



ФЕДЕРАЛЬНАЯ
АНТИМОНОПОЛЬНАЯ
СЛУЖБА
(ФАС России)
ЗАМЕСТИТЕЛЬ
РУКОВОДИТЕЛЯ

ex 432u
06.02.17

Общественные объединения
предпринимателей и потребителей
(по списку)

Садовая Кудринская, 11
Москва, Д-242, ГСП-3, 125993
тел. (499) 755-23-23, факс (499) 755-23-24
delo@fas.gov.ru <http://www.fas.gov.ru>

01.02.2017 № СП/5854/17

На № _____ от _____

О направлении проекта Разъяснений
по определению размера убытка,
причиненного в результате
нарушения антимонопольного
законодательства

В связи с возникающими вопросами в правоприменительной практике антимонопольных органов при определении размера убытка, причиненного в результате нарушения антимонопольного законодательства, ФАС России подготовлен проект Разъяснений по определению размера убытка, причиненного в результате нарушения антимонопольного законодательства (далее - Разъяснения) для территориальных органов.

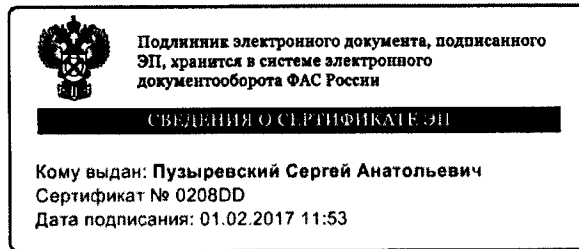
В силу части 3 статьи 37 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» лица, права и интересы которых нарушены в результате нарушения антимонопольного законодательства, вправе обратиться в установленном порядке в суд, арбитражный суд с исками, в том числе с исками о восстановлении нарушенных прав, возмещении убытков, включая упущенную выгоду, возмещении вреда, причиненного имуществу.

ФАС России просит в срок до 03.02.2017 представить позицию по проекту



Разъяснений, а также кандидатуры представителей для включения в состав рабочей группы по доработке указанного проекта Разъяснений.

Приложение: проект Разъяснений на 71 л. в 1 экз.



С.А. Пузыревский

Исп. Джигоева Людмила Сослановна
тел.(499)755-23-23 вн.088-760

ПРОЕКТ

**Разъяснения по определению размера
убытка, причиненного в результате
нарушения антимонопольного
законодательства**

Содержание

1. Общие положения.	3
1.1. Статус и цели документа.	3
1.2. Возмещение убытков как способ защиты прав и законных интересов лица, пострадавшего от нарушения антимонопольного законодательства.	5
1.3. Сроки исковой давности при взыскании убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства.	21
1.4. Взыскание неосновательного обогащения.	23
1.5. Применение последствий недействительности противоречащих законодательству о конкуренции условий сделки.	27
2. Концептуальные подходы к расчету убытков.	32
2.1. Общие принципы.	33
2.1.1. Контрфактуальный анализ.	33
2.1.2. Временной фактор и упущенная выгода (недополученная прибыль).	34
2.1.3. Нарушения антимонопольного законодательства, дающие предпосылку для расчета убытков.	35
2.2. Аналитические подходы, используемые для проведения контрфактуального анализа.	38
2.2.1. Сравнительный экономический анализ.	39
2.2.2. Экономическое и финансовое моделирование.	45
2.3. Источники информации для проведения контрфактуального анализа.	49
3. Расчеты убытков, причиненных установлением (поддержанием) необоснованно высоких цен.	50
3.1. Введение.	50
3.2. Расчет убытков для непосредственных приобретателей рассматриваемого товара (услуги).	50
3.2.1. Эффект завышенных цен.	51
3.2.2. Эффект упущенных объемов.	52
3.2.3. Эффект переноса издержек.	52
3.3. Модельные примеры расчета убытков, эффектов завышенных цен, упущенных объемов и переноса издержек.	55
3.4. Расчет убытков для потребителей, не являющихся непосредственными приобретателями рассматриваемого товара (услуги).	60
3.4.1. Покупатели, приобретающие рассматриваемый товар (услугу) у конкурентов нарушителей.	60
3.4.2. Покупатели на рынках нижнего передела (косвенные покупатели)	60
4. Расчеты убытков причиненных нарушениями, ограничивающими доступ на товарный рынок, устраняющими хозяйствующих субъектов с рынка (сокращающими их рыночные доли).	61
4.1. Введение.	61
4.2. Оценка убытков для имеющихся конкурентов.	62
4.2.1. Оценка убытков конкурентов от недобросовестной конкуренции.	65
4.3. Оценка убытков для потенциальных конкурентов.	68
4.4. Оценка убытков для покупателей.	70

1. Общие положения.

1.1. Статус и цели документа.

Нарушение антимонопольного законодательства одними лицами, как правило, влечет 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.

Вместе с тем, на практике инициирование и рассмотрение подобных дел сопряжено с рядом существенных трудностей, основная из которых – сложность определения размера причиненных убытков. Разъяснения по определению размера убытка, причиненного в результате нарушения антимонопольного законодательства (далее – Разъяснения) призваны помочь пострадавшим лицам и нарушителям в определении убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства, при их взыскании в судебном порядке или урегулировании претензий без судебного разбирательства.

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

В частности, при подготовке данного документа были использованы методики оценки убытков, включенные в Practical guide «Quantifying harm in actions for damages based on breaches of article 101 or 102 of the treaty on the functioning of the EU»¹ и нашедшие широкое практическое применение в судах стран-членов ЕС.

При этом Разъяснения не ограничивают перечень допустимых методов определения убытков, носят информационно-рекомендательный характер и призваны помочь сторонам и суду в разрешении спора, сделать более доступной информацию о разновидностях ущерба, причиняемого нарушениями антимонопольного законодательства, и применимых методах оценки, расчета такого ущерба.

Любой применяемый метод, если он обоснован и разумен, может быть применен при определении размера убытков наряду с методиками, рассмотренными в настоящих Разъяснениях.

Также важно отметить, что ни один из приведенных в настоящем документе методов расчета убытков не имеет заведомо приоритетного статуса. Приоритетность той или иной методики в первую очередь диктуется обстоятельствами конкретного дела, количеством и характером располагаемых данных.

¹ Практическое руководство по оценке ущерба в исках об убытках, причиненных нарушениями статей 101 или 102 Договора о функционировании ЕС.

Дополнительно в Разъяснениях рассматриваются такие способы гражданско-правовой защиты интересов лиц, пострадавших от нарушения антимонопольного законодательства, как взыскание неосновательного обогащения и применение последствий недействительности сделки.

Анализ практики показывает, что в отдельных случаях заявители и суды используют не те способы защиты нарушенного права, которые подлежат применению исходя из требований действующего законодательства. Например, взыскание убытков или неосновательного обогащения применяется там, где закон предполагает применение реституции.

Далее в тексте Разъяснений в необходимых случаях анализируются такие примеры и даются соответствующие примечания к ним. При этом соответствующие примечания направлены исключительно на совершенствование правоприменительной практики и не могут рассматриваться как критика судебных актов или правовых позиций участников соответствующих споров.

При этом необходимо обратить внимание на нижеследующие правовые позиции высших судебных инстанций.

В соответствии с пунктом 3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» если на стадии принятия иска суд придет к выводу о том, что избранный способ защиты права не может обеспечить его восстановление, данное обстоятельство не является основанием для отказа в принятии искового заявления, его возвращения либо оставления без движения. Принимая решение, суд в силу части 1 статьи 196 ГПК РФ или части 1 статьи 168 АПК РФ определяет, какие нормы права следует применить к установленным обстоятельствам. В этой связи ссылка истца в исковом заявлении на не подлежащие применению, по мнению суда, в данном деле нормы права сама по себе не является основанием для отказа в удовлетворении заявленного требования.

В свою очередь в постановлении Президиума ВАС РФ от 15 октября 2013 г. № 8094/13 указывается, что исходя из пункта 3 приведенного выше постановления от 29 апреля 2010 г. № 10/22 в случае ненадлежащего формулирования истцом способа защиты при очевидности преследуемого им материально-правового интереса суд обязан самостоятельно определить, из какого правоотношения возник спор, и какие нормы права подлежат применению при разрешении дела.

Аналогично в Определении ВС РФ от 14 декабря 2015 г. № 305-ЭС14-5846 по делу № А40-11086/2011 отмечается, что, установив направленность воли заявителя, суд должен сам определить применимые нормы права.

Также в пункте 9 постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» указывается, что если при

принятии искового заявления суд придет к выводу о том, что избранный истцом способ защиты права не может обеспечить его восстановление, данное обстоятельство не является основанием для отказа в принятии искового заявления, его возвращения либо оставления без движения. В соответствии со статьей 148 ГПК РФ или статьей 133 АПК РФ на стадии подготовки дела к судебному разбирательству суд выносит на обсуждение вопрос о юридической квалификации правоотношения для определения того, какие нормы права подлежат применению при разрешении спора.

Приведенные правовые позиции основываются на толковании действующего процессуального законодательства и, соответственно, универсальны, применимы к различным видам судебных споров.

Таким образом, при рассмотрении дела, связанного с возмещением имущественных потерь лица, пострадавшего от антимонопольного нарушения, суд уполномочен оказать содействие в выборе надлежащего способа правовой защиты, а также применить надлежащий способ правовой защиты исходя из конкретных обстоятельств правонарушения.

Настоящие Разъяснения даны для территориальных органов ФАС России в целях формирования позиции антимонопольного органа по вопросам, связанным с определением размера убытка, причиненного в результате нарушения антимонопольного законодательства, в случае привлечения территориального органа к участию в деле, рассматриваемом в суде.

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

Защита прав лиц, пострадавших вследствие нарушения антимонопольного законодательства осуществляется по общим правилам гражданского права. Следовательно, пострадавшее лицо вправе использовать любые способы защиты своих имущественных прав, которые предусмотрены статьей 12 ГК РФ

Действующее гражданское законодательство РФ достаточно гибкое и в большинстве случаев позволяет найти эффективное средство защиты.

При этом одним из основных способов защиты является взыскание убытков пострадавшего от нарушения антимонопольного законодательства лица.

Иск о возмещении убытков, причиненных совершением антиконкурентного действия (бездействия), заключением нарушающего законодательство о конкуренции соглашения или участием в нем, принятием антиконкурентного акта органа власти может предъявить любое лицо, которое докажет, что ему в результате соответствующих действий (бездействия), соглашений, актов были причинены убытки.

На это указывают также специальные нормы антимонопольного законодательства: лица, права и интересы которых нарушены в результате

нарушения антимонопольного законодательства, вправе обратиться в установленном порядке в суд, арбитражный суд с исками, в том числе с исками о восстановлении нарушенных прав, возмещении убытков, включая упущенную выгоду, возмещении вреда, причиненного имуществу (часть 3 статьи 37 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», далее – «Закон», «Закон о конкуренции»).

Под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода) (пункт 2 статьи 15 ГК РФ).

Предмет доказывания по искам о взыскании убытков

В соответствии с пунктом 12 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – «Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 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 (пункт 2 статьи 15 ГК РФ).

Отсутствие вины доказывается лицом, нарушившим обязательство (пункт 2 статьи 401 ГК РФ). По общему правилу лицо, причинившее вред, освобождается от возмещения вреда, если докажет, что вред причинен не по его вине (пункт 2 статьи 1064 ГК РФ).

Таким образом, вина в нарушении обязательства или в причинении вреда предполагается, пока не доказано обратное.

С учетом изложенного, требований статьи 15 ГК РФ и с учетом особенностей дел о взыскании убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства, 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.

Пример. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 23 октября 2015 г. по делу № А50-24853/2014 о взыскании убытков от технологически

необоснованного отказа в продлении срока действия технических условий и навязывания невыгодных условий договора:

Признавая обоснованным отказ в иске, суд указал, что для возникновения права на возмещение убытков истец обязан доказать совокупность таких обстоятельств, как факт причинения убытков и его размер; противоправность поведения причинителя вреда; наличие причинно-следственной связи между наступлением вреда и противоправным поведением причинителя вреда. В данном конкретном деле эта совокупность обстоятельств не была, по мнению судов, доказана истцом.

А) 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 конкуренции.

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.

Решения по делам о нарушении антимонопольного законодательства, а также иные документы, содержащие письменные позиции антимонопольных органов, принимаются судами в качестве важного доказательства по делам о взыскании убытков.

В случае, если в ранее рассмотренном арбитражным судом деле уже была подтверждена законность решения антимонопольного органа, суды также применяют пункт 2 статьи 69 АПК РФ и считают факт нарушения антимонопольного законодательства преюдициально установленным обстоятельством.

Пример 1. Решение Арбитражного суда города Москвы от 19 февраля 2013 г., постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 4 сентября 2013 г. по делу № А40-135137/2012 о взыскании убытков, причиненных нарушением пунктов 3, 10 части 1 статьи 10 Закона о конкуренции, незаконным требованием об уплате при заключении договора 10 000 000 руб. и неправомерным прекращением теплоснабжения:

При рассмотрении дела суды указали, что факт нарушения антимонопольного законодательства (противоправность действий) ответчиком установлен решением антимонопольного органа. При этом вступившими в законную силу судебными актами по делу № А40-103582/11 решение антимонопольного органа признано законным и обоснованным.

Руководствуясь данным обстоятельством и пунктом 2 статьи 69 АПК РФ, суды освободили истца от необходимости дополнительного доказывания незаконности действий ответчика.

Пример 2. Решение Арбитражного суда города Москвы от 12 июля 2010 г. по делу № А40-46424/10-59-378 о взыскании убытков (1 141 085 606,15 руб.), причиненных нарушением пункта 6 части 1 статьи 10 Закона о конкуренции:

В качестве доказательства злоупотребления ответчиком доминирующим положением в форме необоснованного установления для истца иной по сравнению с другими потребителями (завышенной) цены на товар суд принял письменные рекомендации ФАС России от 22 ноября 2007 г. № ИА/22458 о ценообразовании в отношении данного товара и отзыв ФАС России по судебному делу, в котором выражалась позиция антимонопольного органа о величине экономически обоснованной цены на данный товар.

Сложность многих антимонопольных дел, специфика ряда товарных рынков, ограниченность необходимой информации нередко позволяют установить факт нарушения законодательства о конкуренции и прав и законных интересов конкретных лиц лишь после длительного антимонопольного расследования.

При этом в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства может быть установлено и отсутствие в действиях (бездействии) ответчика по антимонопольному делу нарушений антимонопольного законодательства, что избавит стороны от дальнейших судебных разбирательств.

В связи с этим во многих случаях предварительное обращение с заявлением о нарушении законодательства в антимонопольный орган становится предпочтительным шагом для потенциальных истцов по делам о взыскании убытков (а равно неосновательного обогащения).

Пример. Решение Арбитражного суда города Москвы от 25 июля 2013 г., постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 6 ноября 2013 г. по делу № А40-33952/2013 о взыскании убытков, причиненных согласно позиции истца нарушением ответчиком при реализации товара пунктов 6, 8 части 1 статьи 10 Закона о конкуренции:

Суды отказали в иске, поскольку, по их мнению, истец не доказал факт злоупотребления ответчиком доминирующим положением. При этом привлеченный к участию в деле в качестве третьего лица антимонопольный орган

не усмотрел в действиях ответчика нарушения антимонопольного законодательства.

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.

Среди иностранных юрисдикций взыскание убытков на основании нарушения законодательства о конкуренции, подтвержденного решением антимонопольного органа, распространено, в частности, в европейских странах и именуется «follow-on» исками.

Вместе с тем, действующее законодательство не препятствует пострадавшему лицу обращаться в суд с иском о возмещении убытков до или без вынесения соответствующего решения антимонопольным органом (так называемые «stand-alone»-иски согласно зарубежной правовой терминологии).

Пример. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 20 декабря 2011 г. по делу № А40-12966/2010:

Суд кассационной инстанции подтвердил, что истец по делу о взыскании убытков вправе доказывать нарушение ответчиком антимонопольного законодательства не только ссылками на решение антимонопольного органа, но и представлением иных доказательств.

В таких случаях антимонопольный орган должен быть уведомлен судом о начавшемся процессе, а в дальнейшем должен быть определен статус антимонопольного органа как участника процесса (пункт 21 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30 июня 2008 г. № 30).

Б) Наличие убытков и их размер.

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

При этом в соответствии со статьей 15 ГК РФ по общему правилу лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков. Возмещение убытков в меньшем размере возможно в случаях, предусмотренных законом.

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

Как особо отмечается в пункте 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25, при разрешении споров, связанных с возмещением убытков, необходимо иметь в виду, что в состав реального ущерба входят не только

фактически понесенные соответствующим лицом расходы, но и расходы, которые это лицо должно будет произвести для восстановления нарушенного права.

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.

Пример 1. Решение Арбитражного суда города Москвы от 12 июля 2010 г. по делу № А40-46424/10-59-378 о взыскании реального ущерба, причиненного нарушением ответчиком пункта 6 части 1 статьи 10 Закона о конкуренции:

Суд установил, что цена на товар, определенная ответчиком в договоре с истцом, отличалась от цен, установленных ответчиком в договорах с иными покупателями, и превышала справедливую цену на данный товар, рассчитанную в соответствии с рекомендациями ФАС России.

В результате суд взыскал в пользу истца реальный ущерб в размере 1 141 085 606 руб. 15 коп. (разница между уплаченной истцом ценой товара, неправомерно установленной ответчиком, и ценой, определенной как обоснованная ФАС России).

Обращаясь к данному примеру, необходимо отметить, что, возможно, 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.п. Соответственно, данный способ правовой защиты имеет приоритет перед общим способом защиты права – взысканием убытков.

Пример 2. Решение Арбитражного суда города Москвы от 12 марта 2013 г., постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 30 сентября 2013 г. по делу № А40-143297/2012 о взыскании убытков от нарушения пункта 4 части 1 статьи 10 Закона о конкуренции:

Суды взыскали с железнодорожной компании, необоснованно отказавшейся предоставлять истцу под погрузку полувагоны, реальный ущерб. Данный ущерб выразился в дополнительных расходах истца из-за вынужденного использования услуг иных контрагентов.

Упущенная выгода представляет собой неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (пункт 2 статьи 15 ГК РФ).

В пункте 14 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 также указывается, что упущенной выгодой является неполученный доход, на который увеличилась бы имущественная масса лица, право которого нарушено, если бы нарушения не было.

Как разъясняет там же Пленум Верховного Суда РФ, 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.

В силу пункта 2 статьи 15 ГК РФ если лицо, нарушившее право, получило вследствие этого доходы, лицо, право которого нарушено, вправе требовать возмещения наряду с другими убытками упущенной выгоды в размере не меньшем, чем такие доходы.

Поскольку упущенная выгода представляет собой именно неполученный доход (прибыль) пострадавшего лица, сохраняет актуальность принципиальный подход, предусматривавшийся в исключенном на сегодняшний день, но получившем широкое применение на практике пункте 11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса РФ». По смыслу указанного пункта размер неполученного дохода (упущенной выгоды) должен определяться с учетом разумных затрат, которые кредитор должен был понести для извлечения данного дохода (производственные, транспортные и иные расходы).

Иной подход означал бы «сверхкомпенсацию» имущественных потерь истца, его необоснованное обогащение и взыскание с ответчика излишних сумм.

Несмотря на то, что убытки в виду упущенной выгоды являются распространенным последствием нарушений антимонопольного законодательства, данный вид ущерба 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.

Пример 1. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 7 сентября 2012 г. по делу № А40-118546/2010 по делу о взыскании упущенной выгоды, вызванной необоснованным прекращением ответчиком поставки сырья (нарушение антимонопольного законодательства было подтверждено решением ФАС России):

В пользу истца было взыскано более 111 млн. руб. упущенной выгоды, рассчитанной на основании заключения судебной экспертизы. По мнению судов, отказ ответчика в поставке сырья (белитового шлама) стал единственной причиной, воспрепятствовавшей истцу в производстве и реализации готовой продукции (цемент) и получении дохода.

Представляется целесообразным привести здесь отдельные вопросы, вынесенные судом и сторонами этого спора на исследование судебной экспертизы (полностью вопросы см. в определении Арбитражного суда города Москвы по указанному делу от 1 июля 2011 г.²):

«а) Какой доход (за вычетом расходов, которые понес бы Истец при производстве цемента марки ЦЕМ II/A-Ш 32.5 Б из 62 140 т белитового шлама), получил бы Истец, если бы со стороны Ответчика в августе 2008 г. была осуществлена поставка 62 140 т белитового шлама по договору поставки от 01.04.2006 г. № 21-06-0116-00?

б) Была ли возможность у Истца произвести цемент марки ЦЕМ II/A-Ш 32.5 Б в августе 2008 года?

в) Если у Истца была возможность для производства цемента марки ЦЕМ II/A-Ш 32.5 Б в августе 2008 года, то какие именно ресурсы (сырье, производственные мощности, персонал) имелись у Истца для производства цемента указанной марки? Являются ли они необходимыми и достаточными для производства?

г) Является ли отсутствие поставки Ответчиком 62 140 т белитового шлама в августе 2008 г. по договору №21-06-0116-00 от 01.04.2006 г. единственным фактором, не позволившим осуществить производство цемента марки ЦЕМ II/A-Ш 32.5 Б?

д) Имел ли Истец возможность и обязательства по реализации цемента марки ЦЕМ II/A-Ш 32.5 Б в августе 2008 г. и в каком объеме?»

Экспертиза подтвердила следующее:

- Если бы в августе 2008 г. была осуществлена поставка 62 140 тонн белитового шлама, истец получил бы дополнительный доход в размере 146 181 000 руб.
- Для производства цемента у истца имелись все необходимые ресурсы, за исключением белитового шлама.
- Истец имел гарантированные обязательства по реализации цемента в августе 2008 г.

В итоге убытки были определены судом как разница между суммой, определенной экспертами (146 181 000 руб.) и 35 000 000 руб. пени, взысканной с

² Определение размещено на официальном сайте по адресу http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/b7ea8fc8-5f8c-4361-a4a6-b8caf2ac68c7/A40-118546-2010_20110706_Opredelenie.pdf.

ответчика за ненадлежащее исполнение договора в рамках другого спора (дело № А40-82320/2008).

Как результат, в пользу истца была взыскана сумма убытков в размере 111 181 000 руб.

И истец, и ответчик в этом споре посчитали экспертизу необходимой и совместно выбрали экспертную организацию.

Отметим, что еще более большим примером конструктивного и экономичного с точки зрения издержек сторон и государства подхода к урегулированию вопроса об убытках является его внесудебное разрешение.

При согласии сторон с фактом нарушения и применимой методикой оценки убытков соглашение о размере убытков может быть достигнуто в том числе и без судебного разбирательства. Например, на стадии предъявления и рассмотрения претензии стороны конфликта могут совместно заказать экспертизу для определения наличия и величины убытков.

В иностранных юрисдикциях в ряде случаев споры об антимонопольных убытках урегулируются именно таким, внесудебным образом.

Пример 2. Постановление Верховного Суда РФ от 7 декабря 2015 г. по делу № А40-14800/2014:

В рамках данного дела суды первой и апелляционной инстанций и Верховный Суд РФ установили, что отказ ответчика от заключения нового договора поставки (ранее квалифицированный ФАС России как нарушение статьи 10 Закона о конкуренции) не позволил истцу принять участие в аукционе на государственную поставку лекарственных препаратов, тем самым причинил истцу убытки (упущенную выгоду), размер которых был определен как величина бонуса, который истец получил бы от ответчика, если бы реализовал его препарат. В пользу истца были взысканы убытки в сумме почти 410 млн. руб.

В) 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.

Пример. Определение ВАС РФ от 8 апреля 2013 г. по делу № А81-2843/2011 о взыскании убытков, причиненных нарушениями при проведении конкурса для размещения государственного заказа:

Суд указал, что между противоправным поведением одного лица и убытками, возникшими у другого лица, чье право нарушено, должна существовать прямая причинная связь, которая не была в данном случае доказана истцом.

Согласно сложившейся судебной практике прямая (непосредственная) причинно-следственная связь существует тогда, когда в цепи последовательно развивающихся событий между противоправным поведением лица и убытками не существует каких-либо обстоятельств, имеющих значение для гражданско-правовой ответственности.

Пример. Постановление Третьего арбитражного апелляционного суда от 26 июня 2014 г. по делу № А33-6497/2013 о взыскании убытков, причиненных нарушением органом государственной власти субъекта РФ пункта 2 части 1 статьи 15 Закона о конкуренции (необоснованное препятствование осуществлению деятельности хозяйствующими субъектами):

Подтверждая законность удовлетворения судом первой инстанции требования о взыскании почти 8 млн. руб. убытков, суд апелляционной инстанции отметил, что значение для данной категории споров имеет только прямая (непосредственная) причинно-следственная связь между противоправным поведением ответчика и убытками истца. Прямая (непосредственная) причинно-следственная связь имеет место тогда, когда в цепи последовательно развивающихся событий между противоправным поведением лица и убытками не существует каких-либо обстоятельств, имеющих значение для гражданско-правовой ответственности.

Учитывая наличие в данном споре прямой причинно-следственной связи между действиями ответчика и понесенными истцом расходами, суд апелляционной инстанции согласился с тем, что истец доказал существование обстоятельств, которые являются основанием для применения ответственности в виде взыскания убытков.

Аналогичные выводы о необходимости наличия именно прямой причинно-следственной связи между нарушением и убытками делаются судами при рассмотрении дел о взыскании убытков, вызванных правонарушениями, не относящимися к нарушениям законодательства о конкуренции (постановления Арбитражного суда Московского округа от 10 марта 2015 г. по делу № А40-32230/14, Арбитражного суда Северо-Западного округа от 20 февраля 2015 г. по делу № А56-66479/2013, Девятого арбитражного апелляционного суда от 2 октября 2015 г. по делу № А40-3077/2015, Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 9 октября 2015 г. по делу № А21-8279/2014 и др.).

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

Пример. Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 7 ноября 2012 г. по делу № А50-9824/2012 о взыскании 209 962 руб. убытков, причиненных ему ответчиком в результате акта недобросовестной конкуренции:

Судами обеих инстанций было отказано в удовлетворении исковых требований, при этом апелляционный суд указал, что требуя возмещения реального ущерба, лицо, право которого нарушено, обязано доказать прямую причинно-следственную связь между ущербом и действиями лица, нарушившего право, а также его вину.

Суд апелляционной инстанции посчитал, что совокупность указанных условий истцом не доказана, в связи с чем заявленные им требования удовлетворению не подлежали.

Определение размера убытков в существующей судебной практике

При определении размера убытков принципиальное значение имеет позиция, изложенная в пункте 12 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25:

«Размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности. По смыслу пункта 1 статьи 15 ГК РФ 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».

В настоящее время аналогичное правило закреплено в пункте 5 статьи 393 ГК РФ применительно к убыткам за нарушение обязательств. Согласно указанной норме размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности. Суд не может отказать в удовлетворении требования кредитора о возмещении убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства, только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства.

Данная позиция разделяется практикой арбитражных судов.

Пример. Постановление Суда по интеллектуальным правам от 8 августа 2014 г. № С01-753/2014 по делу № А56-23056/2013 о взыскании убытков,

причиненных в том числе нарушением ответчиком части 2 статьи 14 Закона о конкуренции:

Отменяя постановление суда апелляционной инстанции об отказе в иске в связи с недоказанностью размера убытков, Суд по интеллектуальным правам указал, что невозможность обосновать точный размер упущенной выгоды (который в любом случае в силу объективных причин можно просчитать с той или иной степенью вероятности), не может служить препятствием для восстановления нарушенного права в ситуации, когда остальные составляющие всей совокупности обстоятельств, являющиеся основанием для привлечения ответчика к гражданско-правовой ответственности в виде взыскания убытков, являются подтвержденными.

При рассмотрении конкретных споров арбитражные суды взыскивают убытки от нарушений антимонопольного законодательства, определяя размер убытков следующим образом:

Пример 1. При повторном рассмотрении упомянутого выше дела № А56-23056/2013 суды пришли к выводу, что размер упущенной выгоды истцом определен с высокой степенью вероятности, достаточной для возложения на ответчика обязанности возместить убытки, и взыскали с ответчика более 1,6 млрд. руб. убытков в виде упущенной выгоды (решение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 16 апреля 2015 г., оставленное без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций).

Размер убытков в данном случае был определен как разница между стоимостью продукции, запланированной для продажи, но так и не реализованной, и расходами, связанными с приготовлением данной продукции к реализации.

Так, истцом в материалы дела были представлены письма покупателей, в которых они сообщили истцу о количестве товаров, запланированных к приобретению по договорам поставки. Общая стоимость этих товаров согласно расчету истца составила 2 089 586 523 руб. 70 коп.

Кроме того, истец предоставил расчет расходов на подготовку товаров к реализации. Сумма данных расходов составила 427 482 013 руб. 80 коп.

В итоге расчет убытков в данном деле выглядел следующим образом:

2 089 586 523 руб. 70 коп. - 427 482 013 руб. 80 коп. = 1 662 104 509 руб. 90 коп.

Нужно отметить, что расчет убытков был проверен экспертным путем. Согласно заключению эксперта наиболее вероятное значение дохода, который мог быть извлечен истцом от продажи товаров, составляет 2 426 475 211 руб., что значительно превышает цену иска.

При таких обстоятельствах суды пришли к выводу, что размер упущенной выгоды определен с высокой степенью вероятности, достаточной для взыскания убытков.

Пример 2. Решение Арбитражного суда города Москвы от 12 июля 2010 г. по упоминаемому ранее делу № А40-46424/2010, которым в пользу истца было взыскано более 1,14 млрд. руб. убытков:

Ответчик, занимая доминирующее положение, в нарушение рекомендаций ФАС России, необоснованно установил для истца цену на апатитовый концентрат, более высокую, чем для других потребителей.

Доказательств обоснованности установленной цены ответчик не представил, в связи с чем суд пришел к выводу о нарушении ответчиком пункта 6 части 1 статьи 10 Закона о конкуренции.

В результате указанных неправомерных действий истец был вынужден приобретать апатитовый концентрат у ответчика по более высокой цене, чем другие российские потребители, что причинило ему убытки в виде реального ущерба.

Руководствуясь частью 2 статьи 15 ГК РФ, суд определил убытки истца как разницу между ценой, оплаченной истцом по договору, и ценой апатитового концентрата, указанной ФАС России как обоснованной.

Согласно решению суда размер указанной разницы составил 1 141 085 606 руб. 15 коп.

Пример 3. В рамках дела № А40-135137/2012 в пользу истца было взыскано 10 млн. рублей убытков, возникших в результате неправомерного уклонения ответчика от заключения договора на теплоснабжение и угрозы отключения теплоснабжения:

Между истцом и ответчиком был заключен договор на отпуск энергоресурсов (тепловой энергии, горячей и холодной воды, электроэнергии).

Однако после начала отопительного сезона ответчик уведомил истца о расторжении договора. Одновременно ответчик предложил истцу возобновить договорные отношения при условии увеличения тарифов и внесения истцом предоплаты в размере 10 млн. рублей.

Решением антимонопольного органа и актами арбитражных судов действия ответчика были признаны нарушающими подпункты 3 и 10 части 1 статьи 10 Закона о конкуренции – навязывание невыгодных условий договора и нарушение нормативно установленного порядка ценообразования.

Между тем, в результате действий ответчика истец был вынужден в силу угрозы отключения теплоснабжения приобрести блочно-модульную котельную, а также заключить договор на строительные-монтажные работы системы отопления. Общая стоимость оборудования и строительных-монтажных работ составила 9 966 460 руб. Данная сумма была признана убытками истца.

Пример 4. Постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от 1 апреля 2015 г. по делу № А40-133312/2014 было взыскано 429 850 руб. убытков,

причиненных неправомерным включением в текст договора и технических условий положений, ущемляющих права истца:

Ответчик, пользуясь своим доминирующим положением, в нарушение требований законодательства прописал в договоре технологического присоединения положение, возлагающее на истца обязанность по прокладке кабельной линии, а также обязанность по урегулированию отношений с третьими лицами, через участки которых должна была пройти эта кабельная линия.

По сути, ответчик вопреки требованиям законодательства обязывал истца выполнить проектирование и прокладку кабельной линии вместо сетевой организации.

Убытки истца были рассчитаны судом как расходы по договору на выполнение работ по архитектурно-строительному проектированию кабельной линии, которые были фактически понесены истцом результате исполнения противозаконно навязанных ответчиком условий договора

Пример 5. В рамках упомянутого ранее дела № А40-143297/2012 в пользу истца было взыскано 579 278 руб. убытков, причиненных нарушением пункта 4 части 1 статьи 10 Закона о конкуренции, которое выразилось в установлении требований по загрузке железнодорожных вагонов только определенным видом товаров:

В августе и сентябре 2010 г. истец в установленный срок направил ответчику электронные заявки на перевозку своих грузов вагонами, относящимися к парку ответчика.

Далее ответчик уведомил истца о введении запрета на подачу и погрузку в вагоны инвентарного парка любой другой номенклатуры груза, кроме угля для нужд ЖКХ и в адрес энергетических предприятий.

В итоге в августе и сентябре 2010 г. ответчиком не были предоставлены вагоны, необходимые истцу для перевозки грузов.

Данные действия ответчика были признаны ФАС России злоупотреблением доминирующим положением.

Убытки истца были определены как расходы, которые он понёс в результате поиска иных контрагентов, способных предоставить вагоны для перевозки, и в результате переоформления заявок на перевозку грузов. Такой расчет был признан судом верным, требования были удовлетворены в полном объёме.

Пример 6. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 2 февраля 2010 г. № 4158/09 по делу № А40-64377/08-77-496:

В данном споре Высший Арбитражный Суд РФ признал правомерным взыскание в качестве убытков разницы между экономически обоснованной ценой товара и ценой, завышенной доминирующим субъектом (необходимо отметить, что

отменными Президиумом ВАС РФ актами нижестоящих судов взысканная в пользу истца разница была определена в размере немногим менее 2 млрд. руб.).

При этом суд указал, что право на взыскание убытков при подобных обстоятельствах не зависит от действительности договора (условия договора), на основании которого была уплачена завышенная цена, если поставщик необоснованно применяет разные цены в отношении разных покупателей.

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.

Часть 3 статьи 37 Закона содержит общую норму, предоставляющую лицам, права и интересы которых нарушены в результате нарушения антимонопольного законодательства, возможность использовать предусмотренные законом способы защиты гражданских прав. При этом основания и порядок применения такого способа защиты как возмещение убытков, в том числе упущенной выгоды, регулируется нормами гражданского законодательства.

Согласно статье 15 ГК РФ что по общему правилу лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков. Возмещение убытков в меньшем размере возможно в случаях, предусмотренных законом или договором в пределах, установленных гражданским законодательством (см. также пункт 11 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

Пример. Дело № А53-20302/2012 о взыскании убытков, причиненных нарушением части 1 статьи 10 Закона о конкуренции в форме одностороннего отказа ответчиком от приема тепловой энергии от истца по договору поставки энергоресурсов:

Суд первой инстанции удовлетворил требование истца о взыскании упущенной выгоды в размере более 4 млн. руб. Однако вышестоящие суды признали данное решение необоснованным.

Истец рассчитал упущенную выгоду как 3% прибыли, которую он получил бы исходя из договорного количества подлежавшего реализации энергоресурса.

Рассмотрев данное требование, суды апелляционной и кассационной инстанции обратились к статье 400 ГК РФ. Согласно этой норме по отдельным видам обязательств и по обязательствам, связанным с определенным родом деятельности, законом может быть ограничено право на полное возмещение убытков (ограниченная ответственность).

Отношения хозяйствующих субъектов, возникающие в сфере энергоснабжения, урегулированы специальными нормами параграфа 6 главы 30 ГК

РФ. В соответствии со статьей 547 ГК РФ в случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств по договору энергоснабжения сторона, нарушившая обязательство, обязана возместить причиненный этим реальный ущерб.

Таким образом, закон, регулирующий конкретный вид обязательств, ограничил ответственность по ним в сравнении со статьей 15 ГК РФ, устанавливающей принцип полного возмещения убытков, в том числе упущенной выгоды.

Перенос издержек и иски косвенных покупателей

В контексте предмета доказывания по делам о возмещении вреда особое значение имеет так называемый перенос издержек³.

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 или монопольно высоким ценам и т.п.), увеличивает стоимость собственной продукции, 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.

Очевидно, что 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.

При этом надо учитывать, что даже полный перенос пострадавшим от нарушения лицом своих возросших издержек на собственных контрагентов (повышение собственных отпускных цен) не означает полного отсутствия у него убытков. Как правило, увеличение цены продукции влечет снижение спроса на нее и, соответственно, уменьшение дохода продавца.

В связи с этим крайне актуален вывод из Решения Европейского суда Справедливости от 2 октября 2003 г. по делу № C-147/01: *«даже полный перенос*

³ В зарубежной терминологии – Pass-on. Защита нарушителя, основанная на ссылках на перенос издержек пострадавшим лицом, именуется Pass-on defense.

бремени завышенной цены на собственных клиентов не означает, что покупатель нарушителя не мог пострадать от падения объемов своих продаж».

Применение нарушителем защиты, основанной на переносе издержек пострадавшим лицом, и реальное функционирование рынков, при котором завышение цен нарушителем обычно влечет и повышение цен его контрагентами (повышение цен по цепочке перепродаж или повышение цен на товары, услуги и работы, производимые с использованием продукта нарушителя) поднимает и вопрос о допустимости исков к нарушителям со стороны лиц, не являющихся их непосредственными контрагентами.

Утвердительный ответ на данный вопрос также не противоречит действующему российскому законодательству.

Косвенные покупатели продукции (товаров, работ, услуг) нарушителя также вправе требовать от него возмещения убытков. При этом «задвоения» взыскиваемых сумм не происходит: в части возросших издержек и первичный, и вторичный покупатели могут требовать возмещения убытков лишь применительно к издержкам, которые легли на них и не были перенесены ими далее, на собственных контрагентов.

При этом прямая причинно-следственная связь между противоправным поведением ответчика (нарушителя) и убытками истца будет заключаться в том, что именно нарушение ответчика повлекло повышение цен его прямыми покупателями и, соответственно, вызвало необоснованный рост издержек косвенных покупателей.

1.3. Сроки исковой давности при взыскании убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства.

Взыскание убытков, вызванных нарушением антимонопольного законодательства, реализуется в пределах общего срока исковой давности, установленного гражданским законодательством и составляющим три года (статья 196 ГК РФ).

При этом в силу пункта 1 статьи 200 ГК РФ если законом не установлено иное, течение срока исковой давности начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права и о том, кто является надлежащим ответчиком по иску о защите этого права.

Для взыскания убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства, иной порядок отсчета срока исковой давности законом не установлен.

Таким образом, для начала течения срока исковой давности по данной категории исков необходима в совокупности осведомленность пострадавшего лица о следующем:

- нарушении его права;

- персоналии нарушителя (надлежащего ответчика).

С учетом изложенного применительно к множеству случаев причинения убытков отсчет срока исковой давности с момента совершения антимонопольного правонарушения являлся бы необоснованным. Например, пострадавшему лицу может быть неизвестно наличие у контрагента статуса субъекта, доминирующего на товарном рынке, и соответственно распространение на него запретов (ограничений) статьи 10 Закона о конкуренции (а следовательно, и возможность рассматривать действия такого лица как правонарушение).

Также пострадавшее лицо может не знать, что предложенные ему цены по договору являются монопольно высокими. Аналогично пострадавший субъект может быть не осведомлен в момент заключения договора об условиях, на которых его контрагент заключает подобные договоры с другими лицами, и следовательно, не иметь представления, что в отношении него допущена дискриминация.

Аналогичным образом при приобретении по завышенной цене товара лицо может не знать, что причиной возникновения такой необоснованной цены стало существование картеля и, тем более, не знать, кто является участниками такого картеля (надлежащие ответчики).

Подобные сведения, как правило, появляются у пострадавших лиц по итогам или в ходе рассмотрения дел о нарушениях антимонопольного законодательства.

В то же время доказывание соблюдения (пропуска) срока исковой давности при возникновении соответствующих споров относится к одному из вопросов судебного разбирательства и осуществляется его сторонами с учетом обстоятельств конкретного дела.

При этом показательна следующая судебная практика:

Пример 1. Постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 13 ноября 2014 г., Арбитражного суда Московского округа от 18 марта 2015 г. по делу № А40-48808/14 о взыскании убытков, причиненных нарушением пунктов 1, 3, 6 части 1 статьи 10 Закона о конкуренции:

Суды отклонили ссылку ответчика (нарушителя) на истечение срока исковой давности для взыскания убытков. При этом было указано, что до квалификации судом действий ответчика как нарушающих пункты 1, 3, 6 части 1 статьи 10 Закона о конкуренции истец не имел доказательств злоупотребления ответчиком доминирующим положением на рынке путем установления монопольно высоких цен и навязывания услуги.

Следовательно, по мнению судов в этом споре, о нарушении своего права истец узнал только после принятия решения по другому делу № А40-131797/13 (делу об оспаривании ответчиком решения ФАС России о признании его нарушившим Закон о конкуренции).

Пример 2. Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 1 сентября 2014 г. по делу № А50-1654/2014 о взыскании неосновательного обогащения, возникшего в связи с нарушением ответчиком части 1 статьи 10 Закона о конкуренции (вывод суда, как и в рассматриваемом далее деле, представляется универсальным, в полной мере применимым и к спорам о взыскании убытков):

Признав довод ответчика о пропуске истцом срока исковой давности неправомерным, суд отметил, что истец обратился в антимонопольный орган с жалобой на неправомерный отказ территориальной генерирующей компании в заключении договора теплоснабжения. И лишь в процессе рассмотрения антимонопольного дела, а также с учетом судебных актов по делу № А50-16461/2012 (спору об обжаловании ответчиком решения по делу о нарушении антимонопольного законодательства) истцу стало известно о нарушении своего права.

Суд особо отметил, что ответчик не доказал более ранней осведомленности истца о нарушении его права. Это также подтверждает, что исходя из конкретных обстоятельств дела истец может быть осведомлен о нарушении своих прав и до вынесения решения антимонопольным органом.

Пример 3. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 6 февраля 2015 г. по делу № А40-79025/2014 о взыскании неосновательного обогащения в связи с созданием ответчиком дискриминационных условий для истца и необоснованным взиманием платы за определенные услуги:

Суд пришел к следующему выводу. Хотя договор истца и ответчика был заключен 1 января 2010 г., о том, что права и законные интересы истца нарушены при заключении указанного договора, истец узнал только из решения ФАС России от 2 декабря 2011 г., в связи с чем, течение срока исковой давности началось с указанной даты.

1.4. Взыскание неосновательного обогащения.

Другим достаточно распространенным в правоприменительной практике инструментом защиты лиц, пострадавших от антимонопольного правонарушения, является взыскание неосновательного обогащения.

Поскольку данный способ защиты права не является предметом настоящих Разъяснений, он рассматривается в них кратко.

В соответствии с пунктом 1 статьи 1102 ГК РФ лицо, которое без установленных законом, иными правовыми актами или сделкой оснований приобрело или сберегло имущество (приобретатель) за счет другого лица (потерпевшего), обязано возвратить последнему неосновательно приобретенное или сбереженное имущество (неосновательное обогащение).

Согласно пункту 2 статьи 1107 ГК РФ на сумму неосновательного денежного обогащения подлежат начислению проценты за пользование чужими средствами (статья 395 ГК РФ) с того времени, когда приобретатель узнал или должен был узнать о неосновательности получения или сбережения денежных средств.

Возможность взыскания процентов в соответствии с пунктом 2 статьи 1107 ГК РФ – одно из важных отличий взыскания неосновательного обогащения от взыскания с нарушителя антимонопольного законодательства убытков.

Взыскание процентов за пользование чужими денежными средствами на сумму убытков противоречит сложившейся правоприменительной практике толкования законодательства, согласно которой начисление процентов за пользование чужими денежными средствами на сумму убытков не допускается (постановления Президиума ВАС РФ от 22 мая 2007 г. № 420/07, от 6 июня 2000 г. № 761/00, Арбитражного суда Уральского округа от 4 июня 2015 г. по делу № А71-7125/2014, Арбитражного суда Поволжского округа от 22 апреля 2015 г. по делу № А65-16263/2014).

Представляется, что данное правовое регулирование не приводит к полному возмещению нарушителем имущественных потерь потерпевшей стороны, учитывая, что между причинением вреда и его покрытием может пройти продолжительное время, а стоимость денежных средств, которых лишилось пострадавшее лицо в результате нарушения, с течением времени снижается.

В такой ситуации законодательная возможность «индексации» убытка с применением определенной процентной ставки, предусмотренная рядом иностранных юрисдикций, помогала бы защите интересов пострадавших лиц.

В настоящее время взыскание неосновательного обогащения и процентов на него по сравнению с обоснованием и взысканием убытков может привести к более полной компенсации финансовых потерь пострадавшего. Вместе с тем, институт неосновательного обогащения и институт взыскания убытков не являются взаимозаменяемыми.

При этом использование этого инструмента (взыскание неосновательного обогащения) существенно ограничено теми нарушениями, которые влекут последствия, перечисленные в пункте 1 статьи 1102 ГК РФ (неосновательное приобретение, сбережение имущества).

На практике неосновательное обогащение взыскивается судами в случаях, когда нарушитель в противоречие с требованиями антимонопольного законодательства зависил цену своих товаров, работ или услуг или же получил от пострадавшего лица иную необоснованную плату. При этом не во всех случаях неосновательное обогащение является наиболее корректным способом защиты права.

Пример 1. Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 31 августа 2015 г. по делу № А59-6116/2014:

Суды взыскали с морского порта в пользу обслуживающей пассажиров паромов организации стоимость внесенной последней платы за перемещение ее транспорта на территории порта. Установление данной платы было признано антимонопольным органом нарушением части 1 статьи 10 Закона о конкуренции.

Взыскивая неосновательное обогащение, суды отклонили ссылку ответчика на отсутствие у него такого обогащения в связи с исполнением предписания антимонопольного органа о перечислении антиконкурентного дохода в бюджет.

Как отметили суды, истребование неправомерного дохода в бюджет по основаниям и процедуре применения, а также по своим правовым последствиям является специфической формой принудительного воздействия на участников охраняемых антимонопольным законодательством общественных отношений.

Она призвана обеспечивать восстановление баланса публичных и частных интересов путем изъятия доходов, полученных хозяйствующим субъектом в результате злоупотреблений, и компенсировать таким образом не подлежащие исчислению расходы государства, связанные с устранением негативных социально-экономических последствий нарушения антимонопольного законодательства.

Взыскание в федеральный бюджет дохода, полученного ответчиком от монополистической деятельности, не может являться основанием для отказа в удовлетворении предъявленных к ответчику в гражданско-правовом порядке требований лица, пострадавшего от его незаконной деятельности, в том числе требований о взыскании неосновательного обогащения.

Пример 2. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 3 июня 2015 г. по делу № А50-8350/2014:

В пользу индивидуального предпринимателя, осуществлявшего автобусные перевозки пассажиров, взысканы с ответчиков необоснованно удержанные ими суммы вознаграждения за услуги автовокзалов. В качестве единственного основания для удержания данных сумм из стоимости проданных автобусных билетов ответчики указали условие проекта договора, не согласованное истцом. Действия ответчиков по навязыванию истцу данного пункта договора были ранее признаны антимонопольным органом нарушающими пункт 3 части 1 статьи 10 Закона о конкуренции.

Необходимо отметить, что поскольку в данном случае у пострадавшего лица и нарушителей отсутствовал договор, предусматривающий уплату предпринимателем спорного вознаграждения (соответствующее договорное условие не было согласовано сторонами), то на стороне ответчиков образовалось именно неосновательное обогащение (отсутствовали предусмотренные законом или **сделкой** основания для получения денежных сумм).

Пример 3. Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного судебного округа от 21 апреля 2014 г. по делу № А24-2808/2013:

В пользу потребителя было взыскано неосновательное обогащение (а также проценты за пользование чужими денежными средствами) в виде уплаченной им гарантирующему поставщику суммы якобы безучетного потребления электроэнергии.

Оплата указанной суммы была произведена истцом вынужденно – из-за неправомерного введения ответчиком в отношении него режима полного отключения электроэнергии (данное деяние было признано антимонопольным органом нарушением пункта 4 части 1 статьи 10 Закона).

Пример 4. Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 7 июня 2013 г. по делу № А51-21572/2011:

Суды взыскали в пользу авиационного предприятия неосновательное обогащение (а также проценты за пользование чужими денежными средствами), рассчитанное исходя из разницы между уплаченной им ценой услуг ответчика (признана монопольно высокой решением антимонопольного органа) и экономически обоснованной ценой, определенной согласно решению антимонопольного органа.

Постановление Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 22 октября 2012 г. № А74-1015/2012:

При фактических обстоятельствах, схожих с имевшимися в приведенном выше примере, суды взыскали в пользу авиакомпании с ответчика разницу между уплаченной ему монопольно высокой ценой услуг по обеспечению авиатопливом и установленной в решении антимонопольного органа максимальной величиной экономически обоснованной цены на данные услуги. На сумму неосновательного обогащения также были начислены и взысканы проценты.

Несмотря на сущностную справедливость взыскания в двух последних судебных актах излишне уплаченных нарушителям сумм, нельзя не отметить, что при наличии между пострадавшим лицом и нарушителем договора, предусматривающего уплату цены, признанной в дальнейшем монопольно высокой, применимым способом защиты права должно выступать признание данного условия сделки недействительным и применение реституции в виде возврата разницы между уплаченной и экономически обоснованной ценой. Неосновательность обогащения в данном случае отсутствует, так как у нарушителя имелось предусмотренное сделкой основание для получения денежных средств с пострадавшего лица.

В заключение необходимо отметить, что неосновательное обогащение нарушителя в ряде случаев меньше финансовых потерь пострадавшего лица, которые включают не только излишне уплаченные нарушителю суммы, но и, например, потери, связанные с сокращением объемов бизнеса пострадавшего.

1.5. Применение последствий недействительности противоречащих законодательству о конкуренции условий сделки.

Несмотря на то, что данное средство защиты прав и законных интересов лиц, пострадавших от нарушения антимонопольного законодательства, в настоящий момент относительно не распространено, еще одним эффективным способом такой защиты может являться предъявление иска о недействительности антиконкурентных условий сделки и применении последствий такой недействительности (реституции).

Данный способ правовой защиты может быть эффективен, в частности, в следующих случаях:

А) Если доминирующий субъект настоял на включении в договор невыгодных для контрагента условий или условий, не относящихся к предмету договора, предполагающих осуществление контрагентом каких-либо не обусловленных предметом сделки платежей (комиссий и т.п.) в адрес доминанта.

Б) Если доминирующий субъект установил монопольно высокую или иную неправомерно завышенную цену.

Более того, представляется, что в таких случаях применение последствий недействительности сделки более корректно, с точки зрения гражданского законодательства, чем взыскание убытков или неосновательного обогащения в виде излишне уплаченного платежа или разницы между завышенной и экономически обоснованной ценой.

Так, в случае, когда пострадавшее лицо не оспаривает действительность сделки (условия сделки), формальные основания для получения нарушителем спорной суммы сохраняются. Следовательно, отсутствуют обязательные признаки неосновательного обогащения (пункт 1 статьи 1102 ГК РФ).

В то же время при получении нарушителем излишних денежных сумм в отсутствие заключенного с пострадавшим лицом договора (примеры 2 и 3 подраздела 1.4 Разъяснений) применение последствий недействительности сделки применено быть не может. В таких случаях подлежит взысканию неосновательное обогащение.

Что касается соотношения требований о взыскании убытков, причиненных уплатой пострадавшим лицом излишней денежной суммы в рамках заключенного договора (например, монопольно высокой цены), и требования о реституции той же суммы, то последнее, как отмечалось ранее, представляется специальным способом защиты права в подобных ситуациях.

Характер недействительности антиконкурентных условий сделок

До вступления в силу Федерального закона от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ «О внесении изменений в подпункты 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части

третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» в судебной практике превалировала позиция о ничтожности сделок, противоречащих антимонопольному законодательству (см., например, постановления Арбитражного суда Московского округа от 14 сентября 2015 г. по делу № А40-179476/2014, от 2 сентября 2014 г. по делу № А40-181750/13-53-1622, Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 18 августа 2014 г. по делу № А79-3930/2013 и др.).

При этом суды руководствовались существовавшим в тот период положением статьи 168 ГК РФ о том, что сделка, не соответствующая требованиям закона или иных правовых актов, ничтожна, если закон не устанавливает, что такая сделка оспорима, или не предусматривает иных последствий нарушения.

На момент утверждения настоящих Разъяснений статья 168 ГК РФ действует в следующей редакции (редакции Федерального закона от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ):

«1. За исключением случаев, предусмотренных пунктом 2 настоящей статьи или иным законом, сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта, является оспоримой, если из закона не следует, что должны применяться другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки.

2. Сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта и при этом посягающая на публичные интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц, ничтожна, если из закона не следует, что такая сделка оспорима или должны применяться другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки».

Практика применения этой нормы к сделкам, нарушающим законодательство о конкуренции, на момент утверждения настоящих Разъяснений в полной мере не сложилась.

В то же время в пунктах 74 и 75 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 даны следующие разъяснения, помогающие определить характер недействительности антиконкурентных сделок (условий сделок):

«...ничтожной является сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта и при этом посягающая на публичные интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц».

«Применительно к статьям 166 и 168 ГК РФ под публичными интересами, в частности, следует понимать интересы неопределенного круга лиц, обеспечение безопасности жизни и здоровья граждан, а также обороны и безопасности государства, охраны окружающей природной среды. Сделка, при совершении которой был нарушен явно выраженный запрет, установленный законом, является ничтожной как посягающая на публичные интересы...».

Представляется, что Закон содержит явно выраженный запрет на совершение сделок, нарушающих законодательство о конкуренции (включение в такие сделки соответствующих антиконкурентных условий). Это касается как

запрещенных вертикальных соглашений, антиконкурентных соглашений органов власти, так и условий договоров, ограничивающих, не допускающих, устраняющих конкуренцию или ущемляющих интересы других лиц (статья 10 Закона) и др.

Кроме того, запрет экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию, установлен непосредственно в Конституции РФ (часть 2 статьи 34). Статья 8 Конституции РФ гарантирует поддержку конкуренции и свободу экономической деятельности, относя данную гарантию к основам конституционного строя России.

Соответственно, заключение антиконкурентных договоров (включение в договоры антиконкурентных условий) является, по нашему мнению, нарушением публичных интересов, что влечет ничтожность таких сделок (условий).

Этот вывод находит подтверждение в формирующейся судебной практике.

Пример. Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 27 апреля 2015 г. № 15АП-15701/14 по делу № А32-11695/2014, оставленное в соответствующей части без изменения судом кассационной инстанции:

Рассматривая дело о признании недействительным (ничтожным) договора аренды муниципального имущества, заключенного с нарушением статьи 17.1 Закона, применении последствий недействительности ничтожной сделки, суды признали данный договор ничтожной сделкой, а не оспоримой.

При этом суд апелляционной инстанции указал, что «поскольку порядок определения сдачи муниципального имущества в аренду установлен антимонопольным законодательством, целями которого, как следует из части 2 статьи 1 Закона, являются обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, свободы экономической деятельности в Российской Федерации, защита конкуренции и создание условий для эффективного функционирования товарных рынков, постольку нарушение данного порядка посягает на указанные публичные интересы.

При таких обстоятельствах спорный договор является ничтожным в силу пункта 2 статьи 168 ГК РФ (в редакции Федерального закона от 07.05.2013 № 100-ФЗ - поскольку спорный договор заключен после введения его в действие)».

Необходимо отметить, что даже при квалификации судом той или иной нарушающей законодательство о конкуренции сделки (условий сделки) в качестве оспоримой (оспоримых), а не ничтожной (ничтожных) пострадавшее лицо не лишается права на предъявление в порядке статьи 167 ГК РФ требования о применении последствий недействительности такой сделки (условий сделки).

Одновременно нельзя, по нашему мнению, согласиться с высказывающейся в отдельных случаях позицией о том, что противоречащие антимонопольному законодательству сделки (условия сделок) не являются недействительными (ничтожными, оспоримыми), а влекут специальные последствия – выдачу антимонопольным органом предписаний о прекращении нарушения и др.

Предусмотренная пунктом 2 статьи 11 ГК РФ и главой 9 Закона возможность защиты гражданских прав в административном порядке не отменяет возможности защиты нарушенного права гражданско-правовым способом признания сделки недействительной и применения последствий ее недействительности.

Ограничение правовых последствий противоречащей законодательству о конкуренции сделки исключительно возможностью публично-правового воздействия на нарушителя ставило бы пострадавших от нарушения лиц в неравное положение по сравнению со сторонами иных противоречащих закону сделок.

В первую очередь это связано с отсутствием у антимонопольного органа полномочий выдать нарушителю предписание о возврате контрагенту всего полученного по антиконкурентной сделке.

В соответствии с пунктом 5 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30 июня 2008 г. № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства», прекращая нарушение антимонопольного законодательства, антимонопольный орган не вправе в рамках своей компетенции разрешать гражданско-правовые споры хозяйствующих субъектов. В частности, он не полномочен защищать субъективные гражданские права потерпевшего от такого нарушения путем вынесения предписания нарушителю об уплате контрагенту задолженности или о возмещении понесенных убытков.

Соответственно, реституция, реальное восстановление имущественного положения пострадавшего лица возможны исключительно в результате применения последствий недействительности антиконкурентной сделки.

Необходимо отметить, что в судебной практике важным доказательством противоречия сделки требованиям законодательства о конкуренции выступают решения антимонопольных органов.

Пример. Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 18 августа 2014 г. по делу № А79-3930/2013:

Признавая ничтожным договор аренды муниципальных земельных участков и применяя последствия его недействительности в форме возврата участков органу местного самоуправления, суды указали, что нарушение органом местного самоуправления статьи 15 Закона, выразившееся в создании преимущественных условий для получения отдельным хозяйствующим субъектом в аренду публичных земель, было установлено решением антимонопольного органа.

При установлении в решении антимонопольного органа экономически обоснованного уровня цены такое решение может быть использовано для определения подлежащей реституции суммы (если пострадавшее лицо согласно с выводами, расчетом антимонопольного органа).

Недействительность части (отдельных условий) сделки

Как уже отмечалось ранее, применительно к вопросу защиты финансовых интересов пострадавшего от нарушения антимонопольного законодательства лица наибольшую актуальность представляют недействительность и применение последствий недействительности антиконкурентных условий сделок, предусматривающих необоснованные платежи пострадавших лиц (уплату монополично высокой, иной завышенной цены, внесение платежей, не относящихся к предмету договора и невыгодных пострадавшему лицу и др.).

Применение последствий недействительности данных условий сделок позволяет пострадавшему лицу истребовать излишне уплаченные суммы в порядке реституции.

Согласно статье 180 ГК РФ недействительность части сделки не влечет недействительности прочих ее частей, если можно предположить, что сделка была бы заключена и без включения в нее недействительной части.

В силу требований Закона и иных нормативных правовых актов о конкуренции доминирующий субъект обязан заключать сделку на определенных условиях (по экономически обоснованной цене, без включения в договор невыгодных условий и др.). Более того, доминирующий субъект может быть понужден в судебном порядке к заключению сделки на условиях, не противоречащих статье 10 Закона о конкуренции, иных нормативных правовых актов.

Следовательно, при нарушении доминирующим субъектом установленной Законом обязанности и включении им в договор незаконных условий (недействительной части сделки) должно презюмироваться, что такая сделка была бы заключена и без включения в нее недействительной части.

Что касается субъектов, для которых заключение договора на определенных условиях не является обязательным в силу Закона и которые заключают договор, содержащий недействительные (антиконкурентные) условия, в силу исполнения, например, картельного или иного запрещенного Законом соглашения, то в данном случае также должна действовать презумпция заключения договора без недействительного условия.

Это связано с тем, что совершение сделки на справедливых рыночных условиях является нормой для предпринимательской деятельности. При установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей (в том числе при установлении условий сделок) участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно (пункт 3 статьи 1 ГК РФ). Добросовестность участников гражданских правоотношений предполагается (пункт 5 статьи 10 ГК РФ).

Соответственно, без совершения сделки на справедливых (добросовестных) рыночных условиях хозяйственная деятельность рассматриваемого лица была бы

невозможной. Следовательно, такое лицо заключило бы сделку на справедливых условиях при отсутствии у него картельного или иного запрещенного соглашения.

При этом необходимо учитывать, что если сделка, содержащая противоречащие антимонопольному законодательству условия, выгодна обеим сторонам сделки, то такая сделка может быть признана недействительной лишь полностью.

Восстановление имущественного положения пострадавшего лица

В порядке применения последствий недействительности сделки или ее части (реституции) пострадавшая от нарушения антимонопольного законодательства сторона получает обратно уплаченное нарушителю (часть цены, превышающей обоснованность товара, иные излишние платежи др.), восстанавливая тем самым свою имущественную сферу.

Поскольку ничтожная сделка (часть сделки) недействительна с момента ее 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.

Также пострадавшей стороной дополнительно к реституции может быть заявлено требование о возмещении убытков, не связанных непосредственно с исполнением недействительной сделки.

Например, если пострадавшее лицо для уплаты доминирующему субъекту монополично высокой цены товара было вынуждено обратиться за кредитом или займом, то дополнительно к возврату части суммы сделки, превышающей экономически обоснованную цену, пострадавшее лицо может взыскать с ответчика в качестве убытков вынужденно уплаченные кредитору проценты (при доказанности прямой причинно-следственной связи между нарушением и привлечением заемных средств).

Более того, если в результате уплаты нарушителю монополично высокой цены пострадавшее лицо было вынуждено повысить цену на собственные товары и потерять при этом часть клиентов, то соответствующая упущенная выгода также будет подлежать взысканию с нарушителя.

2. Концептуальные подходы к расчету убытков.

Настоящий раздел посвящен описанию концептуальных подходов, составляющих базис для расчетов убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства. В подразделе 2.1 обсуждаются общие экономические принципы, используемые при расчете убытков. К ним, в частности, относятся контрафактуальный анализ, недополученная прибыль и упущенная

выгода. Подраздел 2.2 посвящен обзору конкретных аналитических методов, которые могут применяться для проведения контрфактуального анализа на практике. В завершающем подразделе 2.3 обсуждаются источники информации, используемые в ходе проведения экспертизы по расчету убытков.

В необходимых случаях далее будет описываться также расчет финансовых потерь, подлежащих возмещению согласно действующему законодательству в порядке применения последствий недействительности сделки (реституции).

Примеры применения описанных выше подходов, включая иллюстративные расчеты, приводятся в последующих разделах 3 и 4.

2.1. Общие принципы.

2.1.1. Контрфактуальный анализ.

При расчете убытков, которые понесли хозяйствующие субъекты вследствие нарушения антимонопольного законодательства, необходимо рассмотреть фактическую ситуацию на рынке в сослагательном наклонении: как бы мог выглядеть рынок, конкурентная среда или финансовое положение хозяйствующего субъекта при отсутствии нарушения? Именно такой контрфактуальный анализ составляет основной фундамент для экономически обоснованной оценки убытков. Любая оценка, сделанная без соблюдения данного принципа, будет являться ненадежной и спекулятивной.

Практическое применение контрфактуального анализа всегда основано 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. Выбор этих предположений должен быть соответствующим образом мотивирован стороной, осуществляющей оценку убытков.

Для проверки обоснованности предположений необходимо применять экономические методы. Подходы, которые детально обсуждаются в данном документе, могут служить отправной точкой такого анализа, однако они не являются исчерпывающими. В зависимости от особенностей рассматриваемой ситуации нельзя исключать использования и иных (более сложных) экономических методов и подходов. Выбор определенного аналитического подхода на практике должен быть соответствующим образом мотивирован стороной, осуществляющей оценку убытков.

После того, как были сделаны предположения об основных параметрах рынка и конкурентной среды, можно приступать к количественной оценке убытка, который был нанесен пострадавшему лицу. С экономической точки зрения данный убыток представляет собой упущенную выгоду (коммерческие возможности), которые пострадавшее лицо реалистично могло бы ожидать дополнительно получить (использовать) при отсутствии нарушения.

Упущенная выгода исчисляется в денежном выражении как недополученная прибыль (в том числе упущенные коммерческие возможности, означающие в конечном итоге недополученную прибыль). Ее оценка может быть проведена с помощью различных показателей, прямым или косвенным образом отражающих недополученную прибыль. К таковым могут относиться, например, снижение выручки, рост издержек, потеря покупателей или определенной доли рынка, уменьшение свободного денежного потока⁴ и т.д. Выбор показателя, наилучшим образом отражающего упущенную выгоду, должен быть соответствующим образом обоснован стороной, осуществляющей оценку убытка.

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 (т.е. на момент осуществления оценки), с учетом упущенных (инвестиционных или коммерческих) возможностей. В противном случае убыток будет оценен не полностью.

Для иллюстрации в качестве простого примера можно представить ситуацию, когда в результате антиконкурентных действий пострадавший хозяйствующий субъект недополучил прибыль на сумму 100 тыс. руб. несколько лет назад. Однако если такой хозяйствующий субъект в настоящий момент получит всю указанную сумму в возмещение убытков, то это не возместит ему упущенную выгоду. За истекшее время недополученная прибыль могла бы быть вложена данным субъектом в развитие его собственного бизнеса, и на эти 100 тыс. руб. мог бы быть получен дополнительный доход.

Скажем, если пострадавшее лицо ежегодно получает отдачу в размере 10% на вложенный капитал, то недополучение прибыли размером в 100 тыс. руб., которая могла бы быть проинвестирована в течение 2 лет приведет к дополнительному убытку (упущенной выгоде) в размере 21 тыс. руб. (10 тыс. руб. = 100 тыс. * 10% в первый год и 11 тыс. руб. = 110 тыс. * 10% во второй год). Очевидно, что эта выгода является упущенной с точки зрения рассматриваемого хозяйствующего субъекта. При этом причиной, по которой данный доход был недополучен, является именно то нарушение антимонопольного законодательства, которое привело к возникновению первоначальной суммы убытка в 100 тыс. руб.

⁴ В англоязычной литературе и практике используется термин *free cash flow*.

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.

К числу таких нарушений, в частности, относятся следующие нарушения, если они привели к названным последствиям:

- установление, поддержание монопольно высоких цен (пункт 1 части 1 статьи 10 Закона);
- изъятие товара из обращения, если результатом такого изъятия явилось повышение цены товара (пункт 2 части 1 статьи 10 Закона);
- экономически или технологически не обоснованные сокращение или прекращение производства товара (пункт 4 части 1 статьи 10 Закона);
- установление финансовой организацией необоснованно высокой цены финансовой услуги (пункт 7 части 1 статьи 10 Закона);
- нарушение установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования (пункт 10 части 1 статьи 10 Закона);
- манипулирование на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности) ценами (пункт 11 части 1 статьи 10 Закона);
- картельные соглашения, которые привели к установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок (пункт 1 части 1 статьи 11 Закона);
- картельные соглашения, которые привели к повышению или поддержанию цен на торгах (пункт 2 части 1 статьи 11 Закона);
- картельные соглашения о разделе товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков) (пункт 3 части 1 статьи 11 Закона);
- картельные соглашения, которые привели к сокращению или прекращению производства товаров (пункт 4 части 1 статьи 11 Закона);
- вертикальные соглашения, направленные на установление цены перепродажи товара (пункт 1 части 2 статьи 11 Закона);

- вертикальные соглашения с обязательством покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца (пункт 1 части 2 статьи 11 Закона);
- соглашения хозяйствующих субъектов, являющихся участниками оптового и (или) розничных рынков электрической энергии (мощности), организациями коммерческой инфраструктуры, организациями технологической инфраструктуры, сетевыми организациями, если такие соглашения приводят к манипулированию ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности) (часть 3 статьи 11 Закона);
- согласованные действия, которые привели к установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок (пункт 1 части 1 статьи 11.1 Закона);
- согласованные действия, которые привели к повышению или поддержанию цен на торгах (пункт 2 части 1 статьи 11.1 Закона);
- согласованные действия, направленные на раздел товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков) (пункт 3 части 1 статьи 11 Закона);
- согласованные действия, которые привели к сокращению или прекращению производства товаров (пункт 4 части 1 статьи 11.1 Закона);
- согласованные действия хозяйствующих субъектов, являющихся участниками оптового и (или) розничных рынков электрической энергии (мощности), организациями коммерческой инфраструктуры, организациями технологической инфраструктуры, сетевыми организациями, если такие соглашения приводят к манипулированию ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности) (часть 2 статьи 11.1 Закона);
- согласованные действия хозяйствующих субъектов по навязыванию покупателю условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора, если это привело к увеличению издержек покупателя, связанных с заключением соответствующего договора (пункт 1 части 3 статьи 11.1 Закона);
- соглашения или согласованные действия органов власти и хозяйствующих субъектов, направленные на повышение или поддержание цен (тарифов) (пункт 1 статьи 16 Закона);
- соглашения или согласованные действия органов власти и хозяйствующих субъектов, направленные на раздел товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту

реализуемых товаров либо по составу продавцов или покупателей (заказчиков) (пункт 3 статьи 16 Закона).

Этот перечень не является исчерпывающим. Данные ситуации подробно рассматриваются в разделе 3.

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

К числу таких нарушений, в частности, относятся следующие нарушения, если они привели к названным последствиям:

- навязывание покупателю условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (пункт 3 части 1 статьи 10 Закона);
- экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора (пункт 5 части 1 статьи 10 Закона);
- установление доминирующим хозяйствующим субъектом монопольно низкой цены товара (пункт 1 части 1 статьи 10 Закона);
- установление финансовой организацией необоснованно низкой цены финансовой услуги (пункт 7 части 1 статьи 10 Закона);
- создание дискриминационных условий (пункт 8 части 1 статьи 10 Закона);
- создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам (пункт 9 части 1 статьи 10 Закона);
- картельные соглашения, приводящие к установлению или поддержанию монопольно низких цен (тарифов) (пункт 1 части 1 статьи 11 Закона);
- картельные соглашения, приводящие к сокращению или прекращению производства товаров (пункт 4 части 1 статьи 11 Закона);
- картельные соглашения, приводящие к отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками) (пункт 5 части 1 статьи 11 Закона);
- вертикальные соглашения, которыми предусмотрено обязательство покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца (пункт 2 части 2 статьи 11 Закона);
- соглашения между хозяйствующими субъектами о навязывании покупателю условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора, если это привело к увеличению издержек покупателя, связанных с заключением соответствующего договора (пункт 1 части 4 статьи 11 Закона);
- соглашения между хозяйствующими субъектами о создании другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка;

- соглашения между хозяйствующими субъектами об установлении условий членства (участия) в профессиональных и иных объединениях.
- согласованные действия, которые привели к отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками), если такой отказ прямо не предусмотрен федеральными законами (пункт 5 части 1 статьи 11.1 Закона);
- согласованные действия, которые привели к навязыванию контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (пункт 2 части 3 статьи 11.1 Закона);
- недобросовестная конкуренция (статья 14 Закона);
- соглашения или согласованные действия органов власти и хозяйствующих субъектов, направленные на снижение цен (тарифов) (пункт 1 статьи 16 Закона);
- соглашения или согласованные действия органов власти и хозяйствующих субъектов, направленные на ограничение доступа на товарный рынок или устранение с него хозяйствующих субъектов (пункт 4 статьи 16 Закона).

Этот перечень не является исчерпывающим. Данные ситуации подробно рассматриваются в разделе 4.

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 некоторых случаях определенную информацию о том, что могло бы происходить на рынке при отсутствии нарушения, можно получить исходя из материалов антимонопольного или судебного дела. Например, могут быть свидетельства переписки между хозяйствующими субъектами, участвующими в ценовом антиконкурентном сговоре, в которой оговаривается, насколько предполагалось повысить цены. Подобные сведения можно использовать для оценки того, насколько фактически были завышены цены в результате нарушения.

Однако свидетельства подобного рода нечасто имеются на практике. В таких случаях особенно высока роль аналитических методов, позволяющих провести контрфактуальный анализ косвенным образом, с применением соответствующего экономического инструментария. Эти методы детально рассматриваются в данном разделе.

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 (контрфактуальный анализ).

- Сравнительный экономический анализ.

- Экономическое и финансовое моделирование.
- Каждый из этих подходов более детально рассматривается ниже.

2.2.1. Сравнительный экономический анализ.

В основе всех методов, основанных на сравнительном анализе, лежит сопоставление основных рыночных характеристик и параметров рынка, которые фактически имели место в период нарушения, с теми, которые имели место:

- до начала и/или после прекращения нарушения на рассматриваемом рынке;
- на ином, но сопоставимом продуктивном и/или географическом рынке (в разные промежутки времени).

При наличии должного экономического обоснования разные эталоны сравнения («до и после», «на ином рынке», и т.д.) можно комбинировать между собой. Бремя доказывания того, что такой комбинированный подход является обоснованным, возлагается на сторону, осуществляющую оценку убытков.

Логика сравнительного экономического анализа основывается на том, что для проведения контрфактуального анализа используются *фактические данные* на сопоставимых рынках или на том же рынке, но в сопоставимой ситуации (скажем, ином временном интервале). Основное требование к выбранному эталону сравнения заключается в том, что он должен обоснованно отражать ситуацию, которая гипотетически могла бы иметь место на исследуемом рынке в отсутствие нарушения⁵. Сказанное означает, что при проведении сравнительного анализа соответствующим образом должны приниматься во внимание экономические факторы, которые могли бы вызвать разницу в исследуемых показателях (цены, доли рынка, уровень прибыльности и проч.), если бы нарушения не произошло.

Описываемые ниже подходы не являются исчерпывающими, а также могут дополнять друг друга. Подходы к оценке убытков различаются по сложности применения, по требованиям к данным, необходимым для проведения анализа, по используемым предпосылкам. Соответственно, во многих случаях нельзя выделить один «наилучший» подход.

Если для оценки убытков используются ряд подходов, и все они приводят к схожим результатам, то можно полагать, что такая оценка является относительно более надежной. Если же разные подходы приводят к существенно различным результатам, требуется анализировать причины различий и выбирать ту оценку, которая является наиболее обоснованной.

Анализ «до и после»

⁵ Для оценки правомерности использования тех или иных эталонов сравнения или сопоставимости выбранных рынков необходимо использовать принципы, которые лежат в основе критерия сопоставимости рынков в части 1 статьи 6 Закона. В частности, структура рынка, уровень издержек, условия обращения товара, конкурентной борьбы, барьеры входа на рынок, регуляторная среда и т.д.

Если известны экономические показатели (цены, доли рынка, уровень прибыльности и проч.), предшествовавшие периоду нарушения, то резонно ожидать, что при прочих равных условиях они остались бы на прежнем уровне и при отсутствии нарушения. При этом, если наблюдалась определенная динамика показателей (скажем, рост или падение цен до нарушения), то резонно ожидать, что эта же самая динамика сохранилась бы и в сам период нарушения (если бы нарушения не было). Таким образом, для расчета гипотетических показателей, которые бы имели место при отсутствии нарушения, строится прогноз на основе прошлых показателей и предположений об их динамике. Данный подход называется экстраполяцией данных.

Если известны экономические показатели (цены, доли рынка, уровень прибыльности и проч.), имевшие место как до, так и после периода нарушения, то при прочих равных условиях резонно ожидать, что при отсутствии нарушения эти показатели менялись бы постепенно, начиная с уровня, предшествовавшего нарушению, и заканчивая уровнем, установившимся после окончания нарушения. Данный подход к построению гипотетических показателей называется интерполяцией данных.

Простейшим вариантом интерполяции является линейная интерполяция, при которой предполагается, что исследуемые показатели при отсутствии нарушения растут или падают на одну и ту же величину в каждый период времени. Альтернативным вариантом является экспоненциальная интерполяция, при которой предполагается постоянный темп роста (снижения) исследуемого показателя.



были относительно постоянны (на уровне 9-11 руб./ед.), средний уровень цен может браться в качестве той гипотетической цены, которая бы установилась при отсутствии нарушения (скажем, 10 руб./ед.).

На правом графике представлена ситуация с ценовым сговором, который имел место с начала 2008 г. по конец 2011 гг. В данном случае доступны как данные по ценам, предшествующие нарушению, так и данные по ценам, установившиеся по окончании нарушения. Учитывая относительно более высокий уровень цен в 2012-2014 гг. предполагается, что при отсутствии нарушения цена бы постепенно увеличивалась с 10 до 12 руб./ед.

При сравнении исследуемых показателей в период нарушения с предшествующими или последующими периодами, методы экстраполяции и интерполяции необходимо дополнять анализом факторов, которые обуславливают (сезонные) изменения спроса и издержек. Скажем, если основные факторы производства обращаются на конкурентных рынках, и существуют биржевые или внебиржевые индикаторы цен на данные факторы производства, то эти факторы необходимо соответствующим образом принимать во внимание при экстраполяции или интерполяции данных, улучшая тем самым оценку убытка.

Также при выборе данных для анализа необходимо учитывать экономические факторы, которые могут влиять на надежность данных. Например, если нарушение имело место в течение длительного промежутка времени, то уровень цен до периода нарушения может быть неадекватен для оценки последующих периодов, поскольку потребительские предпочтения, издержки, а также иные параметры рынка и конкурентной среды могли существенно измениться с течением времени.

Экономические показатели, установившиеся после нарушения, могут быть как выше, так и ниже тех экономических показателей, которые бы сложились в тот же период, но при отсутствии предшествующего нарушения. Например, если имелось картельное соглашение об установлении, поддержании цен на определенном уровне, то после его прекращения можно ожидать более ожесточенную ценовую конкуренцию и, соответственно, относительно более низкий уровень цен, чем если бы сговора не было вовсе. И наоборот, при сговоре хозяйствующие субъекты могли сообщить друг другу конфиденциальную информацию (например, о собственных издержках), знание которой может привести к относительно более высоким ценам даже после окончания сговора. Все эти аспекты могут оказывать влияние на оценку убытка и должны быть соответствующим образом учтены в расчетах.

Анализ сопоставимых рынков

Исследуемые экономические показатели (цены, доли рынка, уровень прибыльности и проч.) можно также сравнивать с аналогичными показателями на

сопоставимых товарных рынках. В качестве сопоставимого товарного рынка может выступать:

- рынок исследуемого товара (услуги), но с другими географическими границами;
- рынок другого товара (услуги), сопоставимый с исследуемым рынком по числу и характеру покупателей и продавцов, условиям обращения товара и условиям доступа на рынок, государственному регулированию.

Выбор метода сравнения на практике зависит от наличия соответствующих данных, от наличия предположительно сопоставимых рынков, от степени их сопоставимости и от других обстоятельств дела. Например, если есть предположение, что на исследуемом рынке спрос претерпевал существенные изменения в период нарушения, но детальные данные по спросу отсутствуют, то какое-либо сравнение без учета колебаний спроса будет ненадежным. В этом случае сравнение с аналогичными показателями на сопоставимом товарном рынке, подверженном сходным колебаниям спроса, будет более предпочтительным.

При сравнении экономических показателей на исследуемом рынке в период нарушения с аналогичными показателями на других, предположительно сопоставимых, товарных рынках должны выполняться определенные базовые критерии. Во-первых, рынки должны характеризоваться сопоставимостью как в плане спроса (уровень переговорной власти потребителей, их предпочтений и способности платить и проч.), так и в плане предложения (издержек, тарифов, наценок и проч.). Во-вторых, должна иметь место сопоставимость в отношении структуры рынка/отрасли и степени конкурентной борьбы. Скажем, если нарушение имело место на сильно концентрированном рынке, то было бы ошибочно проводить сравнение с неким высоко-конкурентным рынком, даже если в остальном рынки являются сопоставимыми. Такое сравнение приведет к переоценке фактического убытка (см. далее вставку «Метод разностей»).

Важно отметить, что чем более сопоставимым является выбранный для сравнения товарный рынок, тем более точной может казаться оценка убытка (при прочих равных условиях). Однако при этом можно ожидать и более высокий уровень взаимозаменяемости со стороны спроса между более близкими товарными рынками. Как следствие, при наличии высокой степени взаимозаменяемости между рассматриваемыми (сопоставимыми) рынками оценка убытка может быть искажена.

В качестве примера предположим, что на одном рынке имело место нарушение, приведшее к необоснованно высоким ценам. Тогда логично ожидать, что часть потребителей переключится на сопоставимый товарный рынок, что в свою очередь приведет к росту спроса и росту цен на сопоставимом товарном рынке. Вследствие этого, оценка убытка, основанная на сравнении цен между этими двумя рынками, будет занижена и должна рассматриваться как консервативная. Разумеется, это не должно служить препятствием для взыскания

убытка, если он рассчитан пострадавшим лицом таким образом, поскольку данный подход не нарушает интересов ответчика.

Аналитические (эконометрические) методы, применяемые для анализа сопоставимых рынков и анализа «до и после»

Кроме расчета простых средних, или экстраполяции или интерполяции данных, для проведения сравнительного анализа можно также применять эконометрические методы. Их использование упрощает анализ, когда имеются несколько переменных, одновременно оказывающих влияние на рассматриваемые экономические показатели. Скажем, если речь идет об анализе цен, и если итоговая цена зависит от нескольких факторов производства, то потребуется оценить, как изменение цен на данные факторы производства отражается на цене конечного товара при отсутствии нарушения. Стандартный регрессионный анализ позволяет осуществить такую оценку исходя из цен, предшествующих нарушению, или исходя из цен на сопоставимых товарных рынках.⁶

Использование эконометрических методов позволять учесть случайные колебания в ценах или иных экономических показателях, которые не объясняются имеющимися данными. Учет данных колебаний позволяет оценить надежность оценки размера убытка. Иными словами, можно не просто оценить ожидаемый размер убытка в X руб., а можно утверждать, что с определенной вероятностью убыток составил от Y до Z руб.

Нужно подчеркнуть, что сопоставимые рынки никогда не являются в точности идентичными. Эти различия необходимо должным образом учитывать при оценке убытков. Для этого возможно использование подходов, в которых сравнительный анализ по времени и сравнительный анализ с другими товарными рынками дополняют друг друга.

Скажем, путем сравнения экономических показателей на рассматриваемом рынке до периода нарушения с экономическими показателями на сопоставимом товарном рынке, можно установить относительную разницу в этих показателях между двумя рынками. В некоторых случаях резонно ожидать, что разница в рассматриваемых показателях преобладала бы в нормальных условиях, если бы нарушения не было. Соответственно, беря значение экономического показателя на сопоставимом товарном рынке в период нарушения за основу, и прибавляя указанную разницу, можно найти то значение экономического показателя, которое бы установилось на исследуемом рынке при отсутствии нарушения.

⁶ Детальное описание принципов регрессионного анализа выходит за рамки данного документа. Базовую информацию об эконометрике можно почерпнуть из следующих учебных пособий: J.M. Wooldridge *Econometric Analysis of Cross Section and Panel Data*, 2nd edition, MIT Press 2010, или Доугерти, К. *Введение в эконометрику*. Издание второе. М.: Инфра-М., 2007. Для проведения этого анализа на практике можно использовать специализированные программные приложения *Microsoft Excel*, *SPSS*, *Stata* и многие другие.

Поскольку в таком случае проводится анализ не собственно экономических показателей, а разностей между ними, данный подход часто именуется методом разностей.⁷ Этот анализ позволяет учесть общие изменения в издержках или в спросе между рынками с течением времени. Метод разностей можно применять с различной степенью сложности, в том числе используя эконометрический инструментарий.

Метод разностей



В регионе А оперируют 3 хозяйствующих субъекта. С начала 2008 г. данные хозяйствующие субъекты заключили ценовое картельное соглашение, что привело к росту цен на определенный продукт. Сговор был прекращен к концу 2012 г., когда по обращению покупателей Федеральная антимонопольная служба начала рассмотрение дела о нарушении части 1 статьи 11 Закона о конкуренции в отношении данных хозяйствующих субъектов.

Тот же самый товар продается в соседнем регионе Б, который не был затронут ценовым сговором. Потребительский спрос в регионе Б сопоставим со спросом в регионе А, и производители сталкиваются с идентичными издержками при производстве товара. Однако в регионе Б оперируют 10 хозяйствующих субъектов. Цены в регионе Б, в результате более сильной конкуренции, ниже цен в регионе А вне зависимости от наличия или отсутствия ценового картельного соглашения в регионе А. Соответственно, если непосредственно брать цены на сопоставимом товарном рынке в регионе Б как гипотетические цены, которые бы сложились в 2008-2012 гг. в регионе А при отсутствии нарушения, то оценка убытков потребителей, вызванных нарушением, будет существенно завышена.

Цены в регионах А и Б имели одинаковую динамику в 2005-2007 гг. с той лишь разницей, что цены в регионе А были на 2 рубля выше цен региона Б. Резонно предположить, что данная зависимость не изменилась бы и в 2008-2012 гг. при

⁷ В англоязычной экономической литературе используется термин *difference in difference analysis*.

отсутствии ценового сговора. Соответственно, в качестве контрфактуальной цены региона А можно брать цену региона Б, прибавляя к ней 2 руб./ед. для учета различий в количестве хозяйствующих субъектов и уровне конкуренции между двумя регионами.

2.2.2. Экономическое и финансовое моделирование.

Контрфактуальный анализ также можно проводить на основе экономического и финансового моделирования. Более детально эти методы рассматриваются ниже.

Финансовое моделирование

Финансовое моделирование основывается на оценке нормы прибыли и других финансовых показателей. Например, если речь идет об анализе цен, то цена может рассматриваться как сумма издержек (себестоимости) производства и соответствующей торговой наценки. Тогда для расчета цен, которые сложились бы при отсутствии нарушения, требуется оценить себестоимость производства и ту торговую наценку, которую пострадавшее лицо реалистично могло бы ожидать получить в нормальных рыночных условиях.

При оценке себестоимости производства за отправную точку можно брать фактические данные по себестоимости во время периода нарушения. Однако важно понимать, что фактическая себестоимость может быть завышена по сравнению с той, которая могла бы иметь место быть при отсутствии нарушения.

Например, из-за заключения ценового картельного соглашения у хозяйствующих субъектов снижаются стимулы к эффективному производству, что при прочих равных условиях может привести к более высокой себестоимости. Кроме того, для поддержания ценового сговора хозяйствующие субъекты могут намеренно ограничить собственные мощности, что может привести к более высоким издержкам в случае снижения отдачи от эффекта масштаба.⁸ Соответственно, такая оценка убытка должна рассматриваться как консервативная. Эта оценка может быть улучшена на основе более детального анализа того, как нарушение повлияло на себестоимость рассматриваемого товара (услуги).

После того, как контрфактуальный уровень себестоимости установлен, требуется определить размер торговой наценки, которая имела бы место быть при отсутствии нарушения. Данную оценку можно получить с помощью сравнительного экономического анализа. Так, в качестве конкурентной торговой

⁸ В англоязычной экономической литературе используются термин *economies of scale*. Под эффектом масштаба понимается ситуация, когда средние издержки на производство товара (услуги) снижаются с ростом объема производства. Соответственно, чем больше объем продаж, тем дешевле обходится производство одной единицы товара (услуги).

наценки можно, при наличии должного обоснования, взять торговую наценку, сложившуюся на сопоставимых товарных рынках или имевшуюся на данном рынке, но до периода нарушения.

Экономическое моделирование

Для оценки гипотетической цены или иных экономических параметров, которые сложились бы при отсутствии нарушения, наравне со сравнительным анализом возможно также применение экономического и математического моделирования, основанного на теории отраслевых рынков.⁹

Теория отраслевых рынков является разделом экономики, в котором изучается, как хозяйствующие субъекты устанавливают свои цены и объемы производства, а также как они принимают решения входа на рынок или выхода с рынка в зависимости от характеристик конкурентной среды. В числе прочего, к таким экономическим характеристикам относятся: количество участников рынка, уровень спроса на рассматриваемый товар (услугу), уровень издержек, возможные ограничения производственных мощностей, способ ценообразования (тендеры, розничные продажи и т.д.), является ли рассматриваемый товар (услуга) однородным или дифференцированным.¹⁰

Поведение хозяйствующих субъектов на рынке с известными характеристиками далее прогнозируется на основе теоретико-игровых моделей, где каждый хозяйствующий субъект не только оптимизирует собственную прибыль, но и принимает во внимание, как его действия отразятся на действиях его конкурентов. В общем случае экономическое моделирование состоит из следующих шагов: 1) выбор экономической модели, соответствующей характеру и особенностям конкуренции на рассматриваемом рынке, 2) калибровка параметров модели, 3) тестирование надежности модели.

Выбор модели определяется множеством факторов. К числу основных в первую очередь относятся следующие: количество хозяйствующих субъектов, степень однородности товара (услуги), наличие ограничений по мощностям, барьеров входа на рынок, а также, является ли один из хозяйствующих субъектов явным лидером на рынке. Но и многие другие факторы – например, издержки, которые покупатели несут при переключении с одного продавца на другого, или значимость неценовых механизмов конкуренции (скажем, качество соответствующих товаров или услуг), – также могут решающим образом повлиять на выбор модели. При прочих равных, предпочтение должно отдаваться тем моделям, которые получили более широкое обсуждение и тестирование в академической литературе.

⁹ В англоязычной экономической литературе используется термин *simulation models*.

¹⁰ Товар является однородным, если он практически не различается с технологической точки зрения или с точки зрения потребителей между разными производителями. Товар называется дифференцируемым, если имеются существенные качественные различия между предложениями разных производителей.

Калибровка параметров модели может проводиться различными способами. Часть данных может являться общедоступной, например, данные по мощностям производства могут быть доступны в ежегодных отчетах компаний перед их акционерами. Другие данные, например, по издержкам производства на единицу продукции, могут быть доступны из внутренней бухгалтерской документации хозяйствующих субъектов. Когда такие данные недоступны, можно использовать схожие данные сопоставимых рынков. Оценка части параметров модели, например эластичности спроса, может потребовать проведения отдельного эконометрического исследования. Экспертные оценки параметров модели также могут быть допустимы при наличии соответствующего обоснования.

Прежде чем переходить к прогнозированию цен или иных экономических показателей, которые имели бы место при отсутствии нарушения, предсказательная сила модели должна быть протестирована на фактических данных. Для тестирования модели может использоваться как рыночная ситуация до нарушения, так и ситуация во время нарушения. В последнем случае, если речь идет о ценовом картельном соглашении, все участники сговора могут рассматриваться как единый хозяйствующий субъект, оптимизирующий совокупную прибыль всех участников картеля. Если модель плохо предсказывает (описывает) рыночную ситуацию до (во время) нарушения или на сопоставимых рынках, то и нет основания полагать, что модель подходит для предсказания контрфактуальных цен или иных экономических показателей, которые могли бы иметь место при отсутствии нарушения. Такие модели могут быть ненадежны.

Кроме того, для оценки значимости предпосылок модели резонно оценить чувствительность результатов к этим предпосылкам. Например, если при незначительном изменении некоторых исходных параметров, модель предсказывает существенные различия в ценах, объемах производства и иных показателях, которые являются предметом анализа, то в обоснованности такой модели также можно сомневаться. Это, в частности, объясняется тем, что многие исходные параметры, закладываемые в экономические модели, сами по себе являются оценочными и, следовательно, некая вариация в их уровне является ожидаемой. Однако, если такая вариация ведет к значимой вариации предсказываемых моделью цен, объемов производства и других показателей, то такая модель может быть ненадежна для целей контрфактуального анализа.

Широкое распространение получили две базовые экономические модели: модель Курно и модель Бертрана. Детальное описание этих моделей выходит за рамки настоящего документа, однако может быть найдено в любом базовом учебнике по микроэкономической теории или теории отраслевых рынков.¹¹

¹¹ См., например, Ж. Тироль, *Рынки и рыночная власть: теория организации промышленности*, под редакцией В.М. Гальперина и Л.С. Тарасевича, Санкт-Петербург: Экономическая школа, 2000 г.

Данные модели не всегда применимы напрямую, но часто служат отправной точкой для более детальных исследований.

Модель Курно предполагает, что хозяйствующие субъекты вначале выбирают объемы производства, а затем поставляют всю свою произведенную продукцию на рынок. При этом также предполагается, что на рынке устанавливается одна равновесная цена. Модель Курно хорошо описывает рынки однородной продукции, где произведенная продукция продается на аукционе или на бирже, например, рынки металлов или сельскохозяйственной продукции.

Модель Бертрана предполагает, что хозяйствующие субъекты вначале выбирают цены на свою продукцию, а затем производят ее в затребованном при данных ценах объеме. Модель Бертрана хорошо описывает рынки дифференцированных товаров, где каждый товар имеет собственную цену, и где хозяйствующие субъекты могут относительно быстро удовлетворить дополнительный спрос на свою продукцию (нет ограничений по мощностям). Примерами таких рынков могут служить некоторые из рынков компьютерной или бытовой техники. При калибровке модели Бертрана требуется измерить степень взаимозаменяемости между всеми рассматриваемыми товарами в границах одного рынка (т.е. для любой пары брендов или моделей компьютерной техники).

Наконец стоит отметить, что и модель Курно и модель Бертрана предполагают наличие высоких барьеров входа на рынок (входа в рассматриваемую отрасль). Если барьеры относительно низки, то антиконкурентный рост цен естественным образом привлечет новых производителей. В этом случае поведение хозяйствующих субъектов будет заведомо неадекватно описываться данными моделями, поскольку они учитывают действия имеющихся участников рынка, но не принимают во внимание конкурентное давление со стороны потенциальных участников.

Основной плюс метода экономического моделирования заключается в том, что он может дать более точную оценку исследуемых индикаторов и, соответственно, более точную оценку убытков, поскольку поведенческие аспекты хозяйствующих субъектов явным образом принимаются во внимание (т.к. они «встроены» в соответствующую модель). С другой стороны, минус заключается в том, что экономическое моделирование требует принятия более строгих предпосылок, чем того требует сравнительный анализ (например, необходимы калибровка параметров модели, принятие предпосылки о рациональном поведении хозяйствующих субъектов и проч.). Если предпосылки и предположения, на которых построена та или иная модель не выполняются (не реализуется на практике), то результаты экономического моделирования могут быть ошибочны. Тем не менее, использование дополнительных предпосылок порою дает возможность применять экономическое моделирование даже в тех случаях, когда сравнительный анализ невозможен в силу отсутствия сопоставимых рынков или репрезентативных цен в период до или после нарушения.

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.

Ни один из источников информации нельзя указать как приоритетный, и выбор конкретных источников будет зависеть от обстоятельств конкретного дела. Бремя доказывания обоснованности соответствующих источников, а также надежности последующего анализа возлагается на сторону, осуществляющую оценку убытков.

В случае наличия в материалах дела документов, указывающих на величину повышения цен картелем и т.п., такие документы также могут быть использованы для непосредственной оценки убытков. Скажем, при наличии переписки между хозяйствующими субъектами, участвовавшими в ценовом сговоре, в которой оговаривается, на сколько предполагалось повысить цены, данные сведения могут быть непосредственно использованы для оценки убытков, вызванных завышенными ценами.

Однако даже в таких исключительных случаях корректное определение размера убытков без проведения дополнительного экономического анализа, как правило, невозможно. Например, проведение экономического анализа по-прежнему потребует для оценки убытков, вызванных упущенными объемами (см. подраздел 0), а также для оценки эффекта переноса издержек (подраздел 0).

3. Расчеты убытков, причиненных установлением (поддержанием) необоснованно высоких цен.

3.1. Введение.

К таким нарушениям, в первую очередь, относятся антиконкурентные горизонтальные соглашения (картели) и установление монопольно высоких цен. Важно подчеркнуть, что в эту категорию входят не только антиконкурентные соглашения (действия), непосредственно направленные на увеличение цен, но и любые антиконкурентные соглашения (действия), которые фактически приводят к данному эффекту. Например, если имело место картельное соглашение о разделе товарного рынка, и было соответствующим образом доказано, что его негативные последствия выразились в росте цен, то такое нарушение также относится к данной категории.

Расчеты убытков, причиненных данными нарушениями, могут проводиться как для непосредственных приобретателей рассматриваемого товара (услуги), так и для приобретателей товаров (услуг) на соответствующих рынках нижнего передела. Рынком нижнего передела называется рынок продукции (товаров, услуг), производимой из продукции рассматриваемого рынка (т.е. для которого продукция рассматриваемого рынка служит сырьем). Рынки, на которых рассматриваемый товар перепродается на новых условиях (например, оптовые закупки перепродаются в розницу), также относятся к рынкам нижнего передела. Аналогично, рынком верхнего передела называется рынок продукции, либо используемой в качестве сырья для производства продукции рассматриваемого рынка, либо перепродаваемой на рассматриваемом рынке.¹²

В подразделе 3.2 настоящего раздела описываются основные принципы оценки убытков, которые непосредственные потребители¹³ товара (услуги) понесли в результате необоснованного повышения цен. Модельный пример такой оценки приведен в подразделе 3.3. Если пострадавшие потребители в свою очередь подняли цены на свои собственные товары (услуги), то их собственные покупатели косвенным образом также понесут убытки в результате нарушения. Убытки таких потребителей, включая покупателей на рынках нижнего передела (косвенных покупателей), рассматриваются в подразделе 3.4.

3.2. Расчет убытков для непосредственных приобретателей рассматриваемого товара (услуги).

Как обсуждалось выше (раздел 2), с экономической точки зрения убыток включает в себя упущенную выгоду (коммерческие возможности), которые

¹² В англоязычной экономической литературе используются термины *downstream* и *upstream*, соответственно.

¹³ В англоязычной экономической литературе используются термины *direct customers*.

пострадавшее лицо реалистично могло бы ожидать дополнительно получить (использовать) при отсутствии нарушения. На практике упущенная выгода обычно исчисляется в денежном выражении как недополученная прибыль. При расчете убытков для непосредственных приобретателей рассматриваемого товара (услуги) необходимо ответить на следующие вопросы:

- насколько были необоснованно завышены цены в результате нарушения?
- насколько снизился объем закупок товара (услуги) пострадавшей стороной в результате повышения цен?
- насколько приобретатели товара (услуги) повысили цены при реализации своей собственной продукции?

Эти три вопроса соответствуют трем различным экономическим эффектам: эффект «завышенных цен», эффект «упущенных объемов» и эффект «переноса издержек»¹⁴. Более детально эти эффекты обсуждаются ниже.

Важно подчеркнуть, что убытки, вызванные вышеуказанными эффектами, могут быть только частью убытков пострадавшего лица. Необходимо также учитывать, при их наличии, коммерческие и инвестиционные возможности, упущенные в связи со снижением доходов. Например, если в результате нарушения пострадавшее лицо не смогло осуществить инвестиции в расширение мощностей своего бизнеса, и при этом на такие дополнительные мощности был спрос, то соответствующие убытки должны приниматься во внимание. Бремя доказывания наличия и объективности упущенных коммерческих и инвестиционных возможностей возлагается на пострадавшее лицо.

3.2.1. Эффект завышенных цен.

Если цена товара (услуги) была необоснованно завышена в результате нарушения антимонопольного законодательства, то приобретатель фактически заплатил за каждую единицу купленного товара (услуги) больше, чем он мог бы заплатить при отсутствии нарушения. Соответствующие убытки являются убытками, вызванными завышенными ценами.

В качестве иллюстрации предположим, что фактическая цена приобретения товара была 110 руб./ед., а контрфактуальная цена оценивается в 100 руб./ед. Тогда эффект завышенных цен составляет $10 = 110 - 100$ руб./ед. Очевидно, что при установлении (поддержании) необоснованно высоких цен, данные цены будут всегда выше их конкурентного уровня. Соответственно, эффект завышенных цен всегда положительный в том смысле, что он увеличивает убыток для приобретателя рассматриваемого товара (услуги).

¹⁴ В англоязычной экономической литературе используются термины *overcharge effect*, *volume effect* и *pass-on effect*, соответственно.

3.2.2. Эффект упущенных объемов.

Согласно классической теории потребительского спроса,¹⁵ в общем случае кривая потребительского спроса является нисходящей по отношению к ценам. Это значит, что, при прочих равных условиях, снижение цен приводит к росту спроса, а повышение цен, наоборот, к его снижению. Следовательно, если вследствие нарушения приобретатель товара (услуги) получает его по завышенным ценам, то при отсутствии нарушения его спрос мог бы быть выше. Соответствующие убытки являются убытками, вызванными упущенными объемами или нереализованными производственными (коммерческими) возможностями. Они соответствуют упущенной выгоде, возникающей из-за меньшего объема продаж на рынке нижнего передела.

Например, если при росте цен по сравнению со своим контрафактуальным уровнем на 10 руб./ед. спрос приобретателя товара снизился с 60 до 50 ед., то эффект упущенных объемов составляет 10 ед., умноженные на ту маржу прибыли, которую приобретатель мог бы ожидать получить от последующей реализации данного товара или продукции из него, если бы нарушения не произошло. Поскольку при установлении (поддержании) необоснованно высоких цен, эффект повышенных цен всегда положительный, то фактические объемы закупок всегда меньше своего контрафактуального уровня. Следовательно, эффект упущенных объемов всегда положительный и увеличивает убыток для приобретателя рассматриваемого товара (услуги).

3.2.3. Эффект переноса издержек.

В общем случае цена, по которой производитель товара (услуги) полагает выгодным продавать его на рынке, положительным образом зависит от издержек производства. Таким образом, в случае повышения цен на товар (услуги), его непосредственные приобретатели имеют стимул переносить часть своих возросших издержек на собственных покупателей за счет повышения своих собственных отпускных цен.

Следовательно, если приобретатель товара (услуги) получает его по завышенным ценам, то его собственные цены при отсутствии нарушения могли бы быть ниже. Однако данный эффект переноса издержек возникает, только если приобретатели товара на рассматриваемом рынке занимают «промежуточное положение» и являются также продавцами на рынке нижнего передела. Для конечных приобретателей товара (услуги) эффект переноса отсутствует. Конечные приобретатели не имеют возможность в какой-то степени компенсировать свои возросшие затраты посредством увеличения цен перепродажи товара или цен на собственную продукцию.

¹⁵ См., например, А. Mas-Colell, M.D. Whinston, J.R. Green, *Microeconomic Theory*, Oxford University Press, 1995, главы 2 и 3.

В тоже время фактическая возможность непосредственных приобретателей переносить издержки ключевым образом зависит от степени конкуренции между ними на рынке нижнего передела. Если рынок нижнего передела является высококонкурентным, то эффект переноса будет близок к 100%. А именно, в силу развитой конкуренции цены на рынке нижнего передела будут приблизительно равны соответствующим предельным издержкам. Учитывая вышесказанное и учитывая, что цены на рынке верхнего передела являются предельными издержками для рынка нижнего передела, необоснованный рост цен на рынке верхнего передела приведет к такому же росту цен на рынке нижнего передела. Соответственно, эффект переноса составит 100%.

Вышеуказанный аргумент основывается на том, что все хозяйствующие субъекты на конкурентном рынке нижнего передела в одинаковой степени подвержены росту цен на рынке верхнего передела (сырья). Однако возможны и иные ситуации. Например, может быть так, что только некоторые участники рынка нижнего передела испытали рост цен (издержек), поскольку они закупают сырье у тех хозяйствующих субъектов, которые являлись участниками картельного соглашения. При этом другие участники рынка нижнего передела имели альтернативные источники сырья (товара) и не были подвержены повышению цен на него. В таком случае эффект переноса может отсутствовать. Пострадавшие хозяйствующие субъекты просто не смогут поднять свои цены, если конкурентное давление со стороны других участников рынка нижнего передела велико. В таком случае пострадавшие хозяйствующие субъекты могут быть вынуждены покинуть рынок в долгосрочной перспективе.

Если же рынок нижнего передела не является рынком совершенной конкуренции, то эффект переноса будет меньше 100%. И действительно, чем менее конкурентным является рынок нижнего передела, тем выше рентабельность участвующих на нем хозяйствующих субъектов. Чем выше рентабельность, тем выше потери прибыли при снижении спроса. Соответственно, хозяйствующие субъекты, участвующие на менее конкурентных рынках нижнего передела, будут завышать свои собственные цены в меньшей степени при увеличении своих издержек, дабы избежать более высоких потерь, ассоциированных со снижением спроса.

В качестве примера полезно рассмотреть гипотетическую ситуацию, представленную в нижеследующей вставке.

Эффект переноса издержек на монопольном рынке при линейном спросе

ООО «Компания» является монополистом на рынке продукта А. Спрос на продукт А хорошо описывается линейной зависимостью: $P = 100 - C$, где P – объем продаж (в млн. штук), и C – цена (в рублях). Соответственно, обратный спрос $C = 100 - P$. Данный спрос представлен на диаграмме ниже.



Предельная выручка, а именно выручка от продажи дополнительной единицы товара, при снижающемся спросе будет равна $100 - 2P$. (График кривой предельной выручки всегда находится под кривой спроса. Фактически это означает, что снижение цены ниже определенного уровня не покрывает издержек продавца и не имеет смысла, даже если при этом такое снижение приводит к дополнительным объемам продаж).

Предположим, что первоначальная себестоимость производства равна $C_1 = 20$ руб./ед. Данная себестоимость складывается из фонда заработной платы в 5 руб. и из стоимости сырья в 15 руб.

ООО «Компания» получает наибольшую прибыль, если продажа дополнительной единицы товара не приносит дополнительной прибыли. То есть, максимум прибыли достигается в точке, где предельная выручка равна предельным издержкам. Простые расчеты показывают, что $100 - 2P = 20$, или $P_1 = 40$ и $C_1 = 100 - 40 = 60$. Иными словами, изначально продажа 40 ед. продукции по цене 60 руб./ед. является для данного хозяйствующего субъекта оптимальной.

Допустим теперь, что картельное соглашение на рынке верхнего передела приводит к росту единицы сырья с 15 до 35 руб./ед., что ведет к росту себестоимости до $C_2 = 40$ руб./ед. ООО «Компания» устанавливает новые цены так, чтобы вновь максимизировать собственную прибыль. Повторяя предыдущие расчеты, мы имеем $100 - 2P = 40$, или $P_2 = 30$ и $C_2 = 100 - 30 = 70$. Как видно, себестоимость возросла на 20 руб., но оптимальная цена возросла лишь на 10 руб.: с 60 до 70 руб./ед. Иными словами, эффект переноса составил 50%.

Для сравнения, если бы ООО «Компания» выбрало перенести весь рост издержек на собственных покупателей, то ее итоговая прибыль была бы меньше. Так, при переносе 50% роста издержек прибыль составит $P_2 \cdot (C_2 - C_2) = 900$ млн. руб. В то время как при переносе 100% роста издержек прибыль составит $(100 - 80) \cdot (80 - 40) = 800$ млн. руб. По этой причине ООО «Компания» не будет

переносить весь рост издержек на своих покупателей несмотря на то, что оно является монополистом и, возможно, обладает существенной рыночной властью.

Важно подчеркнуть, что наличие эффекта переноса должно соответствующим образом приниматься во внимание при расчете убытков. А именно, расчет убытков для конкретного покупателя должен быть основан на его собственной упущенной выгоде в результате нарушения и не должен включать те издержки, которые покупатель сумел покрыть за счет увеличения собственных отпускных цен.

Наконец стоит отметить определенную взаимосвязь между эффектом переноса и эффектом упущенных объемов. Оба эффекта зависят от чувствительности (эластичности) спроса на рынке нижнего передела. Чем выше эффект переноса, тем более значительным будет повышение цен. Но при этом, тем более значительным будет сокращение спроса и, следовательно, эффект упущенных объемов. Следовательно, даже если весь антиконкурентный рост цен был полностью переложено пострадавшими лицами на последующих покупателей, это не означает, что пострадавшие лица не понесли убытков. По меньшей мере, их убытки равны величине эффекта упущенных объемов.

Важно понимать, что хотя эффекты переноса и упущенных объемов частично компенсируют друг друга, в общем случае они не обязательно являются равнозначными. По этой причине на практике оба эффекта необходимо отдельно учитывать при оценке убытка.

3.3. Модельные примеры расчета убытков, эффектов завышенных цен, упущенных объемов и переноса издержек.

В общем случае расчет убытков, вызванных установлением необоснованно высоких цен, проводится следующим образом:

- Вначале рассчитывается, насколько цена в период нарушения превысила ту цену, которая могла бы установиться при отсутствии нарушения.
- Умножая разницу между данными ценами на объем производства в период нарушения, мы получаем убытки, понесенные за счет завышенных цен.
- Из указанных убытков следует вычесть те, что были компенсированы за счет эффекта переноса (рост цен на рынке нижнего передела, умноженный на объем производства в период нарушения).
- Дополнительно требуется оценить убытки, вызванные упущенными объемами. В общем случае данные убытки будут тем более значимы, чем более существенным был эффект переноса издержек.

Описанные в разделе 2 методы сравнительного экономического анализа, а также финансового и экономического моделирования обычно применимы для всех этих расчетов. Например, для оценки эффекта завышенных цен может быть применен сравнительный экономический анализ, либо с использованием данных с

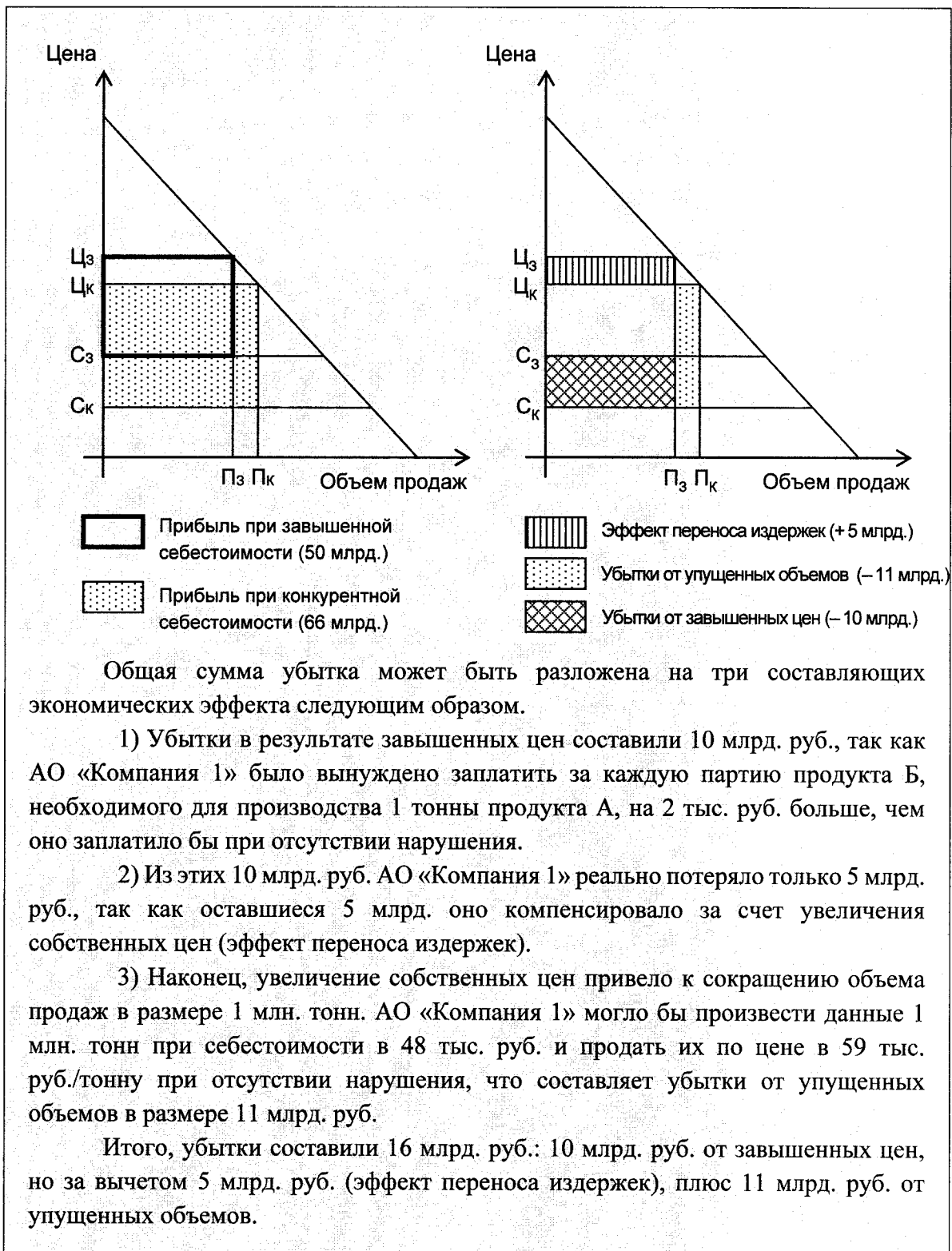
сопоставимых рынков, либо на основе данных до и после нарушения. Для оценки эффекта упущенных объемов может проводиться исследование чувствительности (эластичности) спроса. Эффект переноса издержек представляется возможным оценить с помощью эконометрического анализа, при котором моделируется зависимость между издержками и отпускными ценами пострадавшего лица.

Для наглядного примера расчетов убытков, причиненных установлением (поддержанием) необоснованно высоких цен, рассмотрим следующий гипотетический пример.

АО «Компания 1» является одним из основных производителей некоего продукта А для общероссийского рынка. Для производства продукта А требуется промежуточный продукт Б, который АО «Компания 1» закупает локально в собственном регионе. Локальные производители продукта Б приходят к ценовому картельному сговору, что влечет за собой увеличение издержек производства для АО «Компания 1». При этом конкуренты АО «Компания 1» расположены в других регионах и в данном случае не подвержены негативным эффектам ценового сговора.

До ценового сговора себестоимость продукта А производства АО «Компания 1» составляла $C_k = 48$ тыс. руб./тонну. При этом АО «Компания 1» отпускала свой продукт по цене $C_k = 59$ тыс. руб./тонну и ее годовой объем продаж составлял $P_k = 6$ млн. тонн. Годовая прибыль, соответственно, была равна 66 млрд. руб. $= (59 \text{ тыс.} - 48 \text{ тыс.}) * 6 \text{ млн. тонн.}$

Предположим, что в результате ценового картельного сговора себестоимость возросла на 2 тыс. руб. и достигла $C_z = 50$ тыс. руб./тонну. АО «Компания 1» сочло целесообразным поднять собственную отпускную цену на 1 тыс. руб., так что новая цена составила $C_z = 60$ тыс. руб./тонну. Эффект переноса издержек составил $50\% = 1000 \text{ руб.} / 2000 \text{ руб.}$ (Иными словами, из 2000 руб., приходящихся на увеличение себестоимости, компания переложила на потребителей половину, т.е. 1000 руб.) В результате поднятия отпускной цены спрос на продукцию компании упал с 6 млн. тонн в год до $P_z = 5$ млн. тонн в год. Новая прибыль составила 50 млрд. руб.



Если предположить, что ценовой картельный сговор имел место в течение нескольких лет, то АО «Компания 1» может предъявить иск к локальным производителям продукта Б о взыскании упущенной выгоды за весь рассматриваемый период времени. В таких случаях необходимо соответствующим

образом учитывать упущенные (нереализованные) производственные и коммерческие возможности компании.

Нужно отметить, что незаконные действия производителей продукта Б привели не только к перераспределению прибыли от АО «Компания 1» в их пользу, но и к безвозвратной потере части прибыли АО «Компания 1» из-за сокращения объемов его производства. Соответственно, в общем случае сумма иска будет превышать незаконную прибыль, полученную участниками картеля. Однако в этом нет никакого противоречия: с экономической точки зрения антиконкурентное повышение цен наносит обществу больший вред, чем сверх-прибыль нарушителей из-за так называемых безвозвратных экономических потерь.¹⁶

Действительно, производители продукта Б могли заработать не более 10 млрд. руб. в год за счет своего ценового сговора: они продавали 5 млн. тонн с наценкой в 2 тыс. руб. за тонну, плюс они, вероятно, потеряли какую-то прибыль за счет сокращения спроса на их продукцию. В то же время, убытки АО «Компания 1» составляют 16 млрд. руб. Несмотря на то, что убытки АО «Компания 1» существенно превышает незаконную прибыль производителей продукта Б, последние должны полностью возместить данный убыток.

Рассмотрим также пример расчета убытков (финансовых потерь) для ситуации с установлением монопольно высокой цены:

АО «Компания 1» занимается производством товара А. При этом в процессе производства данного товара АО «Компания 1» вынуждена пользоваться услугами АО «Перевозчик», занимающего доминирующее положение на локальном рынке услуг грузовых перевозок.

Изначально себестоимость товара А производства АО «Компания 1» составляла $C_1 = 15$ тыс. руб./ед. а отпускная цена – $Ц_1 = 23$ тыс. руб./ед. Годовой объем продаж составлял $П_1 = 5$ млн. единиц.

При таких показателях годовая прибыль АО «Компания 1» составляла 40 млрд. руб.:

$$\begin{aligned} \text{годовая прибыль} &= (Ц_1 - C_1) * П_1 = \\ &(23 \text{ тыс.} - 15 \text{ тыс.}) * 5 \text{ млн. ед.} = 40 \text{ млрд. руб.} \end{aligned}$$

С 1 ноября 2013 г. АО «Перевозчик» повысило цену на грузовые перевозки. При этом установлено, что данная цена превышает сумму расходов и прибыли, необходимых для реализации услуг грузовых перевозок, а также цену, которая сформировалась на сопоставимом рынке, то есть данная цена является монопольно высокой.

В результате увеличения стоимости грузовых перевозок себестоимость товара А возросла на 1800 руб. за единицу и составила $C_2 = 16,8$ тыс. руб./ед. В связи с этим АО «Компания 1» подняло отпускную цену на 800 руб., новая цена

¹⁶ В англоязычной литературе используется термин *deadweight loss*.

составила $C_2 = 23,8$ тыс. руб./ед. «Перенос издержек» составил 44,4%: из 1800 руб., приходящихся на увеличение себестоимости, компания переложила на потребителей 800 руб.. В результате поднятия отпускной цены спрос на товар А снизился с 5 млн. единиц в год до $P_2 = 4,5$ млн. единиц в год. Новая прибыль составила 31,5 млрд. руб.

Таким образом, общая сумма финансовых потерь АО «Компания 1» составляет 8,5 млрд. руб. Данная сумма может быть разложена на три составляющих следующим образом.

1) Учитывая увеличение себестоимости одной единицы товара А на 1800 руб., финансовые потери АО «Компания 1» в результате завышения цен на грузовые перевозки составили 8,1 млрд. руб.:

$$(C_2 - C_1) * P_2 = (16,8 \text{ тыс. руб.} - 15 \text{ тыс. руб.}) * 4,5 \text{ млн. ед.} = 8,1 \text{ млрд. руб.}$$

Как обсуждалось ранее, данная сумма подлежит взысканию пострадавшей стороной (АО «Компания 1») с нарушителя (АО «Перевозчик») в порядке применения последствий недействительности условия договора перевозки о цене и пересчета цены услуг перевозчика исходя из ее экономически обоснованной величины.

2) Увеличение собственных цен привело к сокращению объемов продаж АО «Компания 1» товара А в размере 0,5 млн. единиц. При отсутствии нарушения со стороны АО «Перевозчик» АО «Компания 1» могло бы произвести данные 0,5 млн. единиц при себестоимости в 15 тыс. руб./ед. и продать их по цене в 23 тыс. руб./ед., получив тем самым 4 млрд. руб. Данная сумма составляет убытки от упущенных объемов.

Однако одновременно со снижением прибыли, связанным со снижением объемов продаж, АО «Компания 1» получила и дополнительный доход от роста продажной цены товара А. Как отмечалось выше, прирост отпускных цен на товар А составил 44,4% от прироста его себестоимости. Соответственно, дополнительный доход АО «Компания 1» от продажи товара по увеличенной цене составил $8,1 \text{ млрд. руб.} * 44,4\% = 3,6 \text{ млрд. руб.}$ Данная сумма подлежит взысканию в рамках требования о возмещении убытков.

Убытки от упущенных объемов подлежат уменьшению на величину дополнительной прибыли от увеличения цены продажи товара и составят 0,4 млрд. руб.

3.4. Расчет убытков для потребителей, не являющихся непосредственными приобретателями рассматриваемого товара (услуги).

3.4.1. Покупатели, приобретающие рассматриваемый товар (услугу) у конкурентов нарушителей

Иногда нарушение может привести к убыткам даже для тех потребителей, которые покупали товар не у собственно хозяйствующих субъектов, совершивших нарушение антимонопольного законодательства, а у их конкурентов.¹⁷ Произойти это может по нескольким взаимосвязанным причинам.

Во-первых, согласно законам экономической теории на любом рынке цены различных хозяйствующих субъектов положительно взаимосвязаны между собой. Это значит, что антиконкурентное повышение цен нарушителями будет сопровождаться некоторым повышением цен и иных участников рынка. Потребители, приобретающие товары (услуги) у конкурентов нарушителей, таким образом, будут вынуждены платить за них больше, чем при отсутствии нарушения.

Во-вторых, вследствие необоснованного повышения цен потребители рассматриваемого товара (услуги) в какой-то степени переключатся на конкурентные товары других производителей, которые не участвовали в нарушении. Однако более высокий спрос на продукцию конкурентов приведет к росту цен на эти товары (услуги), что в свою очередь приведет к потерям для их потребителей.

Оценка убытков для потребителей в таких случаях проводится в соответствии с общими принципами расчета убытков для непосредственных покупателей (см. подраздел 3.2 выше).

3.4.2. Покупатели на рынках нижнего передела (косвенные покупатели)

Установление необоснованно высоких цен может приводить к убыткам, как для непосредственных покупателей рассматриваемого товара (услуги), так и для покупателей на рынках нижнего передела (косвенных покупателей) за счет эффекта переноса издержек непосредственными покупателями. Расчет убытков для хозяйствующих субъектов на рынках нижнего передела базируется на той же логике, которая лежит в основе расчета убытков для непосредственных покупателей (см. подраздел 3.2 выше).

Рассмотрим первый пример из Раздела 3.3. В связи с картельным сговором о ценах на рынке сырья АО «Компания 1» было вынуждено поднять свою отпускную цену на продукт А с $C_k = 59$ тыс. руб./тонну до $C_z = 60$ тыс. руб./тонну. Предположим, что АО «Компания 2» закупало продукт А у АО «Компания 1» с целью его перепродажи розничным покупателем. Первоначально АО «Компания 2» продавало продукт по розничной цене $P_{Ck} = 62$ тыс. руб./тонну, и объем продаж

¹⁷ В англоязычной литературе используется термин *umbrella customers*.

составлял 1 млн. тонн. Рост оптовой цены до 60 тыс. руб./тонну привел к росту розничной цены до РЦз = 62,2 тыс. руб./тонну (эффект переноса составил лишь 20% в связи с высоким уровнем конкуренции на розничном рынке). Объемы розничных продаж АО «Компания 2» при этом упали до 800 тыс. тонн.

По аналогии с предыдущими примерами, убытки АО «Компания 2» составили в данном случае 1 240 млн. руб.: 800 млн. руб. – убытки, вызванные завышенными ценами на сырье АО «Компания 2», из которых 160 млн. было компенсировано за счет эффекта переноса, и 600 млн. руб. – убытки, вызванные упущенными объемами. Таким образом, АО «Компания 2», закупающая продукт А у АО «Компания 1», может предъявить иск к поставщикам «АО Компания 1» в размере 1 240 млн. руб., поскольку ценовой сговор последних привел (опосредованно) к повышению цен для АО «Компания 2».

4. Расчеты убытков причиненных нарушениями, ограничивающими доступ на товарный рынок, устраняющими хозяйствующих субъектов с рынка (сокращающими их рыночные доли).

4.1. Введение.

В некоторых случаях действия, соглашения хозяйствующих субъектов, органов власти могут ограничивать доступ на рынок для имеющихся или потенциальных конкурентов или быть направленными на сокращение рыночной доли конкурентов. 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,¹⁸ 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.

Настоящий раздел построен следующим образом. Оценка убытков хозяйствующих субъектов, уже присутствовавших на рынке во время нарушения, рассматривается в подразделе 4.2. Оценка убытков хозяйствующих субъектов, которые планировали войти на рынок, но не смогли этого сделать из-за незаконного

¹⁸ В англоязычной экономической литературе используются термины *bundling* и *tying*.

ограничения конкуренции, рассматривается в подразделе 4.3. Подраздел 4.4. посвящен убыткам покупателей.

4.2. Оценка убытков для имеющих конкурентов.

Эффекты ограничения конкуренции для имеющих конкурентов могут проявляться по-разному. Например, заключение эксклюзивного контракта с одним дистрибутором может привести к росту издержек для других дистрибуторов за счет ослабления их конкурентной позиции. Установление монопольно низких цен доминирующим субъектом может привести к снижению выручки его конкурентов и их невозможности покрывать свои издержки производства. И в том и в другом случае возможно снижение рентабельности пострадавшего лица, уменьшение его рыночной доли и, возможно, выход пострадавшего лица с данного рынка в принципе. Негативный эффект снижения прибыльности (рентабельности) может быть усилен потерей отдачи от эффекта масштаба¹⁹ или сетевыми эффектами.²⁰

При расчете убытков для имеющих конкурентов необходимо ответить на следующие вопросы:

- насколько были занижены выручка, прибыль, рыночная доля пострадавшей стороны в результате нарушения?
- каковы были бы издержки, выручка, прибыль и другие показатели финансовой деятельности пострадавшей стороны, если бы нарушения не произошло?

Ответы на эти вопросы позволяют провести контрфактуальный анализ. Все методы, рассмотренные в разделе 2 (сравнительный экономический анализ, финансовое и экономическое моделирование), могут быть использованы для этой цели. Например, анализ доли рынка пострадавшего лица в периоде, предшествовавшем нарушению, может позволить рассчитать долю рынка, которую пострадавшее лицо имело бы в последующем при отсутствии нарушения, или его прибыль. Как и в остальных случаях оценки убытков, одновременное использование нескольких методов позволяет повысить надежность оценки.

Дополнительную значимость для контрфактуального анализа приобретают внутренние маркетинговые исследования или коммерческие планы хозяйствующих субъектов. Соответствующие внутренние документы компаний, если они были подготовлены в период до нарушения, могут содержать объективные прогнозы по развитию долей рынка или по рентабельности

¹⁹ В англоязычной экономической литературе используются термин *economies of scale*. Под эффектом масштаба понимается ситуация, когда средние издержки на производство товара (услуги) снижаются с ростом объема производства. Соответственно, чем больше объем продаж, тем дешевле обходится производство одной единицы товара (услуги).

²⁰ В англоязычной экономической литературе используются термин *network effects*. Под сетевым эффектом понимается ситуация, когда товар (услуга) тем более ценны, чем больше пользователей у данного товара (услуги). Соответственно, рентабельность возрастает с ростом доли рынка. И наоборот, падение доли рынка приводит к падению рентабельности.

хозяйствующих субъектов. Например, если есть доказательства того, что хозяйствующий субъект планировал инвестиции по расширению мощностей и наращивание производства, но был вынужден отменить или отложить данные планы в результате незаконного ограничения конкуренции со стороны других участников рынка или органов власти, то эту информацию необходимо должным образом учесть при проведении контрфактуального анализа.

По результатам контрфактуального анализа можно определить убытки как разницу между фактическим финансовым состоянием (рыночным положением) пострадавших хозяйствующих субъектов и тем, которое могло бы иметь место при отсутствии ограничения конкуренции. Выбор конкретного показателя (индикатора) хозяйственной деятельности для оценки убытков может быть продиктован особенностями рассматриваемой ситуации и должен быть соответствующим образом обоснован стороной, осуществляющей оценку убытков. Так, если оценка выручки не представляется возможной и если нарушение в первую очередь привело к росту издержек, то приближенная оценка убытка может быть получена за счет рассмотрения одних лишь издержек, без учета выручки. И наоборот, если нарушение в первую очередь привело к падению выручки и если надежная оценка издержек по каким-то причинам невозможна, то анализ одной лишь выручки, без учета издержек, может быть допустим.

Важно отметить, что ограничение конкуренции может иметь долгосрочные последствия для конкурирующих хозяйствующих субъектов, если их рыночная позиция была значительным образом ослаблена. По этой причине экономическая ситуация данных хозяйствующих субъектов, наблюдаемая после периода нарушения, как правило, не является показательной относительно ситуации, которая могла бы иметь место при отсутствии нарушения. Соответственно, при проведении сравнительного анализа предпочтительно использовать для сравнения период, предшествовавший нарушению, а не период после окончания нарушения.

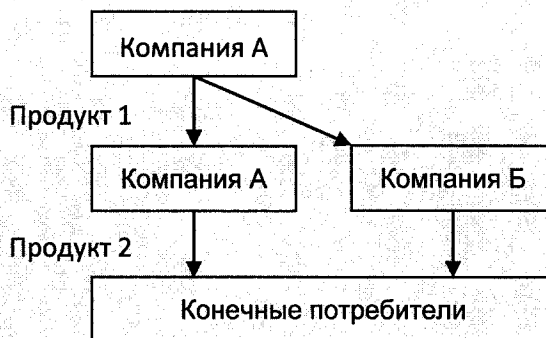
Если ограничение конкуренции привело к снижению рыночной доли хозяйствующего субъекта или иным образом ослабило его рыночную позицию, то хозяйствующий субъект продолжает нести убытки и после окончания нарушения. А именно, прибыль, которую хозяйствующий субъект получает после окончания нарушения, будет меньше той прибыли, на которую он мог бы рассчитывать, если бы нарушения не было вовсе. Данные потери также будут составлять упущенную выгоду пострадавшего лица, подлежащую возмещению.

Наконец, при расчете суммарных убытков за ряд периодов, данные убытки должны учитывать упущенные коммерческие и инвестиционные возможности пострадавшего лица.

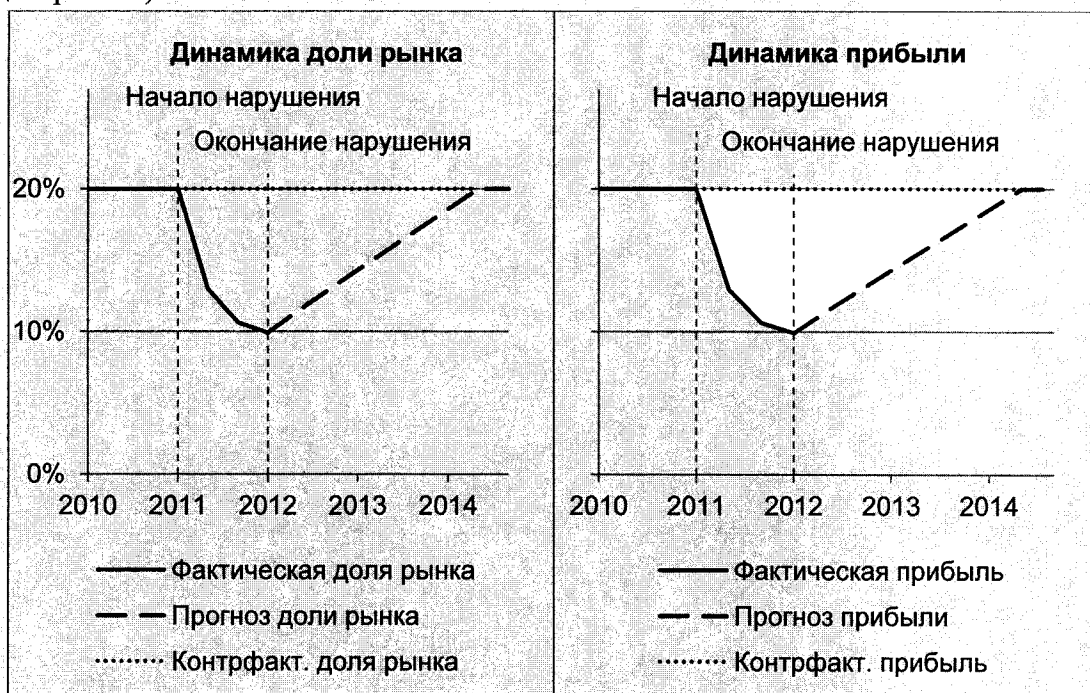
Для наглядной иллюстрации основных принципов расчета убытков, причиненных имеющимся конкурентам, рассмотрим следующий пример.

Необоснованный отказ от поставок ресурса

АО «Компания А» является вертикально-интегрированной компанией, производящей промежуточный продукт 1 и конечный продукт 2. На рынке продукта 1 АО «Компания А» является монополистом. Рынок продукта 2 является конкурентным, и в качестве основного конкурента АО «Компания А» выступает АО «Компания Б». АО «Компания Б» закупает продукт 1, необходимый для производства продукта 2, у АО «Компания А».



Начиная с 2011 г., АО «Компания А» необоснованно сократило поставки продукта 1 для АО «Компания Б». Данное сокращение поставок привело к сокращению рыночной доли АО «Компания Б» на рынке продукта 2 с 20% до 10% (см. нижеследующую диаграмму, левая часть). В свою очередь потеря рыночной доли привела к пропорциональному снижению прибыли (правая часть диаграммы)²¹.



²¹ В данном примере в оценку убытков положено сравнение фактической и контрфактуальной прибыли. Аналогичные расчеты можно производить и на основе денежных потоков компании. Оба подхода приводят к одним и тем же результатам по оценке убытков.

АО «Компания Б» обратилось с жалобой в ФАС России. В результате АО «Компания А» было признано нарушившим антимонопольное законодательство, после чего оно возобновило поставки продукта 1 для АО «Компания Б» в 2012 г. Пострадавшее лицо ожидает, что его рыночная доля и прибыль вернутся на прежний уровень не раньше первой половины 2014 г. Упущенная выгода как прошлых, так и будущих периодов, которую АО «Компания Б» получило бы при отсутствии нарушения, закрашена белым цветом на диаграмме, как разница между контрфактуальной²² и фактической прибылью. Контрфактуальная прибыль должна включать, при наличии соответствующего обоснования, доходы от разумного экономического использования свободных денежных средств компании, например, доходы от реинвестиций данных средств в производство. АО «Компания Б» может подать иск на возмещение всей указанной упущенной выгоды.

Бремя доказывания того, что при отсутствии нарушения рыночная доля и прибыль оставались бы на своем прежнем уровне, и что эти показатели полностью восстановятся в 2014 г., возлагается на АО «Компания Б».

4.2.1. Оценка убытков конкурентов от недобросовестной конкуренции.

Не меньший ущерб, чем монополистическая деятельность, способна нанести недобросовестная конкуренция – злоупотребления, от которых сегодня страдает все больше компаний и предпринимателей, каким бы бизнесом они не занимались.

В частности, на практике распространены ситуации, когда при предоставлении аналогичных услуг нарушитель незаконно использует товарный знак, сходный до степени смешения с товарным знаком, зарегистрированным за конкурентом.

Помимо того, что такие действия вводят в заблуждение потребителей услуг, они могут причинить существенные убытки конкуренту нарушителя.

Рассмотрим характерные примеры.

Пример 1. На рынке определенных услуг для населения действует АО «Компания А». Данная организация является правообладателем товарного знака «А», который она активно использует в своей деятельности.

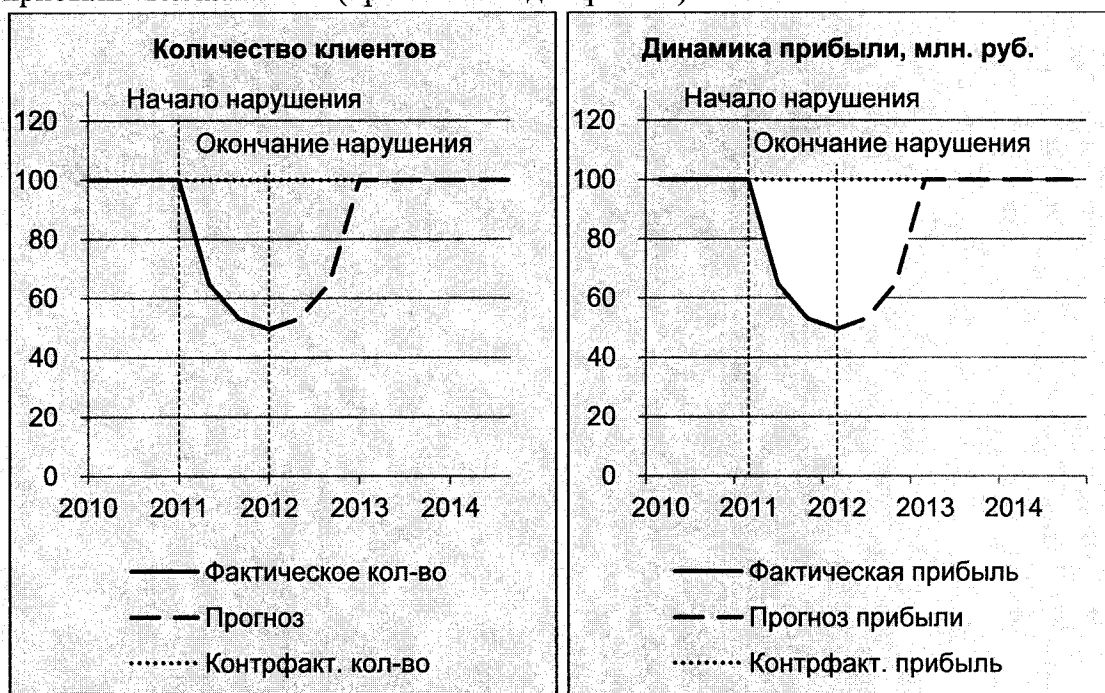
Наряду с указанной организацией на рынке аналогичных услуг ведет деятельность АО «Компания Б», которая обладает меньшей известностью и в целях получения преимущества за счет т.н. «паразитирования» на широко известном товарном знаке «А», начиная с 2011 г., неправомерно использует в своей деятельности сходный до степени смешения товарный знак «А1».

Учитывая известность и узнаваемость товарного знака «А», рядовые потребители, увидев товарный знак «А1», используемый «Компанией Б»,

²² Подходы по расчету контрфактуальной прибыли рассмотрены в Разделе 2.2.

воспринимают ее в качестве подразделения «Компании А», что вызывает смешение между двумя организациями и предоставляет «Компании Б» возможность извлекать выгоду из известности «Компании А» (оказывать услуги потребителям, стремящимся приобрести услуги конкурента).

В то же время «Компания А» несет убытки, вызванные оттоком 25 % своих клиентов к недобросовестному конкуренту – «Компании Б». В свою очередь потеря существенного количества клиентов привела к пропорциональному снижению прибыли «Компания А» (правая часть диаграммы).



В результате обращения «Компании А» в антимонопольный орган недобросовестный конкурент признан нарушившим антимонопольное законодательство и с 2012 г. прекращает неправомерное использование товарного знака «А1».

Согласно обоснованному прогнозу «Компания А» сможет восстановить прежнее количество клиентов и показатели прибыли лишь к началу 2013 г. Образовавшуюся к этому моменту упущенную выгоду «Компания А» может возместить в судебном порядке.

Расчет упущенной выгоды в данном случае будет выглядеть следующим образом²³.

$$\text{Упущенная выгода} = (КП_{2011} - ФП_{2011}) + (КП_{2012} - ПП_{2012})$$

где:

²³ В данном примере в оценку убытков положено сравнение фактической и контрфактуальной прибыли. Аналогичные расчеты можно производить и на основе денежных потоков компании. Оба подхода приводят к одним и тем же результатам по оценке убытков.

КП – контрафактуальная прибыль²⁴, которую АО «Компания А» получило бы в указанных годах при отсутствии нарушения. Данная прибыль должна включать доходы от разумного экономического использования свободных денежных средств компании.

ФП₂₀₁₁ – фактическая прибыль, полученная АО «Компания А» по итогам 2011 г. Прибыль 2011 г. существенно снизилась по сравнению с 2010 г. в результате противоправных действий недобросовестного конкурента.

ПП₂₀₁₂ – прогнозная прибыль, которую по обоснованным предварительным прогнозам АО «Компания А» получит в 2012 г. Предполагается, что, начиная с 2013 г., компания вернется к финансовым показателям, предшествовавшим нарушению со стороны недобросовестного конкурента.

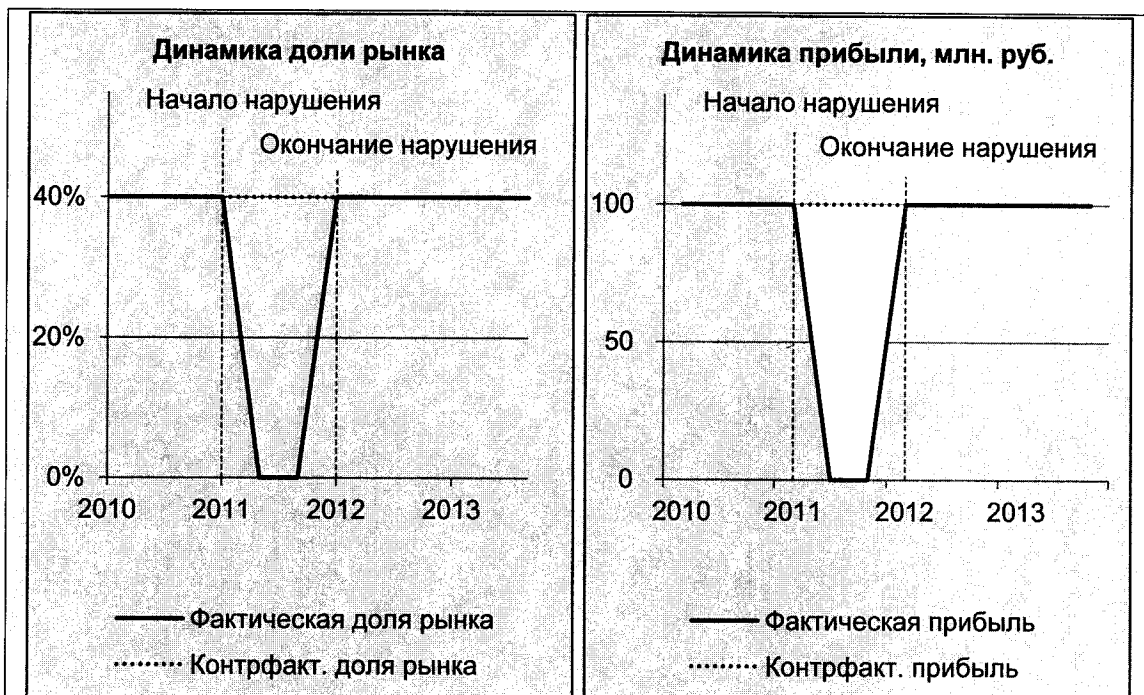
Пример 2. Стоит также рассмотреть случай недобросовестной конкуренции, связанной с приобретением и использованием исключительного права на товарный знак.

В 2011 г. АО «Компания А», занимающее 15 % на рынке производства и реализации сувенирной продукции, зарегистрировало за собой широко используемый различными хозяйствующими субъектами товарный знак «N» и направило конкурентам претензии, в которых требовало заключить с ним договор на право использовать данный товарный знак. В случае невыполнения данного требования «Компания А» обещала судебное преследование и применение предусмотренных законом санкций.

При этом, как отмечалось, товарный знак «N» начал использоваться другими субъектами рынка задолго до «Компании А».

В результате действий «Компании А» ее конкуренты были вынуждены убрать из продажи свою продукцию, маркированную товарным знаком «N» и были фактически устранены с рынка сувенирной продукции, реализуемой под данным товарным знаком.

²⁴ Подходы по расчету контрафактуальной прибыли рассмотрены в Разделе 2.2.



Один из наиболее крупных хозяйствующих субъектов на данном рынке, АО «Компания Б», занимающее 40% доли рынка, обратилось с жалобой в антимонопольный орган, в результате чего АО «Компания А» было признано нарушившим антимонопольное законодательство. Антимонопольный орган предписал нарушителю отозвать претензии в адрес конкурентов, а также направил свое решение в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности для признания недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку «N». Препятствия к реализации товара конкурентами были устранены к концу 2011 г. Упущенная выгода АО «Компания Б» в данном случае может быть рассчитана как стоимость использующей спорный товарный знак продукции, которую оно могли реализовать в течение 2011 г. Данная упущенная выгода также должна учитывать упущенные экономические возможности от использования свободных денежных средств. Например, если АО «Компания Б» может доказать, что в результате потери дохода в 2011 г. оно не смогло осуществить планируемые закупки сувенирной продукции для реализации в последующих периодах и в результате потеряло соответствующую прибыль, то соответствующие потери также должны быть оценены и возмещены.

Наравне с АО «Компания Б» и другие участники рынка могут предъявить иски к АО «Компания А». При этом ситуация и убытки других участников рынка могут быть отличны от тех, с которыми столкнулось АО «Компания Б».

4.3. Оценка убытков для потенциальных конкурентов.

Ограничивающие конкуренцию действия, могут оказывать негативные последствия не только на имеющих, но также и на потенциальных конкурентов.

Обычно такие ситуации возникают, когда вход потенциальных конкурентов на рынок был затруднен или предотвращен благодаря нарушению. Основанием для возмещения убытков потенциальному конкуренту должно быть, среди прочего, доказательство того, что он не только планировал, но и мог осуществить успешный вход на рынок при отсутствии нарушения.

Для оценки убытков потенциальных конкурентов применяются те же методы, что и для оценки убытков имеющихся конкурентов, но за следующим исключением. При расчете убытков потенциальных конкурентов сравнение с периодами до и после нарушения не представляется возможным, поскольку данных конкурентов не было на рынке ни до, ни после нарушения. Однако, как и для случая имеющихся конкурентов, для расчета убытков потенциальных конкурентов возможно проведение сравнительного анализа сопоставимых рынков, а также финансовое или экономическое моделирование. Например, основой финансового моделирования может выступать бизнес-план потенциального конкурента, в котором оценивались предполагаемая выручка и затраты при входе на рассматриваемый рынок, если этот бизнес-план был подготовлен до нарушения.

Отсутствие данных, например, в части подходящих для анализа сопоставимых рынков, может служить препятствием для оценки полной суммы убытка (например, недополученной прибыли). В таких случаях хозяйствующий субъект может выбрать обращение с иском, направленным лишь на возмещение реального ущерба, связанного с подготовкой к входу на рынок. Например, если потенциальный конкурент понес инвестиционные затраты (осуществил капитальные вложения), но не смог выйти на рынок в силу ограничения конкуренции, то он может выбрать предъявление иска к нарушителю лишь на сумму данных инвестиционных затрат. При этом бремя доказывания того, что такой подход обоснован с экономической точки зрения и что данные инвестиции полностью окупились бы при отсутствии нарушения, лежит на пострадавшем лице.

Для наглядной иллюстрации основных принципов расчета убытков, причиненных потенциальным конкурентам, рассмотрим следующий пример.

Создание препятствий входа на рынок

На рынке продукта 1 оперировал один хозяйствующий субъект, АО «Компания А». Дополнительно, АО «Компания Б» рассматривало целесообразность входа на данный рынок. По заказу АО «Компания Б» был подготовлен бизнес-план по входу на рынок со следующими основными заключениями.

Категория доходов/расходов	Чистая текущая (дисконтируемая) стоимость планируемых доходов/расходов
Капитальные вложения (инвестиции)	(10 млрд. руб.)
Издержки производства (себестоимость за вычетом капитальных затрат)	(5 млрд. руб.)
Ожидаемая выручка	17 млрд. руб.
Ожидаемая прибыль	2 млрд. руб.

АО «Компания Б» приняло решение осуществить вход на рынок и начало строительство нового завода. Строительство было завершено в 2010 г. и обошлось АО «Компания Б» в 10 млрд. руб. Как только строительство завода было завершено и АО «Компания Б» было готово начать поставки продукта 1, АО «Компания А» установило цены на свою продукцию ниже издержек производства. Монопольно низкие цены АО «Компания А» привели к тому, что АО «Компания Б» было вынуждено отменить вход на рынок.

Действия АО «Компания А» были признаны незаконными, противоречащими законодательству о конкуренции в 2013 г. К тому времени АО «Компания Б» продало новый завод сторонним лицам за 7 млрд. руб. Соответственно, АО «Компания Б» понесло фактические убытки в размере 3 млрд. руб., вызванные ограничением возможности его входа на рынок. АО «Компания Б» может предъявить иск на полную величину данных убытков. При этом бремя доказывания того, что при отсутствии нарушения инвестиции в 10 млрд. руб. полностью окупились бы, возлагается на истца.

Представляется, что данная оценка убытков является консервативной, поскольку АО «Компания Б» также понесла убытки в виде недополученной прибыли от продажи продукта (2 млрд. руб.), а также в виде связанных с этим упущенных коммерческих и инвестиционных возможностей в 2010-2013 гг.

4.4. Оценка убытков для покупателей.

Конечной целью ограничения конкуренции является увеличение или усиление рыночной власти. Следовательно, в долгосрочном плане ограничение конкуренции может привести либо к более высоким ценам, либо к снижению доступности, более низкому качеству товаров и услуг. Соответственно, ограничение конкуренции может привести к ущемлению интересов потребителей рассматриваемого товара (услуги). Наравне с имеющимися и потенциальными конкурентами нарушителя, покупатели также имеют право на возмещение причиненных им убытков.

При этом ограничение конкуренции может привести к убыткам для покупателей, как с момента начала нарушения, так и позднее. А именно – возможны ситуации, когда покупатели вначале выигрывают в результате нарушения, но несут убытки в последующем. Так, если доминирующий хозяйствующий субъект устанавливает монопольно низкие цены с целью вытеснения конкурентов с рынка и с целью последующего установления монопольно высоких цен, покупатели вначале выиграют, но затем понесут убытки.

Если убытки покупателей, которые они несут в результате ограничения конкуренции, вызваны необоснованно высокими ценами, то оценка убытков проводится в соответствии с методами, рассмотренными в разделе 3. Ограничение конкуренции также может привести к снижению доступности товаров и услуг или снижению их качества, что способно причинить убытки потребителям соответствующих товаров и услуг. В той степени, в которой эта характеристика подлежит объективному количественному измерению, общие методы расчета убытков, описанные в разделе 2, будут применимы и в данном случае.