



СУД ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА

О С О Б О Е М Н Е Н И Е
судьи Туманяна А.Э.
(дело № СЕ-1-2/8-19-КС)

13 февраля 2020 года

город Минск

Коллегией Суда Евразийского экономического союза 11 февраля 2020 года вынесено решение по делу по заявлению закрытого акционерного общества «Дельрус» и товарищества с ограниченной ответственностью «Дельрус РК» об оспаривании решения Коллегии Евразийской экономической комиссии от 17 сентября 2019 года № 165 «О нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках» (далее – решение № 165).

Не соглашаясь с решением Коллегии Суда и в соответствии со статьей 79 Регламента Суда Евразийского экономического союза, утвержденного решением Высшего Евразийского экономического совета от 23 декабря 2014 года № 101, заявляю особое мнение по следующим основаниям.

1. Общие принципы и правила конкуренции установлены в разделе XVIII Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года (далее – Договор), положения которого согласно пункту 2 статьи 74 Договора распространяются на отношения, связанные с реализацией конкурентной (антимонопольной) политики на территории государств-членов, и на отношения с участием хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) государств-членов, которые оказывают или могут оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках на территории двух и более государств-членов.

Евразийская экономическая комиссия (далее – Комиссия), являясь постоянно действующим органом Союза, согласно пункту 2 статьи 8 Договора действует в пределах полномочий, которые предоставлены ей Договором и международными договорами в рамках Союза.

На основании подпункта 9) пункта 3 Положения о Евразийской экономической комиссии Комиссия осуществляет свою деятельность в пределах полномочий, предусмотренных Договором и международными договорами в рамках Союза, в том числе в сфере конкурентной политики.

В соответствии с пунктом 7 статьи 76 Договора Комиссией в порядке, предусмотренном Протоколом об общих принципах и правилах конкуренции (приложение № 19 к Договору) (далее – Протокол № 19), осуществляется пресечение нарушений хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств-членов общих правил конкуренции, установленных Договором, в случае если такие нарушения оказывают или могут оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках на территории двух или более государств-членов, за исключением финансовых рынков.

Таким образом, как правильно отмечает Коллегия Суда в решении от 11 февраля 2020 года, компетенция Комиссии по пресечению нарушений общих правил конкуренции возникает при наличии двух обязательных условий:

запрет установлен Договором;

нарушение запрета оказывает или может оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках.

Критерии отнесения рынка к трансграничному в целях определения компетенции Комиссии согласно пункту 2 статьи 74 Договора установлены решением Высшего Евразийского экономического совета от 19 декабря 2012 года № 29 (в редакции решения Высшего Евразийского экономического совета от 26 декабря 2016 года № 26) «Об утверждении критериев отнесения рынка к трансграничному».

Согласно пункту 2 Критериев в целях применения общих правил конкуренции, установленных в статье 76 Договора, рынок относится к трансграничному, если его географические границы охватывают территории двух и более государств-членов.

Большая Коллегия Суда в консультативном заключении от 17 декабря 2018 года пришла к выводу о том, что пунктом 2 Критериев предусмотрено общее правило трансграничности рынка – для целей определения компетенции Евразийской экономической комиссии по пресечению нарушений общих правил конкуренции хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств-членов Евразийского экономического союза, которое применяется ко всем нарушениям, предусмотренным пунктами 1–6 статьи 76 Договора.

Пресечение нарушений хозяйствующими субъектами запретов, установленных в пунктах 3–5 статьи 76 Договора, входит в компетенцию Комиссии при наличии дополнительного условия, установленного пунктом 4 Критериев, – по крайней мере, два хозяйствующих субъекта, чьи действия приводят или могут привести к нарушению запрета, зарегистрированы на территории разных государств-членов.

На основании изложенного можно сделать вывод, что географические границы трансграничного рынка устанавливаются исходя из основного

правила о трансграничности товарного рынка – географического критерия, а также специальных правил, применяемых дополнительно к общему географическому критерию в зависимости от вида нарушения в сфере конкуренции для целей его пресечения.

Оспариваемое истцами решение № 165 принято в соответствии с подпунктом 3 пункта 10 Протокола № 19, который наделяет Комиссию правом принимать обязательные для исполнения хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств-членов решения, в том числе о применении штрафных санкций, а также пунктами 44 и 45 Порядка рассмотрения дел о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках, утвержденного решением Совета Евразийской экономической комиссии от 23 ноября 2012 года № 99.

В решении № 165 Комиссия утверждает, что географические границы товарного рынка услуги по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan определены границами Республики Казахстан и Российской Федерации, и рынок является трансграничным, поскольку включает территории двух государств-членов.

Подобное утверждение Комиссии основано лишь на факте регистрации предоставляющих данную услугу закрытого акционерного общества «Дельрус» (далее – ЗАО «Дельрус») на территории Российской Федерации, а товарищества с ограниченной ответственностью «Дельрус РК» (далее – ТОО «Дельрус РК») – на территории Республики Казахстан, что формально соответствует положению пункта 4 Критериев.

Однако, согласно норме–определению подпункта 19) пункта 2 Протокола № 19 товарный рынок – это сфера обращения товара, который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров, в границах которой (в том числе географической), исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности, приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами.

Из данного определения следует, что для квалификации сферы обращения услуги по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan в качестве трансграничного рынка недостаточно лишь фактов оказания услуги на территории Республики Казахстан и отдельно в Российской Федерации, а также регистрации хозяйствующих субъектов на территории разных государств-членов. Необходима совокупность относимых и допустимых доказательств, обосновывающих как факт обращения товара (услуги), (т.е. его (ее) движения от производителей (продавцов) к потребителям посредством купли–продажи) на территории двух и более государств-членов на сопоставимых условиях, так и наличия экономической, технической или иной возможности либо целесообразности, исходя из которой приобретатель из Республики

Казахстан может приобрести услугу на территории Российской Федерации, а приобретатель из Российской Федерации – приобрести ее на территории Республики Казахстан.

Этот довод подтверждается нормой подпункта а) пункта 26 Методики оценки состояния конкуренции, утвержденной Решением Совета Евразийской экономической комиссии от 30 января 2013 года № 7 (далее – Методика), согласно которой при определении географических границ товарного рынка в целях установления его соответствия Критериям выявляется такой признак трансграничности товарного рынка как поставка товара с территории одного государства-члена на территорию другого государства-члена.

В материалах дела отсутствуют доказательства, обосновывающие факт оказания услуг по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan хозяйствующими субъектами Республики Казахстан по заказам хозяйствующих субъектов Российской Федерации или хозяйствующими субъектами Российской Федерации по заказам хозяйствующих субъектов Республики Казахстан в пределах временного интервала исследования рынка (2016 год–1 квартал 2017 года).

Более того, в материалах дела, а следовательно, и в решении № 165 отсутствует обоснованный ответ на вопрос о наличии у хозяйствующих субъектов Республики Казахстан и Российской Федерации экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобрести услугу по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan за пределами своего государства-члена.

В пункте 4.1.2 Аналитического отчета Комиссии «О результатах оценки состояния конкуренции на трансграничном рынке аппарата FibroScan (различных его модификаций), в том числе его обслуживания и его поставки» лишь отмечено: «Учитывая, что услуга по калибровке ультразвуковых датчиков аппарата для неинвазивного определения фиброза печени FibroScan проводится на территории Республики Казахстан и Российской Федерации, то предварительно географическими границами товарного рынка услуг следует определить как территории Республики Казахстан и Российской Федерации».

На основании этого сделан вывод: «Учитывая изложенное, можно сделать вывод о том, что исследуемый рынок может относиться к трансграничному...».

В самом же решении № 165 отмечено: «Географические границы товарного рынка услуги по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan определены границами Республики Казахстан и Российской Федерации. Рынок является трансграничным, поскольку включает территории двух государств-членов».

Считаю, что на основе данной информации практически невозможно сделать объективный вывод о трансграничности товарного рынка.

Однако Коллегия Суда пришла к выводу о том, что при установлении географических границ товарного рынка услуги по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan Комиссией соблюдены процедурные требования, правильно применены нормы Методики оценки состояния конкуренции. Вывод Комиссии о том, что географические границы рынка определены границами Республики Казахстан и Российской Федерации, является обоснованным.

Между тем, в материалах дела отсутствуют данные о выполнении Комиссией требований подпункта б) пункта 24 Методики, согласно которому процедура определения географических границ товарного рынка включает в себя, в том числе, выявление условий обращения товара, ограничивающих экономические, технические возможности приобретения товара покупателем вне географических границ товарного рынка, пункта 27 Методики и, в частности, подпунктов е), ж), з) в соответствии с которыми при выявлении условий обращения товара, ограничивающих экономические, технические возможности приобретения товара покупателем, учитываются особенности территории в предварительно определенных географических границах товарного рынка (в том числе природно–климатические и социально–экономические особенности, наличие зон регулируемого или частично регулируемого ценообразования), региональные особенности спроса на товар (включая потребительское предпочтение), условия, правила и обычаи делового оборота. Не применены методы определения географических границ товарного рынка, установленные пунктом 28 Методики.

Коллегия Суда упустила из виду и не подвергла анализу императивное требование пункта 26 Методики, согласно которому при определении географических границ товарного рынка в целях установления его соответствия Критериям выявляются следующие признаки трансграничности товарного рынка:

а) поставка товара с территории одного государства-члена на территорию другого государства-члена;

б) поставка товара с территории третьих стран на территории двух или более государств-членов.

Из материалов дела следует, что начиная с 2016 года сервисное обслуживание аппарата FibroScan, и в том числе калибровка датчиков, производилась на территории Республики Казахстан ТОО «Дельрус РК», которое в 2016 году на основании договора безвозмездного пользования № 069А от 18 января 2016 года получило внешний калибратор ультразвукового датчика к аппарату FibroScan от ЗАО «Дельрус».

10 января 2017 года между теми же хозяйствующими субъектами был заключен договор субаренды той же калибровочной скамьи.

За весь период с 2016 года по первый квартал 2018 года медицинские организации Российской Федерации осуществляли сервисное обслуживание аппарата для неинвазивного определения фиброза печени FibroScan, и в том числе калибровке датчиков, посредством организаций, зарегистрированных на территории этого государства-члена, а именно ЗАО «Дельрус» и ООО «Медицинская компания».

В отсутствие предусмотренных Методикой исследований и анализа, которые обязана была осуществить Комиссия при определении географических границ товарного рынка, данный факт, с моей точки зрения, свидетельствует о том, что в рассматриваемый период существовало два автономных рынка услуги по калибровке датчиков для аппарата FibroScan – товарный рынок Республики Казахстан и товарный рынок Российской Федерации.

Что касается единичного обращения общества с ограниченной ответственностью «Scuderia», случайного занимающегося посредничеством хозяйствующего субъекта, к ЗАО «Дельрус» с предложением оказать услугу по калибровке датчиков к аппарату FibroScan, то этот факт, без рассмотрения вопроса о наличии (отсутствии) экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретения данной услуги медицинскими организациями Республики Казахстан, не является достаточным доказательством существования трансграничного рынка в понимании товарного рынка согласно норме подпункта 19) пункта 2 Протокола № 19 и не представляет собой поставку товара с территории одного государства-члена на территорию другого государства-члена, что является обязательным признаком трансграничности рынка в соответствии с подпунктом а) пункта 26 Методики.

Таким образом, считаю, что Комиссия неверно определила географические границы товарного рынка услуги по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan и ошибочно сделала вывод о его трансграничности.

В связи с этим Комиссия не обладала полномочиями по рассмотрению заявления Министерства экономики Республики Казахстан и принятию решения от 17 сентября 2019 года № 165 «О нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках».

2. Пункт 45 Порядка рассмотрения дел о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках, утвержденного решением Совета Евразийской экономической комиссии

от 23 ноября 2012 года № 99, в соответствии с которым принято оспариваемое истцами решение № 165, определяет требования к структуре и содержанию решения Коллегии Комиссии по делу о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках.

Данная норма предусматривает, что в резолютивной части решения по делу содержатся выводы о наличии или об отсутствии оснований для прекращения рассмотрения дела, выводы о наличии или об отсутствии нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках в действиях (бездействии) ответчика по делу, размер штрафа, предусмотренного пунктом 16 Протокола и рассчитанного в соответствии с Методикой расчета и порядком наложения штрафов за нарушение общих правил конкуренции на трансграничных рынках, утвержденными Решением Совета Евразийской экономической комиссии от 17 декабря 2012 года № 118, меры по пресечению и (или) устранению последствий нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках, обеспечению конкуренции с указанием сроков их реализации.

Комиссией было возбуждено и рассмотрено дело о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках, предусмотренных пунктами 1, 3 – 5 статьи 76 Договора, и принято решение № 165, которым действия (бездействие) ЗАО «Дельрус», ТОО «Дельрус РК» и должностных лиц Новикова А.И. и Бурдина В.В. признаны нарушением подпункта 3 пункта 3 статьи 76 Договора, а также назначены штрафы вышеназванным хозяйствующим субъектам и их должностным лицам.

Решение № 165 содержит не все положения, предусмотренные пунктом 45 Порядка рассмотрения дел о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках, и в его резолютивной части отсутствуют:

выводы о наличии либо об отсутствии нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках, предусмотренных пунктами 1, 4, 5 и подпунктами 1, 2, 4, 5 пункта 3 статьи 76 Договора, в действиях (бездействии) ответчиков по делу;

меры по пресечению и (или) устранению последствий нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках, обеспечению конкуренции с указанием сроков их реализации.

В части нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках, предусмотренных пунктами 1, 4, 5 и подпунктами 1, 2, 4, 5 пункта 3 статьи 76 Договора, рассмотрение дела в отношении ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» не было прекращено в связи с отсутствием в действиях (бездействии) ответчика (ответчиков) нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках в соответствии с подпунктом 1) пункта 46 Порядка рассмотрения дел о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках.

Без принятия Комиссией решения в отношении названных составов правонарушений рассмотрение дела о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках, предусмотренных пунктами 1, 4, 5 и подпунктами 1, 2, 4, 5 пункта 3 статьи 76 Договора, не может считаться окончательным и ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» находятся в неведении и ожидании последующих санкций.

Во-вторых, поскольку Комиссия в решении № 165 не указывает, какие действия следует предпринять ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» для устранения правонарушения, предусмотренного подпунктом 3 пункта 3 статьи 76 Договора, и его негативных для конкуренции последствий, существует риск того, что любое поведение хозяйствующих субъектов в дальнейшем может быть интерпретировано Комиссией как продолжающееся противоправное поведение.

Следует отметить, что Коллегия Суда в своих рассуждениях даже не коснулась указанных недостатков, которые, как думается, не подлежат устранению в процессе рассмотрения дела в Суде.

С учетом изложенного считаю, что решение № 165 по своему содержанию не соответствует праву Союза и принципу правовой определенности, который требует ясности и постоянства в правовом положении субъектов и содержании адресованных им правовых предписаний.

3. С учетом изложенного прихожу к выводу, что Коллегии Суда следовало признать решение № 165 не соответствующим Договору о Евразийском экономическом союзе и нарушающим права и законные интересы истцов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Судья Суда Евразийского
экономического союза

А.Э. Туманян