



**АССОЦИАЦИЯ
АНТИМОНОПОЛЬНЫХ
ЭКСПЕРТОВ**

Определение убытков от антимонопольных нарушений: иностранный опыт и российская практика.

Разъяснения ФАС России по определению убытков.

Олег Москвитин
партнер, руководитель антимонопольной и тарифной практик
КА «Муранов, Черняков и партнеры»

**Нижний Новгород,
13 сентября 2018 г.**

1. Применяющиеся в Европейском союзе методики определения убытков закреплены в Практическом руководстве по оценке ущерба в исках об убытках, причиненных нарушениями ст. 101 или 102 Договора о функционировании ЕС (**Практическое руководство**).

2. По сути, это рабочий документ сотрудников Еврокомиссии, который одновременно информирует всех заинтересованных лиц о существующих методиках определения убытков, опирающихся на лучшие экономические и юридические практики. Как особо отмечается в п. 12 специального Сообщения Еврокомиссии, **Практическое руководство никоим образом не связывает национальные суды или стороны разбирательств в правилах оценки убытков.**

Цель этого документа – помочь сторонам и судьям разобраться в разновидностях ущерба и применимых методах его оценки, расчета (п. 11 того же Сообщения Еврокомиссии).

3. Практическое руководство появилось не сразу и не на пустом месте. Отправной точкой в его создании можно, по-видимому, считать утвержденную Еврокомиссией в декабре 2005 г. Зеленую книгу по искам о возмещении убытков, причиненных антимонопольными правонарушениями.

В преамбуле Книги сообщалось, что причиной ее принятия стала реформа процессуальных норм применения европейских правил о защите конкуренции. В результате возникла потребность в определении и устранении препятствий для свободного использования частных исков в системе антимонопольного сдерживания. **В качестве одного из таких препятствий была названа необходимость конкретной оценки ущерба как ключевого вопроса иска об убытках.**

4. Своеобразным ответом на вопросы, поставленные в этом докладе, следует считать принятую в 2008 г. Белую книгу. Поскольку ее опубликованию предшествовало глубокое изучение проблемы, завершившееся в конце 2007 г., она носит более информативный и системный характер. Так, оценка ущерба, причиненного антимонопольным нарушением, уже обозначается как «громоздкая» процедура, достичь цели которой в отдельных случаях «чрезмерно сложно и даже невозможно».
 5. В связи с этим Еврокомиссия заявила в Белой книге о намерении утвердить документ рекомендательного характера, который для того, чтобы облегчить калькуляцию убытков, объединил бы применяемые методики оценки ущерба. Таким документом впоследствии и стало Практическое руководство.
 6. В ходе работы над ним проводились многочисленные консультации с судьями, рассматривающими иски по антимонопольным делам. Источником необходимой информации послужили также отзывы, направленные в Еврокомиссию после опубликования Белой книги.
 7. Масштабным вкладом стало исследование, проведенное экспертным агентством Охега при участии правоведов из разных юрисдикций. Более чем 150-страничный анализ включает подробнейшее описание способов и методик оценки ущерба, а также практические нюансы, возникающие при их использовании.
 8. Проект Практического руководства, опубликованный в июне 2011 г., в почти не измененном виде вошел в итоговый документ два года спустя. Перед этим в его преамбуле Еврокомиссия резюмировала сделанную с 2005 г. работу и пригласила заинтересованных специалистов направить замечания к тексту документа.
- Таким образом, окончательный вариант Практического руководства получился тщательно проработанным, практико-ориентированным, призванным упростить и ускорить разрешение споров по убыткам.



А. Сравнительные методы, предполагающие сопоставление положения пострадавшего (и рыночной ситуации) в условиях нарушения антимонопольного законодательства и вне таковых.

Эти методы можно, в свою очередь, подразделить на подвиды.

А.1. Сравнение положения в период и до или после нарушения, т.е. over time. При этом изучается ситуация в одних и тех же продуктовых и географических границах рынка.

Судебная практика. Судом первой инстанции в г. Граце (Австрия) было рассмотрено дело *Bundesarbeitskammer v. Powerdrive Fahrschule Andritz GmbH*. Потерпевшая сторона пыталась взыскать убытки за установление и поддержание монопольно высокой цены на услуги автошкол. Суд установил, что после окончания противоправных действий цена на такие услуги упала приблизительно на 21%. Он использовал эти данные для оценки ущерба, применив разновидность метода *over time*, а именно *during-and-after* – сравнение показателей рынка во время антиконкурентного нарушения и после него. Апелляционный суд в дальнейшем подтвердил правильность этого подхода.

А.2. Сравнение ситуаций на рынке, затронутом нарушением, и на рынке с другими географическими границами. (например, могут сравниваться цены, по которым были вынуждены платить пострадавшие от картеля компании, с ценами, по которым платили в тот же период аналогичные предприятия на другом, не охваченном сговором рынке).

А.3. Сравнение ситуаций на разных продуктовых рынках (товары должны быть максимально схожи, рынки должны быть подобны по количеству игроков, рыночной власти покупателей, структуре издержек и т.п.).

А.4. Синтез метода over time со сравнением ситуаций на разных рынках, на котором такого нарушения не было. Метод хорош тем, что позволяет выявить влияние на рынок и исследуемую экономическую величину (например, на цену товара) иных факторов, кроме допущенного нарушения, и, соответственно, точнее определить убыток.



Б. Методы экономического моделирования, симулирующие гипотетические ситуации без нарушения.

Судебная практика. Пример экономического моделирования – исчисление убытков, примененное пострадавшим в деле *Conduit Europe, S.A. v. Telefonica de Espana S.A.U.* Поводом для иска стало антиконкурентное поведение испанского телекоммуникационного оператора. После либерализации законодательства в 2003 г. монополист должен был упростить вход на рынок для новых игроков, облегчив доступ к абонентской базе. Однако в отношении истца такая обязанность не была исполнена.

Чтобы оценить ущерб, *Conduit Europe, S.A.* провела фундаментальное экономическое исследование. Для аналогии был использован телекоммуникационный рынок Великобритании. Он также функционировал в условиях недавно прекращенной монополии, однако на нем бывший монополист не совершал антиконкурентных нарушений. Основываясь на полученных данных, истец смоделировал экономический рост, возможный для его бизнеса в условиях гипотетического отсутствия правонарушения, и оценил убытки как разницу между модельной ситуацией и реальным положением дел.



Хотя суд значительно снизил компенсацию по сравнению с оценкой *Conduit Europe, S.A.*, само экономическое моделирование не было признано необоснованным.

I. Статус документа

Разъясняющий, информационно-рекомендательный. Логичное и важное продолжение Разъяснений № 6 Президиума ФАС России «Доказывание и расчет убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства».

II. Цели

Обобщить большинство существующих методик определения убытков, сформированных по итогам исследования как российской правоприменительной практики, так и зарубежного опыта (в том числе уже названного 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»).

Сделать доступной информацию о разновидностях убытков, причиняемых нарушениями антимонопольного законодательства, и применимых методах оценки, расчета таких убытков.

Тем самым способствовать развитию частных исков о взыскании убытков и улучшению состояния конкуренции в стране.

III. Адресаты

Антимонопольные органы ((1) формирование позиции для процессов о взыскании убытков при привлечении их третьими лицами; (2) определение ущерба в делах по КоАП РФ и последствий нарушений в рамках антимонопольных расследований).

ВАЖНО: На Разъяснения могут ориентироваться любые частные лица (истцы и ответчики), эксперты.

Не будем забывать: Расчет полученных убытков, приложенный к заявлению в антимонопольный орган, может стать важным обоснованием признаков правонарушения – дополнительным основанием возбуждения дела или выдачи предупреждения

1. Анализ законодательства, российской, а также зарубежной правоприменительной практики, видов и составляющих убытков от антимонопольных нарушений, ограничений по их взысканию, обязательных к доказыванию элементов.
2. Концептуальные подходы к расчету убытков, применимые универсальные (не зависящие от особенностей законодательства той или иной страны) методики.
3. Особенности расчета и модельные примеры расчета убытков для конкретных видов нарушений (злоупотребления доминирующим положением, антиконкурентные соглашения, недобросовестная конкуренция).

Переработка и уточнение документа в ходе обсуждений с заинтересованными объединениями и ФОИВ (два очных совещания, сбор письменных мнений/отзывов):

1. Исключены разделы, посвященные устранению ущерба за счет взыскания неосновательного обогащения, оспаривания антиконкурентных сделок и их условий (применение реституции), проблемным вопросам применения сроков исковой давности.
2. Внесены точечные уточнения и дополнения.

Таким образом, утвержденная редакция Разъяснений представляет собой компромиссный вариант.

Дело об удобрениях (А40-46424/10-59-378), 2010 г.

Взысканные убытки: 1,14 млрд. руб.

Обстоятельства:

Ответчик-доминант в нарушение ценовых 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 нарушения истец был вынужден приобретать апатитовый концентрат у ответчика по более высокой цене, чем другие российские потребители, что причинило ему убытки в виде реального ущерба.

Расчет убытка: разница между ценой, оплаченной истцом нарушителю, и ценой апатитового концентрата, указанной ФАС России как обоснованной. Эта разница составила **1 141 085 606 руб. 15 коп.**

**Взыскание убытков
удобряет почву
для конкуренции**



Дело о сырье для цемента (А40-118546/2010), 2012 г.

Взысканные убытки: 111 млн. руб.

Обстоятельства:

Это спор о взыскании упущенной выгоды, вызванной необоснованным прекращением ответчиком поставки сырья (**нарушение антимонопольного законодательства было подтверждено решением ФАС России**).

По мнению судов, отказ ответчика в поставке сырья (белитового шлама) стал единственной причиной, воспрепятствовавшей истцу в производстве и реализации готовой продукции (цемент) и получении соответствующего дохода.

Расчет убытка: была проведена достаточно сложная экономическая судебная экспертиза, которая пришла к следующим, в частности, выводам:

- 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.



Дела о лекарствах (А56-23056/2013 и А40-14800/2014), 2015 г.

1. Антигриппин.

Взысканные убытки: 1 662 млн. руб.

Обстоятельства: Истец занимался производством и оптовой продажей лекарственных средств "Антигриппин-АНВИ" и "Антигриппин-максимум". В свою очередь, нарушитель приобрел исключительные права на товарные знаки, содержащие словесное обозначение «антигриппин» и направил покупателям предупредительные письма с требованиями прекратить введение в гражданский оборот фармацевтических препаратов, маркированных обозначением "Антигриппин-АНВИ" и "Антигриппин-максимум", вернуть товары поставщику и убрать всю информацию, относящуюся к этим препаратам. Этот запрет также был адресован неопределенному кругу участников товарного рынка через СМИ. Решением ФАС действия ответчика, связанные с приобретением и использованием исключительных прав на товарные знаки, расценены как акт недобросовестной конкуренции. К взысканию в качестве убытков был предъявлен доход, неполученный вследствие приостановления производства и реализации лекарственных средств, вызванных поведением нарушителя.

Расчет убытка: проведена сложная экономическая судебная экспертиза, **подобная предлагаемым в Разъяснениях подходам.** «Для оценки потенциальных доходов использован метод сопоставления с доходами до прекращения или сокращения деятельности и с показателями аналогичных компаний в период прекращения. Полученные данные скорректированы с учетом сезонного характера спроса на препараты, уровня инфляции и других значимых факторов».

Дела о лекарствах (А56-23056/2013 и А40-14800/2014), 2015 г.

2. ТЕВА.

Взысканные убытки: 410 млн. руб.

Обстоятельства: Отказ ответчика от заключения с истцом нового договора поставки (ранее квалифицированный ФАС России как нарушение статьи 10 Закона о конкуренции) не позволил истцу принять участие в гостендере на поставку лекарственных препаратов и далее поставить товар по госконтрактам, тем самым причинил истцу упущенную выгоду. Размер убытка, определен как величина бонуса, который истец получил бы от ответчика, если бы реализовал его препарат по госконтрактам.

**Взыскание
убытков –
прививка от
недобросовестности**



Авиаторы, потребители электроэнергии, etc.

Вместо споров о возмещении убытков российский бизнес нередко предпочитает идти путем взыскания неосновательного обогащения.

Например, суды в двух случаях взыскали в пользу авиапредприятий неосновательное обогащение, рассчитанное исходя из разницы между применявшейся поставщиками топлива монопольно высокой ценой и обоснованной ценой, определенной в решениях УФАС. **Кроме того, на сумму неосновательного обогащения были начислены в соответствии с п. 2 ст. 1107 ГК РФ проценты за пользование чужими денежными средствами).**



В другом случае истец взыскал со своего обидчика неосновательное обогащение в сумме уплаченной стоимости безучетного потребления энергии. Оснований для оплаты не было, однако энергокомпания добилась платежа, отключив электроэнергию. В дальнейшем такие действия были квалифицированы антимонопольной службой по п. 4 ч. 1 ст. 10 Закона о защите конкуренции, а пострадавший потребитель вернул свои деньги и проценты на них.

ВАЖНО: Возможность взыскания процентов в соответствии с п. 2 ст. 1107 ГК РФ – одно из важных отличий истребования неосновательного обогащения от взыскания с нарушителя антимонопольного законодательства убытков.

Коллеги, как вы полагаете, возможна процентная «индексация» имущественных потерь в рамках взыскания убытков?

Дело о нефтепродуктах (А46-9296/2015), 2016 г.

Взыскивавшиеся убытки: около 700 млн. руб.

Выводы судов:

При использованном истцом в методе расчета имущественных потерь им должна была быть определена обоснованная оптовая, мелкооптовая и розничная цена, **цена, сформированная не только в условиях, при которых выявленные территориальным органом ФАС России нарушения антимонопольного законодательства отсутствовали, но и с учетом общих факторов, влияющих на нее (например, спрос и предложение, колебание цен на нефть и др.).**

Цена продажи ОАО "Газпром нефть" топлива Омскому ПНПО признана необоснованно высокой в сравнении с ПНПО, расположенными в этом же регионе, но это не предполагает, что минимальная цена продажи топлива, принятая за базовое (исходное) значение, экономически обоснованная.

Для исчисления потерь истцом использован подход, примененный территориальным органом ФАС России, **признанный судами при рассмотрении дел N А56-6545/2012, N А46-30731/2012 допустимым и достаточным для вывода о наличии в поведении ответчиков признаков нарушения антимонопольного законодательства, но не для исчисления вреда, причиненного субъектам, осуществляющим аналогичную с ОАО "Газпромнефть-Омск" деятельность на соответствующих товарных рынках.**

Положительный вывод судов: При причинении убытков совместными действиями нарушителей (например, картель) их ответственность будет солидарной.



Почему пострадавшие от порядка 7 000 антимонопольных нарушений в год не спешат взыскивать убытки?

С какого момента считать сроки исковой давности (практика – момент совершения антимонопольного нарушения, момент обращения в ФАС, момент принятия ФАС решения по антимонопольному делу и т.д.)?

Представляется, что: 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.

К кому предъявлять иск об убытках, причиненных картелем и подобными соглашениями? Солидарная ответственность всех нарушителей?



АССОЦИАЦИЯ
АНТИМОНОПОЛЬНЫХ
ЭКСПЕРТОВ

Примеры рассматриваемых в Разъяснениях актуальных вопросов

1. При повышении издержек из-за антимонопольного нарушения пострадавшее предприятие, как правило, старается переложить **часть или все** возросшее финансовое время на собственных клиентов.

Этот фактор должен учитываться при расчете убытков пострадавшего (pass-on уменьшает размер ущерба). **В противном случае с ответчика будут взысканы излишние суммы.**

Н.В. Полный перенос издержек не означает полное отсутствие убытка: увеличение пострадавшим предприятием цен на свою продукцию обычно влечет падение продаж.

2. Законодательство РФ не лишает косвенных покупателей нарушителя права на возмещение ущерба. Двойного взыскания (прямой контрагент нарушителя, косвенный покупатель товара нарушителя) при этом не происходит: **каждый взыскивает ту часть возросших в результате нарушения финансовых издержек, которая легла на него.**

Законодательные ограничения взыскиваемых убытков. Стандарт доказывания размера убытков.

1. Законодательство может ограничивать состав взыскиваемых убытков. Так, например, энергоснабжающая организация, злоупотребившая при исполнении обязательств по договору энергоснабжения, обязана возместить только причиненный этим реальный ущерб, но не упущенную выгоду пострадавшего (статья 547 ГК РФ и правоприменительная практика ее толкования).
2. Суд не может отказать в удовлетворении требования о возмещении убытков только на том основании, что размер убытков не установлен точно. Размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности (Пленум ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, практика арбитражных судов по делам об «антимонopolных убытках»).

Сравнительный экономический анализ

Сопоставление основных рыночных характеристик и параметров рынка, которые фактически имели место в период нарушения, с теми, которые имелись:

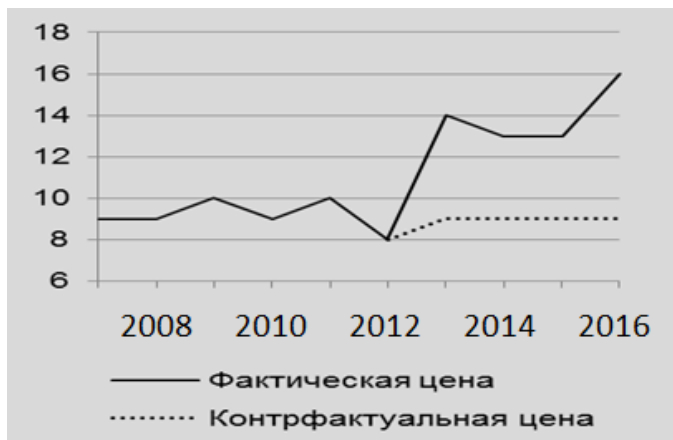
- до начала и/или после прекращения нарушения на рассматриваемом рынке;
- на ином, но сопоставимом товарном рынке (в разные промежутки времени).

Экономическое и финансовое моделирование

- оценка нормы прибыли и других финансовых показателей, в т.ч. суммы издержек (себестоимости) производства и соответствующей торговой наценки;
- использование теории отраслевых рынков – моделирование ситуации в отсутствие нарушения.



Сопоставление во времени



Экстраполяция данных – прогноз на основе показателей до нарушения и предположений об их динамике.



Интерполяция данных – прогноз на основе показателей до и после нарушения, выявление объективной динамики.



- В регионе А с 2010 по 2014 гг. имелся ценовой сговор;
- Регион Б имеет сопоставимый рынок, но с изначально меньшей средней ценой;
- Цены в регионах А и Б имели одинаковую динамику в 2007-2009 гг.;
- Цена в регионе А во время нарушения – цена в регионе Б с прибавкой в 2 рубля.

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.

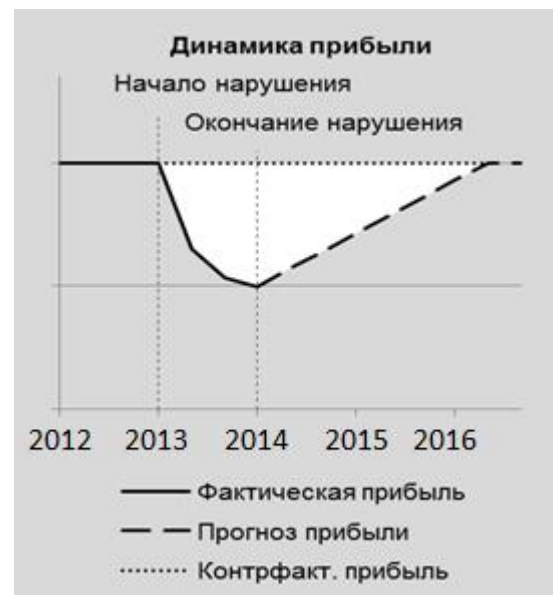
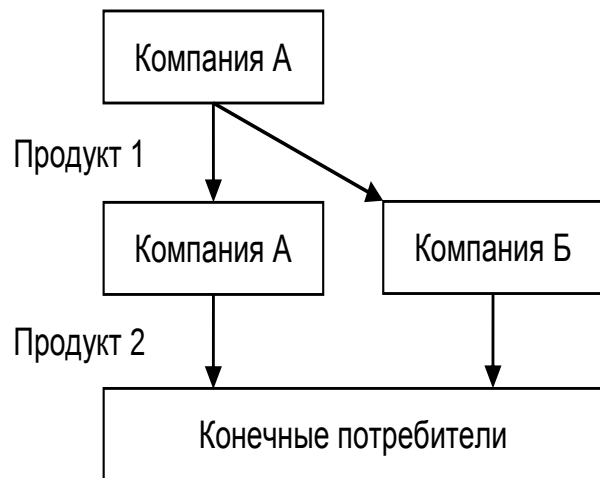
Эффект упущенных объемов

Завышенная цена может повлиять на объем спроса на товар, а, следовательно, сократить количество производимого товара на нижестоящем товарном рынке, которого, как и выручки, могло быть больше при отсутствии нарушения.

Эффект переноса издержек

Рост издержек непосредственных потребителей может быть перенесен на последующих покупателей путем повышения непосредственными потребителями своих собственных отпускных цен.

Убытки от ограничения доступа на рынок



- 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?



АССОЦИАЦИЯ
АНТИМОНОПОЛЬНЫХ
ЭКСПЕРТОВ



Олег Москвитин

Член Генерального совета Ассоциации антимонопольных экспертов, адвокат, партнер Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры»

Тел: + 7 903 795 46 20

E-mail: o.moskvitin@rospravo.ru

Коллегия адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры»

Денисовский пер., д. 23, стр. 6, Москва, 105005

Телефон: +7 495 783 7450

Факс: +7 495 795 0390

Сайт: www.rospravo.ru



АССОЦИАЦИЯ
АНТИМОНОПОЛЬНЫХ
ЭКСПЕРТОВ

СПАСИБО ЗА ВНИМАНИЕ!

Ассоциация антимонопольных экспертов
competitionsupport@competitionsupport.com
www.competitionsupport.com.

119017, Россия, Москва,
ул. Большая Ордынка, д. 40, стр. 5
Тел. : 7 (495) 720 95 47