученная одной из сторон денежная сумма явно превышает стоимость переданного другой стороне, к отношениям сторон могут быть применены нормы о неосновательном обогащении (подпункт 1 статьи 1103 Гражданского кодекса Российской Федерации). В таком случае на разницу между указанной суммой и суммой, эквивалентной стоимости переданного другой стороне, начисляются проценты, предусмотренные статьей 395 Гражданского кодекса Российской Федерации, с момента, когда приобретатель узнал или должен был узнать о неосновательности получения или сбережения денежных средств.

Заместитель Министра



М.Л. Гальперин