СУД ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА

РЕШЕНИЕ

11 февраля 2020 года город Минск

Коллегия Суда Евразийского экономического союза в составе:

судей Сейтимовой В.Х., Скрипкиной Г.А., Туманяна А.Э., Федорцова А.А., Чайки К.Л.,

под председательством судьи-докладчика Федорцова А.А.,

при секретаре судебного заседания Наумчике М.А.,

рассмотрев в открытом судебном заседании заявления 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»,

с участием:

представителей истцов Банных Е.С., Вознесенского Н.Н., Власовой О.Б., Коврова В.А., Лихачевой Н.М., Муравина А.А., Нефедьева А.Н., Трусовой Е.А.,

представителей ответчика Калиева А.А., Кривцуна Е.П., Соколова Ю.Е., Сушкевича А.Г.,

УСТАНОВИЛА:

1. Обстоятельства дела

Министерство национальной экономики Республики Казахстан письмом от 22 декабря 2017 года № 35-7/649-И представило в Евразийскую экономическую комиссию (далее – Комиссия, ЕЭК, ответчик) материалы о наличии признаков нарушения общих правил конкуренции на трансграничном рынке калибровки ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan.

Уполномоченный орган Республики Казахстан в представленных материалах основывался на соответствующем обращении товарищества с ограниченной ответственностью «Scuderia» (далее – ТОО «Scuderia»), по мнению которого общество с ограниченной ответственностью «Дельрус» (далее – ООО «Дельрус»), резидент Российской Федерации, и

товарищество с ограниченной ответственностью «Дельрус РК» (далее – ТОО «Дельрус РК»), резидент Республики Казахстан, своими действиями ограничивали конкуренцию на указанном товарном рынке.

На основании рассмотрения представленных материалов Комиссия пришла к выводу, что поставленный ТОО «Scuderia» вопрос не касается ООО «Дельрус» и возможными нарушителями его законных прав и интересов являются закрытое акционерное общество «Дельрус» (далее – ЗАО «Дельрус») и ТОО «Дельрус РК».

ЕЭК провела расследование, возбудила и рассмотрела дело о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках № 22-2018/Д-01.

По окончании рассмотрения дела Комиссия приняла решение от 17 сентября 2019 года № 165 «О нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках» (далее – решение № 165), в соответствии с которым установила в действиях (бездействии) ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» наличие и реализацию соглашения, которое привело к разделу рынка услуг по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan по территориальному принципу, а в действиях (бездействии) генерального директора ЗАО «Дельрус» Новикова А.И. и генерального директора ТОО «Дельрус РК» Бурдина В.В. – принятие решения о таком соглашении и его реализации.

Указанные действия (бездействие) хозяйствующих субъектов и их должностных лиц квалифицированы Комиссией как нарушение подпункта 3 пункта 3 статьи 76 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года (далее – Договор), назначены штрафы.

2. Процедура в Суде

ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» (далее – истцы) обратились в Суд Евразийского экономического союза (далее – Суд) с заявлениями об оспаривании решения № 165.

Заявления истцов приняты к производству Суда постановлениями от 30 октября 2019 года.

В рамках подготовки дел к рассмотрению по запросу Суда Комиссия представила материалы дела № 22-2018/Д-01. Комиссия представила также свои возражения на заявления истцов.

Постановлением Коллегии Суда от 12 декабря 2019 года дела по заявлениям ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» объединены в одно производство.

3. Доводы истцов

Истцы считают, что оспариваемое решение Комиссии не соответствует Договору и международным договорам, заключенным

в рамках Евразийского экономического союза (далее – Союз, ЕАЭС), нарушает их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

В обоснование своих требований признать решение № 165 не соответствующим договорно-правовой базе Союза истцы приводят следующие доводы.

3.1. ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» заявляют, что они не заключали соглашение о разделе рынка услуг по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan по территориальному принципу и не являются конкурентами, действующими на одном товарном рынке.

ЗАО «Дельрус» ссылается на пункты 2 и 5 Критериев отнесения рынка к трансграничному, утвержденных Решением Высшего Евразийского экономического совета от 19 декабря 2012 года № 29 (далее – Критерии отнесения рынка к трансграничному).

ТОО «Дельрус РК» предполагает, что сама Комиссия исключила факт наличия антиконкурентного соглашения, указав в решении № 165, что «анализ договоров ТОО «Дельрус РК» и ЗАО «Дельрус» об оказании услуг, в том числе услуг по калибровке ультразвукового датчика к аппарату FibroScan, не выявил положений, ограничивающих круг потребителей на оказание услуг по калибровке ультразвукового датчика к аппарату FibroScan по территориальному принципу».

3.2. С точки зрения истцов, Комиссия в решении № 165 основывается исключительно на электронной переписке директора ТОО «Scuderia» с сотрудниками ТОО «Дельрус РК», ЗАО «Дельрус» и представителями компании Echosens, которая имела место в период с 18 по 27 марта 2017 года.

Как полагают истцы, из данной переписки не следует, что директор технического центра ЗАО «Дельрус» Мочалов В.Б. отказал ТОО «Scuderia» в предоставлении услуги.

3.3. Истцы утверждают, что Комиссия некорректно сравнила цены по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan в Российской Федерации и в Республике Казахстан. Сравнение цен проводилось на различные объемы услуг: в Российской Федерации – только на калибровку, а в Республике Казахстан – на техническое обслуживание аппарата FibroScan.

ТОО «Дельрус РК» подчеркивает, что Комиссия не приняла во внимание тот факт, что цена, предоставляемая обществом, экономически обоснована. Истец акцентирует внимание, что рентабельность у ТОО «Дельрус РК» не превышает 10 % и согласно заключению, утвержденному приказом руководителя департамента Комитета по регулированию естественных монополий, защите конкуренции и прав потребителей

Министерства национальной экономики Республики Казахстан по г. Астана от 6 декабря 2018 года, цена ТОО «Дельрус РК» за услугу по калибровке не является монопольно высокой.

3.4. ЗАО «Дельрус» полагает, что, принимая решение № 165, Комиссия не учла, что истец зарегистрирован и осуществляет предпринимательскую деятельность на территории Российской Федерации, подчиняясь ее законодательству, согласно которому деятельность по производству и техническому обслуживанию медицинской техники подлежит лицензированию.

3.5. ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» считают, что Комиссия неправильно и с нарушением Методики оценки состояния конкуренции, утвержденной решением Совета Евразийской экономической комиссии от 30 января 2013 года № 7 (далее – Методика оценки состояния конкуренции), определила временной интервал исследования товарного рынка, его продуктовые и географические границы, состав хозяйствующих субъектов, осуществляющих деятельность на товарном рынке.

По мнению истцов, деятельность ТОО «Дельрус РК» и ЗАО «Дельрус» в сфере калибровки ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan и его технического обслуживания неправомерно признана Комиссией продолжавшейся в течение 2017 года – I квартала 2018 года, что расценено как обстоятельство, отягчающее ответственность. Истцы указывают, что, помимо единичных ответов в адрес ТОО «Scuderia», в ходе рассмотрения дела не выявлено фактов отказа в предоставлении услуги калибровки со стороны ЗАО «Дельрус» иным контрагентам на территории Республики Казахстан.

Истцы полагают, что с нарушением Методики оценки состояния конкуренции Комиссией определены и продуктовые границы товарного рынка: из решения № 165 не ясно, является ли товарным рынком в рамках рассматриваемого дела только услуга по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan, либо товарным рынком является услуга по техническому обслуживанию данных аппаратов, включая калибровку датчиков, либо Комиссия оценила продуктовые границы товарного рынка, исходя из географии поставок аппаратов FibroScan.

3.6. ЗАО «Дельрус» считает, что Комиссия нарушила Методику расчета и порядок наложения штрафов за нарушение общих правил конкуренции на трансграничных рынках, утвержденные решением Совета Евразийской экономической комиссии от 17 декабря 2012 года № 118 (далее – Методика расчета и порядок наложения штрафов):

неверно рассчитан размер штрафа в связи с неправильным определением отягчающих обстоятельств;

к ответственности привлекается ненадлежащее лицо, так как на момент вынесения оспариваемого решения Новиков А.И. не являлся генеральным директором ЗАО «Дельрус».

ТОО «Дельрус РК» отмечает, что Комиссия в нарушение Методики расчета и порядка наложения штрафов:

не предоставила расчет штрафа, подлежащего оплате ТОО «Дельрус РК» и генеральным директором Бурдиным В.В., что исключает возможность проверить корректность сумм, а также правильность применения коэффициентов, отягчающих и смягчающих ответственность;

ошибочно признала неправомерными действия генерального директора ТОО «Дельрус РК» Бурдина В.В.

4. Возражения ответчика

Комиссия считает доводы ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» необоснованными и не соответствующими положениям Договора и международных договоров, заключенных в рамках Союза.

По мнению ответчика, решение № 165 было принято в рамках компетенции, рассмотрение обращения Министерства национальной экономики Республики Казахстан и прилагаемых материалов, проведение расследования и рассмотрение дела о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках № 22-2018/Д-01 осуществлялось в соответствии с Договором и решениями органов Союза.

В подтверждение своей позиции Комиссия приводит ряд доводов.

4.1. Комиссия полагает, что обоснованно пришла к выводу о соответствии установленных географических границ товарного рынка Критериям отнесения рынка к трансграничному ввиду того, что ЗАО «Дельрус» могло оказать услугу потребителю из Республики Казахстан, в связи с чем услуга реализуется (оказывается) в географических границах Республики Казахстан и Российской Федерации, то есть на территории двух государств – членов Союза. При этом ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» являются конкурентами, действующими на одном товарном рынке.

Дополнительно Комиссия обращает внимание, что ЗАО «Дельрус» в своем заявлении делает ссылку на положения пункта 5 Критериев отнесения рынка к трансграничному, в котором определяется компетенция Комиссии при пресечении нарушений хозяйствующими субъектами запрета, установленного в пункте 1 статьи 76 Договора, а решение № 165 относится к соблюдению запрета, установленного пунктом 3 статьи 76 Договора.

4.2. По вопросу наличия соглашения между ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК», запрещенного подпунктом 3 пункта 3 статьи 76 Договора, ответчик отмечает, что в рамках рассмотрения дела у истцов имелась возможность представить информацию (документы, сведения), которая подтверждала бы отсутствие между ними договоренности, целью которой является ограничение и (или) устранение конкуренции на трансграничных рынках и (или) ущемление интересов других лиц.

Указанная информация в Комиссию представлена не была. Позиция истцов не подтверждается информацией, полученной Комиссией в инициативном порядке.

4.3. Комиссия сообщает, что в основе решения № 165 лежит совокупность фактов, которая подтверждается перепиской с участием директора ТОО «Scuderia» Еламгалиева Т.М., сотрудников ТОО «Дельрус РК», ЗАО «Дельрус» и представителей компании Echosens.

Как обращает внимание Комиссия, в ходе рассмотрения дела доказательств, подтверждающих факт обоснованности отказа ЗАО «Дельрус» в предоставлении услуги по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan (информации об объемах работ технического центра ЗАО «Дельрус», загруженности специалистов ЗАО «Дельрус» в период обращения ТОО «Scuderia», о технической возможности оказания услуги ТОО «Scuderia» или отсутствии таковой, о направлении ТОО «Scuderia» коммерческого предложения на условиях компании и об иных основаниях, которые подтверждали бы невозможность предоставления услуги и, как следствие, обоснованность отказа в ее предоставлении со стороны ЗАО «Дельрус»), не выявлено.

При этом Комиссия отмечает, что при обращении ТОО «Scuderia» в адрес ТОО «Дельрус РК» последним было направлено коммерческое предложение, тогда как ЗАО «Дельрус» без уточнений сразу указало на необходимость обратиться в ТОО «Дельрус РК».

4.4. Комиссия настаивает на том, что в оспариваемом решении услуга определена верно, а сравнение цен на нее осуществлялось с соблюдением требований Методики оценки состояния конкуренции и на основании представленной информации ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК». В соответствии с подпунктом д) пункта 16 Методики при выявлении свойств товара, определяющих выбор покупателя, анализировалась в том числе цена товара, которая определялась договором и последующим расчетом за оказанные услуги, поставленные товары.

Ответчик также отмечает, что вопросы получения исключительно услуги калибровки без получения дополнительных услуг (выезд специалиста, транспортировка и др.) были предметом рассмотрения. Согласно информации, представленной ЗАО «Дельрус», услуга может предоставляться как сама по себе, так и в составе дополнительных услуг. Довод ЗАО «Дельрус» о некорректном сравнении цен, а также о наличии в составе услуг иных оплачиваемых услуг несостоятелен и противоречит информации, представленной истцами.

Дополнительно Комиссия обращает внимание, что сравнение цен на услугу, изложенное в решении № 165, является одним из фактов, подтверждающих наличие запрещенного подпунктом 3 пункта 3 статьи 76 Договора соглашения, а не приводится в качестве самостоятельного

нарушения подпункта 1 пункта 3 статьи 76 Договора (запрещенные соглашения, которые приводят или могут привести к установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат), наценок).

По информации ответчика, разница цен учитывалась Комиссией исходя из того, что при разделе территории реализации услуги у ТОО «Дельрус РК» возникала такая рыночная власть на территории Республики Казахстан, при которой имелась возможность устанавливать цену, которая формируется в условиях неконкурентной среды.

4.5. По доводу ЗАО «Дельрус» относительно лицензирования Комиссия отмечает, что:

данное общество не предлагало ТОО «Scuderia» оказать услугу по адресу, указанному в лицензии;

в материалах дела представлена информация ЗАО «Дельрус», согласно которой ЗАО «Дельрус» может оказать услугу хозяйствующим субъектам Республики Казахстан;

законодательство о лицензировании Российской Федерации не предполагает наличие запретов на предоставление услуг лицензируемой деятельности хозяйствующим субъектам, зарегистрированным за пределами Российской Федерации.

4.6. Относительно доводов истцов о нарушении Комиссией Методики оценки состояния конкуренции ответчик сообщает, что временной интервал исследования трансграничного рынка калибровки ультразвуковых датчиков для аппарата FibroScan определен исходя из имеющейся информации, представленной участниками рынка, оказывающими услуги калибровки ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan, а также начала расследования в соответствии с Определением о проведении расследования нарушений общих правил конкуренции на трансграничных рынках от 28 февраля 2018 года № 22-08/МА-1.

Возникновение договорных отношений между ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» по субаренде внешнего калибратора ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan, по мнению ответчика, является подтвержденным временем участия в соглашении между компаниями-конкурентами о разделе товарного рынка по территориальному принципу.

Ответчик акцентирует внимание на том, что услугу калибровки ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan возможно произвести только внешним калибратором. Необходимость калибровки связана с особенностями уникальной технологии, Vibration-Controlled Transient Elastography (VCTETM), используемой в датчиках и аппарате FibroScan, защищенной международными патентами. Таким образом, услуга калибровки ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan является уникальной и не может быть заменена другой.

Решением № 165 географические границы рынка услуги калибровки

ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan определены территориями Республики Казахстан и Российской Федерации.

По утверждению ответчика, анализ заключенных договоров показал, что услуга калибровки ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan оказывалась ЗАО «Дельрус», ООО «Медицинская компания» (входят в группу лиц) и ТОО «Дельрус РК» и ее предоставление ограничено территориями Российской Федерации и Республики Казахстан.

С учетом изложенного ответчик приходит к выводу, что оценка состояния конкуренции на данном товарном рынке проведена в полном соответствии с Методикой оценки состояния конкуренции, исходя из представленной и имеющейся в распоряжении Комиссии информации.

4.7. Комиссия считает, что требования Методики расчета и порядка наложения штрафов соблюдены.

По ее мнению, материалами дела подтверждено, что ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» участвовали в соглашении, которое запрещено подпунктом 3 пункта 3 статьи 76 Договора, в период 2017 год – I квартал 2018 года, что возлагает на Комиссию обязанность квалифицировать указанное нарушение как длящееся, что должно учитываться в качестве обстоятельства, отягчающего ответственность.

Ответчик отмечает, что в соответствии с должностной инструкцией генерального директора ЗАО «Дельрус» от 1 июля 2000 года, утвержденной его единственным акционером, генеральный директор ЗАО «Дельрус» Новиков А.И. без доверенности осуществляет руководство текущей деятельностью организации, обеспечивает выполнение организацией всех обязательств, в том числе контрактов и бизнес-планов, действует от имени общества, представляет его интересы, совершает сделки от имени общества, утверждает штаты, издает приказы и дает указания, обязательные для исполнения всеми работниками ЗАО «Дельрус».

Ответчик подчеркивает, что Новиков А.И. привлечен к ответственности в качестве должного лица – генерального директора ЗАО «Дельрус», которым являлся в период с 2017 года по I квартал 2018 года (период совершения нарушения).

Аналогично ответчик обосновывает привлечение к ответственности должностного лица – генерального директора ТОО «Дельрус РК»: согласно приказу ТОО «Дельрус РК» от 27 апреля 2015 года № 12/лс гражданин Бурдин В.В. вступил в должность генерального директора ТОО «Дельрус РК» с 27 апреля 2015 года. В соответствии с уставом ТОО «Дельрус РК» генеральный директор решает все вопросы деятельности товарищества, за исключением тех, которые входят в исключительную компетенцию общего собрания участников товарищества.

Учитывая изложенное и руководствуясь пунктом 108 Статута Суда

Евразийского экономического союза (приложение № 2 к Договору, далее – Статут), Комиссия просит Коллегию Суда вынести решение, которым признать решение № 165 и его отдельные положения соответствующими Договору и международным договорам в рамках Союза и не затрагивающими права и законные интересы хозяйствующих субъектов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

5. Компетенция Суда. Пределы судебного разбирательства

В соответствии с пунктом 41 Статута вопрос о наличии компетенции Суда по разрешению спора разрешается Судом. Суд при определении того, обладает ли он компетенцией рассматривать спор, руководствуется Договором, международными договорами в рамках Союза и (или) международными договорами Союза с третьей стороной.

Согласно пункту 39 Статута Суд рассматривает споры, возникающие по вопросам реализации Договора, международных договоров в рамках Союза и (или) решений органов Союза, по заявлению хозяйствующего субъекта о соответствии решения Комиссии или его отдельных положений, непосредственно затрагивающих права и законные интересы хозяйствующего субъекта в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, Договору и (или) международным договорам в рамках Союза.

Руководствуясь принципом правовой определенности, Коллегия Суда в решении от 7 апреля 2016 года отметила, что решение Комиссии или его отдельные положения могут признаваться непосредственно затрагивающими права и законные интересы хозяйствующего субъекта в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, в том числе, когда соответствующее решение применяется к конкретному хозяйствующему субъекту в связи с его хозяйственной деятельностью.

Положения решения № 165, в частности пунктов 2 и 3, абзацев второго и третьего пункта 7, пункта 8, регулируют деятельность истцов – хозяйствующих субъектов, непосредственно затрагивают их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Коллегия Суда обращает внимание на то, что штрафы назначены хозяйствующим субъектам за нарушение запрета, установленного подпунктом 3 пункта 3 статьи 76 Договора, который гласит: запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств-членов, являющимися конкурентами, действующими на одном товарном рынке, которые приводят или могут привести к разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков).

Одновременно решением № 165 действия (бездействие) должностных лиц истцов – генерального директора ЗАО «Дельрус» Новикова А.И. и генерального директора ТОО «Дельрус РК» Бурдина В.В. признаны нарушением подпункта 3 пункта 3 статьи 76 Договора (пункты 4 и 5).

Новикову А.И. и Бурдину В.В. штрафы назначены в связи с нарушением запрета, установленного для хозяйствующих субъектов. Комиссией установлено, что Новиков А.И. и Бурдин В.В. в период совершения нарушений являлись генеральными директорами соответствующих юридических лиц, исполняли функции единоличных исполнительных органов этих юридических лиц. Часть вторая пункта 16 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции (приложение № 19 к Договору, далее – Протокол) определяет их статус как должностных лиц.

6. Выводы Суда

6.1. Полномочия Комиссии

В соответствии со статьей 45 Регламента Суда Евразийского экономического союза, утвержденного Решением Высшего Евразийского экономического совета от 23 декабря 2014 года № 101 (далее – Регламент), при рассмотрении дела по заявлению хозяйствующего субъекта об оспаривании решения Комиссии или его отдельных положений Суд в судебном заседании осуществляет проверку:

полномочий Комиссии на принятие оспариваемого решения;

факта нарушения прав и законных интересов хозяйствующих субъектов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, предоставленных им Договором и (или) международными договорами в рамках Союза;

оспариваемого решения или его отдельных положений на соответствие их Договору и (или) международным договорам в рамках Союза.

В соответствии с пунктом 3 статьи 18 Договора полномочия Комиссии определяются согласно приложению № 1 к Договору.

Пункт 3 Положения о Евразийской экономической комиссии (приложение № 1 к Договору, далее – Положение о ЕЭК) гласит, что в соответствующих сферах, включая конкурентную политику, Комиссия осуществляет свою деятельность в пределах полномочий, предусмотренных Договором и международными договорами в рамках Союза.

В соответствии с пунктом 7 статьи 76 Договора пресечение нарушений хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств-членов, а также физическими лицами и некоммерческими организациями

государств-членов, не осуществляющими предпринимательскую деятельность, общих правил конкуренции, установленных разделом XVIII Договора, в случае если такие нарушения оказывают или могут оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках на территориях двух и более государств-членов, за исключением финансовых рынков, осуществляется Комиссией в порядке, предусмотренном приложением № 19 к Договору.

Исходя из норм Договора, Комиссия наделена полномочиями по пресечению нарушений общих правил конкуренции только при наличии двух обязательных условий:

запрет установлен Договором;

нарушение запрета оказывает или может оказать негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках на территориях двух и более государств-членов.

При осуществлении проверки полномочий Комиссии на принятие решения № 165 в сфере конкурентной политики Коллегия Суда исходит из общих правил конкуренции, установленных разделом XVIII Договора, руководствуется пунктом 7 статьи 76 Договора, пунктом 3 Положения о ЕЭК, положениями пунктов 1, 9 и 10 Протокола, определяющих конкретные полномочия и порядок осуществления Комиссией контроля за соблюдением общих правил конкуренции на трансграничных рынках.

Как установлено консультативным заключением Суда от 18 июня 2019 года, компетенция Комиссии в сфере конкуренции на трансграничных рынках, в случае удовлетворения соответствующим критериям, является исключительной. В случае если нарушение запрета, установленного статьей 76 Договора, оказывает негативное влияние только на национальный рынок одного государства-члена, пресечение действий (бездействия) хозяйствующего субъекта относится к компетенции уполномоченного органа государства – члена Союза.

Таким образом, определение рассматриваемого рынка в качестве трансграничного является условием sine qua non (без которого невозможно) установить наличие у Комиссии компетенции по принятию оспариваемого решения.

При оценке рынка на предмет его трансграничности необходимо исследовать фактические обстоятельства дела, в частности, его географические границы и иные обстоятельства, определяющие такой рынок в соответствии с Критериями отнесения рынка к трансграничному.

Вывод о наличии у Комиссии компетенции по принятию оспариваемого решения № 165 не может быть сделан Судом до оценки фактических обстоятельств дела, установления факта соблюдения Комиссией права Союза при определении исследуемого рынка в качестве трансграничного.

Следует отметить различия в предмете регулирования и сфере применения положений разделов XV и XVIII Договора.

В соответствии с пунктом 1 статьи 65, входящей в раздел XV Договора «Торговля услугами, учреждение, деятельность и осуществление инвестиций», целью раздела является обеспечение свободы торговли услугами, учреждения, деятельности и осуществления инвестиций в рамках Союза в соответствии с условиями раздела и приложения № 16 к Договору.

Пункт 2 статьи 65 Договора указывает, что положения раздела применяются к мерам государств-членов, затрагивающим поставку и получение услуг, учреждение, деятельность и осуществление инвестиций.

В соответствии с пунктом 26 Протокола о торговле услугами, учреждении, деятельности и осуществлении инвестиций (приложение № 16 к Договору, далее – Протокол о торговле услугами) каждое государство-член в отношении учреждения и деятельности лиц любого государства-члена может применять отдельные ограничения и условия, указанные в национальных перечнях.

Сфера применения раздела XV Договора и Протокола о торговле услугами направлена на формирование и регулирование единого рынка услуг.

Пунктом 40 Протокола о торговле услугами предусмотрено, что единый рынок услуг в рамках Союза функционирует в секторах услуг, утверждаемых Высшим Евразийским экономическим советом (далее – Высший совет).

При этом в соответствии с пунктом 38 Протокола о торговле услугами изложенное в нем понятие единого рынка услуг применяется только для целей соответствующего раздела данного Протокола.

Вместе с тем Коллегия Суда обращает внимание, что действие и применение общих принципов и правил конкуренции на территориях государств-членов не ограничено перечнем секторов услуг, утверждаемых Высшим советом.

Общие принципы и правила конкуренции, установленные разделом XVIII и приложением № 19 к Договору, в соответствии со статьей 74 Договора распространяются на отношения, связанные с реализацией конкурентной (антимонопольной) политики на территориях 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 территориях двух и более государств-членов.

Сфера действия положений раздела XVIII Договора и Протокола об общих принципах и правилах конкуренции распространяется на все отношения, которые оказывают или могут оказать негативное влияние на

конкуренцию в рамках ЕАЭС, на все виды хозяйственной деятельности. Ограничена она лишь сферами, прямо указанными в соответствующих положениях раздела XVIII Договора и Протокола (финансовые рынки).

Поэтому полномочия Комиссии по контролю за соблюдением общих правил конкуренции на трансграничных рынках не ограничены сферами, предусмотренными в Перечне секторов (подсекторов) услуг, в рамках которых функционирует единый рынок услуг, утвержденном Решением Высшего Евразийского экономического совета от 23 декабря 2014 года № 110, а действуют в рамках единого экономического пространства ЕАЭС.

На основании изложенного Коллегия Суда приходит к выводу, что при признании рынка трансграничным Комиссия обладала полномочиями на принятие решения № 165.

6.2. Определение товарного рынка и установление его границ

6.2.1. Коллегия Суда полагает, что Комиссия, учитывая цели оценки состояния конкуренции, факты, изложенные в материалах Министерства национальной экономики Республики Казахстан, в том числе в обращении ТОО «Scuderia», цели проведения расследования и рассмотрения дела, правильно определила товар, товарный рынок и его границы в рамках рынка калибровки ультразвуковых датчиков к аппарату неинвазивного определения степени фиброза печени FibroScan.

Согласно определению понятия «товарный рынок» (подпункт 19 пункта 2 Протокола) он представляет собой сферу 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.

Товар определяется как объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот (подпункт 18 пункта 2 Протокола).

В соответствии с пунктом 11 Протокола в целях осуществления Комиссией полномочий по контролю за соблюдением общих правил конкуренции на трансграничных рынках на территориях двух и более государств – членов Союза разработана Методика оценки состояния конкуренции. Данная Методика применяется также при расследовании нарушений общих правил конкуренции на трансграничных рынках, установленных статьей 76 Договора, и при определении географических границ товарного рынка в целях установления его соответствия Критериям отнесения рынка к трансграничному (пункт 2 Методики оценки состояния конкуренции).

В соответствии с пунктом 3 Методики проведение оценки состояния конкуренции включает в себя ряд этапов, в том числе определение:

временного интервала исследования товарного рынка;

продуктовых границ товарного рынка;

географических границ товарного рынка;

состава хозяйствующих субъектов (субъектов рынка), осуществляющих деятельность на товарном рынке.

Правила определения временного интервала исследования товарного рынка установлены в разделе II, правила определения продуктовых границ – в разделе III и географических границ – в разделе IV Методики.

По результатам проведения оценки состояния конкуренции на товарном рынке с учетом требований положений пунктов 3 и 4 Методики составляется аналитический отчет, в котором приводятся результаты проведенной оценки (пункт 61 Методики оценки состояния конкуренции).

В соответствии с пунктом 11 Методики установление продуктовых границ товарного рынка – процедура определения товара (его потребительских свойств), не имеющего заменителя, или взаимозаменяемых товаров, обращающихся на одном и том же товарном рынке. Согласно пункту 12 Методики процедура определения продуктовых границ товарного рынка включает в себя:

предварительное определение товара;

выявление свойств товара, определяющих выбор покупателя, и товаров, потенциально являющихся взаимозаменяемыми для данного товара;

выявление взаимозаменяемых товаров.

Пунктом 13 Методики оценки состояния конкуренции установлено, что определение продуктовых границ товарного рынка основывается на мнении покупателей о взаимозаменяемости товаров, составляющих одну товарную группу. Мнение покупателей определяется в результате опроса или анализа предмета договора, на основании которого осуществляется реализация товара.

Решением № 165 установлено, что аппарат FibroScan является прибором, специально созданным и используемым медицинскими учреждениями для количественного измерения эластичности печени, позволяющим оценить степень фиброза по стадиям в объективных числовых значениях. Техническое обслуживание аппарата FibroScan регламентируется производителем (компанией Echosens) и включает в себя в том числе калибровку ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan.

Учитывая факты, изложенные в обращении, а также положения договоров об оказании услуг по техническому обслуживанию аппарата FibroScan, Комиссия определила, что продуктовыми границами товарного

рынка является услуга по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan.

При этом Комиссия в решении № 165 указывает, что в соответствии с пунктами 11–22 Методики оценки состояния конкуренции при установлении продуктовых границ товарного рынка услуги по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan взаимозаменяемых товаров не выявлено.

Наряду с решением № 165 Коллегия Суда изучила содержание Аналитического отчета Комиссии «О результатах оценки состояния конкуренции на трансграничном рынке аппарата «FibroScan» (различных его модификаций), в том числе его обслуживания и его поставки» (калибровка ультразвуковых датчиков для аппарата неинвазивного определения степени фиброза печени «FibroScan») (далее – Аналитический отчет), подготовленного в рамках расследования. С учетом содержания решения № 165, где упоминается Аналитический отчет, положений подпункта к) пункта 3 и пункта 61 Методики оценки состояния конкуренции, а также положений пункта 45 Порядка рассмотрения дел о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках, утвержденного решением Совета Евразийской экономической комиссии от 23 ноября 2012 года № 99, Коллегия Суда обращает внимание, что исследование продуктовых границ рынка и иных параметров, характеризующих состояние конкуренции, – это предмет Аналитического отчета.

Коллегия Суда не соглашается с доводом истцов о том, что из решения № 165 не ясно, к какому товарному рынку относится нарушение общих правил конкуренции. Текст решения прямо указывает, что продуктовыми границами рынка определена услуга по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan. Это указание присутствует и в пункте 1 Аналитического отчета. Так, Комиссия указывает, что исследование ограничено оценкой состояния конкуренции на трансграничном рынке калибровки ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan.

Комиссия при оценке состояния конкуренции с учетом фактов, изложенных в материалах Министерства национальной экономики Республики Казахстан, в том числе в обращении ТОО «Scuderia», правильно определила продуктовые границы товарного рынка как услугу по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan.

В частности, руководствуясь Методикой оценки состояния конкуренции, Комиссия основывает этот вывод на информации об отсутствии взаимозаменяемых товаров (услуг) по отношению к услуге по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan. Процедура

определения продуктовых границ рассматриваемого товарного рынка детально раскрыта в пункте 3 Аналитического отчета.

Коллегия Суда акцентирует внимание на том, что в основе определения продуктовых границ товарного рынка лежит критерий выбора покупателя.

Выбор покупателя (потребителя) данной услуги обусловлен необходимостью проведения обязательной периодической калибровки ультразвуковых датчиков аппарата FibroScan. Такая необходимость установлена руководствами по эксплуатации, из которых следует, что данная услуга может быть оказана только субъектом, у которого имеется в наличии стационарное оборудование – калибровочная скамья.

Соответственно, рынок оказания услуги калибровки ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan характеризуется необходимостью наличия внешнего калибратора ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan – Probe Calibration Bench (калибровочная скамья). На территории ЕАЭС установлено наличие трех таких калибраторов, которые находятся в г. Москве (ООО «Медицинская компания»), в г. Екатеринбурге (ЗАО «Дельрус») и в г. Нур-Султане (ТОО «Дельрус РК»).

Предварительное определение товара (услуги) обоснованно сделано на основании анализа договоров оказания услуги калибровки ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan, как того требует пункт 15 Методики оценки состояния конкуренции.

Комиссией установлено, что такая услуга может быть приобретена как непосредственным пользователем аппарата, так и иными лицами. Данная услуга не может быть заменена иной услугой.

Комиссия обоснованно пришла к выводу, что калибровка ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan является отдельным видом услуг.

При этом калибровку ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan необходимо разграничивать с комплексным обслуживанием медицинского аппарата. Они имеют различные объем, порядок реализации и договорное оформление.

Калибровка ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan является самостоятельной технической процедурой. В процессе калибровки ультразвуковой датчик проверяется, а также проводятся другие обязательные технические регламентные работы, связанные только с датчиком.

Из памятки по регламентному техническому обслуживанию (калибровке) ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan, размещенной на сайте http://elastometria.ru, администратором доменного имени которого является ЗАО «Дельрус», видно, что калибровка датчика (регламентное техническое обслуживание) аппарата FibroScan является

обязательной регламентной процедурой с использованием специального оборудования и обязательным тестированием. В зависимости от поколения программного обеспечения датчики следует калибровать 1 раз в год либо в 6 месяцев.

На этом же сайте ЗАО «Дельрус» указаны адреса центров калибровки:

1. Технический Центр ЗАО «Дельрус», г. Екатеринбург;
2. Сервисная служба, ООО «Медицинская компания», г. Москва;
3. Сервисная служба, ТОО «Дельрус РК», г. Астана.

Из материалов дела видно и подтверждается сторонами, что калибровка ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan производится на специальном оборудовании – стационарно установленной калибровочной скамье, которой располагают на территории России и Казахстана только ЗАО «Дельрус», ООО «Медицинская компания» и ТОО «Дельрус РК». При этом ООО «Медицинская компания» и ТОО «Дельрус РК» калибровочную скамью арендуют у ЗАО «Дельрус».

Услуга по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan оказывается хозяйствующими субъектами по самостоятельным договорам и расценкам, установленным отдельно от технического обслуживания медицинского аппарата.

Так, например, ЗАО «Дельрус» в течение 2016 года – I квартала 2018 года заключило более 100 договоров о калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan.

По информации ТОО «Дельрус РК», стоимость услуги калибровки составляет 1 300 000 казахстанских тенге, а комплексного технического обслуживания аппарата FibroScan – 2 744 000 казахстанских тенге. Соответствующая калькуляция утверждена генеральным директором ТОО «Дельрус РК» Бурдиным В.В. и показывает существенные различия в стоимости различных услуг.

Из анализа представленной информации по оказанным истцами услугам по техническому обслуживанию как аппарата FibroScan, так и ультразвуковых датчиков к нему, следует, что в период, исследованный Комиссией:

ЗАО «Дельрус» ни разу не оказало услугу по комплексному обслуживанию аппарата FibroScan;

исходя из имеющихся в материалах дела 13 договоров ТОО «Дельрус РК» на оказание услуг, 7 предусматривали калибровку ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan, а 6 – услугу по широкому техническому обслуживанию аппарата FibroScan.

Таким образом, услуга по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan представляет собой отдельную услугу и самостоятельный товарный рынок.

Выбор услуги покупателем (получателем) проанализирован Комиссией в том числе и с учетом цен. Коллегия Суда убедилась, что в пункте 3.2.5 Аналитического отчета приведен анализ цен одной и той же услуги – калибровка ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan, что не подтверждает довод истцов о том, что сравнение цен производилось Комиссией в отношении различных услуг. При этом проведенный Комиссией анализ показывает существенную разницу в цене данной услуги у ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК». Ссылка истцов на заключение Комитета по регулированию естественных монополий, защите конкуренции и прав потребителей Министерства национальной экономики Республики Казахстан от 6 декабря 2018 года, в котором указывается, что цена ТОО «Дельрус РК» не является монопольно высокой, не имеет правового значения, так как при оценке продуктовых границ товарного рынка цена исследуется как фактическое обстоятельство.

Коллегия Суда считает, что Комиссией соблюдены все этапы процедуры определения продуктовых границ товарного рынка, включающей в себя предварительное определение товара, выявление свойств товара, определяющих выбор покупателя, и товаров, потенциально являющихся взаимозаменяемыми для данного товара, выявление взаимозаменяемых товаров. На основании комплексного анализа всех материалов, по мнению Коллегии Суда, Комиссией сделан обоснованный вывод, что в силу свойств и характеристик услуга по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan не имеет заменителя, взаимозаменяемые услуги отсутствуют, а продуктовые границы товарного рынка обозначены в решении № 165 правильно как услуга по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan.

6.2.2. При определении временного интервала исследования товарного рынка Комиссия основывалась на положениях раздела II Методики оценки состояния конкуренции. Согласно пункту 6 Методики временной интервал определяется в зависимости от цели оценки состояния конкуренции, длительности периода предполагаемого нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках, особенностей товарного рынка и доступности необходимой информации (в том числе данных бухгалтерского учета); временной интервал исследования товарного рынка составляет не менее 1 года или соответствует сроку существования товарного рынка (если срок существования данного товарного рынка составляет менее 1 года).

Помимо определения минимальных границ временного интервала исследования товарного рынка Методика оценки состояния конкуренции не устанавливает императивных требований к такому интервалу.

Согласно пункту 2 Аналитического отчета, учитывая длительность периода нарушения общих правил конкуренции и доступность необходимой информации, временной интервал исследования товарного рынка был определен Комиссией как период 2016 год – I квартал 2018 года.

Коллегия Суда приходит к выводу, что определение Комиссией временного интервала исследования товарного рынка соответствовало разделу II Методики оценки состояния конкуренции.

При этом Коллегия Суда полагает, что временной интервал исследования товарного рынка может быть больше периода предполагаемого нарушения.

В решении № 165, учитывая факты, изложенные в обращении, а также положения договоров об оказании услуг по техническому обслуживанию аппарата FibroScan, в том числе услуг по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan, периодом предполагаемого нарушения общих правил конкуренции установлен временной интервал 2017 год – I квартал 2018 года, то есть период в 1 год и три месяца. Данный период охватывается временным интервалом исследования товарного рынка.

6.2.3. В решении № 165 указывается, что географические границы товарного рынка услуги по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan определены границами Республики Казахстан и Российской Федерации.

Порядок определения географических границ товарного рынка установлен разделом IV Методики оценки состояния конкуренции. Пунктом 23 Методики установлено, что в пределах географических границ товарного рынка покупатель приобретает товар либо имеет экономическую, техническую или иную возможность приобретения товара, либо считает целесообразным приобрести товар, но при этом не имеет такой возможности, либо считает нецелесообразным приобрести его вне географических границ товарного рынка.

В соответствии с пунктом 24 Методики оценки состояния конкуренции процедура определения географических границ товарного рынка включает в себя:

предварительное определение географических границ товарного рынка;

выявление условий обращения товара, ограничивающих экономические, технические возможности приобретения товара покупателем вне географических границ товарного рынка;

определение территорий, входящих в географические границы товарного рынка.

Согласно пункту 25 Методики предварительное определение географических границ товарного рынка проводится на основе информации:

о территории, на которой выявлены признаки нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках;

о ценообразовании на товарном рынке или о различиях в уровнях цен на товар на территориях государств-членов;

о географической структуре поставок товаров.

Таким образом, Методика оценки состояния конкуренции предполагает, что территория, на которой выявлены признаки нарушения общих правил конкуренции, является отправной точкой для начала анализа, результатом которого будет определение географических границ товарного рынка. Коллегия Суда полагает, что территории, на которых выявлены признаки нарушения общих правил конкуренции, имеют определяющее значение в установлении географических границ товарного рынка.

В рассматриваемом случае Комиссия при предварительной оценке географических границ товарного рынка руководствовалась информацией, изложенной в обращении уполномоченного органа государства-члена. В действительности обращение указывало на предполагаемое нарушение, которое охватывало территории двух государств-членов.

В том, что касается иных факторов, анализ которых проводится с целью предварительного определения границ товарного рынка (ценообразования на указанном рынке, различий в уровнях цен на товар, географической структуры поставок товаров), Коллегия Суда отмечает, что при наличии антиконкурентных действий участников рынка – например, при разделе рынка по территориальному принципу – объективные рыночные показатели, такие как цена и географическая структура поставок, могут быть искажены в силу таких действий участников рынка. Действительно, соглашение между участниками рынка о его разделе может привести к установлению такими участниками в пределах согласованных территорий деятельности различных уровней цен, а также предотвращению движения товара между согласованными территориями.

Таким образом, Коллегия Суда приходит к выводу о том, что Комиссией правильно применены нормы Методики оценки состояния конкуренции при предварительном определении географических границ товарного рынка.

Пунктом 27 Методики установлено, что при выявлении условий обращения товара, ограничивающих экономические, технические возможности приобретения товара покупателем, учитываются:

требования к условиям транспортировки товара (обеспечивающие сохранение потребительских свойств товара);

организационно-транспортные схемы приобретения товара;

возможность перемещения товара к покупателю или покупателя к товару;

наличие, доступность и взаимозаменяемость транспортных средств для перемещения товара (покупателя товара);

расходы, связанные с поиском и приобретением товара, а также транспортные расходы;

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 потребительские предпочтения);

условия, правила и обычаи делового оборота.

Указанные факторы были учтены Комиссией при определении географических границ товарного рынка.

Так, на основании материалов дела Коллегия Суда установила, что калибровка ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan является технической процедурой, осуществляемой в целях обеспечения рабочих характеристик датчиков в связи с наличием в них механических деталей, которые со временем могут смещаться.

Как следует из материалов дела, для доставки датчика к месту его калибровки имеются отдельные инструкции и рекомендации производителя, отражающие особенности его упаковки и транспортировки. При калибровке не требуется обязательного выезда специалиста к месту нахождения аппарата FibroScan. Датчик, как правило, отсоединяется и доставляется в место, где он калибруется. Таким образом, место обслуживания аппарата FibroScan может не совпадать с местом калибровки его датчика.

Комиссия обоснованно отметила в пункте 4.2 Аналитического отчета, что для получения услуги калибровки ультразвукового датчика к аппарату FibroScan датчик необходимо доставить потенциальному исполнителю услуги (ЗАО «Дельрус», ООО «Медицинская компания», ТОО «Дельрус РК»). Указанный датчик может быть доставлен любым видом транспорта (автомобильный, железнодорожный, воздушный) с привлечением любой транспортно-экспедиционной (курьерской) компании. Выбор транспорта зависит от предпочтения отправителя, стоимости доставки и обеспечения ее безопасности. При этом ТОО «Дельрус РК» для доставки датчика рекомендует обращаться к услугам компании, с которой у товарищества имеется договор.

Коллегия Суда обращает внимание на определение понятия «торговля услугами», закрепленное в Протоколе о торговле услугами.

Подпункт 22 пункта 6 Протокола о торговле услугами гласит:

торговля услугами – поставка услуг, включающая в себя производство, распределение, маркетинг, продажу и доставку услуг и осуществляемая следующими способами:

с территории одного государства-члена на территорию любого другого государства-члена (первый способ);

на территории одного государства-члена лицом этого государства-члена получателю услуг другого государства-члена (второй способ);

поставщиком услуг одного государства-члена путем учреждения на территории другого государства-члена (третий способ);

поставщиком услуг одного государства-члена путем присутствия физических лиц этого государства-члена на территории другого государства-члена (четвертый способ).

Исходя из изложенного нормативного понятия, оказание услуги по калибровке датчиков на территории Российской Федерации резидентом Российской Федерации получателю (потребителю) услуги из Республики Казахстан следует рассматривать как услугу, поставляемую по второму способу: на территории одного государства-члена лицом этого государства-члена получателю услуг другого государства-члена.

Вместе с тем на основании подпункта 19 пункта 2 Протокола, пункта 23 Методики оценки состояния конкуренции при определении географических границ товарного рынка следует учитывать экономическую, техническую или иную возможность либо целесообразность для покупателя из Республики Казахстан приобрести услугу по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan на территории Российской Федерации.

Как указывалось выше, в случае антиконкурентных действий по разделу товарного рынка по территориальному принципу фактические поставки товара могут отсутствовать в силу таких действий участников рынка.

С учетом установленной Комиссией значительной разницы в цене услуги калибровки ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan у ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» для субъектов Республики Казахстан наиболее целесообразным может являться получение такой услуги у ЗАО «Дельрус», в том числе с учетом расходов по доставке датчика к месту его калибровки (обслуживания).

Как видно из обстоятельств дела, хозяйствующий субъект из Казахстана (ТОО «Scuderia») считал возможным и целесообразным получить услугу по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan на территории Российской Федерации, учитывая существенную

разницу в цене услуги в двух государствах-членах, а также относительно небольшую удаленность Екатеринбурга от Казахстана.

Наличие возможности оказать услугу по калибровке датчика по второму способу поставки (на территории одного государства-члена лицом этого государства-члена получателю услуг другого государства-члена) не оспаривается сторонами. В этом смысле довод истцов о том, что Комиссия, принимая решение № 165, не учла, что ЗАО «Дельрус» зарегистрировано и осуществляет деятельность на территории Российской Федерации, подчиняясь ее законодательству, согласно которому деятельность по производству и техническому обслуживанию медицинской техники подлежит лицензированию, не имеет значения. Учет этого обстоятельства не влияет на возможность поставки услуг в рамках определенных географических границ любым из возможных способов.

Относительно представленного ЗАО «Дельрус» Аналитического отчета по вопросам определения географических границ товарного рынка, который подготовила соответствующая автономная некоммерческая организация в рамках договорных отношений с истцом, Коллегия Суда приходит к выводу, что его содержание является необъективным и не соответствующим действительности. Так, например, в данном отчете не учитывается способ поставки услуги на территории одного государства-члена лицом этого государства-члена получателю услуг другого государства-члена; определение географических границ осуществлено в рамках различных продуктовых границ (калибровка ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan и техническое обслуживание аппаратов, пункт 3), ошибочно определена стоимость услуг (пункт 3.1.1), выборочно и неполно проанализированы договоры об оказании услуг (пункты 3.2.2, 3.2.8) и, как следствие, сделаны неверные выводы.

Таким образом, Коллегия Суда приходит к выводу, 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.

6.2.4. Как установлено Коллегией Суда, вопрос о трансграничном характере рынка не может рассматриваться в отрыве от исследования фактических обстоятельств дела, без исследования его географических границ и иных определяющих такой рынок параметров в соответствии с Критериями отнесения рынка к трансграничному.

Пунктом 2 Критериев отнесения рынка к трансграничному для целей применения общих правил конкуренции, установленных в статье 76

Договора, установлено, что рынок относится к трансграничному, если географические границы товарного рынка охватывают территории двух и более государств-членов.

Пункт 4 Критериев гласит, что пресечение нарушений хозяйствующими субъектами запретов, установленных в пунктах 3–5 статьи 76 Договора, осуществляется Комиссией, если выполняется следующее условие:

по крайней мере, два хозяйствующих субъекта, чьи действия приводят или могут привести к нарушению запрета, зарегистрированы на территориях разных государств-членов.

Условия пунктов 2 и 4 Критериев отнесения рынка к трансграничному являются кумулятивными. Для установления трансграничного характера рынка они должны выполняться в совокупности.

В соответствии с решением № 165 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.

Как следует из материалов дела, хозяйствующие субъекты, признанные Комиссией виновными в нарушении запрета, предусмотренного пунктом 3 статьи 76 Договора, зарегистрированы на территориях Республики Казахстан и Российской Федерации.

Следовательно, условия пунктов 2 и 4 Критериев отнесения рынка к трансграничному соблюдаются.

На основании требований пунктов 2 и 4 Критериев отнесения рынка к трансграничному, а также обстоятельств, изложенных в пункте 6.2.3 настоящего решения, Коллегия Суда приходит к выводу, что при установлении трансграничного характера исследуемого рынка Комиссией правильно применены нормы Критериев, обоснованно сделан вывод о том, что рынок услуг по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan относится к трансграничному.

С данными выводами согласуется информация Государственного агентства антимонопольного регулирования при Правительстве Кыргызской Республики о том, что для фактической калибровки датчиков к аппаратам FibroScan «необходимо отправляться в ближайшие города (г. Астана (РК), г. Екатеринбург (РФ) или г. Москва (РФ)), где имеются калибровочные аппараты».

6.2.5. Состав хозяйствующих субъектов (субъектов рынка), осуществляющих деятельность на товарном рынке, определен исходя из договоров аренды и субаренды внешних калибраторов ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan с участием компании BRAVO Pacific

Limited, ЗАО «Дельрус», ООО «Медицинская компания» и ТОО «Дельрус РК».

6.2.6. Исследовав порядок рассмотрения Комиссией материалов, поступивших от Министерства национальной экономики Республики Казахстан, процедуру проведения расследования, возбуждения и рассмотрения дела № 22-2018/Д-01, принятия оспариваемого решения, Коллегия Суда установила, что Комиссией соблюдены процедурные требования, установленные в праве Союза.

6.3. Установление наличия нарушения общих правил конкуренции на товарном рынке

6.3.1. Коллегия Суда отмечает, что государства – члены ЕАЭС в статье 3 Договора одним из основных принципов осуществления деятельности Союза определили соблюдение принципов рыночной экономики и добросовестной конкуренции.

Одной из основных целей Союза в соответствии со статьей 4 Договора является стремление к формированию единого рынка товаров, услуг, капитала и трудовых ресурсов в рамках Союза.

В рамках раздела XVIII Договора установлены общие принципы и правила конкуренции, обеспечивающие выявление и пресечение антиконкурентных действий на территориях государств-членов и действий, оказывающих негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках на территории двух и более государств-членов.

Применение общих принципов и правил конкуренции направлено на формирование единого рынка товаров, услуг, капитала и трудовых ресурсов во всех сферах деятельности и на всей территории единого экономического пространства.

В соответствии с определением, данным в подпункте 8 пункта 2 Протокола, конкуренция – это состязательность хозяйствующих субъектов (субъектов рынка), при которой самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Пункт 3 статьи 76 Договора запрещает соглашения между хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств-членов, являющимися конкурентами, действующими на одном товарном рынке, которые приводят или могут привести к:

1) установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат), наценок;

2) повышению, снижению или поддержанию цен на торгах;

3) разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков);

4) сокращению или прекращению производства товаров;

5) отказу от заключения договоров с определенными продавцами либо покупателями (заказчиками).

Пунктом 3 статьи 76 Договора запрещены соглашения между хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) государств-членов, являющимися конкурентами. Для квалификации деяния по пункту 3 статьи 76 Договора необходимо наличие как минимум двух конкурирующих субъектов.

Исходя из изложенного, Коллегия Суда полагает, что в обычных условиях функционирования товарного рынка конкуренты:

соперничают, а не сотрудничают друг с другом;

действуют самостоятельно, не согласовывая свое поведение и, соответственно, исключая или ограничивая одностороннее влияние на товарный рынок.

Последствия для товарного рынка реализации соглашения, запрещенного пунктом 3 статьи 76 Договора, обозначенные в подпунктах 1–5, могут быть как реальными (соглашения приводят к указанным последствиям), так и вероятными (соглашения могут к ним привести).

Одним из таких последствий подпунктом 3 пункта 3 статьи 76 Договора назван осуществленный либо возможный раздел товарного рынка по территориальному принципу, который означает распределение хозяйствующими субъектами своей деятельности по согласованным ими территориям.

Применительно к рассматриваемому спору характеристика стоимости услуги, оказываемой хозяйствующими субъектами, не является основополагающим элементом квалификации деяния как антиконкурентного соглашения о разделе товарного рынка по территориальному принципу. Для данного юридического состава ключевое значение имеет договоренность хозяйствующих субъектов о территориальном делении рынка.

6.3.2. Для квалификации поведения хозяйствующих субъектов как нарушающего запрет, предусмотренный пунктом 3 статьи 76 Договора, в силу природы антиконкурентных соглашений доказывание факта заключения запрещенного соглашения может производиться не только прямыми, но и косвенными доказательствами. Необходимый объем доказательств зависит от обстоятельств дела. При этом должна быть обеспечена достоверность доказательств, необходимых для формирования убеждения относительно наличия либо отсутствия соглашения, запрещенного пунктом 3 статьи 76 Договора.

Исходя из определения, изложенного в подпункте 17 пункта 2 Протокола, под соглашением для целей конкурентного права ЕАЭС понимается согласованность воли независимо от формы ее выражения.

Доводы истцов построены на демонстрации того, что отдельные фактические обстоятельства (содержание исследованных договоров, содержание переписки) сами по себе не свидетельствуют о совершении истцами нарушений общих правил конкуренции. Однако Коллегия Суда отмечает, что реализация полномочий органа, ответственного за пресечение нарушений общих правил конкуренции, которым в данном случае является Комиссия, предполагает установление и оценку всей совокупности фактов, характеризующих ситуацию на соответствующем товарном рынке. Применительно к исследованию вопроса о наличии соглашения, запрещенного подпунктом 3 пункта 3 статьи 76 Договора, вывод о заключении такого соглашения при отсутствии прямых доказательств может быть сделан на основе совокупности установленных фактов, косвенно свидетельствующих о наличии такого соглашения.

6.3.3. По мнению Коллегии Суда, факты, установленные Комиссией и проверенные Судом в рамках разбирательства, свидетельствуют о том, что между истцами имела место договоренность о разделе товарного рынка по территориальному принципу, при которой ЗАО «Дельрус» осуществляет калибровку ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan на территории Российской Федерации, а ТОО «Дельрус РК» – на территории Республики Казахстан.

Факт раздела товарного рынка истцами подтверждается:

- имевшейся между ними согласованностью поведения и общим намерением указанных хозяйствующих субъектов вести себя определенным образом, добровольно ограничив тем самым свободу своего поведения на рынке;

- осведомленностью ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» о деятельности друг друга, практикой перенаправления покупателей к поставщику услуги в соответствии с географическим принципом территории обслуживания, и иными синхронными и однонаправленными действиями хозяйствующих субъектов, которые исследованы в ходе судебного разбирательства и свидетельствуют о наличии договоренности;

- отказом выйти за рамки согласованного территориального сектора;

- договором субаренды от 10 января 2017 года № 1.

Из имеющейся в материалах дела электронной переписки между представителями ТОО «Scuderia», ТОО «Дельрус РК», компанией Echosens и ЗАО «Дельрус» в марте 2017 года усматривается наличие согласованности воли истцов в отношении предоставления ими услуги по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan.

Так, в письмах представителя ТОО «Дельрус РК» Ахметова Р.С. директору ТОО «Scuderia» Еламгалиеву Т.М. высказана уверенность в том, что заявитель из Казахстана сможет приобрести услугу по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan только у ТОО «Дельрус РК»; у иных хозяйствующих субъектов, в том числе на территории Российской Федерации, такую услугу получить не удастся.

Такая же позиция у директора технического центра ЗАО «Дельрус» Мочалова В.Б., в ответе которого директору ТОО «Scuderia» прямо указано на необходимость обращаться в ТОО «Дельрус РК», приведены необходимые контактные данные начальника сервисного центра по региону Казахстан ТОО «Дельрус РК» (ФИО, занимаемая должность, адреса электронной почты, номера мобильного и рабочего телефонов). Более того, представителю ТОО «Дельрус РК» направлена копия ответа заявителю.

В письме директора технического центра ЗАО «Дельрус» Мочалова В.Б. от 27 марта 2017 года также указано, что данный хозяйствующий субъект обеспечивает сервис аппаратов FibroScan на территории Российской Федерации.

О территориальном разделе товарного рынка свидетельствует и практика оказания истцами услуги по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan. Так, согласно письмам ТОО «Дельрус РК» в адрес Комиссии от 19 апреля 2018 года № 46, от 15 мая 2018 года № 58, от 29 мая 2018 года № 63, от 5 июля 2018 года № 69 в период с 2017 года по I квартал 2018 года товарищество оказывало услуги по калибровке ультразвуковых датчиков к аппаратам FibroScan только резидентам Республики Казахстан. Из писем ЗАО «Дельрус» в адрес Комиссии от 7 июня 2018 года № 52, от 5 июля 2018 года № 58 следует, что обществом во всех случаях услуги оказывались резидентам Российской Федерации.

По мнению Коллегии Суда, такая ситуация на товарном рынке с учетом существенной разницы в стоимости одной и той же услуги, оказываемой ТОО «Дельрус РК» и ЗАО «Дельрус», свидетельствует о наличии и реализации ими антиконкурентного соглашения.

Утверждение ТОО «Дельрус РК» о том, что в результате анализа договоров ТОО «Дельрус РК» и ЗАО «Дельрус» об оказании услуг, в том числе услуг по калибровке ультразвукового датчика к аппарату FibroScan, сама Комиссия исключила факт наличия соглашения, которое привело или могло привести к разделу товарного рынка по территориальному принципу, является ошибочным.

Как следует из решения № 165, Комиссия лишь констатировала, что не выявила в указанных договорах положений, ограничивающих круг

потребителей на оказание услуг по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan по территориальному принципу.

Согласно письмам ЗАО «Дельрус» (пункт 7 письма в адрес Комиссии от 18 июня 2018 года № 55, пункт 1 письма в адрес Комиссии от 29 июня 2018 года № 57) юридическое лицо, в том числе медицинская организация, находящаяся на территории Республики Казахстан, может обратиться в технический центр ЗАО «Дельрус» за получением услуги калибровки ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan.

Схожей позиции придерживается ТОО «Дельрус РК» (пункт 8 письма в адрес Комиссии от 18 июня 2018 года № 64, пункт 2 письма в адрес Комиссии от 5 июля 2018 года № 69): ТОО «Дельрус РК» имеет возможность оказания услуги технического обслуживания (калибровки) ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan медицинским организациям, находящимся на территории Российской Федерации, в своем техническом центре в г. Нур-Султане.

Как указывалось выше, в обычных условиях функционирования товарного рынка конкуренты соперничают, а не сотрудничают друг с другом; действуют самостоятельно, не согласовывая свое поведение и, соответственно, исключая или ограничивая одностороннее влияние на товарный рынок. В рассматриваемом случае состязательность между конкурентами была устранена посредством наличия и реализации запрещенного соглашения.

Коллегия Суда считает обоснованным вывод Комиссии, что исполнение договора субаренды компанией-конкурентом (ТОО «Дельрус РК») напрямую зависит от количества оказанных им услуг по калибровке ультразвуковых датчиков.

Этот вывод подтверждается положениями договора субаренды от 10 января 2017 года № 1, заключенного между ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК».

Приведенные факты в совокупности с вышеперечисленными обстоятельствами, установленными Комиссией в ходе расследования, дополнительно подтверждают, что истцы целенаправленно и системно отказывались от конкуренции, действовали не самостоятельно и согласованно.

Соглашение о разделе рынка услуг по калибровке ультразвуковых датчиков между ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК» привело к таким негативным последствиям как возможность установления для потребителей неконкурентных, в том числе необоснованно высоких цен, лишение потребителей возможности выбора поставщика услуг, иные препятствия развитию конкурентного рынка в данной сфере услуг.

6.3.4. Довод истцов о том, что директор технического центра ЗАО «Дельрус» Мочалов В.Б. не отказывал ТОО «Scuderia» в предоставлении

услуги по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan, не основан на фактических обстоятельствах.

Решением № 165 установлено, что ЗАО «Дельрус» отказало заявителю в предоставлении услуги по калибровке ультразвукового датчика к аппарату FibroScan при возможности оказать услугу за вознаграждение. Отказ мотивирован наличием в Республике Казахстан компании-конкурента (ТОО «Дельрус РК»), оказывающей аналогичную услугу.

Исследовав соответствующие материалы дела, Коллегия Суда отмечает следующее.

Согласно письму ЗАО «Дельрус» от 28 декабря 2018 года № 127 при поступлении на электронную почту предложения о сотрудничестве, в том числе запроса коммерческого предложения о цене калибровки датчиков к аппарату FibroScan, которые не оформлены на бланке и не подписаны руководителем или иным уполномоченным лицом, такие предложения не регистрируются и сразу поступают на рассмотрение менеджеру. Руководствуясь утвержденными ценами калибровки датчиков к аппарату FibroScan, менеджер предлагает потенциальному заказчику оказать услугу по калибровке датчика. Также с потенциальным заказчиком могут быть оговорены иные условия оказания услуги, например, стоимость транспортировки датчиков до места нахождения технического центра ЗАО «Дельрус» и обратно. Ограничений по сотрудничеству в области поставки аппарата FibroScan или калибровки его датчиков не предусмотрено.

Коллегия Суда полагает, что вывод Комиссии о том, что электронное письмо директора технического центра ЗАО «Дельрус» Мочалова В.Б. директору ТОО «Scuderia» Есламгалиеву Т.М. от 27 марта 2017 года представляет собой отказ (отрицательный ответ на просьбу оказать услугу), является обоснованным.

При этом следует отметить, что предложение ЗАО «Дельрус» обратиться к своему прямому конкуренту на рынке услуг по калибровке ультразвукового датчика к аппарату FibroScan явно противоречит основной цели осуществления предпринимательской деятельности – получению прибыли.

Как видно из обращения ТОО «Scuderia», поступившего в ЗАО «Дельрус», в нем содержится запрос на калибровку ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan. Более того, из запроса заявителя очевидна готовность направить датчики в место их калибровки. Однако представитель ЗАО «Дельрус» не предложил оказание услуги по калибровке датчиков.

При этом Коллегия Суда, в связи с установленным законодательством Российской Федерации требованием о лицензировании

деятельности по техническому обслуживанию медицинской техники, не усматривает правовых препятствий для ЗАО «Дельрус» оказать услугу по калибровке ультразвуковых датчиков к аппарату FibroScan резиденту другого государства – члена Союза.

Из информации Государственного агентства антимонопольного регулирования при Правительстве Кыргызской Республики видно, что резиденты Кыргызстана также намерены получать услуги по калибровке ультразвуковых датчиков к имеющимся у них аппаратам FibroScan в г. Астана (Республика Казахстан), г. Екатеринбурге или г. Москве (Российская Федерация).

6.3.5. По доводам сторон, касающимся наложения штрафов, Коллегия Суда отмечает следующее.

Подпункт 2 пункта 16 Протокола предусматривает, что Комиссия в соответствии с Методикой расчета и порядком наложения штрафов налагает штрафы за заключение хозяйствующим субъектом (субъектом рынка) соглашения, недопустимого в соответствии с пунктами 3–5 статьи 76 Договора, а равно участие в нем:

на должностных лиц и индивидуальных предпринимателей в размере от 20 000 до 150 000 российских рублей;

на юридических лиц – в размере от одной сотой до пятнадцати сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено правонарушение, либо суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено правонарушение, но не более одной пятидесятой совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее 100 000 российских рублей, а в случае если сумма выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено правонарушение, превышает 75 процентов совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг), – в размере от трех тысячных до трех сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которого совершено правонарушение, либо размера суммы расходов правонарушителя на приобретение товара (работы, услуги), на рынке которого совершено правонарушение, но не более одной пятидесятой совокупного размера суммы выручки правонарушителя от реализации всех товаров (работ, услуг) и не менее 100 000 российских рублей.

Штрафы налагаются в соответствии с Методикой расчета и порядком наложения штрафов, согласно пункту 4 которой размер штрафа за нарушение определяется размером базового штрафа с учетом обстоятельств, смягчающих ответственность, и обстоятельств, отягчающих ответственность, согласно приложению № 1.

Длящееся (в течение 1 года и более) нарушение правонарушителем правил конкуренции является отягчающим обстоятельством, учитываемым при расчете размера штрафов за нарушение общих правил конкуренции на трансграничных рынках.

Как было установлено в ходе рассмотрения настоящего дела, между истцами существовало и действовало запрещенное соглашение на протяжении 2017 года – I квартала 2018 года.

В этой связи Коллегия Суда считает, что Комиссия правомерно квалифицировала нарушение как длящееся, расценила его как обстоятельство, отягчающее ответственность, а также учла данное обстоятельство при назначении штрафов.

Что касается довода ТОО «Дельрус РК» о том, что Комиссия в нарушение Методики расчета и порядка наложения штрафов не предоставила расчет штрафа, подлежащего оплате, что исключает возможность проверить корректность суммы штрафа, а также правильность применения коэффициентов отягчающих и смягчающих ответственность, то Коллегия Суда обращает внимание на то, что указанная Методика не устанавливает обязательство излагать в решении по делу расчет налагаемого Комиссией штрафа.

В соответствии с абзацем пятым пункта 45 Порядка рассмотрения дел о нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках в резолютивной части решения по делу указывается размер штрафа, предусмотренного пунктом 16 Протокола и рассчитанного в соответствии с Методикой расчета и порядком наложения штрафов, а не сам расчет.

Таким образом, Коллегия Суда приходит к выводу, что решение № 165 соответствует Договору и международным договорам в рамках Союза.

В отношении судебной проверки факта нарушения прав и законных интересов истцов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, Коллегия Суда поддерживает позицию, сформулированную в решении Коллегии Суда от 7 апреля 2016 года по делу ООО «Севлад», согласно которой нарушение прав и законных интересов заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности может повлечь только действие (применение) решения Комиссии, не соответствующего праву Союза.

Учитывая, что Судом не установлено несоответствие оспариваемого решения Договору и международным договорам в рамках Союза, нарушение прав и законных интересов истцов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, предоставленных Договором и международными договорами в рамках Союза, оснований для удовлетворения заявленных требований не имеется.

Пошлина, уплаченная истцами при обращении в Суд, в соответствии с пунктом 64 Статута возврату не подлежит.

Руководствуясь пунктом 108 Статута, статьями 77, 78, 80 и 82 Регламента, Коллегия Суда Евразийского экономического союза

РЕШИЛА:

Отказать в удовлетворении требований закрытого акционерного общества «Дельрус» и товарищества с ограниченной ответственностью «Дельрус РК».

Признать решение Коллегии Евразийской экономической комиссии от 17 сентября 2019 года № 165 «О нарушении общих правил конкуренции на трансграничных рынках» соответствующим Договору о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года, международным договорам в рамках Евразийского экономического союза.

Пошлина, уплаченная ЗАО «Дельрус» и ТОО «Дельрус РК», возврату не подлежит.

Настоящее решение может быть обжаловано в Апелляционную палату Суда в течение 15 календарных дней с даты его вынесения.

Председательствующий А.А.Федорцов

Судьи В.Х.Сейтимова

Г.А.Скрипкина

А.Э.Туманян

К.Л.Чайка