

Проблемы доказательства в антимонопольных делах

В практике рассмотрения антимонопольным органом и судами антимонопольных дел нередко возникают проблемы, связанные с доказыванием хозяйствующим субъектом отсутствия нарушения конкурентного законодательства. Иногда в арбитражных судах собранные управлениями УФАС России доказательства разваливаются, а решения отменяются. Хотя адвокатам конкуренции представляется, что они учли все доводы «за» и «против» и что нарушение конкурентного права установлено.



Егор СВЕЧНИКОВ,
юрист юридической фирмы
«ЮСТ»

Редакция журнала «Конкуренция и рынок» предлагает обратить внимание на процесс сбора доказательств спорящими сторонами. Есть мнение, что излишняя спешка и невнимание к мелочам может свести на нет кропотливую работу антимонопольщиков. Насколько объективно мнение специалистов из юридической фирмы «ЮСТ», мы предлагаем вам разобраться самим. Главное — знать о существовании такой точки зрения и не упускать ее из вида, когда к рассмотрению дела приступает комиссия УФАС России.

Стадия переговоров с контрагентами

Практика Федеральной антимонопольной службы, ее территориальных органов (далее — ФАС, антимонопольный орган) и судов показывает, что хозяйствующим субъектам следует позаботиться об обосновании правомерности своих действий еще на стадии ведения переговоров с контрагентами по поводу совершения сделок. Иными словами, позиция компании «не буду участникам рынка ничего объяснять, а при необходимости принесу доказательства в ФАС» может привести к отрицательному для компании результату. Наиболее наглядно такая ситуация просматривается по делам о возможном злоупотреблении своим доминирующим положением хозяйствующим субъектом, имеющим значительную долю на рынке.

Федеральный закон № 135-ФЗ «О защите конкуренции» от 26.07.2006 (далее — Закон о конкуренции) в п. 5 ч. 1 ст. 10 установил для монополиста запрет на экономически или технологически необо-

снованный отказ от заключения договора. Из данной нормы следует, что при наличии экономических или технологических причин отказ в заключении договора не является антимонопольным нарушением. Поэтому при предоставлении в ФАС или в суд доказательств наличия таких причин монополист не может быть признан нарушившим Закон о конкуренции. Однако здесь важно иметь в виду, что ФАС и суды могут отклонить доводы доминирующего субъекта об отсутствии нарушения, мотивируя это тем, что монополист во время переговоров с заказчиками не объяснял экономические или технологические препятствия для заключения договора.

В качестве примера приведем арбитражное дело № А40-63445/11-153-559, в рамках которого ОАО «НПП «Респиратор» было признано злоупотребившим своим доминирующим положением путем отказа ремонтным заводам в поставке им комплектов деталей к авиационному оборудованию. В рамках данного антимонопольного дела ОАО «НПП «Респиратор» ссылалось на то, что у него были экономические причины для такого отказа. Однако ФАС в своем решении указала на то, что в переписке с ремонтными заводами ОАО «НПП «Респиратор» не приводило экономических причин невозможности осуществления поставок. Несмотря на представление доказательств наличия экономических препятствий для поставок товара, суды по данному делу поддержали позицию ФАС. Получается, что, по сути, ОАО «НПП «Респиратор» было признано виновным в нарушении Закона о конкуренции, поскольку общество в своих письмах контрагенту подробно не обосновало причины отказа в поставке.

По нашему мнению, приведенная позиция ФАС и суда является дискуссионной. Согласно п. 2 ч. 3 ст. 41 Закона о конкуренции, в решении ФАС по антимонопольному делу должны содержаться выводы о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства. В силу п. 5 ч. 1 ст. 10 Закона о конкуренции нарушением является только экономически или технологически обоснованный отказ монополиста в заключении договора. Следовательно, ФАС должна доказать наличие всех элементов состава правонарушения, в том числе — отсутствие экономического обоснования в действиях ответчика. Даже если в переписке с контрагентами монополист не объяснял экономических (или технологических) причин своих действий, то это не значит, что такие причины у него отсутствуют или что они не должны проверяться антимонопольным органом. Арбитражный суд, установив на основании материалов судебного дела, экономическое обоснование действий ОАО «НПП «Респиратор», должен был отменить решение

ФАС, поскольку в таком случае нарушение Закона о конкуренции отсутствует.

Данный пример свидетельствует о том, что иногда проблема доказывания заключается в том, повлияет ли на исход дела представление в ФАС или в суд тех доводов и доказательств, которые не были раскрыты в процессе переговоров с контрагентами. Принимая во внимание приведенную практику, нами могут быть даны следующие рекомендации, прежде всего, крупным организациям на рынке. Во-первых, необходимо внимательно относиться к переписке с другими хозяйствующими субъектами. Рекомендуем отражать в переписке обоснование своих действий или бездействия (в частности, отказа заключить договор) со ссылкой на нормы права и внутренние документы компании. Во-вторых, в случае, когда организацией проводился анализ экономической или технологической ситуации на собственном производстве, основные результаты такого анализа следует донести до обратившегося заказчика. В-третьих, рекомендуем разработать

Позиция компании «не буду участникам рынка ничего объяснять, а при необходимости принесу доказательства в ФАС» может привести к отрицательному для компании результату. Наиболее наглядно такая ситуация просматривается по делам о возможном злоупотреблении своим доминирующим положением хозяйствующим субъектом, имеющим значительную долю на рынке.

в организации инструкцию о порядке подготовки ответов на обращения хозяйствующих субъектов, в которой предусмотреть основные требования к содержанию ответа, в том числе запрет на немотивированный ответ. Предприняв перечисленные меры, крупная компания на рынке в значительной степени уменьшит риск привлечения к ответственности за злоупотребление доминирующим положением.

Смотрим новые документы

Проблемы доказывания в делах по обжалованию в суде решений ФАС не ограничиваются указанными случаями, когда монополист приводит в обоснование отсутствия нарушения доводы, которые не были им раскрыты на стадии переговоров с контрагентами. В суде могут возникнуть препят-



ствия для оценки судом новых доказательств, которые антимонопольный орган не исследовал.

По результатам рассмотрения антимонопольного дела, анализа документов и пояснений участвующих лиц ФАС выносит решение. В случае его обжалования суд проверяет законность решения антимонопольного органа. При этом объем материалов, которые изучаются судом, могут отличаться от рассмотренных в ФАС, поскольку лица могут ходатайствовать о приобщении к материалам судебного дела новых доказательств, не представленных в ФАС в процессе рассмотрения ею дела. Возникает вопрос – насколько суд при проверке решения ФАС должен принимать во внимание доказательства, которые антимонопольный орган не исследовал?

Можно пойти в подобных рассуждениях еще дальше и поднять вопрос о том, а может ли сам антимонопольный орган представлять суду дополнительные доказательства. Попробуем ответить на данные вопросы.

Предположим, что ФАС усмотрела на основании имеющихся у нее материалов навязывание доминирующим субъектом своему контрагенту невыгодных условий договора, что запрещено п. 3 ч. 1 ст. 10 Закона о конкуренции. Однако монополист, оспаривая решение ФАС, представляет в суде дополнительные документы, подтверждающие наличие технологических причин необходимости включения в договор спорных условий. Если суд примет данные доказательства, то решение ФАС подлежит отмене, поскольку технологически обоснованное предложение контрагенту включить в договор определенные условия не является антимонопольным правонарушением. Однако суды в вопросе о новых доказательствах не во всех случаях становятся на сторону хозяйствующего субъекта.

Сразу отметим, что при анализе судебной практики далеко не всегда можно выявить, рассматривал ли суд новые документы от сторон или нет. Зачастую суд рассматривает дело с учетом документов, не исследованных антимонопольным органом, и не поднимает вопрос о правомерности приобщения таких документов. То есть суд может проверить законность решения антимонопольного органа с учетом доказательств, которые отсутствуют в материалах антимонопольного дела в ФАС.

Однако встречается судебная практика, опровергающая данный вывод. В частности, Девятый арбитражный апелляционный суд в своем постановлении от 14.10.2008 по делу № А40-15063/08-121-156 указывал на то, что письма в адрес ООО «Сергиево-Посадская энергосбытовая компания» не были представлены в антимонопольный орган в ходе рассмотрения им дела. Предметом судебного спора является законность и обоснованность реше-

ния Московского УФАС России, которым не анализировались данные документы. В результате апелляционный суд не учитывал новые документы и оставил в силе решение антимонопольного органа (аналогичные выводы содержатся в постановлениях Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 14.06.2011 по делу № А50-2256/2011, Седьмого арбитражного апелляционного суда от 14.09.2009 по делу № А45-9128/2009).

Судебные акты по делу № А40-156326/09-154-1045 также подтверждают невозможность представления суду документов, не изученных антимонопольным органом. Особенностью данного спора является то, что суд обозначил исключение из правила о невозможности представления суду новых доказательств. Суд первой и кассационной инстанций при разрешении данного арбитражного дела мотивировал свою позицию, основываясь на доказательствах, которые у ФАС отсутствовали. Обоснованием для принятия во внимание новых документов послужило то, что в процессе рассмотрения дела в ФАС лицо было лишено возможности их представить. В частности, антимонопольный орган не удовлетворил ходатайства лица об отсрочке заседания. Следовательно, в некоторых случаях суд выясняет, не ограничил ли антимонопольный орган право участвующих в деле лиц на представление доказательств, и только при установлении такого ограничения суд анализирует новые документы.

Таковы отдельные прецеденты судебной практики, однако повторимся, что нередко суды не отражают в своих решениях вопроса о возможности приобщения новых документов и оценивают доказательства, отсутствующие в материалах антимонопольного дела в ФАС.

Кому можно, а кому нельзя

По нашему мнению, представляется правильным исследование судом как материалов дела антимонопольного органа, сформированных в ФАС, так и дополнительных доказательств от лиц, в отношении которых антимонопольный орган принял решение, и вот почему. Прежде всего не будем забывать, что Арбитражный процессуальный кодекс РФ (АПК РФ) гарантирует участвующим в деле лицам право на представление суду доказательств (ч. 2 ст. 9, ч. 1 ст. 41 АПК РФ). Такое право отсутствует при кассационном производстве (ст. 286 АПК РФ) и ограничено при апелляционном рассмотрении дела, в частности, дополнительные доказательства принимаются апелляционным судом в случае наличия уважительных причин невозможности их представления в суд первой инстанции (ч. 2 ст. 268 АПК РФ). Поскольку обжалование решения ФАС относится к категории дел, возникающих из публичных

правоотношений, то лишать хозяйствующих субъектов возможности доказывать свою невиновность несправедливо. Ведь в таких спорах хозяйствующие субъекты являются более слабой стороной, а государство (в лице ФАС), как одна из сторон спора, реализует властное полномочие привлекать к ответственности за посягательство на охраняемые общественные отношения (конкуренцию).

Конечно, противники данной позиции могут возразить: «Как можно при проверке в суде законности решения ФАС учитывать дополнительно представленные в суд документы, которые антимонопольный орган не изучал и на которых не основывал свое решение?». Такая точка зрения, на наш взгляд, опровергается тем, что задача суда (да и не только суда, но и любого правоприменительного органа) —

Если новые для ФАС документы подтверждают отсутствие любого из элементов правонарушения (например, объективной стороны, как в приведенном выше случае с технологическим обоснованием предложения монополиста об условиях договора), то решение ФАС, установившее факт совершения правонарушения, незаконно и подлежит отмене.

не проверить решение ФАС на предмет его соответствия материалам антимонопольного дела, а установить наличие или отсутствие правонарушения со стороны физического или юридического лица. Если новые для ФАС документы подтверждают отсутствие любого из элементов правонарушения (например, объективной стороны, как в приведенном выше случае с технологическим обоснованием предложения монополиста об условиях договора), то решение ФАС, установившее факт совершения правонарушения, незаконно и подлежит отмене.

Прямо противоположный вывод следует сделать в отношении возможности представления суду дополнительных доказательств самим антимонопольным органом. По нашему мнению, такая возможность должна, безусловно, отсутствовать у ФАС. Как орган государственной власти, ФАС, рассмотрев антимонопольное дело, изучив документы и установив нарушение, не может в дальнейшем как бы продолжать свое расследование, представляя суду новые доказательства. Совершенно немысли-

мо, чтобы административный орган проверял собственные выводы, запрашивал новые документы, проводил дополнительный анализ после вынесения своего решения. Если что-то было упущено ФАС, то восполнять свои пробелы в суде ФАС не может. И обоснование тому все то же — обвиняемое антимонопольным органом лицо является более слабой стороной и речь идет о деле из публичного правоотношения, где любая ошибка государственного органа должна использоваться в пользу обвиняемого. Именно так подошел к вопросу Восемнадцатый арбитражный апелляционный суд в постановлении от 13.04.2011 по делу № А07-17852/2010, не приняв представленные антимонопольным органом в качестве дополнения полисы страхования, билеты на проезд, поскольку указанные документы получены после рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства и вынесения антимонопольным органом оспариваемого решения.

Положение ч. 5 ст. 200 АПК РФ, возлагающее именно на антимонопольный орган бремя доказывания законности своего решения, лишь подтверждает изложенную позицию. ФАС должна показать суду, что ее выводы основаны на таких-то доказательствах, имеющихся в материалах дела, и на определенных нормах права, которые подлежат применению с учетом обстоятельств, установленных ФАС в процессе своего расследования.

Таким образом, дополнительные доводы и документы от хозяйствующего субъекта подлежат рассмотрению в суде при проверке решения ФАС. Документы же, представляемые антимонопольным органом как дополняющие его позицию, не могут быть положены в обоснование решения суда. Однако встречается позиция судов о проверке решения антимонопольного органа только в пределах тех материалов дела, которые находятся в ФАС. Поэтому лицу, участвовавшему в антимонопольном деле в ФАС, может быть отказано судом в представлении новых документов. В связи с этим не рекомендуем откладывать представление доказательств до суда. Если в процессе рассмотрения дела в антимонопольном органе определенные доказательства еще не подготовлены, рекомендуем ходатайствовать об отложении рассмотрения антимонопольного дела с целью представления документов. При этом по Закону о конкуренции срок рассмотрения дела в ФАС может быть продлен до 9 месяцев. Если же после представления всех документов ФАС не согласится с доводами хозяйствующего субъекта и укажет в своем решении обратную позицию, то можно будет доказывать в суде несоответствие выводов ФАС тем материалам антимонопольного дела и нормам права, на которые хозяйствующий субъект ссылался. ●