



Обзор административной и судебной практики рассмотрения дел о нарушениях антимонопольного законодательства¹

В.А. Коровин, док. техн. наук,
Председатель НП «Безопасность ПТО»,
г. Челябинск

1. Введение

В настоящее время на Интернет-сайте ФАС России² и в других изданиях опубликованы различные аналитические материалы по административной и судебной практике рассмотрения дел о нарушениях антимонопольного законодательства.

Однако практически отсутствуют материалы по обобщению и анализу тех действий органов власти и хозяйствующих субъектов, которые хотя и имеют внешние признаки нарушений антимонопольного законодательства, но в действительности нарушениями не являются.

Настоящий обзор направлен на восполнение этого пробела и базируется на официальной позиции должностных лиц центрального аппарата ФАС России. Основное внимание в нём уделено тем действиям органов власти, которые ФАС России признаны не нарушающими антимонопольное законодательство и обоснованность такой позиции ФАС России подтверждена арбитражными судами. Такое «двойное» подтверждение их законности придаёт таким делам важное прецедентное значение.

Из описаний дел частично исключены выходные данные документов и наименования юридических лиц, не имеющие значения для целей данного обзора. Не приведены полные тексты решений арбитражных судов, поскольку они размещены на Интернет-сайтах ФАС России, Высшего Арбитражного Суда РФ³ и Арбитражного суда г.Москвы⁴. Их копии составителем обзора⁵ могут быть направлены заинтересованным лицам по их запросам.

По различным причинам, в том числе из-за вносимых изменений в действующее законодательство и наличия в нём отдельных противоречий, отдельным документам и фактам может быть дана неоднозначная правовая оценка. Нельзя также полностью исключить возможность принятия ФАС России и арбитражными судами ошибочных решений. *Поэтому содержащиеся в настоящем отчёте утверждения и выводы о прецедентном значении отдельных дел не могут претендовать на истину в последней инстанции.* Они лишь имеют высокую степень достоверности, поскольку отражают официальную позицию центрального аппарата ФАС России, подтвержденную вступившими в законную силу решениями арбитражных судов, в том числе Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации.

2. Действия органов власти, не нарушающие антимонопольное законодательство

2.1. Включение представителей хозяйствующих субъектов и частных лиц в качестве равноправных членов комиссий при проведении мероприятий по государственному контролю (надзору)

Приказом Ростехнадзора от 20.02.2008 №100 «О целевой проверке ОАО "Челябинский механический завод"» (ОАО «ЧМЗ») в состав комиссии по государственному контролю

1 2-е издание, март 2012 года

2 Адрес в сети Интернет: <http://fas.gov.ru/analytical-materials>

3 Адрес в сети Интернет: <http://kad.arbitr.ru/>, <http://www.arbitr.ru>

4 Адрес в сети Интернет: <http://www.msk.arbitr.ru/infocases/archiv/docdb>

5 НП «Безопасность ПТО», ул. Машиностроителей, д.10-Б, г.Челябинск, 454119, тел./факс (351) 730-30-00.

Адрес в сети Интернет: <http://www.bpto.org>. E-mail: bpto@bpto.org, rez@rez.ru

(надзору) в качестве её равноправных членов, наряду с должностными лицами Ростехнадзора, были включены представители коммерческих предприятий ООО НТЦ «Строймашавтоматизация», ОАО «Инжтехкран» и ООО «ГЭСТ».

Итоговый документ о результатах этой проверки содержал негативную оценку продукции хозяйствующего субъекта – поставщика проверяемого предприятия.

Этот хозяйствующий субъект, полагая, что включение в состав комиссии представителей частных предприятий, возможно преследующих свои коммерческие интересы, predeterminedили необъективный результат проведенной проверки, обратился в ФАС России с заявлением от 11.03.2008 о нарушении антимонопольного законодательства.

По мнению заявителя, представители коммерческих предприятий, включённые в состав комиссии в качестве её равноправных членов, выполняли функции органа государственного контроля (надзора), что не предусмотрено Положением о Ростехнадзоре и противоречит требованиям части 3 статьи 15 Федерального закона №135-ФЗ «О защите конкуренции», запрещающего наделение хозяйствующих субъектов функциями и правами органов государственной власти.

ФАС России *не возбудила дело* о нарушении антимонопольного законодательства по этому заявлению. После чего хозяйствующий субъект обратился в Арбитражный суд.

Арбитражный суд г.Москвы решением №А40-12666/08 отказал в удовлетворении исковых требований в части формирования состава комиссии. Суд мотивировал это тем, что согласно пункта 6.5 Положения о Ростехнадзоре, утв. постановлением Правительства РФ от 30.07.2004 №401, Ростехнадзор с целью реализации полномочий в установленной сфере деятельности (и, следовательно, в сфере надзора и контроля за подведомственными предприятиями, организациями, учреждениями в области промышленной безопасности) имеет право привлекать в установленном порядке *для проработки вопросов*, отнесённых к установленной сфере деятельности, научные и *иные организации*, ученых и *специалистов*. Приказ от 20.02.2008 уполномочивает Иржака Ю.М., Куденкова Н.М., Лединина Д.В., Жижина С.А. на участие в комиссии по целевой проверке ОАО «ЧМЗ». «В силу указанных ненормативных актов, у органа имеется право на привлечение специалистов и иных организаций».

На запрос о правомерности оплаты участия представителей частных коммерческих организаций в проведении мероприятий по государственному контролю (надзору) из государственного бюджета, направленный в Счетную Палату РФ, получен ответ от 09.07.2010 №11-02-351/11-02. В нём указывается на отсутствие финансовых нарушений органа государственной власти (Ростехнадзора) при осуществлении такой оплаты.

Комментарии

а). Право «привлекать в установленном порядке для проработки вопросов, отнесённых к установленной сфере деятельности, научные и *иные организации*, ученых и *специалистов*», предусмотрено положениями о многих федеральных службах. Например, пункт 6.5 «Положения о Федеральной антимонопольной службе», утв. постановлением Правительства РФ от 30.06.2004 №331, пункт 6.5 «Положения о Федеральной налоговой службе», утв. постановлением Правительства РФ от 30.09.2004 №506 и т.д.

Причём, как следует из решения суда, к «*иным организациям*» относятся хозяйствующие субъекты, а «*проработка вопросов, отнесённых к установленной сфере деятельности*», включает в себя прямое участие представителей частных коммерческих предприятий в проведении мероприятий по государственному контролю (надзору).

Поэтому осуществлять проверки юридических лиц с прямым участием хозяйствующих субъектов вправе не только Ростехнадзор, но и другие контрольные (надзорные) органы.

б). Законность прямого участия представителей коммерческих организаций в проведении мероприятий по государственному контролю (надзору) и оплаты этого участия из государственного бюджета predeterminedляют возможность превращения контрольных (надзорных) мероприятий в один из видов бизнеса. Это, по мнению автора настоящего обзора, нельзя считать оправданным. Тем более, что в состав комиссии могут быть включены представители компаний-конкурентов хозяйствующего субъекта, что может

нанести ему существенный ущерб.

Прецедентное значение: Проверка юридического лица, проводимая по приказу органа государственного контроля (надзора), может осуществляться комиссией, в состав которой, в качестве равноправных членов этой комиссии, могут входить как уполномоченные должностные лица этого государственного органа, так и представители хозяйствующих субъектов и частные лица.

2.2. Наделение хозяйствующих субъектов правом разработки нормативных документов

Постановлением Госгортехнадзора России (в настоящее время и далее в тексте – Ростехнадзор) от 31.12.1999 № 98 принят и введен в действие нормативный документ «Правила устройства и безопасной эксплуатации грузоподъемных кранов» (шифр документа – ПБ 10-382-00), признанные Минюстом России не нуждающимися в государственной регистрации.

Согласно решению Арбитражного суда № А40-37192/11 эти Правила являются нормативным правовым актом и, в соответствии с пунктом 1 статьи 3 Федерального закона от 21.07.1997 №116-ФЗ «О промышленной безопасности опасных производственных объектов», преамбулы и пункта 1.1 Правил, а также решений Арбитражного суда г.Москвы №А40-27360/08, №А40-31266/10 и №А40-37192/11, обязательны для исполнения всеми руководящими работниками и ответственными специалистами организаций, занимающимися проектированием, изготовлением, реконструкцией, ремонтом, монтажом, эксплуатацией и диагностированием кранов, независимо от формы собственности и ведомственной принадлежности.

Согласно пункта 1.5 этих Правил, *«разработку нормативных документов на краны осуществляют головные организации по краностроению»*. Перечень из шести поименно названных частных коммерческих головных организаций (хозяйствующих субъектов) приведён в приложении 1 к Правилам ПБ 10-382-00.

Головная организация ООО НТЦ «Строймашавтоматизация» разработала и утвердила нормативные документы РД СМА-001-03, РД СМА-002-03, РД СМА-003-04, РД СМА-004-04 и РД СМА-005-04, которые письмами *согласованы* с Ростехнадзором и на основании приказа Ростехнадзора от 14.12.2004 №297 «Об организации официального издания нормативных актов Федеральной службы по экологическому, технологическому и атомному надзору» официально опубликованы в сборнике нормативных документов Ростехнадзора «Приборы безопасности грузоподъемных машин. Сборник документов. Серия 10. Выпуск 66».

Хозяйствующий субъект, обязанный по роду своей деятельности взаимодействовать с головной организацией ООО НТЦ «Строймашавтоматизация», полагая, что её наделение правом разработки нормативных документов ограничивает конкуренцию, обратился с заявлением в ФАС России от 03.03.2006.

ФАС России издала приказ от 23.05.2007 №146 о возбуждении дела №1 15/150-07 по признакам нарушения Ростехнадзором ч.3 ст.15 Федерального закона №135-ФЗ «О защите конкуренции», выразившегося в наделении ООО НТЦ «Строймашавтоматизация» функциями и правами органа государственной власти, а затем приняла решение от 27.05.2008 о его прекращении «в связи с отсутствием нарушения антимонопольного законодательства в рассматриваемых комиссией действиях Ростехнадзора».

Решение ФАС России было оспорено в Арбитражном суде. Суды всех инстанций (№А40-43553/08, №09АП-10158/09-АК, №КА-А40/8349-09 и №ВАС-13411/09) подтвердили, что решение ФАС России о прекращении дела №1 15/150-07 соответствует требованиям антимонопольного законодательства.

После признания законным наделения коммерческих организаций нормотворческими функциями, хозяйствующий субъект дополнительно обратился в ФАС России с заявлением об оспаривании положений разработанного ООО НТЦ «Строймашавтоматизация» и согласованного Ростехнадзором 06.04.2004 нормативного документа РД СМА-003-04 –

«Типового положения об учебной организации, осуществляющей подготовку специалистов и наладчиков приборов безопасности грузоподъемных машин».

В этом нормативном документе, устанавливающем правовой статус образовательных учреждений, головная организация в своих коммерческих интересах предусмотрела для других хозяйствующих субъектов обязанности пользоваться её услугами. В частности, п.3.3 РД СМА-003–04 содержит требование к образовательному учреждению об обязательности получения *Акта о готовности* к подготовке специалистов и наладчиков приборов безопасности грузоподъемных машин при получении лицензии на образовательную деятельность. Этот Акт выдается комиссией с обязательным участием коммерческой головной организации. На преподавателей, проводящих занятия в Учебной организации, п.3.8 РД СМА-003–04 возлагает обязанности пройти обучение и аттестацию исключительно в «Учебном центре головной организации по краностроению».

Заявление в ФАС России было мотивировано тем, что организация подготовки, переподготовки и повышения квалификации педагогических работников, в соответствии с Федеральным законом от 10.07.1992 №3266-1 «Об образовании», входит в компетенцию не коммерческой головной организации, а органа управления образованием субъекта РФ. Кроме того, типовые положения об образовательных учреждениях всех видов и типов утверждаются Правительством РФ. Соответственно, возложение на образовательные учреждения обязанностей пользоваться услугами головной организации создаёт незаконные ограничения для их деятельности и противоречит Федеральному закону №135-ФЗ «О защите конкуренции».

ФАС России решением от 25.03.2010 №АК/8347 отказала в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства. Арбитражный суд г.Москвы решением №А40-30216/10, 9-й апелляционный суд постановлением №09АП-24198/10 и Федеральный арбитражный суд Московского округа определением №КА-А40/2793-11-Ж подтвердили, что содержание нормативного документа СМА-003–04 и решение ФАС России об отказе в возбуждении дела соответствуют нормам действующего законодательства РФ.

Комментарии

а). В сфере промышленной безопасности действует множество нормативных документов, разработанных другими коммерческими головными организациями по краностроению и содержащих правовые нормы. В частности:

– «Типовая инструкция по безопасному ведению работ для рабочих люльки, находящихся на подъемнике (вышке)», (ТИ 36-22-22–03), разработанная и утвержденная 05.11.2003 ОАО «ВКТИмонтажстроймеханизация» и согласованная Госгортехнадзором России письмом от 05.11.2003 №12-07/990;

– «Оборудование грузоподъемное. Общие технические требования» (РД 36-62–00), разработанные и утвержденные 12.07.2000 ОАО «ВКТИмонтажстроймеханизация» и согласованные Госгортехнадзором России письмом от 13.07.2000 №12-07/675;

– «Основные требования безопасности к устройству, эксплуатации и эксплуатации ветрозащитных систем мостовых и козловых кранов» (РД 24.090.102–01), разработанные и утвержденные ОАО «ВНИИПТМАШ» и согласованные Госгортехнадзором России письмом от 21.03.2001 №12-07/293, и т. д.

Как указывалось в примере 2.1, по приказу Ростехнадзора от 20.02.2008 №100 проводилась целевая проверка хозяйствующего субъекта. При этом к нему предъявлялись требования, содержащиеся, кроме прочих, в нормативных документах РД 22-16–2005 и РД 36-62–00, разработанных и утвержденных хозяйствующими субъектами.

б). Наделение хозяйствующих субъектов функциями и правами по разработке и утверждению нормативных документов осуществляется не только Ростехнадзором.

Например, МЧС России издан приказ от 16.03.2007 №140 «Об утверждении Инструкции о порядке разработки органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления и *организациями* нормативных документов по пожарной безопасности, введения их в действие и применения», зарег. Минюстом России 04.04.2007, рег. №9205. В данном случае право организаций любых организационно-

правовых форм и форм собственности разрабатывать и утверждать (пункты 1, 3 и 20 Инструкции), а также право МЧС России согласовывать (пункты 25, 28 Инструкции), регистрировать (пункт 34 Инструкции) и *применять* (пункт 38 Инструкции) нормативные документы, разработанные и утвержденные хозяйствующими субъектами, закреплено нормативным правовым актом, прошедшим юридическую экспертизу в Минюсте России.

в). Законность наделения хозяйствующих субъектов нормотворческими функциями подтверждена письмом руководителя ФАС России от 03.12.2009 №ИА/4733-ПР. В нём указывается, что разработанные коммерческими организациями правовые акты *вводятся в действие* только после их согласования и регистрации в органе государственной власти.

г). Федеральным законом от 06.12.2011 № 401-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон "О защите конкуренции" и отдельные законодательные акты Российской Федерации» часть 1 статьи 15 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» дополнена пунктом 8, предусматривающим запрет на *создание дискриминационных условий*. ФАС России письмом от 17.02.2012 № ПС/4671 подтвердила, что разделение хозяйствующих субъектов на «головные организации», уполномоченные разрабатывать нормативные документы, и рядовые хозяйствующие субъекты, обязанные исполнять их требования, не является созданием дискриминационных условий для их деятельности и не нарушает антимонопольное законодательство.

***Прецедентное значение:** Федеральные органы исполнительной власти вправе наделять хозяйствующие субъекты нормотворческими функциями. Хозяйствующие субъекты вправе разрабатывать и утверждать нормативные документы, содержащие правовые нормы и устанавливающие правовой статус организаций, а федеральные органы исполнительной власти вправе согласовывать, регистрировать, публиковать и вводить в действие эти нормативные документы. Хозяйствующие субъекты в разработанные ими нормативные документы могут включать положения, предоставляющие им дополнительные полномочия и принуждающие другие хозяйствующие субъекты пользоваться их услугами.*

2.3. Установление исчерпывающего перечня хозяйствующих субъектов, уполномоченных оказывать возмездные услуги⁶

Как указано выше, Правилами ПБ 10-382–00 шесть поимённо названных хозяйствующих субъектов: ОАО «ВНИИПТМАШ», ООО НТЦ «Строймашавтоматизация» и др. назначены головными организациями по краностроению. Конкурс по отбору хозяйствующих субъектов для их назначения головными организациями органом государственной власти не проводился. Акты законодательства РФ, разрешающие осуществлять это назначение, а также устанавливающие порядок назначения головных организаций, отсутствуют.

«Головной организацией», согласно пункта 8.8 приложения 2 указанных Правил, является хозяйствующий субъект, осуществляющий на рынке деятельность по разработке, изготовлению, монтажу, наладке, ремонту, реконструкции и эксплуатации кранов.

В то же время хозяйствующий субъект, не относящийся к головной организации, для осуществления своей хозяйственной деятельности на этом же рынке должен обращаться за получением различных платных услуг исключительно к головным организациям. Обязан получать от головных организаций заключение технической экспертизы разработанных им проектов грузоподъемных кранов (пункт 2.1.3 Правил ПБ 10-382–00); согласовывать с ними технические задания на краны, предназначенные для работы в особых условиях (пункт 2.1.7); применять новые материалы только по рекомендации головных организаций (пункт 2.2.4, пункт 3.3.4); проводить согласование программ и методик предварительных испытаний с головными организациями (пункт 3.1.9); проводить приемочные, квалификационные и сертификационные испытания с обязательным участием головных организаций (пункт 3.1.10) и т.д.

⁶ Раздел 2.3 обзора доработан по замечаниям Кировского УФАС России (письмо от 13.04.2011 №1043/03).

Хозяйствующий субъект, полагая, что включение Ростехнадзором в Правила ПБ 10-382–00 положений, обязывающих пользоваться платными услугами только шести поимённо названных головных коммерческих организаций, нарушает антимонопольное законодательство, обратился ФАС России с заявлением от 03.03.2006.

ФАС России, рассматривая эти действия органа государственной власти в рамках возбужденного дела №1 15/150-07, приняла решение от 27.05.2008 о его прекращении в связи с отсутствием нарушения антимонопольного законодательства.

Арбитражный суд г.Москвы, как было указано выше, подтвердил законность решения ФАС России о прекращении дела №1 15/150-07 и в решении №А40-43553/08 указал, что «помимо НТЦ «Строймашавтоматизация» в перечень головных организаций входят: ВНИИПТМАШ, ВНИИстройдормаш, СКТБ башенного краностроения, ВКТИмонтажстроймеханизация и ВНИИРжевбашкран. Причём организация, осуществляющая деятельность по проектированию, производству и изготовлению кранов *вправе по собственному выбору обратиться в любую из вышеперечисленных организаций*». «При указанных обстоятельствах оспариваемое решение ответчика (ФАС России) соответствует закону и иным нормативным актам, не нарушает права и законные интересы заявителя».

Суды более высоких инстанций (№09АП-10158/2009-АК, №КА-А40/8349-09 и №ВАС-13411/09) поддержали позицию ФАС России о том, что принуждение хозяйствующих субъектов пользоваться платными услугами исключительно шести поимённо названных головных организаций не нарушает антимонопольное законодательство.

Комментарии

а). В отдельных случаях ФАС России занимает иную позицию и установление органом государственной власти исчерпывающего перечня хозяйствующих субъектов, имеющих право оказывать какие-либо возмездные услуги, признает незаконным.

Например, пунктом 2.2 СанПиН 2.1.7.728–99 «Правил сбора, хранения и удаления отходов лечебно-профилактических учреждений», утв. постановлением Главного государственного санитарного врача РФ от 22.01.1999 №2, установлено, что для организации обращения с отходами в крупных и средних лечебно-профилактических учреждениях назначается ответственный специалист, который обязан пройти обучение в специализированном центре по организации обучения обращению с отходами. Приложением №2 к СанПиН 2.1.7.728–99 установлен исчерпывающий перечень организаций, имеющих право оказывать возмездную образовательную услугу по подготовке таких специалистов.

ФАС России возбудила дело №1 15/138-09 о нарушении Роспотребнадзором антимонопольного законодательства и решением от 19.08.2009 признала, что установление в нормативном акте исчерпывающего перечня организаций, имеющих право оказывать эту возмездную образовательную услугу, нарушает ч.1 ст.15 Закона «О защите конкуренции».

Нормативные акты СанПиН 2.1.7.728–99 и Правила ПБ 10-382–00 эквивалентны по своему статусу, а приложение 2 к СанПиН 2.1.7.728–99, устанавливающее исчерпывающий перечень организаций, оказывающих образовательные услуги, эквивалентно приложению 1 к Правилам ПБ 10-382–00, устанавливающему исчерпывающий перечень головных организаций, оказывающих возмездные услуги в сфере краностроения.

Несмотря на это, по делам №1 15/150-07 и №1 15/138-09 ФАС России приняла противоположные решения и в обоих случаях отстаивала эти решения в судах.

Приоритет в данном случае следует отдать решению ФАС России по делу №1 15/150-07, поскольку:

- законность решения ФАС России по делу №1 15/150-07 с Ростехнадзором подтверждена судами всех инстанций, в том числе Высшим Арбитражным Судом РФ;
- Арбитражный суд г.Москвы решением №А40-120921/09 признал недействительным решение и предписание ФАС России по делу №1 15/138-09 в отношении Роспотребнадзора;
- соответствие Правил ПБ 10-382–00 требованиям антимонопольного законодательства неоднократно подтверждено письмами руководителя ФАС России от 11.06.2009 №ИА/18257, от 24.05.2010 №ИА/1870-ПР и т.д., а также решениями арбитражных судов №А40-27360/08,

№А40-37192/11 и т. д.

б). ФАС России письмом от 17.02.2012 № ПС/4671 подтвердила, что установление исчерпывающего перечня хозяйствующих субъектов, уполномоченных оказывать возмездные услуги, не является созданием дискриминационных условий для деятельности хозяйствующих субъектов и не нарушает антимонопольное законодательство.

в). Правомерность действий органа государственной власти по установлению исчерпывающего перечня хозяйствующих субъектов, уполномоченных оказывать возмездные услуги, необходимо оценивать с учетом конкретных фактических обстоятельства дела. Эти действия могут оказаться неправомерными в случае наличия иного нормативного правового акта (кроме Федерального закона «О защите конкуренции») предусматривающего запрет на осуществление таких действий.

***Прецедентное значение:** Федеральный закон «О защите конкуренции» не устанавливает для федеральных органов исполнительной власти запретов на издание обязательных для исполнения нормативных актов, устанавливающих исчерпывающий перечень поименно названных коммерческих организаций, к которым хозяйствующие субъекты обязаны обращаться за получением платных услуг. Эти коммерческие организации могут быть назначены и наделены индивидуальными полномочиями без проведения конкурса и при отсутствии нормативного правового акта, устанавливающего порядок их назначения.*

2.4. Ограничение доступа хозяйствующего субъекта к осуществлению деятельности в определенном секторе рынка

Как показано выше, утверждение и введение в действие Ростехнадзором обязательных для исполнения Правил ПБ 10-382–00, которыми шесть поименно названных хозяйствующих субъектов назначены головными организациями, решением ФАС России о прекращении дела №1 15/150-07 и судами (№А40-43553/08, №09АП-10158/2009-АК, №КА-А40/8349-09 и №ВАС-13411/09) признано законным.

С учетом этого хозяйствующий субъект обратился в Минприроды России (в то время Ростехнадзор находился в его подчинении) с ходатайством о предоставлении ему аналогичного статуса «головной организации».

Однако этот федеральный орган исполнительной власти письмом от 08.09.2009 №13-47/12684 отказал в удовлетворении данного ходатайства, мотивируя это тем, что положения Правил ПБ 10-382–00, устанавливающие наличие головных организаций по вопросам краностроения, не соответствуют требованиям действующего законодательства.

Поскольку эта формулировка отказа противоречит решениям ФАС России по делу № 1 15/150-07 и арбитражных судов, хозяйствующий субъект направил заявление в ФАС России о нарушении антимонопольного законодательства. Оно было мотивировано тем, что Гражданским Кодексом и другими законодательными актами РФ для хозяйствующих субъектов не установлено каких-либо запретов и ограничений выполнять те функции головных организаций, которые указаны в Правилах ПБ 10-382–00.

По мнению заявителя, любой хозяйствующий субъект имеет право получить статус «головной организации» и осуществлять хозяйственную деятельность по оказанию платных услуг аналогично шести головным организациям по краностроению, уже включенным в Правила ПБ 10-382–00. Отказав заявителю, орган власти установил перечень из шести поименно названных частных коммерческих головных организаций исчерпывающим (закрытым).

По данному заявлению ФАС России приняла решение от 25.09.2009 №АЦ/33433 об отказе в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства.

Арбитражные суды всех инстанций (№А40-137113/09, №09АП-3743/2010-АК, №КА-А40/5009-10 и №ВАС-9142/10) подтвердили, что отказ ФАС России в возбуждении дела о нарушении антимонопольного законодательства является законным. Ограничение количества головных организаций именно шестью поименно названными предприятиями и недопущение других хозяйствующих субъектов в этот сектор рынка, причём в условиях

отсутствия нормативного правового акта, предоставляющего органу власти право устанавливать такие ограничения, действительно не нарушает антимонопольное законодательство.

Прецедентное значение: Перечень поименно названных хозяйствующих субъектов в нормативном акте, не нуждающемся в государственной регистрации, уполномоченных осуществлять деятельность в определенном секторе рынка, федеральный орган исполнительной власти вправе устанавливать исчерпывающим. Причём решения об отказе во включении других хозяйствующих субъектов в этот перечень федеральный орган исполнительной власти вправе принимать при отсутствии норм действующего законодательства, разрешающих принимать такие решения.

2.5. Принятие федеральным органом исполнительной власти актов, содержащих рекомендации по применению товаров (услуг), поставляемых (оказываемых) конкретно указанными хозяйствующими субъектами

Ростехнадзором изданы, официально опубликованы и разосланы для исполнения нормативные акты (документы), не подлежащие государственной регистрации в Минюсте России, и официальные письма, объединенные в Сборник нормативных документов Ростехнадзора «Приборы безопасности грузоподъемных машин. Сборник документов. Серия 10. Выпуск 66». Они содержат рекомендации Ростехнадзора пользоваться услугами и продукцией только конкретно указанных хозяйствующих субъектов.

В частности, в нормативных документах и в письме Ростехнадзора от 13.05.2004 №12-01/444 указывается, что «приемочные, типовые и сертификационные испытания приборов безопасности проводятся с участием НТЦ «Строймашавтоматизация» в качестве головной организации и испытательного центра» (стр.23 и 184 Сборника).

Письмом Ростехнадзора от 19.10.2004 №03/9-01/376 (стр.284 Сборника) приборы (товары) типа ОНК-140 и ОНК-160С, изготавливаемые ОАО «Арзамасский приборостроительный завод», рекомендованы к применению на грузоподъемных кранах, а аналогичные по назначению приборы ОГМ240 исключены Ростехнадзором из рекомендованных к применению. Причём как рекомендованные, так и нерекондованные к применению приборы (товары), имеют разрешения Ростехнадзора на их применение и сертификаты соответствия.

Конкурсы по отбору продукции (приборов) и их поставщиков перед их включением в рекомендации по применению Ростехнадзором не проводились. Нормативные правовые акты, предусматривающие право Ростехнадзора давать такие рекомендации, отсутствуют.

Хозяйствующий субъект, полагая, что его права и законные интересы нарушены за счет бесосновательного исключения Ростехнадзором его продукции из рекомендуемой к применению, обратился в ФАС России с заявлением от 30.06.2009 о признании незаконными этих действий Ростехнадзора, поскольку они привели к ограничению возможности хозяйствующих субъектов осуществлять выбор организаций, оказывающих платные услуги или поставляющих продукцию.

ФАС России письмом от 23.11.2009 №АЦ/38693 отказала в возбуждении дела о нарушениях Ростехнадзором антимонопольного законодательства. Арбитражные суды всех инстанций (№А40-168514/09, № 09АП-7538/2010, №КА-А40/6445-10 и №ВАС-13243/10) подтвердили законность такой позиции ФАС России.

ФАС России приняла также решение от 28.05.2010 №ПС/16431, согласно которому издание и распространение федеральным органом исполнительной власти официальных писем, содержащих рекомендации по применению определенных типов технических устройств (товаров) и платных услуг, оказываемых поименно названным коммерческими организациями, причём также без соблюдения конкурсной процедуры их отбора, не нарушает антимонопольное законодательство. Арбитражный суд г.Москвы решением №А40-51772/10 подтвердил законность позиции ФАС России. Апелляционный и кассационных суды постановлениями №09АП-22297/10 и №КА-А40/18121-10 оставили это решение в силе.

Кроме того, постановлением Госгортехнадзора России от 19.02.2003 №27 принят и

введен в действие нормативный документ – «Рекомендации по проведению испытаний грузоподъемных машин» (РД 10-525–03). Раздел 4.8 этого нормативного документа предусматривает проведение испытаний грузоподъемных машин исключительно с ограничителем грузоподъемности типа ОНК-140, выпускаемым единственным предприятием-изготовителем.

ФАС России, рассматривая эти действия Ростехнадзора в рамках возбужденного дела №1 15/150-07, приняла решение от 27.05.2008, согласно которому наличие в этом нормативном документе таких рекомендаций, не нарушает антимонопольное законодательство. Арбитражные суды всех инстанций (№А40-43553/08, №09АП-10158/2009-АК, №КА-А40/8349-09 и №ВАС-13411/09) подтвердили обоснованность и законность этого решения ФАС России.

Комментарий

Федеральным законом от 06.12.2011 №401-ФЗ часть 1 статьи 15 Закона № 135-ФЗ «О защите конкуренции» дополнена пунктом 10, предусматривающим запрет на дачу хозяйствующим субъектам указаний о приобретении товара.

Его действие не распространяется на издание органами исполнительной власти различных рекомендаций по приобретению товаров (услуг), поскольку такие рекомендации не обязательны для исполнения и их издание, как неоднократно установлено ФАС России и арбитражными судами, не может привести к недопущению или ограничению конкуренции.

Издание таких рекомендаций не является также созданием дискриминационных условий для деятельности хозяйствующих субъектов (пункт 8 статьи 15 Закона № 135-ФЗ «О защите конкуренции»), что подтверждено письмом ФАС России от 17.02.2012 № ПС/4671.

Прецедентное значение: *Федеральный орган исполнительной власти вправе издавать официальные письма и нормативные документы (акты), содержащие рекомендации по приобретению товаров (услуг), в том числе у поименно названных хозяйствующих субъектов, причём без соблюдения конкурсной процедуры их отбора и в условиях отсутствия нормы закона, разрешающего совершать такие действия.*

3. Заключение хозяйствующими субъектами соглашений и совершение согласованных действий, направленных на устранение своего конкурента с рынка

Группой Компаний 05.10.2006 подписано «Совместное заявление», в котором была дана негативная оценка продукции и производственной деятельности их конкурента. В нём было указано, что их конкурент выпускает продукцию «без соответствующих испытаний и разрешений различных модификаций приборов, возможности которых по обеспечению безопасной работы грузоподъемных кранов обоснованно вызывают серьезные сомнения».

Это «Совместное заявление» группой Компаний было разослано потребителям этой продукции и передано в различные органы государственной власти.

Хозяйствующий субъект, против которого направлено «Совместное заявление», обратился с заявлением от 24.05.2007 в ФАС России. Полагая, что эти действия группы Компаний, направленные на устранение своего конкурента с рынка, нарушают пункта 8 части 1 статьи 11 Федерального закона «О защите конкуренции».

По этому заявлению ФАС России было возбуждено дело №1 14/508-07.

В качестве доказательства ложности информации, приведённой в «Совместном заявлении», заявителем было представлено действующее разрешение Ростехнадзора на применение №РРС 56 00233, сертификат соответствия №РОСС RU.MP04.H06440.08, а также акты и протоколы испытаний.

Группой Компаний было представлено в ФАС России письмо Ростехнадзора от 14.03.2006 №09-03-57/565, из которого следовало, что приборы заявителя не прошли типовых испытаний с участием головной организации и по методике испытаний, согласованной с Ростехнадзором и с головной организацией ООО НТЦ «Строймашавтоматизация».

Комиссия ФАС России направила в Ростехнадзор запрос о том, проводились ли испытания приборов, выпускаемых заявителем, и имеется ли у заявителя действующее

разрешение Ростехнадзора на их применение. На этот запрос заместитель начальника Управления государственного строительного надзора (подразделения Ростехнадзора) письмом от 03.04.2008 №09-08/708 сообщил, что заявитель выпускал приборы без проведения типовых испытаний, а разрешение на их применение было выдано без необходимых правовых оснований.

Заявитель ходатайствовал об отложении заседания Комиссии для более полного расследования дела и предоставления дополнительных документов. Мотивируя это тем, что данное письмо не согласуется с фактами наличия действующего разрешения на применение, а также актов и протоколов испытаний. Комиссия ФАС России отклонила это ходатайство и приняла решение от 04.04.2008 о прекращении дела №1 14/508-07.

Это решение было обжаловано заявителем в Арбитражный суд.

В отзыве на исковое заявление от 27.05.2008 №09/12777 начальник Правового управления ФАС России С.А.Пузыревский указал, что «продукция заявителя уже присутствует на рынке и занимает на нём ощутимую долю, а *требования пункта 8 части 1 статьи 11 Закона направлены на возможные действия в отношении организаций, только входящих на тот или иной рынок*». Соответственно, согласованные действия группы Компаний по устранению своего конкурента с рынка не нарушают антимонопольное законодательство.

Арбитражный суд г.Москвы решением №А40-27788/08 подтвердил законность решения ФАС России о прекращении дела №1 14/508-07 и указал, что «суд считает также правомерным решение Комиссии о том, что в действиях организаций отсутствует нарушение п.8 ч.1 ст.11 Закона о защите конкуренции, согласно которому запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами или согласованные действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке, если такие соглашения или согласованные действия приводят или могут привести к созданию препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам, поскольку продукция заявителя уже присутствует на рынке и занимает на нём ощутимую долю, а требования указанной нормы закона направлены на возможные действия в отношении организаций, *только входящих на тот или иной рынок*». Решение суда первой инстанции постановлениями апелляционного и кассационного судов №09АП-11380/2008-АК и №КА-А40/381-09 было оставлено без изменения.

Руководитель ФАС России письмом от 11.06.2009 №ИА/18257 также указал на обоснованность и законность решений ФАС России и арбитражных судов по данному делу.

***Прецедентное значение:** Заключение группой Компаний соглашений и совершение ими согласованных действий по устранению с рынка своего конкурента и по воспрепятствованию расширению его доли на рынке, не является нарушением антимонопольного законодательства, в том числе пункта 8 части 1 статьи 11 Федерального закона №135-ФЗ «О защите конкуренции».*

4. Пересмотр решений территориальных управлений антимонопольной службы в административном порядке

Северо-Западным управлением Ростехнадзора издано и разослано по поднадзорным предприятиям письмо от 09.10.2009 №09-1/11767 о проведении семинара совместно с ООО «БИЦ-Техносенсор». Письмо адресовано неопределенному кругу лиц и содержит признаки рекламы совместной коммерческой деятельности Северо-Западного управления Ростехнадзора и ООО «БИЦ-Техносенсор» по проведению платных семинаров, а также ставит ООО «БИЦ-Техносенсор» в преимущественное положение на этом рынке.

Хозяйствующий субъект, полагая, что такие действия органа власти противоречат требованиям статьи 5 Федерального закона №38-ФЗ «О рекламе» и статей 15 и 16 Федерального закона №135-ФЗ «О защите конкуренции», обратился с заявлениями одновременно в органы прокуратуры и в УФАС России по Санкт-Петербургу.

Управление Генеральной прокуратуры РФ в Северо-Западном Федеральном округе в своем письме от 12.2009 №31/1-13/279/09 указало на незаконность таких действий Северо-

Западного управления Ростехнадзора. В противоположность этому, Санкт-Петербургское УФАС России сначала возбудило, а затем прекратило дело №К03-141/09 в отношении Северо-Западного управления Ростехнадзора, не усмотрев нарушений законодательства.

Для разрешения этой коллизии хозяйствующий субъект обратился в ФАС России с заявлением о признании незаконным и отмене решения УФАС по Санкт-Петербургу о прекращении дела №К03-141/09.

ФАС России в своём ответе от 20.04.2010 №АК/11487 указала, что «Законом о защите конкуренции, а также положением о Федеральной антимонопольной службе, утверждённым Правительством Российской Федерации от 30.06.2004 №331, не предусмотрена возможность отмены ФАС России решений и предписаний, принятых территориальными антимонопольными органами», а «в действиях Северо-Западного Управления Ростехнадзора по изданию и рассылке указанного письма не усматривается признаков нарушения Федерального закона «О рекламе».

Комментарии

а). Решение ФАС России об отказе в пересмотре данного дела является обоснованным ещё и потому, что, как показана в пункте 2.5 настоящего обзора, издание органами государственной власти рекомендательных писем о применении продукции или услуг отдельных коммерческих предприятий, не нарушает антимонопольное законодательство. Рекомендательные письма органов власти, как указывает ФАС России, не налагают на хозяйствующие субъекты каких-либо обязанностей и их издание и рассылка не может привести к устранению, недопущению или ограничению конкуренции.

б). Статья 52 Федерального закона №135-ФЗ «О защите конкуренции» (в редакции Федерального закона от 06.12.2011 №401-ФЗ) указывает, что «Решение и (или) предписание антимонопольного органа могут быть обжалованы в арбитражный суд в течение трёх месяцев со дня принятия решения или выдачи предписания. Дела об обжаловании решения и (или) предписания антимонопольного органа подведомственны арбитражному суду». Из этого следует право на судебное оспаривание решений и предписаний комиссий территориальных антимонопольных органов (УФАС).

Соответственно, исходя из презумпции административного права (дозволено только то, что дозволено, а все властные полномочия должны санкционироваться только законодателем), вышестоящий антимонопольный орган не наделен полномочиями и не вправе пересматривать решения и предписания, принятые комиссией УФАС.

С другой стороны, ФАС России осуществляет контроль за деятельностью своих территориальных органов (пункт 6.4 Положения о ФАС России, утв. постановлением Правительства РФ от 30.06.2004 №331). Это даёт ФАС России право рассмотреть жалобу на решение УФАС в порядке контроля за его деятельностью и дать ему обязательное для исполнения указание, в том числе о пересмотре решения (пример – письмо ФАС России от 19.12.2006 №АК/21547). Но решение, принятое УФАС, может пересмотреть только само УФАС.

Прецедентное значение: Действующим законодательством Российской Федерации не предусмотрена возможность отмены вышестоящим антимонопольным органом решений и предписаний, принятых комиссиями территориальных антимонопольных органов.

5. Заключение

В обзоре показано, что в нашей стране признаются законными многие из тех действий органов государственной власти, которые в промышленно развитых странах считаются грубыми нарушениями антимонопольного законодательства.

Более того, несмотря на такой либерализм, около половины всех дел о нарушениях антимонопольного законодательства, по данным ФАС России, приходится на антиконкурентные действия именно органов власти.

На всех уровнях широко используется практика неформальных преференций, создания искусственных барьеров для бизнеса, дискриминационный подход к оказанию

государственных услуг, использование административного ресурса для давления на бизнес, вплоть до его закрытия. Прямое вмешательство органов власти в деятельность и во взаимоотношения хозяйствующих субъектов нередко является определяющим фактором конкурентной среды, особенно для малых и средних предприятий.

Удобным поводом для такого вмешательства является «обеспечение безопасности». В настоящем обзоре это показано на примере Ростехнадзора. Но сказанное во многом относится и к другим контрольным (надзорным) органам.

Все это крайне негативно влияет на конкурентоспособность экономики, предопределяет её дальнейшую деградацию и невозможность модернизации. В нашей стране преимущество на рынке имеет не тот хозяйствующий субъект, кто внедрил новые технологии или освоил выпуск более совершенной продукции, а тот, кто оказался «ближе» к органам власти и получил от них наибольшие полномочия, льготы и преференции.

Ни для кого не секрет, что в большинстве случаев бесосновательное и внеконкурсное назначение всевозможных платных посредников между бизнесом и властью, предоставление исключительных полномочий и льгот «своим» коммерческим организациям, продвижение их продукции (услуг) на рынке, осуществляется государственными чиновниками не бескорыстно. Все это сопровождается щедрыми «вознаграждениями», «откатами» и серьёзными «распилами». Позволяет получать доходы, несоизмеримо превышающие доходы от производственной, особенно инновационной, деятельности. Это приводит к запредельному уровню коррупции. По индексу восприятия коррупции в 2011 году Россия заняла 143-е место из 182 стран, разделив его с Угандой и Нигерией (оценка Transparency International).

При таком уровне коррупции добросовестные предприниматели фактически не могут решить ни одной из своих проблем. Многие аналитики отмечают неуклонное снижение предпринимательской активности и ухудшение условий ведения бизнеса в России. Большинство предпринимателей отмечают, что за последний год произошло существенное ухудшение конкурентной среды в тех секторах экономики, где работают их предприятия⁷.

В сентябре 2011 года экспертами Всемирного экономического форума (WEF) был представлен очередной рейтинг глобальной конкурентоспособности стран «The Global Competitiveness Report 2011-2012». В нём Россия опустилась ещё на 3 позиции и заняла 66-е место из 142 стран мира. Ниже Вьетнама и Уругвая. По эффективности антимонопольной политики Россия оказалась лишь на 111-м месте. Как указывают эксперты WEF, низкая эффективность антимонопольной политики явно снижает уровень конкурентоспособности страны⁸.

По индексу экономической свободы, рассчитываемому газетой Wall Street Journal и экспертами исследовательского центра Heritage Foundation, Россия в 2011 году отнесена к странам с преимущественно несвободной экономикой и заняла 143-е место из 183-х стран мира⁹.

Всемирный банк обнародовал ежегодный рейтинг стран по благоприятности условий для ведения бизнеса «Doing Business-2012». В составлении этого рейтинга участвуют более 6700 экспертов из разных странах мира – консультанты по вопросам предпринимательской деятельности, юристы, бухгалтеры, правительственные чиновники, а также ведущие ученые разных стран. Учитываются 10 индикаторов регулирования предпринимательской деятельности: условия открытия бизнеса, получение разрешения на строительство, регистрация собственности, получение кредита и т.д. В этом рейтинге Россия в 2011-м году заняла 120-е место из 183-х стран и находится между Кабо-Верде и Коста-Рикой¹⁰.

В «Рейтинге прогресса» (Cato institute) Россия заняла 97-е место из 101 страны, пропустив вперед Чад¹¹.

Большинство россиян боятся начинать собственный бизнес и не верят в инновации.

7 Адрес в сети Интернет: <http://www.newsland.ru/news/detail/id/909870/>

8 Адрес в сети Интернет: <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-2011-2012>

9 Адрес в сети Интернет: <http://gtmarket.ru/ratings/index-of-economic-freedom/index-of-economic-freedom-info>

10 Адрес в сети Интернет: <http://russian.doingbusiness.org/rankings>

11 Адрес в сети Интернет: <http://www.novayagazeta.ru/politics/47087.html>

Опрос, проведенный в 24-х странах агентством «GlobeScan» для «BBC», показал, что на вопрос «Ценятся ли в вашей стране инновации и креативность?», 61% россиян ответили отрицательно и только 26% с разной степенью уверенности положительно. Россия оказалась в нижней тройке стран вместе с Египтом и Турцией и единственной страной БРИКС, пессимистически настроенной в отношении перспектив инноваций и бизнеса¹².

Количество хозяйствующих субъектов, занимающихся в нашей стране производством машин и оборудования, как указано в докладе ФАС России «О состоянии конкуренции в Российской Федерации» (за 2010 год), сокращается примерно на 10% ежегодно (с 72,4 тыс. в 2006-м до 49,9 тыс. в 2010 году) и в настоящее время составляет всего 1,0% от их общего числа¹³, хотя такие предприятия являются основой инновационной экономики. На этом фоне некоторый рост количества торгово-посреднических компаний не позволяет дать положительную оценку динамике развития бизнеса в целом.

В последнее время реализуется ряд мер по улучшению сложившегося положения.

В рамках «третьего антимонопольного пакета» принят Федеральный закон от 06.12.2011 №401-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон "О защите конкуренции" и отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹⁴. Постановлением Правительства РФ от 06.05.2011 № 352 утверждены «Перечень услуг, которые являются необходимыми и обязательными для предоставления федеральными органами исполнительной власти государственных услуг и предоставляются организациями, участвующими в предоставлении государственных услуг» и Правила определения размера платы за оказание этих услуг. Распоряжением Правительства РФ от 02.08.2011 № 1371-р утвержден план мероприятий по совершенствованию контрольно-надзорных и разрешительных функций и оптимизации предоставления государственных услуг, оказываемых Ростехнадзором¹⁵.

Но при этом одновременно выстраиваются новые барьеры. Например, вступили в силу «Перечень средств измерений, поверка которых осуществляется только аккредитованными в установленном порядке в области обеспечения единства измерений государственными региональными центрами метрологии», утв. постановлением Правительства РФ от 20.04.2010 №250, и Федеральный закон от 27.07.2010 № 225-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельца опасного объекта за причинение вреда в результате аварии на опасном объекте», увеличивающие финансовую нагрузку на бизнес.

Действующего механизма оценки регулирующего воздействия вновь принимаемых нормативных правовых актов, учитывающего разумный баланс интересов предпринимателей и общества, в нашей стране реально не существует. Этот баланс не может установиться автоматически, поскольку правоустанавливающие функции органов государственной власти у нас в стране не отделены от надзорных и от функций по оказанию публичных услуг.

В целом, анализ сложившегося положения и опыт автора настоящего обзора, возглавляющего приборостроительное научно-производственное предприятие, признанное региональными органами власти лидером инновационного бизнеса, позволяют утверждать, что меры по развитию конкуренции, улучшению деловой среды и снижению уровня коррупции, предпринимаемые органами власти, в том числе ФАС России, явно недостаточны. Они не носят системного характера и не могут переломить негативную тенденцию продолжающегося ухудшения условий для предпринимательской деятельности в России.

Автор



В.А. Коровин

12 Адрес в сети Интернет: http://www.gazeta.ru/comments/2011/05/27_e_3630685.shtml

13 Адрес в сети Интернет: http://www.fas.gov.ru/about/list-of-reports/list-of-reports_30042.html

14 Адрес в сети Интернет: <http://www.rg.ru/2011/12/06/konkurencia-site-dok.html>

15 Адрес в сети Интернет: <http://www.rosreforma.ru/?id=586>