

**КОММЕНТАРИИ И ОБЗОР
СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ**
по части 1, 3 и 3-1 статьи 159 Кодекса
Республики Казахстан об административных
правонарушениях

*Ответственный редактор
канд. экон. наук А.Т. Айтжанов*

АО «Центр развития и защиты конкурентной политики»
г. Нур-Султан, 2020

Қазақстан Республикасының
Әкімшілік құқық бұзушылық туралы кодексінің
159-бабының 1, 3 және 3-1 бөлігі бойынша
**ТҮСІНДІРМЕ МЕН СОТ
ПРАКТИКАСЫНА ШОЛУ**

Жауапты редактор
экон. ғылым. кандидаты А.Т. Айтжанов

«Бәсекелестік саясатты дамыту және қорғау орталығы» АҚ
Нұр-Сұлтан қ., 2020

УДК 347.9
ББК 67.71
К 63

Данная работа подготовлена по заказу Агентства по защите и развитию конкуренции Республики Казахстан по итогам открытого конкурса №4453727-1 от 8 июня 2020 г. «Изготовление и выпуск методических материалов по антимонопольному законодательству Республики Казахстан»

Ответственный редактор:
канд. экон. наук А.Т. Айтжанов

Комментарии и обзор судебной практики по части 1, 3 и 3-1 статьи 159 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях / А.Т. Айтжанов, Е.С. Бычкова, Е.И. Добриян, Д.Л. Мухаметова; ответ. ред. А.Т. Айтжанов. – Нур-Султан: Центр развития и защиты конкурентной политики, 2020. –236 с.

В научно-практической работе представлены комментарии к статьям 169 и 174 Предпринимательского Кодекса Республики Казахстан, обзор судебной практики по части 1, 3 и 3-1 статьи 159 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях, а также анализ роли экспертов (специалистов) при применении государственными органами и судами законодательства в антимонопольной сфере.

Комментарии к статьям и обзор судебной практики будут полезны для ознакомления государственным служащим, сотрудникам антимонопольных, правоохранительных, судебных органов, студентам и преподавателям юридических и экономических факультетов, предпринимателям, а также всем интересующимся вопросами законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции.

УДК 347.9
ББК 67.71

ӘОЖ 347.9
КБЖ 67.71
К 63

Бұл жұмыс 2020 ж. 8 маусымдағы №4453727-1 «Қазақстан Республикасындағы монополияға қарсы заңнама нормалары бойынша әдістемелік материалдарды дайындау және шығару» ашық конкурсының нәтижесі бойынша Қазақстан Республикасының Бәсекелестікті қорғау және дамыту агенттігінің тапсырысымен дайындалды

Жауапты редактор:

экон. ғылым. кандидаты А.Т. Айтжанов

Қазақстан Республикасының Әкімшілік құқық бұзушылық туралы кодексінің 159-бабының 1, 3 және 3-1 бөлігі бойынша түсіндірме мен сот практикасына шолу/ А.Т. Айтжанов, Е.С. Бычкова, Е.И. Добрян, Д.Л. Мухаметова; жауапты ред. А.Т. Айтжанов. – Нұр-Сұлтан: Бәсекелестік саясатты дамыту және қорғау орталығы, 2020. – 236 б.

Ғылыми-практикалық жұмыста Қазақстан Республикасы Кәсіпкерлік Кодексінің 169 және 174-баптарына түсініктемелер, Қазақстан Республикасы Әкімшілік құқық бұзушылық туралы кодексінің 159-бабының 1, 3 және 3-1 бөліктері бойынша сот практикасына шолу, сондай-ақ мемлекеттік органдар мен соттардың монополияға қарсы саладағы заңнаманы қолдануы кезінде сарапшылардың (мамандардың) рөлін талдау ұсынылған.

Жұмыс мемлекеттік қызметкерлерге, монополияға қарсы, құқық қорғау, сот органдардың қызметкерлеріне, студенттер мен заң және экономика факультеттерінің оқытушыларына, кәсіпкерлерге, сондай-ақ, бәсекелестікті қорғау саласында

Қазақстан Республикасының заңнама мәселелеріне қызығушылық танытатын барлық адамдар үшін пайдалы болады.

ӘОЖ 347.9
КБЖ 67.71

АВТОРСКИЙ КОЛЛЕКТИВ

АЙТЖАНОВ АЛДАШ ТУРДЫКУЛОВИЧ – президент АО «Центр развития и защиты конкурентной политики», председатель Совета Общественного объединения «Альянс антимонопольных экспертов», член Совета Евразийской антимонопольной ассоциации, доцент кафедры «Экономика и предпринимательство» Евразийского национального университета им. Л.Н. Гумилева, канд. экон. наук;

БЫЧКОВА ЕЛЕНА СЕРГЕЕВНА – член Общественного объединения «Альянс антимонопольных экспертов», член Евразийской антимонопольной ассоциации, канд. юрид. наук, MBA;

ДОБРИЯН ЕЛЕНА ИВАНОВНА – вице-президент АО «Центр развития и защиты конкурентной политики», член Совета Общественного объединения «Альянс антимонопольных экспертов»;

МУХАМЕТОВА ДАНА ЛЕОНТЬЕВНА – директор Департамента анализа рынков АО «Центр развития и защиты конкурентной политики», исполнительный директор Общественного объединения «Альянс антимонопольных экспертов».

ПРИНЯТЫЕ СОКРАЩЕНИЯ

Наименования нормативных правовых и иных актов:

Приложение № 19 Договора – Приложение № 19 к Договору о Евразийском экономическом союзе, ратифицированном Законом Республики Казахстан от 14 октября 2014 г. №240-V ЗРК;

ГК РК – Гражданский Кодекс Республики Казахстан от 27 декабря 1994 г. №268-ХІІІ;

УК РК – Уголовный Кодекс Республики Казахстан от 3 июля 2014 г. №226-V ЗРК;

УПК РК – Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 4 июля 2014 г. №231-V ЗРК;

КоАП РК – Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях от 5 июля 2014 г. №235-V ЗРК;

ПК РК – Предпринимательский кодекс Республики Казахстан от 29 октября 2015 г. №375-V ЗРК;

Раздел 4 ПК – Раздел 4 «Экономическая конкуренция» Предпринимательского кодекса Республики Казахстан от 29 октября 2015 г. №375-V ЗРК;

Закон о конкуренции – Закон Республики Казахстан от 25 декабря 2008 г. №112-IV «О конкуренции»;

Закон о судебно-экспертной деятельности – Закон Республики Казахстан от 10 февраля 2017 г. №44 «О судебно-экспертной деятельности»;

Закон об изменениях 2016 г. – Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам конкуренции и государственной поддержки жилищного строительства» от 28 декабря 2016 г. №34-VI ЗРК;

Методика анализа рынка – Методика по проведению анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденная приказом Министра национальной экономики Республики Казахстан от 30 ноября 2015 г. №741;

Методика по выявлению монополярной цены, или Методика по выявлению монополярно низкой цены, – Методика по выявлению монополярно высокой (низкой) цены, утвержденная приказом Министра национальной экономики Республики Казахстан от 4 мая 2018 г. №173.

Иные сокращения:

абз. – абзац, абзацы;

АЗРК – Агентство Республики Казахстан по защите и развитию конкуренции;

анализ рынка – анализ состояния конкуренции на товарном рынке;

АО – акционерное общество;

г., гг. – год, годы;

Верховный Суд – Верховный Суд Республики Казахстан;

ЕАЭС – Евразийский экономический союз;

ЕС – Европейский союз;

казахстанское юридическое лицо – юридическое лицо, созданное в соответствии с законодательством Республики Казахстан;

КЗРК – Комитет по защите и развитию конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан;

КРЕМЗК – Комитет по регулированию естественных монополий, защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан;

КРЕМЗКиПП – Комитет по регулированию естественных монополий, защите конкуренции и прав потребителей Министерства национальной экономики Республики Казахстан;

Комиссия – согласительная комиссия: коллегиальный орган при антимонопольном органе для предварительного рассмотрения проектов заключений по делам о нарушении антимонопольного законодательства;

КФМ – Комитет по финансовому мониторингу Министерства финансов Республики Казахстан;

МРП – месячный расчетный показатель;

МФ РК – Министерство финансов Республики Казахстан;

НБ РК – Национальный Банк Республики Казахстан;

НПП – Национальная палата предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен»;

Обзор ОЭСР – Экспертный обзор ОЭСР «Конкурентное право и политика в Казахстане»;

областной суд – коллегия по гражданским делам областного суда;

Обобщение ВС РК – Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности, проведенное Верховным Судом Республики Казахстан в 2019 г.;

ОЭСР – Организация экономического сотрудничества и развития;

п. – пункт, пункты;

пп. – подпункт, подпункты;

проект Заключения – проект заключения по делам о нарушении антимонопольного законодательства;

РК – Республика Казахстан;

РФ – Российская Федерация;

с. – страница;

САС – специализированный административный суд;

СМАС – специализированный межрайонный административный суд;

см. – смотреть;

ст. – статья, статьи;

ТОО – товарищество с ограниченной ответственностью;

ч. – часть, части;

Центр – АО «Центр развития и защиты конкурентной политики».

ВВЕДЕНИЕ

Правоприменение норм антимонопольного законодательства является трудным в любой юрисдикции мира, так как требует высокого качества не только правовых, но и экономических знаний. Как показывает анализ судебной практики, казахстанские суды также испытывают трудности при рассмотрении дел об антимонопольных нарушениях¹.

При этом количество дел, связанных с нарушением антимонопольного законодательства, составляет лишь около одной тысячной доли всех рассмотренных административных дел². Как отмечает судья Верховного Суда Республики Казахстан Д.А. Шипп, «региональные суды приводят различные статьи Кодекса об административных правонарушениях как относящиеся к нарушениям антимонопольного законодательства. Один областной суд отнес к данной сфере статьи 158, 159, 160, 170 и 171, а другой суд ограничился только 159 и 171 статьями, тогда как третий вообще посчитал, что антимонопольная статья – это только 159-я»³.

Одной из рекомендаций Экспертного обзора конкурентной политики и права Республики Казахстан, проведенного Комитетом по конкуренции Организации экономического развития и сотрудничества (ОЭСР) в 2015 г., была рекомендация о необходимости специализации апелляционных судов на вопросах антимонопольного права и увеличение времени для проверки дел по

1. См.: Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. - С. 22-74.; Обобщение судебной практики применения законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №9, 2019. – С.61-126.; Суды испытывают трудности при рассмотрении дел об антимонопольных нарушениях (Алина Есеналина) / Источник: <https://lsm.kz/sudy-ispytyvayut-trudnosti-pri-rassmotrenii-del-о-narushenii-anti-monopol-nogo-zakonodatel-stva>

2. Суды испытывают трудности при рассмотрении дел об антимонопольных нарушениях (Алина Есеналина) / Источник: <https://lsm.kz/sudy-ispytyvayut-trudnosti-pri-rassmotrenii-del-о-narushenii-anti-monopol-nogo-zakonodatel-stva>

3. Там же.

законодательству о конкуренции⁴. И стоит отметить, что данная рекомендация ОЭСР к настоящему времени еще не реализована⁵.

Требуется более широкое информирование судейского корпуса об особенностях правоприменительной практики при рассмотрении дел, связанных с нарушением антимонопольного законодательства. В связи с этим подготовленное нами научно-практическое издание позволит расширить спектр информированности об особенностях реализации основных положений конкурентного права, как представителей судейского корпуса, так и сотрудников антимонопольных органов.

Целевое назначение книги – распространение знаний в области конкуренции и антимонопольного законодательства, правоприменительной практики и привлечения к административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства в части антиконкурентных соглашений и злоупотребления доминирующим (монопольным) положением.

Представленная работа «Комментарии и обзор судебной практики» подготовлена по заказу антимонопольного органа Республики Казахстан и является первым в стране печатным изданием, содержащим обзор судебной практики по ч. 1, 3 и 3-1 ст. 159 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях (далее – КоАП РК).

Книга издается в преддверии 30-летнего юбилея с момента создания первого антимонопольного органа Республики Казахстан. Так, 7 июня 1991 г. Указом Президента Казахской ССР был создан Государственный комитет Казахской ССР по поддержке новых экономических структур и ограничению монополистической деятельности. Указанный Комитет находился в ведении Президента Республики и был подотчетен Верховному Совету⁶.

4. Конкурентное право и политика в Казахстане. Экспертный обзор. ОЭСР. 2016. – С.145.

5. Реализация рекомендаций ОЭСР по законодательству и политике конкуренции Казахстана: текущее состояние / А.Т.Айтжанов, Е.И.Добрянин, Д.Л.Мухаметова; Отв.ред. А.Т.Айтжанов. – Нур-Султан: Центр развития и защиты конкурентной политики, 2019. – С.96.

6. Конкурентное право Республики Казахстан: учебное пособие / А.Т. Айтжанов, И.В.Князева, Н.В. Радостовец и др.; отв. ред. А.Т. Айтжанов; Центр развития и защиты конкурентной политики. – Астана, 2015. – С.50.

9 сентября 2020 г. президент Республики Казахстан Касым-Жомарт Токаев указом «О мерах по дальнейшему совершенствованию системы государственного управления Республики Казахстан» создал Агентство по защите и развитию конкуренции, непосредственно подчиненное и подотчетное Президенту Республики Казахстан. Председателем Агентства назначен Серик Макашевич Жумангарин, который занимал до этого должность Министра по конкуренции и антимонопольному регулированию Евразийской экономической комиссии.

Данное издание подготовлено коллективом авторов – экспертов АО «Центр развития и защиты конкурентной политики»⁷ и членов общественного объединения «Альянс антимонопольных экспертов», большинство из которых имеют большой опыт работы, как в антимонопольном ведомстве, так и экспертной сфере.

При подготовке данной работы авторский коллектив постарался обобщить значимые для формирования юридически взвешенной судебной практики судебные решения, в которых, с точки зрения авторов, присутствуют и освещаются проблемные вопросы в сфере привлечения к административной ответственности по антимонопольным делам. При этом мнения авторов работы могут не совпадать и (или) не отражать мнения антимонопольного или судебного органа.

Содержание и структура работы выстроены в соответствии с требованиями технической спецификации и в ключе логики раскрытия темы исследования, обзора правоприменительной практики, отражающей разные подходы при рассмотрении конкретных фактов экономического поведения, а также вопросы важности привлечения экспертного мнения при рассмотрении сложных экономических дел, раскрывающих многовариантность мнения при их рассмотрении.

7. Центр, созданный постановлением Правительства Республики Казахстан в 2008 г. (№1127 от 02.12.2008 г.) как подведомственная организация Антимонопольному органу Республики Казахстан, в настоящее время является неправительственной, независимой организацией, специализирующейся на правовых и экономических вопросах конкурентной политики и антимонопольного регулирования. С 2013 г. входит в Research Partnership Platform Конференции ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД) по вопросам конкурентного законодательства.

В первом разделе представлены комментарии к двум статьям Предпринимательского Кодекса Республики Казахстан (далее – ПК РК): ст. 169 «Антиконкурентные соглашения» и ст. 174 «Злоупотребление доминирующим или монопольным положением».

Второй раздел работы содержит обзор судебной практики рассмотрения антимонопольных дел по антиконкурентным соглашениям и злоупотреблению доминирующим или монопольным положением по ч. 1, 3 и 3-1 ст. 159 КоАП РК, а также общие проблемные вопросы правоприменения этой статьи КоАП РК.

В третьем разделе рассмотрен вопрос использования специальных знаний при проведении антимонопольных расследований и рассмотрении судами дел о нарушении антимонопольного законодательства Республики Казахстан.

При подготовке книги были использованы материалы судов, антимонопольного ведомства, АО «Центр развития и защиты конкурентной политики» (далее – Центр), базы данных судебных решений и иных открытых источников информации.

Необходимо отметить, что Верховным Судом Республики Казахстан в последние годы уделяется большое внимание подготовке обзоров и обобщений о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности⁸. Данные аналитические материалы Верховного Суда Республики Казахстан также были использованы при написании этой книги.

Выражаем искреннюю признательность за советы, рекомендации, консультации и поддержку профессору И.В. Князевой, а также членам общественного объединения «Альянс антимонопольных экспертов» Л.М. Устьянцевой, А.О.Корниловой и К.Д. Холтурсунову.

Авторский вклад в книгу распределен следующим образом: А.Т. Айтжанов – гл. 1; А.Т. Айтжанов совместно с Е.И. Добриян – раздел 2.1; Е.И. Добриян – раздел 2.2; А.Т. Айтжанов совмест-

8. См.: Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. - С. 22-74.; Обобщение судебной практики применения законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №9, 2019. – С.61-126.

но с Д.Л. Мухаметовой – раздел 2.3; А.Т. Айтжанов совместно с Е.С. Бычковой - гл. 3.

Издание «Комментарии к статьям и обзор судебной практики» будет полезно для сотрудников антимонопольных, правоохранительных и судебных органов, представителей научного и адвокатского сообществ, а также студентам и преподавателям юридических и экономических факультетов.

Айтжанов А.Т., президент АО «Центр развития и защиты конкурентной политики», доцент «Кафедры экономики и предпринимательства» Евразийского национального университета им. Л.Н. Гумилева, председатель Совета Общественного объединения «Альянс антимонопольных экспертов», член Совета Евразийской антимонопольной ассоциации, канд. экон. наук.

ГЛАВА 1

КОММЕНТАРИИ К СТАТЬЯМ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

.....

Результаты обзора судебной практики показали существование у судов определенных трудностей при применении ст. 159 КоАП как по вопросу определения квалификации, так и по вынесению санкции.

Ответственность по ч 1 ст. 159 КоАП наступает за заключение субъектами рынка антиконкурентных соглашений, запрещенных ст. 169 ПК, если эти действия не содержат признаков уголовно наказуемого деяния. В соответствии с ч. 3 и ч. 3-1 ст. 159 КоАП ответственность наступает за злоупотребление субъектами рынка своим доминирующим или монопольным положением, за совершение действий, запрещенных ст. 174 ПК, если эти действия не содержат признаков уголовно наказуемого деяния. Таким образом, круг обстоятельств, подлежащих доказыванию по ч. 1, ч. 3 и ч. 3-1 КоАП, можно ограничить следующими вопросами:

- имеют ли место действия (бездействие), запрещенные ст. 169 и ст. 174 ПК?

- не содержат ли действия правонарушителя признаков уголовно наказуемого деяния?

В данной главе представлены научно-практические комментарии к ст. 169 и ст. 174 ПК РК, так как правильное понимание и трактовка этих норм имеет большое значение при применении ст. 159 КоАП.

1.1 Статья 169 Предпринимательского кодекса Республики Казахстан (антиконкурентные соглашения)

В ст. 169 ПК РК выделены три вида запрещенных антиконкурентных соглашений:

- 1) картели (антиконкурентные горизонтальные соглашения, находящиеся под безусловным или абсолютным запретом);
- 2) вертикальные соглашения;
- 3) иные соглашения, ограничивающие конкуренцию.

Антиконкурентные соглашения могут быть заключены (достигнуты) в письменной и (или) устной форме (п. 4 ст. 169 ПК РК). Помимо данных видов антиконкурентных соглашений, ПК РК также устанавливает запрет на координацию экономической деятельности.

Особенность картельного соглашения состоит в том, что оно является абсолютно запрещенным, поскольку презюмируется, что такое соглашение в любом случае является опасным для состояния конкуренции. Соглашения, подпадающие под признаки п. 1 ст. 169 ПК РК, запрещены сами по себе, вне зависимости от того, приводят ли они в действительности к ограничению конкуренции или нет. В этой связи антимонопольный орган при расследовании подобных нарушений не обязан устанавливать признаки ограничения конкуренции, а может ограничиться лишь фактом самого заключения антиконкурентного соглашения.

В настоящий момент в соответствии с п. 1 ст. 169 ПК РК к картелям относятся горизонтальные соглашения следующего характера⁹:

- 1) *Ценовой картель, т.е. соглашение, направленное на установление или поддержание цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок*

Опасность такого соглашения состоит в том, что оно, вынуждая субъектов рынка отказываться от самостоятельного поведе-

9. См.: Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан. Раздел 4 «Экономическая конкуренция» / Под общ. ред. А.Т. Айтжанова; Центр развития и защиты конкурентной политики, Альянс антимонопольных экспертов. - 2-е изд., перераб. и доп. – Астана, 2017.

ния, может привести к искусственному завышению цены, отказу участников рынка от самостоятельного поведения. Одним из примеров такого соглашения может служить согласование максимальных отпускных цен производителями соответствующего товара в рамках собраний и встреч.

2) Сговор на торгах, т.е. соглашение, направленное на повышение, снижение или поддержание цен на торгах, искажение результатов торгов, аукционов и конкурсов, в том числе путем раздела по лотам.

Как правило, сговоры на торгах проявляются в том, что участники торгов заранее договариваются об определенном поведении для искусственного создания того или иного результата торгов. Зачастую такие сговоры могут быть выявлены, когда несколько участников, будучи формально независимыми, проводят совместные встречи или используют средства связи и коммуникации для согласования, а также осуществляют иные действия, дающие основание полагать, что участники торгов действовали по заранее определенному плану.

3) Сговор о разделе рынка (по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей).

Такой картель может иметь место в случае, если субъекты рынка согласовывают квоты на определенные объемы производства товаров либо распределяют между собой покупателей, в результате чего покупатели утрачивают возможность свободного выбора поставщика, а также в иных случаях, когда договоренность касается раздела рынка по тем или иным критериям. Как и в предыдущих случаях, такие договоренности лишают субъектов рынка возможности действовать самостоятельно.

Наиболее очевидным и опасным раздел рынка является тогда, когда рыночная доля участников соглашения довольно велика. В таком случае антиконкурентное поведение субъектов способно оказать влияние на весь рынок, в то время как негативный эффект на весь рынок от соглашения небольших компаний о распределении своих продаж может быть неочевидным.

4) Создание дефицита, т.е. сокращение или прекращение производства.

Как правило, создание дефицита выгодно продавцам товара, поскольку дефицит приводит к повышению цен. В практике антимонопольного органа на данный момент отсутствуют дела, связанные с таким видом соглашения. Однако такие дела нередко встречаются в практике зарубежных государств.

5) Бойкот, т.е. отказ от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями.

Природа подобных соглашений, направленных на отказ от заключения договоров с отдельными субъектами рынка, представляется довольно сложной. С экономической точки зрения, такие соглашения, как правило, заключаются не между конкурентами, взаимный интерес которых к ограничению круга покупателей своей продукции маловероятен, а между производителем продукции и перепродавцами его продукции (дистрибьюторами, дилерами). В этой связи на практике может возникнуть вопрос о том, как разграничить горизонтальные соглашения, подпадающие под действие ч. 1 п. 1 ст. 169 ПК РК, от соглашений, которые являются вертикальными, но приводят к последствиям, предусмотренным ч. 1 п. 1 ст. 169 ПК РК. Представляется, что горизонтальным такое соглашение будет в том случае, если оно заключено между производителем и перепродавцом его продукции (дистрибьютором, дилером), который одновременно производит взаимозаменяемый товар, т.е. фактически участвует в конкуренции с производителем¹⁰.

Поскольку результатом картельных соглашений, как правило, является искусственное повышение цен, снижение стимулов к качественному развитию производства, к повышению его эффективности и затруднение доступа на рынок, такие соглашения, как было указано выше, абсолютно запрещены вне зависимости от реального наступления таких неблагоприятных последствий для конкуренции. Такие соглашения не подпадают под большинство исключений, предусмотренных законом и дающих возможность

10. См.: Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан. Раздел 4 «Экономическая конкуренция» / Под общ. ред. А.Т. Айтжанова; Центр развития и защиты конкурентной политики, Альянс антимонопольных экспертов. - 2-е изд., перераб. и доп. – Астана, 2017. – С.59.

признать соглашение допустимым, даже если оно отвечает признакам антиконкурентного соглашения.

В отличие от горизонтальных соглашений, вертикальные соглашения заключаются между неконкурирующими участниками рынка, один из которых предоставляет товар (фактически является его продавцом), а второй – приобретает товар. Типичным примером вертикальных отношений являются дистрибьюторские договоры, в рамках которых производитель товара продает его своему дистрибьютору для дальнейшей перепродажи. Вертикальными будут и договоры, заключаемые производителем непосредственно с розничным продавцом (например, договоры между производителями и торговыми сетями). Таким образом, вертикальные соглашения заключаются между субъектами рынка, которые находятся на разных уровнях технологической цепочки создания и реализации товара.

Традиционно антимонопольное регулирование предусматривает для вертикальных соглашений более мягкий правовой режим, чем для горизонтальных, поскольку презюмируется, что они менее опасны для состояния конкуренции, чем соглашения между конкурентами¹¹. Более того, сами по себе вертикальные соглашения могут представлять угрозу для конкуренции, как правило, только в том случае, если их участники обладают значительной рыночной долей и рыночной властью, поскольку в этом случае их взаимоотношения с большей вероятностью могут оказать воздействие на весь рынок в целом.

Именно поэтому запреты в отношении вертикальных соглашений, предусмотренные п. 2 ст. 169 ПК РК, носят менее строгий характер и предусматривают значительное число исключений.

В то же время следует заметить, что запреты п. 2 ст. 169 ПК РК сконструированы фактически по форме запретов *per se*, т.е. такие соглашения запрещены сами по себе. С другой стороны, наличие п. 8 ст. 169 ПК РК, которая устанавливает критерии допустимости соглашений и распространяется на любые соглашения, кроме

11. См., например, Руководство по вертикальным ограничениям Европейской Комиссии (Guidelines on vertical restraints [SEC (2010) 411 final]) // <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3Acc0007>

картельных, указывает на то, что к вертикальным соглашениям применяется правило разумного подхода (в иностранном антимонопольном регулировании именуемое *rule of reason*), позволяющее обосновать допустимость антиконкурентного соглашения наличием положительных эффектов для рынка.

Согласно п. 2 ст. 169 ПК РК к запрещенным вертикальным соглашениям относятся:

1) Соглашения об установлении цены перепродажи товара, за исключением соглашений, на основании которых продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепродажи (таким образом, установление фиксированной цены перепродажи или минимальной цены перепродажи подпадает под соответствующий запрет).

Следует отметить, что такие условия не всегда могут быть прямо предусмотрены в самом соглашении (не будем забывать о том, что вертикальное соглашение также может быть устным). Фиксированием цены, например, может быть признано и установление производителем рекомендованной цены одновременно с установлением санкций за несоблюдение таких рекомендаций.

В случае с установлением максимальной цены также необходимо учитывать, что не всякая формально определенная максимальная цена может считаться допустимой. Так, например, если цена перепродажи определена как максимальная, но в реальности она является единственно приемлемой для покупателя с учетом нормы его расходов и прибыли, то такая цена может быть воспринята антимонопольным органом как фиксированная и, соответственно, подпадающая под запрет п.п. 1 п. 2 ст. 169 ПК РК.

*2) Соглашения, обязывающие покупателя не продавать товар субъекта рынка, который является конкурентом продавца (в международной практике называемые *downstream exclusivity*).*

Такое соглашение фактически направлено на ограничение межбрендовой конкуренции, поскольку дистрибьютор лишается возможности продвигать товары конкурирующего бренда. Если представить ситуацию, при которой рыночные доли продавца и дистрибьютора являются существенными (например, каждый из них занимает доминирующее положение на рынке), то такое со-

глашение в принципе может привести к вытеснению иных продавцов с рынка в силу потери ими соответствующего канала продвижения своей продукции.

Такого рода условия допустимы в том случае, если речь идет о соглашении об организации покупателем продажи товара под товарным знаком продавца или производителя (или иным средством индивидуализации), либо при наличии оснований для применения исключений, предусмотренных ст. 169 ПК РК.

3) *Соглашения, обязывающие продавца не продавать товар субъекту рынка, являющемуся конкурентом покупателя (т.н. upstream vertical restraint).*

Речь опять-таки идет об отказе работы с определенными субъектами рынка, однако в данном случае отказаться от этого будет вынужден продавец (производитель) товара. Фактически, такой режим обеспечивает эксклюзивность покупателя как единственного субъекта, реализующего товар соответствующего производителя. Посредством таких соглашений продавец и покупатель формируют единственный канал дистрибуции товара на рынок, в результате чего фактически ограничивается внутрибрендовая конкуренция.

Следует отметить, что вопрос о негативном эффекте соглашений, предусмотренных п.п.) 3 п. 2 ст. 169 ПК РК, является весьма неоднозначным, в связи с чем вызывает сомнение обоснованность включения таких соглашений в число запретов п. 2 ст. 169 ПК РК¹².

Наибольшая вероятность наступления неблагоприятных последствий для конкуренции в результате такого соглашения имеет место в том случае, если рыночная доля участников соглашения является существенной. В таком случае на рынке может сложиться ситуация, при которой продавец, являясь производителем товара, занимающего большую рыночную долю, распространяет его через единственного дистрибьютора, который, в свою очередь,

12. См.: Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан. Раздел 4 «Экономическая конкуренция» / Под общ. ред. А.Т. Айтжанова; Центр развития и защиты конкурентной политики, Альянс антимонопольных экспертов. - 2-е изд., перераб. и доп. - Астана, 2017. - С.64.

может устанавливать необоснованные наценки в ходе перепродажи субдистрибьюторам или конечным потребителям, устанавливать ограничения по объему и проч. В то же время доступ к взаимозаменяемому товару будет затруднен в силу того, что он и так в меньшей степени представлен на рынке.

Более того, если производитель занимает доминирующее положение на рынке, конкуренция на таком рынке в основном сводится именно к внутривендовой конкуренции, т.е. конкуренции между перепродавцами товара одного производителя. В то же время, если соглашением устанавливается эксклюзивный канал продвижения такого товара через единственного дистрибьютора или дилера, то даже внутривендовая конкуренция фактически упраздняется.

Предусмотренная п. 5 ст. 169 ПК РК координация экономической деятельности представляет собой нарушение антимонопольного законодательства, весьма близкое по своим последствиям к антиконкурентным соглашениям, однако данный вид нарушения делает акцент на координаторе, который согласовывает поведение участников рынка и, соответственно, адресован именно ему.

Сама по себе координация деятельности субъектов рынка не запрещена. Более того, в ряде отраслей такую координацию осуществляют специально создаваемые субъектами рынка ассоциации и союзы. Между тем, если координация носит антиконкурентный характер, т.е. приводит к последствиям, которые указаны в п. 1-3 ст. 169 ПК РК, то она запрещается законом.

Для квалификации нарушения по п. 5 ст. 169 ПК РК необходимо наличие следующих условий:

1) сама координация, т.е. согласование действий субъектов рынка;

2) наличие координатора, которым может быть третье лицо, не входящее в одну группу лиц ни с одним из субъектов рынка, действия которых координируются;

3) координатор не должен осуществлять деятельность на том товарном рынке, на котором осуществляется согласование действий субъектов рынка;

4) наступление или возможность наступления последствий, предусмотренных п. 1-3 ст. 169 ПК РК¹³.

Закон не раскрывает, что именно следует понимать под «соглашением действий субъектов рынка». Очевидно, речь может идти о действиях координатора, которые приводят к разделу рынка между субъектами рынка, установлению определенной ценовой политики и проч. Однако в любом случае координация возможна только тогда, когда у координатора по той или иной причине имеется власть над субъектами рынка, действия которых координируются. Иными словами, у него имеется возможность навязать свою волю субъектам рынка.

Примечательно то, что координатор не должен входить в группу лиц ни с одним из субъектов рынка, а также в принципе не должен осуществлять деятельность на том рынке, на котором координируются действия субъектов. Очевидно, этим подчеркивается разница между координацией и антиконкурентным соглашением, поскольку, если бы координатор действовал на том же рынке, подобные антиконкурентные действия должны были быть квалифицированы как антиконкурентное соглашение или согласованные действия.

Несмотря на потенциальную опасность антиконкурентных соглашений и на наличие большого количества запретов, ст. 169 ПК РК устанавливает также и различные исключения, которые обуславливают допустимость тех или иных соглашений, даже если они формально носят антиконкурентный характер.

Такие исключения могут относиться к отдельным видам соглашений либо распространяться на любые виды соглашений в зависимости от того, какой критерий положен в основу исключения.

1) Исключения для вертикальных соглашений

Поскольку вертикальные соглашения, как было указано выше, считаются и в действительности являются менее вредоносными для состояния конкуренции, чем горизонтальные, а их положи-

13. См.: Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан. Раздел 4 «Экономическая конкуренция» / Под общ. ред. А.Т. Айтжанова; Центр развития и защиты конкурентной политики, Альянс антимонопольных экспертов. - 2-е изд., перераб. и доп. - Астана, 2017. - С.66.

тельные эффекты зачастую нивелируют негативные последствия, закон предусматривает для таких соглашений ряд исключений, при наличии которых они не считаются незаконными.

Одним из критериев, по которому действия субъектов рынка не будут рассматриваться как вертикальные соглашения, является отсутствие определенной доли на рынке. Ст. 169 ПК РК позволяет применять это исключение к тем соглашениям, в рамках которых доля субъекта (субъектов) рынка на одном из рассматриваемых товарных рынков не превышает двадцати процентов. Однако сразу следует оговориться, что данное исключение не применяется к абсолютно запрещенным вертикальным соглашениям, предусмотренным п. 2 ст. 196 ПК РК.

Данное правило, ставящее вопрос о законности соглашения в зависимости от рыночной доли, основано на том, что многие соглашения, которые могут иметь существенный негативный эффект при высокой рыночной доле их участников, не представляют такой опасности, если совершаются мелкими игроками рынка. В совокупности такие субъекты рынка, даже заключив соглашение, не получают возможности оказывать влияние на весь рынок в целом в силу присутствия большого числа иных игроков на рынке или наличия доминирующего субъекта, рыночная власть которого все равно окажется более значительной, чем у участников соглашения.

П. 3 ст. 169 ПК РК указывает, что предусмотренные ею запреты не применяются к вертикальным соглашениям, которые являются договорами государственно-частного партнерства, в том числе договорами концессии, комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга).

2) Исключения для любых антиконкурентных соглашений

Исключение для внутригрупповых соглашений

Согласно п. 6 ст. 169 ПК РК запреты на антиконкурентные соглашения не распространяются на соглашения между субъектами рынка, входящими в одну группу лиц, если одним из таких субъектов в отношении другого установлен контроль или если оба таких субъекта находятся под контролем одного лица.

Таким образом, для применения данного исключения требуется соблюдение двух условий:

(1) Нахождение субъектов в составе одной группы лиц (которая определяется по правилам ст. 165 ПК РК);

(2) Наличие отношений контроля между данными субъектами или между данными субъектами и третьим лицом¹⁴.

Что касается отношений контроля, то они значительно уже, чем критерии отнесения субъектов рынка к одной группе лиц. Контроль имеет место только в случае, если физическое или юридическое лицо прямо или косвенно имеет возможность определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством (i) распоряжения более чем пятьюдесятью процентами голосующих акций (долей в уставном капитале); и (или) (ii) осуществления функций исполнительного органа юридического лица.

Представляется, что такое исключение для внутригрупповых соглашений обусловлено тем, что в рамках одной группы, находясь в отношениях контроля, с точки зрения рынка, такие субъекты фактически воспринимаются как единый хозяйствующий субъект, преследующий единые цели. Между такими субъектами невозможна конкуренция, поэтому соглашения между такими субъектами не подпадают под соответствующие запреты.

В то же время, это не означает, что такие соглашения не могут быть предметом иных нарушений антимонопольного законодательства. Например, если заключение антиконкурентного соглашения сопряжено с наличием доминирующего положения у его участников, то может возникнуть риск нарушения норм о злоупотреблении доминирующим положением при определенных условиях.

Исключения в отношении соглашений, связанных с осуществлением исключительных прав

П. 7 ст. 169 ПК РК предусматривает еще одно исключение, которое распространяется на любые соглашения, при условии, что

14. См.: Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан. Раздел 4 «Экономическая конкуренция» / Под общ. ред. А.Т. Айтжанова; Центр развития и защиты конкурентной политики, Альянс антимонопольных экспертов. - 2-е изд., перераб. и доп. - Астана, 2017. - С.73.

такие соглашения не привели или не могут привести к ограничению или устранению конкуренции.

Речь идет о соглашениях, касающихся осуществления исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и на приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, продукцию, работы, услуги. С 1 января 2017 г. требования ст. 169 ПК РК о запрете на антиконкурентные соглашения не распространяются на соглашения об осуществлении исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации товаров, только *при условии, что такие соглашения не привели или не могут привести к ограничению или устранению конкуренции.*

3) Критерии допустимости соглашений

Помимо исключений, описанных выше, п. 8 ст. 169 ПК РК устанавливает и специальные правила, позволяющие признать допустимыми соглашения, даже если они носят антиконкурентный характер. Данная норма фактически служит проявлением принципа разумного подхода (*rule of reason*), позволяющего оценивать соотношение антиконкурентных и проконкурентных последствий соглашения и допускать их в случае превалирования полезного эффекта над негативным.

Сразу следует отметить, что критерии допустимости установлены для любых соглашений (любых вертикальных соглашений и иных антиконкурентных соглашений, предусмотренных п. 3 ст. 169 ПК РК), кроме картельных, которые подпадают под безусловные запреты и не могут быть признаны допустимыми при любых обстоятельствах.

Для признания соглашения допустимым оно должно отвечать следующим требованиям:

(1) Соглашение не должно накладываться на субъектов рынка ограничений, не являющихся необходимыми для достижения целей соглашения (т.е. все ограничительные условия соглашения должны быть связаны исключительно с целями самого соглашения и должны быть технологически и экономически оправданными);

(2) Соглашение не должно создавать возможность для устранения конкуренции на соответствующем товарном рынке (например, если соглашение предусматривает деление рынка, однако такое деление не препятствует субъектам свободно осуществлять свою деятельность и имеет под собой объективное основание, например, обеспечение гарантийного и сервисного обслуживания);

(3) Соглашение приводит или может привести к следующим результатам:

- Содействие совершенствованию производства (реализации) товаров или стимулированию технического (экономического) прогресса либо повышение конкурентоспособности производимых товаров производства сторон на мировом товарном рынке;

- Получение потребителями соразмерной части преимуществ (выгод), которые приобретаются соответствующими лицами от совершения таких действий.

Так, например, допустимыми могут быть признаны соглашения, предполагающие совместную деятельность субъектов рынка, в результате которой может быть создан новый товар или качественно изменен уже существующий, либо соглашения, хоть и позволяющие разделять рынок, но таким образом в большей степени удовлетворяющие интересам потребителей, и проч.

С учетом того, как сформулирована данная норма, можно сделать вывод, что для признания соглашения допустимым требуется одновременно соблюдение первых двух условий, а также достижение (либо возможность достижения) хотя бы одного из возможных проконкурентных результатов, значимость которых может превысить антиконкурентный эффект соглашения. Хотя справедливости ради стоит отметить, что закон не конкретизирует, требуется ли одновременное достижение обоих результатов или одного из них достаточно. Представляется, что даже наличие одного из таких результатов является достаточным основанием для признания соглашения допустимым при его соответствии остальным критериям¹⁵.

15. См.: Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан. Раздел 4 «Экономическая конкуренция» / Под общ. ред. А.Т. Айтжанова; Центр развития и защиты конкурентной политики, Альянс антимонопольных экспертов. - 2-е изд., перераб. и доп. – Астана, 2017. – С.79.

Резюме, выводы:

ПК РК антиконкурентные соглашения отнесены к запрещенной монополистической деятельности. При этом выделяются картели (антиконкурентные горизонтальные соглашения), находящиеся под безусловным или абсолютным запретом, и вертикальные соглашения.

Соглашения, подпадающие под признаки п. 1 ст. 169 ПК РК, запрещены сами по себе, вне зависимости от того, приводят они в действительности к ограничению конкуренции или нет.

В тоже время запреты в отношении вертикальных соглашений, предусмотренные п. 2 ст. 169 ПК РК, носят менее строгий характер и предусматривают значительное число исключений.

Несмотря на потенциальную опасность антиконкурентных соглашений и на наличие большого количества запретов, ст. 169 ПК РК устанавливает также и различные исключения, которые обуславливают допустимость тех или иных соглашений, даже если они формально носят антиконкурентный характер, за исключением картелей.

Помимо данных видов антиконкурентных соглашений, ПК РК также устанавливает запрет на координацию экономической деятельности. При этом сама по себе координация деятельности субъектов рынка не запрещена. Запрещается лишь координация, являющаяся антиконкурентной и приводящая к последствиям, которые указаны в п. 1-3 ст. 169 ПК РК.

1.2 Статья 174 Предпринимательского кодекса Республики Казахстан (злоупотребление доминирующим или монопольным положением)

Злоупотребление доминирующим или монопольным положением, в отличие от других видов монополистической деятельности, характеризуется наличием особого субъекта – лица, занимающего доминирующее или монопольное положение. Само по себе обладание субъектом рынка доминирующим или монопольным положением на рынке не находится под запретом и не является нарушением законодательства, однако налагает на субъект рынка определенные правовые последствия.

В ПК РК в ст. 174 указан запрет на «действия (бездействие) субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение, которые привели или приводят к ограничению доступа на соответствующий товарный рынок, недопущению, ограничению и устранению конкуренции и (или) ущемляют законные права субъекта рынка или неопределенного круга потребителей, в том числе такие действия, как...». Далее законодатель прямо перечисляет 11 видов злоупотребления, однако этот список является открытым и под данное широкое определение могут подпадать и другие варианты действий, хотя такие случаи происходят достаточно редко.

Здесь необходимо отметить, что несколько видов злоупотреблений, указанных в ст. 174 ПК РК, по своему содержанию дублируют друг друга и относятся в той или иной форме к разным вариантам навязывания контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора. Так, например, пп. 4 и пп. 9 запрещают навязывание контрагенту таких условий договора, которые ему не выгодны и не относятся к предмету договора. На практике это может приводить к тому, что одна и та же ситуация может квалифицироваться как нарушение сразу по нескольким составам¹⁶.

16. См.: Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан. Раздел 4 «Экономическая конкуренция» / Под общ. ред. А.Т. Айтжанова; Центр развития и защиты конкурентной политики, Альянс антимонопольных экспертов. - 2-е изд., перераб. и доп. – Астана, 2017. – С.128.

В редакции ПК РК состав злоупотребления доминирующим положением охватывает — наряду с действиями доминанта по ограничению доступа на соответствующий товарный рынок, недопущению, ограничению и устранению конкуренции — и действия, которые напрямую не касаются конкуренции, но ущемляют законные права субъекта рынка или неопределенного круга потребителей. Таким субъектом рынка может быть даже единственный контрагент доминирующего субъекта. Потребителем, согласно п. 1 ст. 161 ПК РК, признается физическое или юридическое лицо, приобретающее товар для собственных нужд. При этом наступление указанных выше последствий возможно, как в совокупности, так и независимо друг от друга.

Формулировка редакции ст. 174 не позволяет антимонопольному органу начинать расследование на основании жалобы единичного потребителя по факту нарушения его индивидуальных прав. Ранее такие случаи имели место на практике, когда на основании жалобы одного потребителя (например, об отключении электрической энергии или отказе от заключения с физическим лицом договора электроснабжения) в отношении субъекта, являвшегося доминантом на своем рынке, проводилось антимонопольное расследование.

Для начала расследования должны быть признаки ущемления законных прав субъекта рынка или неопределенного круга потребителей. Примером признаков нарушения прав неопределенного круга потребителей может быть установление субъектом рынка монопольно высокой цены, навязывание условий договора, установление разных требований к одинаковым группам потребителей и прочие действия субъектов, занимающих доминирующее или монопольное положение на рынке.

В соответствии с п. 1 ст. 161 ПК РК, Раздел 4 «Экономическая конкуренция» распространяется на отношения, которые влияют или могут повлиять на конкуренцию на товарных рынках Республики Казахстан. В подобных отношениях могут участвовать субъекты рынка, потребители, а также государственные органы и местные исполнительные органы.

Кроме того, в предусмотренных ст. 174 ПК РК 11-ти запрещенных видах действий презюмируются негативные последствия для конкуренции. В этой связи, *применение комментируемой нормы по ущемлению законных прав неопределенного круга потребителей должно быть обязательно связано с наступлением антиконкурентных последствий*. Защита индивидуальных прав потребителей, не влияющих на конкуренцию, должна регулироваться законодательством о защите прав потребителей и находиться в компетенции другого государственного уполномоченного органа¹⁷.

Следует отметить, что в ПК РК также не конкретизирован вопрос, должны ли быть отнесены к неопределенному кругу потребителей только потребители товара (услуги), на рынке которого совершено нарушение, или к ним могут быть отнесены и потребители, функционирующие на сопряженных рынках. Полагаем, что, исходя из признания субъекта доминантом на определенном релевантном рынке, влияние должно рассматриваться на права только тех потребителей товара, которые являются субъектами данного рынка¹⁸.

Рассмотрим далее особенности каждого из 11 вышеуказанных составов.

Пп. 1 ст. 174 ПК РК запрещает доминантам установление, поддержание монопольно высоких (низких) или монопсонически низких цен (наличие одного покупателя и много продавцов). Эта норма является отсылочной, так как сами понятия монопольно высоких (низких) и монопсонически низких цен определены в ст. 175 и ст. 176 ПК РК.

Необходимо отметить, что санкции за допущение этого вида злоупотребления доминирующим или монопольным положением, в соответствии с ч. 3 ст. 159 КоАП, являются самыми тяжкими, так как включают в себя наряду с налагаемым штрафом, еще и конфискацию монопольного дохода, полученного в результате

17. См.: Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан. Раздел 4 «Экономическая конкуренция» / Под общ. ред. А.Т. Айтжанова; Центр развития и защиты конкурентной политики, Альянс антимонопольных экспертов. - 2-е изд., перераб. и доп. – Астана, 2017. – С.128.
18. Там же. – С.132.

осуществления монополистической деятельности не более чем за один год¹⁹.

Более того, при наличии признаков установления или поддержания монопольно высоких (низких) или монопсонически низких цен в действиях (бездействии) субъекта рынка антимонопольный орган выносит решение о проведении расследования в отношении него сразу, без направления уведомления о наличии признаков нарушения. В то же время, по другим видам злоупотребления доминирующим или монопольным положением антимонопольный орган, в соответствии с п. 1 ст. 199 ПК РК, направляет субъектам рынка уведомление о наличии таких признаков и выносит решение о проведении расследования лишь в случае, если субъектом рынка не прекращены действия (бездействия), указанные в уведомлении в течении тридцати календарных дней.

Согласно п. 1 ст. 175 ПК РК, монопольно высокой ценой товара является цена, установленная субъектом рынка, занимающим доминирующее или монопольное положение, если эта цена превышает сумму необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли и цену, которая сформировалась в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке, в том числе установленная:

1) путем повышения ранее установленной цены товара, если при этом выполняются в совокупности следующие условия:

– расходы, необходимые для производства и реализации товара, остались неизменными или их изменение несоразмерно изменению цены товара;

– состав продавцов или покупателей товара остался неизменным либо изменение состава продавцов или покупателей товара является незначительным;

– условия обращения товара на товарном рынке, в том числе обусловленные мерами государственного регулирования, вклю-

19. Конфискация монопольного дохода, полученного в результате осуществления монополистической деятельности, не более чем за один год применяется за совершение остальных видов злоупотребления доминирующим или монопольным положением лишь в случае их повторного совершения в течение года после наложения административного взыскания (ч.4 ст. 159 КоАП).

чая налогообложение, таможенно-тарифное, тарифное и нетарифное регулирование, остались неизменными или их изменение несоразмерно изменению цены товара;

2) путем неснижения ранее установленной цены товара, если при этом выполняются в совокупности следующие условия:

– расходы, необходимые для производства и реализации товара, существенно снизились;

– состав продавцов или покупателей товара обуславливает возможность изменения цены товара в сторону уменьшения;

– условия обращения товара на товарном рынке, в том числе обусловленные мерами государственного регулирования, включая налогообложение, таможенно-тарифное, тарифное и нетарифное регулирование, обеспечивают возможность изменения цены товара в сторону уменьшения²⁰.

Данные критерии (случаи) определения монопольно высокой цены были внесены в ПК в июне 2020 г., и соответственно, практика применения этой нормы в новой редакции на момент подготовки книги еще не была сформирована. Соответствующие изменения и дополнения в Методику по выявлению монопольно высокой (низкой) цены, утвержденную приказом Министра национальной экономики Республики Казахстан от 4 мая 2018 г. №173, были внесены приказом Председателя Агентства по защите и развитию конкуренции РК №1 от 19 ноября 2020 г.

В соответствии с новыми критериями п.п. 1) и п.п. 2) п. 1 ст. 175 ПК, цена товара может быть признана антимонопольным органом монопольно высокой, если им зафиксировано увеличение уровня рентабельности субъекта рынка, занимающего доминирующее положение, за счет повышения цены на товар при сохранении уровня издержек его производства и реализации либо за счет снижения издержек при сохранении уровня цены на товар. При этом указанные в п.п. 1) и п.п. 2) п. 1 ст. 175 ПК случаи (критерии) не являются исчерпывающими.

20. Законом Республики Казахстан от 29 июня 2020 года № 352-VI ЗРК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам улучшения бизнес-климата» были изменены критерии монопольно высокой цены.

Вместе с тем, с учетом подходов к определению монопольно высокой цены, которые остались неизменными, а также с учетом наработанной практики можно отметить следующие моменты. Во-первых, в случае, если установленная субъектом-доминантом цена не превышает себестоимость производства и определенную норму прибыли, она не может признаваться монопольно высокой. Во-вторых, цена также не может признаваться монопольно высокой, если она ниже цены, которая сформировалась в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке.

Под сопоставимым товарным рынком в соответствии с п. 3 ст. 175 ПК РК понимается «другой товарный рынок, сопоставимый по объему продаваемого товара, составу покупателей или продавцов (поставщиков) товара, определяемому исходя из целей приобретения или продажи товара, и условиям доступа на товарный рынок». Здесь надо учитывать, что под «сопоставимым рынком» подразумевается не полностью идентичный рассматриваемому рынок, а рынок, схожий по характеристикам действующих на нем субъектов рынка. Например, это может быть сопоставимость по технологии производства товара, размеру субъектов рынка, по мощности производства и уровню сбыта (оптовая или розничная реализация) с характеристиками субъектов рынка, действующих на рассматриваемом товарном рынке, а также по принципам и характеру государственного регулирования таких рынков²¹.

Для признания цены товара компании-доминанта монопольно высокой могут быть применены либо метод сравнения цен на сопоставимом рынке, либо затратный метод. Затратный метод должен применяться только в том случае, если антимонопольный орган не выявил наличие сопоставимого рынка, в том числе за пределами Республики Казахстан (п. 3 ст. 175 ПК РК). При этом даже если антимонопольный орган не выявил наличие сопоставимого рынка, субъект рынка может самостоятельно провести оценку наличия сопоставимых рынков и при их выявлении ссылаться на это при обосновании своей позиции.

21. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» /Отв. редактор И.Ю.Артемьев; МГИМО МИД России, ФАС России, ООО «Статут». – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Статут, 2016. – С.110.

При определении монопольно высокой цены товара в соответствии с п. 1 ст. 175 ПК РК учитываются биржевые и внебиржевые индикаторы цен, установленные на мировых и казахстанском рынках аналогичного товара. В качестве таких индикаторов цен могут выступать котировки товарных бирж, а также публикуемые международными аналитическими агентствами (например, Argus, Platts, The Steel Index) сведения о ценах на товар, сложившихся в соответствующих регионах мира.

П. 4-1 комментируемой статьи регламентируют подходы к признанию сложившейся на торгах на товарных биржах и электронных торговых площадках цены на биржевые товары монопольно высокой. В соответствии с этим пунктом, был издан приказ Министра национальной экономики Республики Казахстан от 18 декабря 2019 г. №94 «Об утверждении Правил определения цены на биржевые товары, сложившейся в ходе надлежаще проведенных торгов на товарных биржах и электронных торговых площадках, не признаваемой монопольно высокой (низкой)» (далее – Правила).

Указанные Правила определяют порядок определения не признаваемой монопольно высокой (низкой) цены на биржевые товары, сложившейся в ходе надлежаще проведенных торгов на товарных биржах и электронных торговых площадках.

Согласно п.9 Правил, торги на товарных биржах и электронных торговых площадках признаются надлежаще проведенными в случае соблюдения в совокупности следующих условий:

1) наличие у антимонопольного органа удаленного доступа к торговым или информационным системам, товарным биржам и иным торговым площадкам электронных закупок товаров или торгов, на которых осуществляется реализация биржевого товара, являющегося предметом рассмотрения;

2) минимальный и максимальный размер лота биржевого товара не препятствует доступу на соответствующий товарный рынок;

3) участником торгов производится регистрация внебиржевых сделок по реализации биржевого товара, являющегося предметом рассмотрения;

4) участником торгов осуществляется регулярная реализация биржевого товара на товарных биржах или электронных торговых

площадках с равномерным распределением объемов товара по торговым сессиям по решению рабочего органа;

5) реализация биржевого товара на товарной бирже или электронной торговой площадке осуществляется в режиме двойного встречного аукциона с соблюдением требований законодательства Республики Казахстан;

6) участником торгов предоставлен товарной бирже или электронной торговой площадке список аффилированных лиц;

7) участником торгов производится реализация на товарной бирже или электронной торговой площадке не менее величины объема биржевого товара, установленного законодательством Республики Казахстан;

8) на счету клирингового центра товарной биржи или электронной торговой площадки непрерывно находится не менее 1% от суммы сделки в течение периода исполнения заключенной биржевой сделки (на возвратной основе);

9) размещения расписания торгов с указанием информации об объемах и ценах реализации биржевого товара.

Необходимо отметить, что при этом «Правила не предусматривают обязательного их соблюдения участниками биржевых торгов. Однако, в целях исключения возможного признания цены на биржевой товар, сложившейся в ходе торгов, монопольно высокой или низкой, участникам биржевых торгов необходимо соответствовать антимонопольным требованиям, предъявляемым к торгам»²².

Наряду с этим, в п. 5 комментируемой ст. 175 ПК РК дано определение «монопольно низкой цены товара», под которой понимается цена, установленная субъектом рынка, занимающим доминирующее или монопольное положение, если:

1) эта цена ниже цены, которую на этом же товарном рынке устанавливает субъект рынка, не входящий в одну группу лиц с субъектом рынка, занимающим доминирующее положение;

2) эта цена ниже суммы фактических расходов на производство и реализацию такого товара.

22. Письмо Комитета по защите и развитию конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан от 21.09.20г. № 44-0-1-44/ЗТ-А-169.

Цена товара не признается монопольно низкой, если она не соответствует хотя бы одному из указанных в п. 5 настоящей статьи критериев. Также не признается монопольно низкой цена товара, установленная субъектом рынка в соответствии с законами Республики Казахстан.

На практике случаи проведения расследований антимонопольным органом по признакам установления монопольно низкой цены субъектами рынка, занимающими доминирующее положение, единичны.

Пп. 2 ст. 174 ПК РК: применение разных цен либо разных условий к равнозначным соглашениям с субъектами рынка или потребителями без объективно оправданных на то причин, в том числе, когда это обусловлено разными затратами на производство, реализацию и доставку товара, недискриминационным применением системы скидок, учитывающей объемы продаж, условия оплаты, сроки действия договора.

Для установления нарушения антимонопольный орган должен подтвердить совокупность обстоятельств:

- 1) на товар установлены разные цены или разные условия;
- 2) соглашения (договора) являются равнозначными;
- 3) отсутствие объективно оправданных причин для применения разных цен или разных условий.

При рассмотрении цен на товар или условий его реализации необходимо учесть, что товар должен быть идентичным, то есть одинаковым по своим качествам. Сравниваться должны цены, установленные для покупателей, действующих на одном товарном рынке. Здесь также необходимо отметить, что одинаковая ценовая политика должна применяться ко всем потребителям, независимо от того, входят ли они в группу лиц продавца или нет. К условиям, которые также запрещается устанавливать разными, могут относиться, например, условия поставки или условия оплаты.

Необходимо отметить, что при рассмотрении равнозначности договоров при одинаковых ценах могут рассматриваться другие условия, тогда как при одинаковости иных условий одним из критериев равнозначности соглашений (договоров) рассматривается цена.

К объективно оправданным причинам законодатель отнес следующие факторы: «когда это обусловлено разными затратами на производство, реализацию и доставку товара, недискриминационным применением системы скидок, учитывающей объемы продаж, условия оплаты, сроки действия договора». Следует отметить, что указанный перечень не является закрытым. Исходя из практики антимонопольного правоприменения, можно утверждать, что к объективно оправданным причинам могут быть отнесены технологические, экономические и иные причины²³.

На практике безусловным обоснованием установления разных цен считается разный уровень затрат продавца на производство и реализацию товара разным потребителям вследствие различных условий, таких как:

- сроки поставки, условия поставки, отсрочка платежа, оптовые скидки, условия, соответствующие обычаям делового оборота;
- различный объем и ритмичность поставок товара;
- разница в затратах, связанных с доставкой товара (транспортные тарифы, таможенные пошлины и расходы);
- различия в качественных характеристиках товара (различия в себестоимости, а также особенности способа (технологии) производства);
- условия оплаты — предоплата или отсрочка платежа²⁴;
- прочие условия.

В качестве иных обоснований могут быть признаны также такие критерии как²⁵:

- срок коммерческого сотрудничества с конкретным контрагентом;
- наличие или отсутствие дебиторской задолженности перед поставщиком;
- необходимость привлечения новых клиентов и др.

23. См.: Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан. Раздел 4 «Экономическая конкуренция» / Под общ. ред. А.Т. Айтжанова; Центр развития и защиты конкурентной политики, Альянс антимонопольных экспертов. - 2-е изд., перераб. и доп. — Астана, 2017. — С.135.

24. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О конкуренции» / Отв. ред. И.Ю. Артемьев. — М., 2015. — С.145.

25. Там же. — С.145.

Пп. 4 ст. 174 ПК РК: обусловливание либо навязывание заключения соглашения путем принятия субъектом рынка или потребителем дополнительных обязательств, которые по своему содержанию или согласно обычаям делового оборота не касаются предмета этих соглашений.

Пп. 6 ст. 174 ПК РК: обусловливание поставки товаров принятием ограничений при покупке товаров, произведенных либо реализуемых конкурентами.

Пп. 9 ст. 174 ПК РК: навязывание контрагенту экономически или технологически необоснованных условий договора, не относящихся к предмету договора.

Любой случай навязывания контрагенту условий договора или понуждения к согласию и принятию порядка взаимодействия экономически возможен лишь в случае обладания субъектом рынка значительной рыночной властью. Как отмечалось выше, ряд норм ст. 174 ПК РК запрещает доминанту навязывание контрагенту невыгодных ему или не относящихся к предмету договора условий. При этом, несколько видов злоупотреблений, указанных в ст. 174 ПК РК, по своему содержанию дублируют друг друга и относятся в той или иной форме к разным вариантам навязывания контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора. Так, например, п.п.) 4, п.п.) 6 и п.п.) 9 запрещают навязывание контрагенту таких условий договора, которые ему не выгодны и не относятся к предмету договора.

Как отмечается экспертами, «категория «невыгодность» носит крайне субъективный характер и может быть оценена исключительно исходя из экономического эффекта для потребителя, который повлечет согласие на предложенные доминантом условия»²⁶. При этом при проведении расследования необходимо правильно оценить, как предложенные условия были восприняты потребителем: надлежащим ли образом он реализовал свое право на предоставление возражений относительно предложенных условий договора (соглашения), указывая на их невыгодность.

С другой стороны, условия, не относящиеся к предмету до-

26. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О конкуренции» / Отв. ред. И.Ю. Артемьев. — М., 2015. — С.135.

говора (соглашения), если они экономически или технологически необоснованы и/или по своему содержанию или согласно обычаям делового оборота не касаются предмета этих соглашений, являются объективной категорией. В таком случае сам факт предложения контрагенту подобных условий договора может свидетельствовать о противоправном характере действий доминанта на рынке.

Один из таких запретов приведен в п.п.) 4 рассматриваемой статьи в части недопустимости оправдания или навязывания субъекту рынка или потребителю дополнительных обязательств, которые по своему содержанию или согласно обычаям делового оборота, не касаются предмета этих соглашений. На практике для подтверждения наличия этого состава антимонопольный орган обычно, наряду с другими мерами, проверяет соответствие действий доминанта положениям отраслевого законодательства²⁷.

В то же время, рассматриваемые составы не запрещают доминантам включать в договора (соглашения) со своими контрагентами дополнительные условия. Однако такое возможно лишь при их обоснованности и согласии контрагента. При этом отсутствие у контрагента права выбора (например, приобрести ли ему дополнительную услугу либо отказаться от нее) также может быть признано в качестве навязывания.

В целом, для квалификации действий субъекта рынка в качестве навязывания или обусловливания невыгодных условий договора, как по п.п.) 4, так и по п.п.) 6 и п.п.) 9 ст. 174 ПК РК, необходимо проводить экономический анализ природы взаимоотношений сторон договора.

Пп. 5 ст. 174 ПК РК: необоснованный отказ от заключения договора или от реализации товара с отдельными покупателями при наличии на момент обращения возможности производства или реализации соответствующего товара либо уклонение, выразившееся в непредставлении ответа на предложение о заключении такого договора в срок, превышающий тридцать календарных дней.

27. См.: Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан. Раздел 4 «Экономическая конкуренция» / Под общ. ред. А.Т. Айтжанова; Центр развития и защиты конкурентной политики, Альянс антимонопольных экспертов. - 2-е изд., перераб. и доп. – Астана, 2017. – С.138.

При этом отказ либо уклонение считается обоснованным в случае, если в момент обращения покупателя отсутствует требуемый объем производимого или реализуемого товара, в том числе в связи с заключением договоров о продаже соответствующего товара.

Норма пп. 5 рассматриваемой статьи предполагает, что доминант не имеет права необоснованно отказать в заключении договора или в реализации товара *отдельным покупателям* при наличии такой возможности или уклониться от заключения договора путем непредставления ответа на запрос контрагента в течение тридцати календарных дней. Для признания доминанта нарушившим этот запрет антимонопольный орган должен установить, что:

1) имел место факт обращения контрагента к доминанту за заключением такого договора;

2) факт отказа доминанта от заключения договора;

3) факт наличия у доминанта возможности для производства и поставки товара;

4) факт отсутствия у доминанта обоснованных причин для отказа²⁸.

На практике также важно установить не только факт направления обращения контрагента, но и факт получения такого предложения доминантом, так как отсутствие доказательства получения предложения о заключении договора субъектом рынка исключает признание в его действиях нарушения данного запрета. При проведении расследования антимонопольным органом должны быть собраны объективные доказательства направления, получения и содержания предложения о заключении договора либо отказа в его заключении. В казахстанской практике встречаются случаи, когда при направлении факса у заявителя имеется документ, подтверждающий факт отправки сообщения доминанту, и отсутствует доказательства того, что направлялось именно предложение о заключении договора, а не какой-либо иной документ. Отсутствие объективных доказательств подтверждения

28. См.: Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан. Раздел 4 «Экономическая конкуренция» / Под общ. ред. А.Т. Айтжанова; Центр развития и защиты конкурентной политики, Альянс антимонопольных экспертов. - 2-е изд., перераб. и доп. - Астана, 2017. - С. 139.

содержания предложения о заключении договора исключает признание в действиях доминанта нарушения данного запрета.

Кроме того, казахстанский законодатель прямо указал, что непредоставление ответа в течение тридцати календарных дней трактуется как уклонение от заключения договора, даже если договор был заключен, но позже этого срока. Таким образом, подразумевается, что на весь переговорный процесс и иные действия по вопросу принятия решения о заключении или об отказе от заключения договора доминанту отводится один месяц. При этом в практике антимонопольного регулирования нарушением считается даже заключение договора в срок, превышающий тридцать календарных дней (вне зависимости были ли удовлетворены запросы обратившейся стороны полностью или частично).

Важно также доказать наличие у доминанта возможности для производства и поставки запрашиваемого контрагентом товара. Это обстоятельство является одним из главных при доказывании рассматриваемого нарушения. Случаи отсутствия у доминанта производственных мощностей или приостановления производства (например, из-за аварии на производстве) являются обстоятельствами, исключающими обязанность доминанта заключать договор. Законодатель с 1 января 2017 г. внес в ПК РК норму о том, что «отказ либо уклонение считается обоснованным в случае, если в момент обращения покупателя отсутствует требуемый объем производимого или реализуемого товара, в том числе в связи с заключением договоров о продаже соответствующего товара».

Далее необходимо определить, не имелось ли у доминанта обоснованных причин для отказа в заключении договора. В то же время законодатель не определил, что относится к необоснованному отказу. На практике под «необоснованным отказом» обычно понимается отсутствие экономических или технологических причин для отказа. К экономическим причинам обоснованности отказа в поставке может быть отнесена невыгодность заключения договора и поставок товара контрагенту (например, предложенная контрагентом цена ниже себестоимости производства товара либо предложенные условия поставки иным образом ущемляют

интересы доминанта²⁹). Кроме того, подобный отказ может являться следствием бездействия самого контрагента (например, непредоставления полного комплекта документов, объективно необходимого для заключения договора, отсутствие у контрагента технической возможности принять товар и др.³⁰).

Также можно отметить, что формулировка первой части этого вида нарушения подчеркивает, что в результате действий доминанта (необоснованного отказа от заключения договора или от реализации товара при наличии возможности производства или реализации соответствующего товара) должны пострадать не все, а *отдельные покупатели* доминанта. Иными словами, пострадавшая сторона должна быть выделена и «обижена» в составе (в сравнении) других (с другими) покупателями доминанта (различные контрагенты доминанта поставлены между собой в неравное положение). Иначе, в случае необоснованного отказа от заключения договора или от реализации товара при наличии такой возможности со всеми контрагентами доминанта, такое поведение должно квалифицироваться по пп. 7 статьи 174 как «необоснованное сокращение объемов производства и (или) поставки или прекращение производства и (или) поставки товаров, на которые имеются спрос или заказы потребителей, субъектов рынка при наличии возможности производства или поставки».

Пп. 7: необоснованное сокращение объемов производства и (или) поставки или прекращение производства и (или) поставки товаров, на которые имеются спрос или заказы потребителей, субъектов рынка при наличии возможности производства или поставки.

Данный пункт комментируемой статьи предполагает, что для признания доминанта нарушившим рассматриваемый запрет антимонопольному органу необходимо доказать совокупность следующих обстоятельств:

- наличие возможности производства или поставки товара;
- наличие спроса или заказов на товар;
- сокращение объемов производства и (или) поставки товара или прекращение его производства и (или) поставки;

29. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О конкуренции» / Отв. ред. И.Ю. Артемьев. – М., 2015. – С.141.

30. Там же. – С.142.

- необоснованность сокращения или прекращения производства и поставки.

Отсутствие у доминанта производственных мощностей или приостановления производства (например, из-за аварии на производстве) являются обстоятельствами, исключающими применение этой нормы.

Наличие спроса или заказов на товар означает, что эти обстоятельства могут быть подтверждены, в том числе действующими договорами доминанта или наличием предложений от потенциальных контрагентов.

Сокращение объемов производства и (или) поставки товара или прекращение его производства и (или) поставки может выражаться как в сокращении/прекращении поставок в адрес одного из покупателей, так и в уменьшении совокупного объема производства.

Как уже отмечалось, в комментарии к пп. 5) ст. 174 ПК РК, законодатель не раскрывает понятие «необоснованности». На практике в качестве необоснованного отказа обычно рассматриваются отсутствие экономических или технологических причин для него. Также дополнительно можно отметить, что на практике применительно к обоснованности сокращения или прекращения производства и поставки товара относят такие возможные варианты, как отсутствие оплаты со стороны контрагента, необходимость значительных капиталовложений и др.

В целом, рассмотрение вопроса, были ли обоснованными причины сокращения объемов производства и (или) поставки или прекращения производства и (или) поставки товаров, на которые имеются спрос или заказы потребителей, проходит индивидуально в каждом конкретном случае.

Пп. 8: изъятие товара из обращения, если результатом такого изъятия явилось повышение цены товара.

Законодатель не раскрывает понятия «изъятие», равно как и не определяет, какой уровень повышения цен должен быть достигнут для применения этой нормы. Исходя из логики и сути антимонопольного регулирования (в том числе, злоупотребления рыночной властью), можно сделать вывод, что данная норма должна применяться при совокупности следующих обстоятельств:

- 1) изъятие товара доминантом из обращения приводит к созданию искусственного дефицита на рынке;
- 2) у доминанта отсутствуют объективные причины для такого изъятия;
- 3) вследствие изъятия товара на рынке повышается цена на товар.

Для применения и доказывания данного вида нарушения важными факторами являются: наличие причинно-следственной связи между изъятием товара и повышением цены на него на рынке, а также отсутствие обоснованных причин для изъятия.

Пп. 10: создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим субъектам рынка.

Комментируемое нарушение запрещает доминантам создавать дополнительные искусственные барьеры к доступу на товарный рынок и ухода с него. Целью и результатом такого поведения доминанта является недопущение на рынок новых участников. Необходимо отметить, что препятствия должны создаваться именно доминантом – участником и субъектом этого рынка. В случае создания барьеров входа на рынок со стороны государственных органов (путем принятия НПА или других действий), такие нарушения должны квалифицироваться по ст. 194 ПК РК «Антиконкурентные действия, соглашения государственных органов, местных исполнительных органов».

Пп. 11: экономически, технологически или иным образом необоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар, создание дискриминационных условий.

Рассматриваемая норма содержательно состоит из двух частей. Первая часть о *запрете экономически, технологически или иным образом необоснованного установления различных цен (тарифов)* на один и тот же товар по содержанию является тем же запретом на применение разных цен к равнозначным соглашениям с субъектами рынка или потребителями без объективно оправданных на то причин, установленных пп. 2 этой же статьи (ст. 174 ПК РК).

Что касается второй части этой нормы о создании *дискриминационных условий*, то она также частично перекликается с пп. 2 ст. 174 ПК РК в части *применения разных условий к равнозначным*

соглашениям с субъектами рынка или потребителями без объективно оправданных на то причин.

В ПК РК отсутствует определение термина «дискриминационные условия». Для понимания этой категории обратимся к Приложению № 19 Договора (п.п.) 6 ст. 2) и Модельному закону о защите конкуренции СНГ (п.п.) 7 ст. 4), в которых приведены признаки ограничения конкуренции. Дискриминационные условия – это «условия доступа на товарный рынок, условия производства, обмена, потребления, приобретения, продажи, иной передачи товара, при которых хозяйствующий субъект (субъект рынка) или несколько хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) поставлены в неравное положение по сравнению с другим хозяйствующим субъектом (субъектом рынка) или другими хозяйствующими субъектами (субъектами рынка) с учетом условий, ограничений и особенностей, предусмотренных Договором и (или) другими международными договорами государств-членов»³¹.

Таким образом, под «созданием дискриминационных условий» подразумевается формирование неравного подхода к приобретателям идентичных по своей природе, содержанию и объему благ. Для применения нормы об установлении дискриминационных условий антимонопольный орган должен доказать следующие обстоятельства:

- доминантом установлены различные условия сотрудничества (как предусмотренные договором, так и фактические условия сотрудничества);

- различные условия приводят к тому, что различные контрагенты доминанта поставлены между собой в неравное положение;

- для установления различных условий сотрудничества отсутствует надлежащее обоснование (оно не обосновано).

Главным обстоятельством для формирования у антимонопольного органа заключения о наличии или отсутствии нарушения в форме создания дискриминационных условий является неравное положение субъектов рынка, являющихся контрагентами доминанта.

31. Протокол об общих принципах и правилах конкуренции. Приложение № 19 к Договору о Евразийском экономическом союзе.

В практике применения антимонопольного законодательства и в экспертной литературе можно отметить следующие различающиеся условия, которые установлены доминантом для разных контрагентов и которые могут быть квалифицированы в качестве дискриминационных условий:

- условия, отсутствующие в аналогичных договорах, заключенных с другими контрагентами (например, дополнительные штрафные санкции);
- дополнительные надбавки к цене;
- различные способы определения цены;
- различные условия оплаты: периодичность и сроки внесения платежей;
- взимание платы за оказание услуг, которые другим лицам оказываются безвозмездно;
- условия доставки товара: самовывоз или доставка силами поставщика, увеличивающие цену товара;
- неравномерное распределение объемов товара;
- ограничение контрагента в выборе способа исполнения соответствующих работ и др.³²

Резюме, выводы:

Злоупотребление доминирующим или монопольным положением характеризуется наличием особого субъекта – лица, занимающего доминирующее или монопольное положение, который определяется антимонопольным органом по результатам анализа рынка.

В соответствии со ст. 174 ПК РК состав злоупотребления доминирующим положением охватывает – наряду с действиями доминанта по ограничению доступа на соответствующий товарный рынок, недопущению, ограничению и устранению конкуренции – и действия, которые напрямую не касаются конкуренции, но ущемляют законные права субъекта рынка или неопределенного круга потребителей. Вместе с тем, применение нормы по ущемле-

32. См. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О конкуренции» / Отв. ред. И.Ю. Артемьев. – М., 2015. – С.147.

нию законных прав неопределенного круга потребителей должно быть обязательно связано с наступлением антиконкурентных последствий.

В ст. 174 ПК РК перечислены 11 видов злоупотреблений, однако этот список является открытым и под данное определение могут подпадать и другие варианты действий субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение на соответствующем товаром рынке.

Среди видов злоупотребления доминирующим или монопольным положением к особо тяжким относится установление монопольно высоких (низких) и монопсонически низких цен, в критерии определения которых в июне 2020 г. были внесены существенные изменения и дополнения.

ГЛАВА 2

ОБЗОР СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ ПРИМЕНЕНИЯ СТАТЬИ 159 КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ (МОНОПОЛИСТИЧЕСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ)

.....

2.1 Отдельные вопросы применения статьи 159 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях

Ст. 159 «Монополистическая деятельность» КоАП РК³³ устанавливает санкции за монополистическую деятельность, ограниченную ПК РК. В соответствии со ст. 684 КоАП РК дела об административных правонарушениях, предусмотренных ст. 159 (частями 1, 2, 3, 3-1 и 4), рассматривают судьи специализированных районных и приравненных к ним административных судов.

Результаты проведенного Верховным Судом Республики Казахстан (далее – Верховный суд) в 2019 г. «Обобщения о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности» (далее – Обобщение ВС РК) показали «наличие определенных трудностей у судов при применении ст. 159 КоАП РК как по вопросу определения квалификации, так и по санкции³⁴». На практике судами допускались ошибки применения

33. Кодекс Республики Казахстан «Об административных правонарушениях» от 5 июля 2014 г. № 235-V ЗРК

34. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. – С. 22-74.

норм общей части КоАП РК: «действием закона во времени, определения максимального размера взыскания при сложении штрафов, а также ошибки, связанные с определением монопольного дохода, подлежащего конфискации»³⁵.

На судебные ошибки обращает внимание и судья Верховного Суда Денис Шипп. По его словам, из 297 рассмотренных в 2017 г. дел по статьям КоАП РК, относящихся к нарушениям антимонопольного законодательства, количество прекращенных дел составляет 21%. По мнению судьи Верховного Суда, это говорит, как минимум, о различном понимании наличия состава правонарушения у судов и уполномоченного органа, который составляет протокол.

Также относительно высокой является доля отмененных и измененных судебных постановлений. «Из 297 рассмотренных судами дел данной категории отменено 10, что составляет 3,3%, и изменено четыре постановления. Данная доля значительно превышает общереспубликанский показатель, что говорит о том, что данная категория дел представляет определенную сложность для судов. Выявленные ошибки по делам связаны в основном с неправильным пониманием антимонопольного законодательства»³⁶, — пояснил Шипп.

Проблема отсутствия единообразия правоприменительной практики по делам о нарушении антимонопольного (конкурентного) законодательства уже неоднократно поднималась в научных публикациях и выступлениях, говорили об этом и члены профессионального сообщества антимонопольных экспертов Казахстана. В качестве одного из способов решения такой проблемы озвучивалась необходимость **принятия Верховным Судом соответствующего нормативного постановления**³⁷.

35. Обзор основных докладов Евразийского антимонопольного форума // Рынок и конкуренция, №1, 2018. — С.4.

36. Там же. - С.4.

37. Значение актов Суда ЕАЭС и ЕЭК для единообразной практики правоприменения антимонопольного и конкурентного законодательства и антимонопольного комплаенса. / https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35575974

Но основной причиной судебных ошибок, связанных со сложностью определения монопольного дохода и административных штрафов, а также не унифицированной практикой правоприменения, является отсутствие специального методического документа, утвержденного уполномоченным органом.

Следует отметить, что санкции всех частей ст. 159 КоАП РК являются безальтернативными, предусматривающими для субъектов рынка фиксированный размер штрафа. Различным является только размер монопольного дохода, полученного в результате осуществления монополистической деятельности.

За осуществление монополистической деятельности, ограниченной ПК РК, предусмотрено наложение штрафа, а также конфискация монопольного дохода (за отдельные нарушения), если эти действия не содержат признаков уголовно наказуемого деяния. Размер штрафа по ч. 1, ч. 2, ч. 3 и ч. 3-1 КоАП РК определен в процентном соотношении от дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 159 КоАП РК, антиконкурентные соглашения субъектов рынка, запрещенные ПК РК, влекут штраф на субъектов малого или среднего предпринимательства или некоммерческие организации в размере трех, на субъектов крупного предпринимательства – в размере пяти процентов от **дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности, с конфискацией монопольного дохода, полученного в результате осуществления монополистической деятельности**, не более чем за один год.

Аналогично, согласно ч. 3 ст. 159 КоАП РК, злоупотребления субъектами рынка своим доминирующим или монопольным положением путем установления, поддержания монопольно высоких (низких) или монополистически низких цен, запрещенные ПК РК, влекут штраф на субъектов малого или среднего предпринимательства или некоммерческие организации в размере трех, на субъектов крупного предпринимательства – в размере пяти процентов от **дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности, с конфискацией монопольного дохода, полученного в результате осуществления монополистической деятельности**, не более чем за один год.

Доход от осуществления монополистической деятельности

Как видим из санкций, предусмотренных ст. 159 КоАП РК, судам необходимо рассчитывать две суммы: (1) доход (выручку), полученный в результате осуществления монополистической деятельности, для расчета размера административного штрафа и (2) монопольный доход, полученный в результате осуществления монополистической деятельности, для конфискации.

При этом, как показывает практика и Обобщение ВС РК, при исчислении размера административных штрафов у судей нет единого понимания, как рассчитывать доход (выручку), полученный в результате осуществления монополистической деятельности. Ни нормы КоАП РК, ни ПК РК не определяют порядок исчисления дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности. Не принято и отдельного разъясняющего подзаконного акта. Как отмечается в Обобщении ВС РК, «позиция судов и уполномоченного органа различная в разных регионах по порядку исчисления монопольного дохода и дохода от монополистической деятельности»³⁸.

В Обобщении ВС РК приведены примеры судебных решений, когда:

- при определении дохода вычитаются все расходы, в том числе НДС и акцизы (см. Вставку 2.1.1);
- при определении дохода вычитаются все расходы за исключением НДС и акцизов;
- при определении дохода вычитается только НДС (доход без НДС) (см. Вставку 2.1.2);
- при определении дохода не вычитаются расходы.

38. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. - С. 50.

Вставка 2.1.1

«Постановлением Сарысуского районного суда Жамбылской области от 25 июня 2018 г. к административной ответственности по ч. 2 ст. 159 КоАП привлечено ТОО «З» (за совершение согласованных антиконкурентных действий), взыскан штраф в размере 2847 тенге с конфискацией монопольного дохода – 94 910 тенге. Как следует из заключения, по результатам расследования от 21 мая 2018 г. Департамента КРЕМ Жамбылской области, реализация бензина марки Аи-92 за период с 20 октября 2017 г. составила 10630 литров 10 тенге (разница в цене) = 106 300 тенге. Монопольный доход составил 94 910 тенге (без НДС) от этой суммы приведен расчет суммы штрафа 3% - 2 847 тенге. Таким образом, по мнению уполномоченного органа по Жамбылской области, механизм расчета монопольного дохода и дохода от монополистической деятельности совпадает.

Аналогично произведен расчет по делу о привлечении к административной ответственности АО «М» по ч. 3 ст. 159 КоАП постановлением САС г. Тараз от 6 июня 2018 г., постановлением Жамбылского областного суда от 7 августа 2018 г. Размер штрафа определен от суммы монопольного дохода, при этом нарушение заключалось в установлении монопольно высокой цены. Расчет монопольного дохода и дохода от монополистической деятельности осуществлен в соответствии с пп 1 п. 4 ст. 225 ПК. Суды Жамбылской области согласились с таким порядком расчета дохода, от монополистической деятельности и монопольного дохода»³⁸.

Далее приведен пример, когда при определении дохода судом вычитаются все расходы за исключением НДС и акцизов.

«Постановлением СМАС г. Алматы от 30 июля 2018 г. к административной ответственности по ч. 2 ст. 159 КоАП привлечено ТОО «Г» с наложением административного штрафа в размере 5% от дохода Товарищества в результате осуществления монополистической деятельности, который составил 51 422 642 тенге с конфискацией монопольного дохода в сумме 16 293 945 тенге.

Как следует из материалов дела, по расчетам Департамента, основанным на данных Товарищества, реализация остатков не-

39. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. - С. 50.

фтепродуктов, приобретенных по низкой цене, по новой, более высокой розничной цене, путем антиконкурентных согласованных действий по повышению цен составляет 1 929 684 301 тенге, соответственно размер штрафа составит – 5%, или 96 484 215 тенге.

Суд при определении размера штрафа размер выручки определил как 1 028 452 841 тенге со ссылкой на ст. 86 Налогового Кодекса РК за минусом суммы НДС и акциза, указав также на допущенные в расчетах Департамента некорректные данные объемов реализованных нефтепродуктов в литрах»⁴⁰.

Вставка 2.1.2

«Постановлением САС г. Павлодар от 26 февраля 2018 г. ТОО «А» привлечено к административной ответственности по ч. 2 ст. 159 КоАП со взысканием штрафа в размере 8 532 349 тенге с конфискацией монопольного дохода в размере 694 574 тенге. Как следует из протокола и заключения, по результатам расследования Департамента КРЕМ по Павлодарской области от 13 сентября 2017 г. определен доход, полученный от реализации бензина без учета НДС, но без вычета расходов, а также монопольный доход (по формуле «доход-расход») без учета НДС⁴¹».

В следующем примере, также приведенном в Обобщении ВС РК, судом при определении дохода не вычитаются расходы. «Постановлением СМАС г. Караганды от 24 мая 2018 г. ТОО «К» привлечено к административной ответственности по ч. 2 ст. 159 КоАП за совершение согласованных антиконкурентных действий (ТОО «К», ТОО «Ж», ТОО «А» одновременное повышение цены реализации угля), взыскан штраф 1 536 343 тенге и конфискован монопольный доход 14 104 962 тенге. Из заключения по результатам расследования Департамента КРЕМ по Карагандинской области от 27 апреля 2018 г. следует, что у ТОО «К» валовый доход (выручка) за период с сентября по ноябрь месяц составил – 51 211 428,56 тенге. Расчет произведен согласно представленным данным товарищества об объемах и доходах, полученных в

40. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. -С.51.

41. Там же. – С.51.

результате оптовой реализации угля для коммунально-бытовых нужд потребителей Карагандинской области по цене 8 000 тенге за тонну с НДС. Монопольный доход определен с учетом дохода за минусом расходов, в том числе и налогов. Так, в этом же заключении представлен и расчет по ТОО «А», доход (выручка) – 7 030 964 тенге, штраф от данной суммы 3%, или 210 929 тенге. Монопольный доход 1 642 569 тенге определен следующим образом: 7 030 964 тенге - 5 387 383 тенге (обоснованный расход) – 1 012 тенге (уплаченный налог)⁴².

Наряду с этим, на практике встречаются случаи, когда для расчета штрафа судом применяется не доход (выручка), полученный в результате осуществления монополистической деятельности, а снабженческая надбавка или размер монопольного дохода (см. Вставку 2.1.3).

Так, Постановлением СМАС г. Астана от 7 ноября 2016 г. №3-9938/2016 действия ТОО «Астанаэнергосбыт» переквалифицированы с ч. 3 ст. 159 КоАП РК от 5 июля 2014 г. №235 (новая редакция) на ч. 3 ст. 147 КоАП РК от 30 января 2001 г. №155-II (старая редакция) и назначено административное взыскание в виде административного штрафа в доход государства в размере 10 (десяти) процентов от дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности, запрещенной утратившим силу Законом Республики Казахстан «О конкуренции», что составляет 7 935 457 (семь миллионов девятьсот тридцать пять тысяча четыреста пятьдесят семь) тенге.

При этом в качестве дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности ТОО «Астанаэнергосбыт», был представлен доход по снабженческой надбавке, в то время как, согласно отчетам товарищества, представляемым в антимонопольный орган по монопольному виду деятельности, доход от реализации электрической энергии составил более 53,3 млрд. тенге за 2013-2014 г. и более 15,5 млрд. тенге за первое полугодие 2015 г. Несмотря на указанный факт, штраф был наложен судом от суммы дохода по снабженческой надбавке⁴³.

42. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. - С. 51-52.

43. Постановление СМАС г. Астана №3-9938/2016 от 7 ноября 2016 г. в отношении ТОО «Астанаэнергосбыт»

Вставка 2.1.3

«Постановлением Аркалыкского городского суда Костанайской области от 30 ноября 2016 г. Товарищество признано виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного ч. 3 ст. 159 КоАП, и подвергнуто взысканию в виде административного штрафа на сумму 9 550 437 тенге 58 тиын с конфискацией монопольного дохода за один год в сумме 160 271 711 тенге 18 тиын.

Постановлением Костанайского областного суда от 16 марта 2017 г. указанное постановление изменено в части конфискации монопольного дохода, сумма снижена до 1 440 597 тенге.

Заключением по результатам расследования от 3 октября 2016 г., утвержденным приказом руководителя Департамента Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан по Костанайской области (далее – Департамент) от 6 октября 2016 г. №264-ОД, был выявлен факт совершения Товариществом злоупотребления своим доминирующим положением, запрещенным ст. 174 ПК, в виде установления и поддержания монопольно высоких цен: за период с 3 марта 2013 г. по 1 июня 2014 г. на услугу «отгрузка зерна железнодорожным транспортом» в размере 1 342,14 тенге за тонну без НДС, за период с 14 декабря 2015 г. по 8 сентября 2016 г. на услугу «отгрузка зерна железнодорожным транспортом» в размере 2 680,19 тенге за тонну без НДС, за период с 14 декабря 2015 г. по 8 сентября 2016 г. на услугу «отгрузка зерна автотранспортом» в размере 1 784,24 тенге за тонну без НДС.

Действия Товарищества правильно квалифицированы по ч. 3 ст. 159 КоАП. Выводы судов в части квалификации правонарушения соответствуют фактическим обстоятельствам дела. Как следует из заключения по результатам расследования от 3 октября 2016 г., монопольный доход составил 318 347 919 тенге, при этом, согласно этому же заключению, Департамент определяет и доход от монополистической деятельности в размере 979 913 676 тенге. Суд первой инстанции штраф определяет в размере 3% от монопольного дохода – 318 347 919 тенге, с указанным выводом в части размера штрафа соглашается и суд апелляционной инстанции. Апелляционная инстанция снижает сумму монопольного дохода за 1 год, подлежащую конфискации, не соглашаясь с произведенным Департаментом расчетом. Сумма монопольного дохода, подлежащая конфискации, определена на основании заключения экспертизы и соответственно ее окончательный размер за весь период нарушения не совпадает с 318 347 919 тенге. В данном случае подлежит корректировке и размер штрафа⁴⁴».

44. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. - С. 45-46.

Как видно из приведенных примеров, суды по разному подходят к определению **«дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности»** и путают его с понятием **«монопольный доход»**.

Вместе с тем, эти два понятия, в соответствии с нормами антимонопольного законодательства Казахстана, не тождественны. Так, п. 1 ст. 167 ПК РК монополистическая деятельность определена как **«деятельность субъектов рынка, положение которых дает возможность контролировать соответствующий товарный рынок, в том числе позволяет оказывать значительное влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке»**.

То есть монополистической деятельностью на соответствующем рынке признается возможность компании, обычно занимающей большую долю на этом рынке, значительно влиять на общие условия обращения товара (услуги). Например, АО «Пассажирские перевозки» осуществляет перевозки пассажиров по 31 междугороднему направлению (маршруту), тогда как частные компании не более чем по 3-4 направлениям (например, ТОО «Турксиб Астана») ⁴⁵.

АО «Пассажирские перевозки» имеет значительное влияние на общие условия перевозки пассажиров железнодорожными вагонами и его деятельность можно назвать монополистической. Валовая стоимость реализованных пассажирам (клиентам) железнодорожных билетов за определенный период времени, получаемая за предоставление компанией своих услуг на рынке, является доходом (выручкой), полученным в результате осуществления монополистической деятельности.

При этом сама монополистическая деятельность нормами действующего законодательства не запрещена. В Конституции Казахстана определено, что **«каждый имеет право на свободу предпринимательской деятельности, свободное использование своего имущества для любой законной предпринимательской деятельности. Монополистическая деятельность регулируется и ограничивается законом»** (п. 4 ст. 26).

45. См.: Перечень пассажирских поездов <https://www.railways.kz/articles/passenger-transportation/pp-raspisanie-poezdov>

Вместе с тем, монопольный доход, в соответствии с п. 1 ст. 225 ПК РК, — это доход, полученный субъектом рынка в результате осуществления монополистической деятельности, **ограниченной ПК РК**.

К ограниченной, в соответствии с п. 2 ст. 167 ПК РК, монополистической деятельности относятся:

- 1) антиконкурентные соглашения субъектов рынка;
- 2) антиконкурентные согласованные действия субъектов рынка;
- 3) злоупотребление доминирующим или монопольным положением.

В п. 2 ст. 225 ПК РК предусмотрено, что монопольный доход может быть получен субъектом рынка в результате:

- 1) совершения антиконкурентного соглашения или согласованных действий субъектов рынка;
- 2) злоупотребления субъектом рынка своим доминирующим или монопольным положением.

При этом монопольный доход определяется с момента осуществления субъектом рынка вышеуказанных действий до момента прекращения субъектом рынка данных действий (п. 3 ст. 225 ПК РК).

В п. 4 ст. 225 ПК РК дается порядок расчета монопольного дохода. Так, монопольный доход определяется при:

- 1) установлении субъектом рынка, занимающим доминирующее или монопольное положение, монопольно высоких цен - как разница между доходом, полученным при применении монопольно высокой цены, и доходом, рассчитанным на основании цены, определенной в соответствии с положениями ст. 175 ПК РК⁴⁶;
- 2) установлении субъектом рынка, занимающим доминирующее или монопольное положение, монопольно низкой цены - как дополнительный доход, полученный субъектом рынка, занимаю-

46. В соответствии со ст. 175 ПК РК определяется цена, сложившаяся в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке, в том числе за пределами Республики Казахстан, или (в случае отсутствия сопоставимых рынков) проводится анализ расходов и прибыли субъекта рынка и определяется обоснованная цена товара.

щим доминирующее положение, в результате увеличения объемов реализации за счет устранения конкурентов с товарного рынка;

3) установлении субъектом рынка, занимающим монопсоническое положение, монопсонически низкой цены - как разница между затратами данного субъекта рынка на покупку товара по цене, определенной на основании необходимых субъекту рынка, реализующему товар, расходов на производство и реализацию такого товара и прибыли, и затратами, сложившимися при покупке товаров по монопсонически низким ценам;

4) совершении субъектом рынка антиконкурентных соглашений или согласованных действий как весь доход, полученный от данных действий, за вычетом обоснованных расходов, необходимых для производства и (или) реализации товара, и фактически уплаченных налогов.

Как правильно указано в Обобщении ВС РК, «при определении монопольного дохода следует учитывать, что он определяется как доход, полученный субъектом рынка в результате осуществления монополистической деятельности, ограниченной ПК, порядков определения которого установлен п. 4 ст. 225 ПК РК.

А для расчета штрафа применяется показатель дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности, то есть всей монополистической деятельности, с учетом требований ст. 167 ПК, независимо ограничена она ПК или нет⁴⁷».

Следующим важным вопросом является вопрос, как рассчитывать доход (выручку) для определения штрафа. В Обобщении ВС РК делается вывод о том, что в целях исчисления размера штрафа подлежит установлению доход (выручка) без вычета расходов. При этом при определении дохода не вычитаются расходы по следующим основаниям⁴⁸:

- (1) в соответствии с санкцией нормы (ч. 1-4 ст. 159 КоАП РК) и пп. 8 ч. 1 ст. 44 КоАП РК административный штраф определя-

47. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. - С. 53.

48. Там же. - С. 52-53.

ется в процентном отношении от дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности, и в них нет указаний об исчислении доходов за минусом расходов, более того имеется указание: «доход» и в скобках «выручка»;

- (2) при расчете дохода (выручки) не подлежит применению норма Налогового кодекса (ст. 227), поскольку она регламентирует вопросы исчисления дохода от реализации в целях исчисления КПН, а не исчисления дохода от осуществления монополистической деятельности;

- (3) не подлежат применению и нормы ч. 2 п. 2 ст. 13 Закона Республики Казахстан «О бухгалтерском учете и финансовой отчетности» (далее – Закон о бухгалтерском учете), так как положения закона распространяют свое действие на правоотношения в рамках осуществления бухгалтерского учета и составления финансовой отчетности.

Свою позицию авторы Обобщения ВС РК дополнительно обосновывают тем, что «если в ПК РК при определении монопольного дохода прямо указано о вычете расходов, так, в соответствии с п. 4 ст. 225 ПК РК, монопольный доход определяется при: совершении субъектом рынка антиконкурентных соглашений или согласованных действий как весь доход, полученный от данных действий, за вычетом обоснованных расходов, необходимых для производства и (или) реализации товара, и фактически уплаченных налогов, то такого указания ни в КоАП РК, ни в ПК РК при определении дохода от монополистической деятельности нет⁴⁹».

Таким образом, в Обобщении ВС РК указывается, что при исчислении размера штрафа судами подлежит установлению доход (выручка) без вычета расходов и фактически уплаченных налогов.

Здесь, соглашаясь с позицией авторов Обобщения ВС РК о необходимости исчисления дохода (выручки) без вычета расходов, в то же время считаем, что фактически уплаченные налоги должны быть исключены.

49. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. - С. 52.

Во-первых, расчет штрафа от суммы дохода (выручки) с учетом сумм уже заплаченных в обязательном порядке налогов в бюджет государства приведет к двойному изъятию дохода в бюджет.

Во-вторых, исходя из сущности рассматриваемого экономико-правового института, доход (выручка) от монополистической деятельности должен рассматриваться в качестве финансового результата и исчисляться по правилам бухгалтерского учёта, поскольку бухгалтерский учёт отражает информацию о финансовых результатах экономического субъекта. Остановимся подробнее на этом аспекте.

Согласно п. 1 ст. 16 Закона о бухгалтерском учете, составление финансовой отчетности осуществляется организациями в соответствии с международными стандартами и международным стандартом для малого и среднего бизнеса (далее – МСФО). В п. 23.4 МСФО (IFRS) для предприятий малого и среднего бизнеса указано: «предприятие должно включать в выручку только валовые поступления экономических выгод, полученные и подлежащие получению предприятием от его имени. Предприятие должно исключать из выручки все суммы, полученные в пользу третьих сторон, такие, как налоги с продаж, налоги на товары и услуги и налоги на добавленную стоимость⁵⁰». Аналогичное же определение было в МСФО (IAS) 18 «Выручка»⁵¹. В МСФО (IFRS) 15 «Выручка по договорам с покупателями» выручка определена как доход, возникающий в ходе обычной деятельности организации⁵².

В п. 2 ст. 13 Закона о бухгалтерском учете дано определение, что «доходы – увеличение экономических выгод в течение отчетного периода в форме притока или прироста активов, или уменьшения обязательств, которые приводят к увеличению капитала, отличному от увеличения, связанного с взносами лиц, участвующих в

50. Международный Стандарт Финансовой Отчетности (IFRS) для предприятий малого и среднего бизнеса https://online.zakon.kz/document/?doc_id=31318725#pos=1669;-42

51. Международный стандарт финансовой отчетности (IAS) 18 «Выручка» https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1051804#pos=22;-59

52. Международный стандарт финансовой отчетности (IFRS) 15 «Выручка по договорам с покупателями» https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36789884#pos=5;-106

капитале». Как справедливо отмечают сами авторы Обобщения ВС РК, указание терминов «доходы» и в скобках «выручка» свидетельствует о равнозначности данных сумм⁵³.

Таким образом, доход (выручка) включает только валовые поступления экономических выгод, полученных и подлежащих получению организацией в ее пользу. Суммы, полученные от имени третьих лиц, такие как налоги на товары и услуги, а также налог на добавленную стоимость, не являются получаемыми организацией экономическими выгодами и не ведут к увеличению собственного капитала. Поэтому они исключаются из (дохода) выручки.

Выручка отражается у хозяйствующих субъектов в обязательном документе – отчете о прибылях и убытках в строке «Доход от реализации продукции и оказания услуг». Субъекты рынка, в отношении которых проводится расследование и у которых антимонопольным органом запрашиваются размеры дохода (выручки) на определенном товарном рынке, могут предоставлять свои суммы дохода (выручки) из «Отчета о прибылях и убытках» (строка «Доход от реализации продукции и оказания услуг») без учета НДС и акцизов.

Необходимо заметить, что показатель выручки не отражает эффективность работы компании, ведь выручка бывает и у убыточных предприятий, но характеризует долю компании на рынке. Чтобы эту долю вычислить, нужно знать объемы продаж в отрасли за отчетный период. На практике штрафы налагаются судами вне зависимости от наличия или отсутствия убытка у компании-правонарушителя, так как штраф рассчитывается от суммы дохода (выручки), а не прибыли компании.

Таким образом, полагаем, что при отсутствии специального правового регулирования под доходом (выручкой), полученным в результате осуществления монополистической деятельности, понимается выручка данного субъекта рынка, полученная за определенный период времени за реализацию своих товаров (услуг) на соответствующем рынке и исчисленная в порядке, предусмотрен-

53. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. – С.52.

ном нормами Закона о бухгалтерском учете и международными стандартами финансовой отчетности (МСФО).

Вместе с тем, при определении размера дохода (выручки), как очень справедливо указывается в Обобщении ВС РК, следует иметь ввиду, что речь идет о получении дохода (выручки) на рынке, на котором допущено нарушение, а не о доходе (выручке) правонарушителя от всей осуществляемой им предпринимательской деятельности, поскольку речь идет лишь об определенном товарном рынке.

В Обобщении ВС РК приводится такой пример⁵⁴. Допустим, субъект занимает монопольное положение на рынке по оказанию нескольких видов услуг: 1) услуги сотовой связи; 2) междугородная связь; 3) городская связь. Каждый из данных видов услуг является самостоятельным «товарным рынком». Соответственно юридическое значение имеет доход от монополистической деятельности на соответствующем товарном рынке.

Ст. 196 ПК РК предусматривает специальные правила для проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке, под которым понимается «совокупность взаимозаменяемых товаров, обращающихся на определенной территории». Помимо ст. 196 ПК РК нормы, регламентирующие порядок проведения анализа рынка, также содержатся в Методике по проведению анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденной приказом Министра национальной экономики Республики Казахстан от 30 ноября 2015 г. №741 (далее - Методика анализа рынка)⁵⁵.

Еще одним сложным вопросом при применении санкции за нарушения норм антимонопольного законодательства является **вопрос исчисления периода, за который рассчитывается доход (вы-**

54. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. – С.53.

55. См. подробнее в Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан. Раздел 4 «Экономическая конкуренция» / Под общ. ред. А.Т. Айтжанова; Центр развития и защиты конкурентной политики, Альянс антимонопольных экспертов. - 2-е изд., перераб. и доп. – Астана, 2017. – С.233-250.

ручка). В Обобщении ВС РК указывается, что «период, за который исчисляется доход в целях определения размера штрафа, не предписан ПК РК и КоАП РК, судебная практика свидетельствует о том, что в этой части, как правило, суды применяют положения п. 3 ст. 225 ПК. Согласно этому пункту, период для определения монопольного дохода определяется с момента осуществления субъектом рынка действий, указанных в п. 2 ст. 225 ПК РК, до момента прекращения субъектом рынка данных действий»⁵⁶.

Полагаем, что данный подход судов к исчислению периода дохода (выручки) в целом может быть применим на практике. Вместе с тем, полагаем, что правильное определение (расчет) периода осуществления ограниченной ПК РК монополистической деятельности относится к компетенции антимонопольного органа, который должен это доказать в рамках проводимого им расследования.

Так, в соответствии с п. 1 ст. 216 ПК РК антимонопольный орган в пределах своих полномочий расследует нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции и принимает по результатам расследования решение. При этом под «расследованием понимаются мероприятия антимонопольного органа, направленные на сбор фактических данных, подтверждающих или опровергающих совершение нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции, в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом»⁵⁷. Начало расследования оформляется приказом о проведении расследования.

В п. 3 ст. 218 ПК РК указывается, что приказ о проведении расследования должен содержать:

- 1) наименование объекта или объектов расследования;
- 2) основания для проведения расследования нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции;

56. См. подробнее в Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан. Раздел 4 «Экономическая конкуренция» / Под общ. ред. А.Т. Айтжанова; Центр развития и защиты конкурентной политики, Альянс антимонопольных экспертов. - 2-е изд., перераб. и доп. - Астана, 2017. - С.53.

57. П.2 ст. 216 Предпринимательского кодекса Республики Казахстан.

3) признаки нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции, которые усматриваются в действиях (бездействии) объекта расследования;

4) дату начала и окончания расследования;

4-1) предмет расследования;

4-2) проверяемый период;

5) фамилию, имя и отчество (если оно указано в документе, удостоверяющем личность) должностного лица антимонопольного органа, уполномоченного на проведение расследования;

6) права лиц, участвующих в расследовании нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции.

Таким образом, в приказе о начале расследования указывается проверяемый период. При этом следует отметить, что даже этот указанный период может не совпадать с фактическим периодом получения дохода (выручки) от осуществления запрещенной ПК РК монополистической деятельности, от которого судам следует рассчитывать сумму штрафа. Это объясняется тем, что фактические данные, подтверждающие совершение нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции, могут быть за период, который меньше указанного в приказе.

Резюмируя, следует отметить, что суды должны за период осуществления ограниченной ПК РК монополистической деятельности брать тот период, который доказан антимонопольным органом как период совершения нарушения.

В то же время, можно согласиться с позицией авторов Обобщения ВС РК о том, что «поскольку речь идет о санкции, применяемой государством в отношении правонарушителя, то нормы в этой части должны быть строго регламентированы и требуют внесения изменений в действующее законодательство»⁵⁸. Полагаем, что необходимо в примечание ст. 159 КоАП РК внести дополнение в части, как рассчитывать «доход (выручку), от монополистической деятельности», и по определению периода наложения штрафа.

58. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. – С.54.

Конфискация монопольного дохода

Еще одним проблемным вопросом на практике является вопрос расчета и конфискации монопольного дохода, предусмотренного санкцией ч. 1, ч. 2, ч. 3 и ч. 4 ст. 159 КоАП РК, несмотря на его определение в ПК РК. Так, в соответствии с п. 1 ст. 225 ПК РК, под монопольным доходом понимается «доход, полученный субъектом рынка в результате осуществления монополистической деятельности, ограниченной ПК РК».

Согласно п. 4 ст. 225 ПК РК монопольный доход, как уже отмечалось ранее, определяется при:

- 1) установлении субъектом рынка, занимающим доминирующее или монопольное положение, монопольно высоких цен;
- 2) установлении субъектом рынка, занимающим доминирующее или монопольное положение, монопольно низкой цены;
- 3) установлении субъектом рынка, занимающим монополистическое положение, монополистически низкой цены;
- 4) совершении субъектом рынка антиконкурентных соглашений или согласованных действий.

Таким образом, расчет монопольного дохода осуществляется в зависимости от такого, какие из перечисленных в п. 4 ст. 225 ПК РК нарушений им допущены. При этом, в случае расчета монопольного дохода при антиконкурентных соглашениях и согласованных действиях, вычету подлежат и НДС, и акцизы.

Вместе с тем, на практике встречались случаи расчета монопольного дохода при определении конфискации (изъятию) по другим видам злоупотреблений пп. 2-11 ст. 174 ПК РК, по которым и в ПК РК, и в других нормах законодательства порядок расчета отсутствует (см. Вставки 2.1.2, 2.1.3). Как отмечается в Обобщении ВС РК, «для исключения такого понимания изложили п. 3 ст. 159 КоАП в новой редакции и ввели ч. 3-1 в ст. 159 КоАП, санкцией которой не предусмотрено взимание конфискации»⁵⁹. В то же время, конфискация монопольного дохода предусмотрена по ч. 4 ст. 159 КоАП РК за повторность совершения правонарушения по ч. 3-1 ст. 159 КоАП РК.

59. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. – С.55.

Авторы Обобщения ВС РК справедливо отмечают, что «опять на практике возникнут проблемы, как рассчитывать монопольный доход, так как в ст. 225 ПК не прописан порядок расчета монопольного дохода при таких видах злоупотребления (кроме установления монопольно высокой, низкой и монополистической цены)»⁶⁰. Авторы данной работы считают, что в таком случае, «при отсутствии нормативного акта, регламентирующего порядок расчета монопольного дохода, конфискация монопольного дохода при привлечении по ч. 4 ст. 159 КоАП РК при повторности по ч. 3-1 ст. 159 КоАП РК не осуществляется»⁶¹.

Здесь, поддерживая позицию авторов Обобщения ВС РК о наличии проблемы при расчете монопольного дохода по видам злоупотреблений, предусмотренных пп. 2-11 ст. 174 ПК, считаем необходимым рассмотреть вопрос о внесении дополнений в законодательство, но не в части регламентации порядка расчета монопольного дохода, а в части полной отмены санкции в виде конфискации монопольного дохода, предусмотренного ч. 4 ст. 159 КоАП РК за повторность совершения правонарушения по ч. 3-1 ст. 159 КоАП РК.

Мы придерживаемся позиции, что санкции в форме штрафа от дохода (выручки), полученного в результате осуществления злоупотреблений, предусмотренных пп. 2-11 ст. 174 ПК, являются достаточными. При этом полагаем, что эти виды представляют меньшую опасность в сравнении с установлением монопольно высоких (низких) или монополистически низких цен. Дополнительно можно отметить, что среди государств-членов Евразийского экономического союза конфискация прибыли (монопольного дохода), полученной в результате злоупотребления доминирующим положением, кроме Казахстана предусмотрена лишь в законодательстве Республики Армения⁶².

60. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. – С.55.

61. Там же. – С.55.

62. Анализ законодательства и правоприменительной практики государств – членов ЕАЭС и Евразийского экономического союза по вопросам привлечения к ответственности и освобождения от нее за нарушение антимонопольного законодательства, рассмотрение международного опыта. Итоговый отчет п. 2 Календарного плана к договору от «07» сентября 2018 г. № Н-23/231. – С.280.

В Обобщении ВС РК приведен пример, когда уполномоченным органом монопольный доход по факту навязывания контрагенту экономически или технологически необоснованных условий договора не устанавливается в рамках расследования. Это было связано с тем, что законодателем вообще не определен порядок расчета монопольного дохода в этом случае. Тем не менее, суд применяет санкцию в форме конфискации монопольного дохода в бюджет государства в сумме 339 468 661 тенге (см. Вставку 2.1.4). При этом при определении дохода судом взят за основу только доход, полученный в результате ограниченной законодательством деятельности, а не доход от осуществления всей монополистической деятельности.

Вставка 2.1.4

«Согласно Постановлению САС г. Уральск от 12 мая 2017 г. ТОО «Ж» привлечено к административной ответственности по ч. 3 ст. 159 КоАП⁶³ к административному штрафу в размере 264 666 105,75 тенге с конфискацией монопольного дохода в доход государства в сумме 339 468 661 тенге. Монопольный доход определен как сумма незаконных договоров за налив.

Из Заключения следует:

Доход от монополистической деятельности составил 529 322 115 тенге, это доход (выручка), полученный от реализации сжиженного нефтяного газа (далее - СНГ) вместе с услугами налива в период с 1 февраля 2016 г. по ноябрь 2016 г.

При этом антимонопольный орган в своем заключении указывает на то, что монопольный доход не определяется, поскольку порядок его расчета не предусмотрен п. 4 ст. 225 ПК.

По информации Товарищества, объем оказанных услуг по наливу СНГ составил в этот период 339 469 661 тенге. Именно этот объем был судом определен как монопольный доход и конфискован».

Также одним из проблемных вопросов является то, что на законодательном уровне не установлено, за какой год необходимо взыскивать монопольный доход в случае, если срок нарушения

63. Дело рассмотрено до внесения изменений в ч. 3 ст. 159 КоАП РК, сейчас это ч. 3-1 ст. 159 КоАП РК.

составляет более 2-х лет, в том числе, если нарушение является длящимся. При этом размер монопольного дохода по годам может значительно различаться.

Дополнительно по данному вопросу можно отметить, что в Обобщении ВС РК судам указывается, что источником информации для определения размера монопольного дохода являются:

- 1) информация, представляемая самим правонарушителем;
- 2) данные декларации по КПН;
- 3) иные источники в целях получения достоверной информации, такие как аудиторское заключение или заключение эксперта⁶⁴.

Еще одним из проблемных вопросов практики правоприменения ст. 159 КоАП РК является применение санкции о конфискации монопольного дохода в случае его отсутствия. Так, в Обобщении ВС РК приводится следующий пример. «Постановлением САС г. Усть-Каменогорск от 25 сентября 2017 г. ТОО «Н» привлечено к административной ответственности по ч. 2 ст. 159 КоАП РК, при этом в резолютивной части постановления указано о конфискации нулевого монополистического дохода, в мотивировочной части указано, что ТОО получило убытки от розничной реализации дизельного топлива⁶⁵».

Также судами до внесения изменений в ст. 159 КоАП РК⁶⁶ взыскивался нулевой монопольный доход в тех случаях, когда не предусмотрено его взыскание в соответствии со ст. 225 ПК РК (см. Вставку 2.1.5).

64. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. – С.54.

65. Там же. – С.56.

66. Закон Республики Казахстан от 24 мая 2018 г. № 156-VI ЗРК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования регулирования предпринимательской деятельности»

Вставка 2.1.5

«Согласно ч. 3 ст. 159 КоАП, злоупотребления субъектами рынка своим доминирующим или монопольным положением, запрещенные Предпринимательским кодексом Республики Казахстан, если эти действия не содержат признаков уголовно наказуемого деяния, влекут штраф на субъектов крупного предпринимательства в размере пяти процентов от дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности, с конфискацией монопольного дохода, полученного в результате осуществления монополистической деятельности, не более чем за один год.

За период с апреля по октябрь 2016 г. доход от начисления и оплаты за потребленную электрическую энергию по адресу г. Усть-Каменогорск, пр. Сатпаева дома №72 и №74 составил 1 902 736 тенге (без учета НДС), в том числе: пр. Сатпаева №72 – 899 609 тенге (без учета НДС), пр. Сатпаева №74 – 1 003 127 тенге (без учета НДС).

При этом ст. 225 ПК РК предусмотрены основания и порядок определения монопольного дохода, который может быть только в результате совершения субъектами рынка антиконкурентных соглашений или согласованных действий, а также злоупотребления своим доминирующим или монопольным положением, в части установлении монопольно высоких, низких цен и монопсонически низких цен.

Таким образом, монопольный доход, полученный ТОО от злоупотребления своим доминирующим положением, отсутствует.

Монопольный доход не рассчитывался так как, не предусмотрен ст. 225 ПК РК при данном виде нарушения.

Совершение административного правонарушения ТОО «Шыгыс-энерготрейд» и его виновность подтверждаются совокупностью следующих доказательств: протоколом об административном правонарушении, который не обжалован, заключением по результатам расследования в отношении ТОО «Шыгыс-энерготрейд» от 8 декабря 2016 г., другими материалами дела.

Исследовав иные доказательства, суд считает, что ТОО «Шыгыс-энерготрейд» подлежит привлечению к административной ответственности, его действия по ч. 3 ст. 159 КоАП квалифицированы верно.

Исходя из вышеизложенного, обстоятельств, исключающих административную ответственность либо позволяющих освободить правонарушителя от административной ответственности и административного взыскания, судом не установлено.

Срок привлечения к ответственности для юридических лиц, согласно ст. 62 КоАП, не истек.

Смягчающих и отягчающих вину обстоятельств дела судом не установлено.

На основании вышеизложенного руководствуясь п. 1 ч. 1 ст. 821 КоАП, ст. 822 КоАП, ст. 823 КоАП, ст. 893 КоАП, судья

ПОСТАНОВИЛ:

Товарищество с ограниченной ответственностью «Шыгысэнерготрейд» привлечь к административной ответственности, предусмотренной ч. 3 ст. 159 КоАП, и подвергнуть административному взысканию в виде административного штрафа в размере 5 (пяти) процентов от дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности в сумме 95 137 (девяносто пять тысяч сто тридцать семь) тенге в доход государственного бюджета, с конфискацией монопольного дохода 0 (ноль) тенге, полученного в результате осуществления монополистической деятельности, но не более чем за один год.

Аналогичный пример можно привести по делу в отношении АО «КазТрансГазАймак», где суд, ссылаясь на письмо КРЕМЗК, указывает, что монопольный доход в рассматриваемом случае не определяется, но при этом постановляет его конфисковать (см. Вставку 2.1.6).

Вставка 2.1.6

«При наложении административного взыскания суд принимает во внимание безальтернативную санкцию статьи, предусматривающую для субъекта крупного предпринимательства административное взыскание в виде штрафа в размере пяти процентов от дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности с конфискацией монопольного дохода, полученного в результате осуществления монополистической деятельности, не более чем за один год. По представленной Обществом в ходе судебного разбирательства информации, доход АО «КазТрансГазАймак» в период нарушения антимонопольного законодательства Республики Казахстан составил 268 675 485 тенге.

Согласно письму Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства Национальной

экономики РК от 30.01.2017 г., монопольный доход Общества, на основании п. 4 ст. 225 Предпринимательского кодекса, не определяется. Руководствуясь ст.ст. 821-823 КоАП, судья

ПОСТАНОВИЛА

Акционерное общество «КазТрансГазАймак» привлечь к административной ответственности за совершение правонарушения, предусмотренного ч. 3 ст. 159 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях и подвергнуть административному взысканию в виде административного штрафа в размере пяти процентов от дохода, что составило 13 433 774,25 (тринадцать миллионов четыреста тридцать три тысячи семьсот семьдесят четыре тенге 25 тиын) с конфискацией монопольного дохода, полученного в результате осуществления монополистической деятельности⁶⁷».

Изменение размера монопольного дохода

В ходе рассмотрения жалобы апелляционной инстанции на решение суда первой инстанции размер монопольного дохода может быть изменен. При этом, в соответствии с ч. 2 ст. 839 КоАП РК, пп. 6 ч. 1 ст. 822 КоАП РК, суд апелляционной инстанции обязан привести расчет суммы штрафа с указанием конкретных ошибок в подсчете размера штрафа и монопольного дохода с соответствующим исследованием и оценкой доказательств по данному вопросу. Однако на практике встречаются как случаи, когда суды мотивы принятого решения подробно излагают в мотивировочной части, так и случаи отсутствия указания мотивов.

Так, постановлением специализированной судебной коллегии Верховного Суда от 17 августа 2017 г. по делу №6001-17-00-6АП/37 исключена из назначенных судом административных взысканий конфискация монопольного дохода, полученного в результате осуществления монополистической деятельности, при этом мотивы принятого решения подробно изложены в мотивировочной части (см. Вставку 2.1.7).

67. Постановление специализированного межрайонного административного суда г.Астаны от 14 февраля 2017 г. по делу № 3-1077/2017

Постановлением специализированного межрайонного административного суда г. Астана от 3 февраля 2017 г. за совершение административного правонарушения, предусмотренного ч. 3 ст. 159 КоАП, на Товарищество наложено административное взыскание в виде административного штрафа в размере 3 процентов дохода, что составило 5 853 250,59 тенге, с конфискацией монопольного дохода, полученного в результате осуществления монополистической деятельности, в размере 49 225 770 тенге.

Постановлением судьи суда г. Астана от 16 марта 2017 г. постановление суда первой инстанции оставлено без изменения.

В протесте заместитель Генерального Прокурора Республики Казахстан, не оспаривая квалификацию деяний Товарищества, просит изменить вступившие в законную силу постановления судов и исключить взыскание в виде конфискации монопольного дохода ввиду неправильного применения судами закона об административной ответственности.

Пп. 10 ст. 174 ПК РК в редакции, действовавшей до 1 января 2017 г., запрещаются действия (бездействие) субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение, которые привели или приводят к ограничению доступа на соответствующий товарный рынок, недопущению, ограничению и устранению конкуренции и (или) ущемляют законные права иных лиц, в том числе путём создания препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим субъектам рынка.

Понятие монопольного дохода изложено в ч. 1 ст. 225 ПК, согласно которой доход, полученный субъектом рынка в результате осуществления монополистической деятельности, ограниченной настоящим Кодексом, является монопольным доходом. Вместе с тем, основания и порядок определения монопольного дохода содержатся в ст. 225 ПК, согласно ч. 4 которой монопольный доход определяется:

при установлении субъектом рынка, занимающим доминирующее или монопольное положение, монопольно высоких цен;

при установлении субъектом рынка, занимающим доминирующее или монопольное положение, монопольно низкой цены;

при установлении субъектом рынка, занимающим монополистическое положение, монополистически низкой цены;

при совершении субъектом рынка антиконкурентных соглашений или согласованных действий.

Изъятие монопольного дохода в соответствии с ч. 5 той же статьи ПК производится в порядке, установленном КоАП.

Протоколом уполномоченного органа Товариществу вменяется правонарушение, обстоятельства совершения которого не содержат вышеперечисленных признаков. Поэтому в соответствии со ст. 174 ПК, в данном случае монопольный доход не подлежит определению, вследствие чего не может быть конфискован при назначении административного взыскания.

Таким образом, вступившие в силу судебные постановления подлежат изменению, протест заместителя Генерального прокурора подлежит удовлетворению. Руководствуясь пп. 2 ст. 840, пп. 1 ч. 1 ст. 842, ст. 851 КоАП, коллегия

ПОСТАНОВИЛА:

Постановление специализированного административного суда г. Астана от 3 февраля 2017 г. и постановление суда г. Астана от 16 марта 2017 г. изменить, исключить из назначенных судом административных взысканий конфискацию монопольного дохода, полученного в результате осуществления монополистической деятельности в размере 49 225 770 тенге. В остальной части оставить без изменения⁶⁸.

В Обобщении ВС РК приводится обратный пример. «Постановлением Жамбылского областного суда от 7 августа 2018 г. изменено постановление САС г. Тараз от 6 июня 2018 г. в отношении АО «М», снижена сумма штрафа до 13 223 тенге и сумма монопольного дохода, подлежащего конфискации, до 440 761 тенге. Как следует из мотивировочной части постановления, апелляционной инстанцией не установлены нарушения методики по выявлению монопольно высокой цены, в то же время в ходе обсуждения возражений хозяйствующего субъекта были выявлены ошибки в расчете суммы монопольного дохода и соответственно размера исчисляемого штрафа. Приведен в постановлении апелляции и новый размер штрафа, и монопольного дохода с указанием в скобках «расчеты прилагаются»⁶⁹.

68. Постановление специализированной судебной коллегии Верховного Суда Республики Казахстан от 17 августа 2017 г. по делу № 6001-17-00-6АП/37

69. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. – С.56.

Таким образом, судам следует обратить внимание, что в случае изменения размера монопольного дохода апелляционной инстанцией, мотивы принятого решения и подробный расчет подлежат изложению в мотивировочной части постановления.

Основания для наложения более строгого взыскания

На практике встречаются случаи несоответствия наложенного постановлением административного взыскания характеру совершенного правонарушения, личности виновного или имущественному финансовому положению юридического лица.

В соответствии с ч. 2 ст. 844 КоАП РК, судья может наложить на виновное лицо взыскание более строгое, чем было определено постановлением по делу об административном правонарушении, но лишь в том случае, когда подана жалоба или принесено апелляционное ходатайство прокурора. Протест прокурора должен быть принят к апелляционному рассмотрению в рамках дела даже в случае пропуска срока на его подачу, так как в соответствии с ч. 4 ст. 832 КоАП РК пропуск срока на его подачу не является основанием к отказу в принятии протеста.

Несоответствие наложенного взыскания характеру совершенного правонарушения является основанием для изменения постановления по делу об административном правонарушении (п. 4 ст. 840 КоАП РК).

По делам о нарушении законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции данная статья была применена в отношении ТОО «Астра Трейд Компани» (см. Вставку 2.1.8).

Вставка 2.1.8

«Так, санкция ч. 1 ст. 159 КоАП предусматривает размер штрафа на субъектов среднего предпринимательства в размере 3% от дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности.

Исходя из представленных ТОО «Астра Трейд Компани» расчетов, сумма контракта с КПО от 17.01.2015 г. по поставке трубной продукции составила 18 288 794 тенге, по контракту от 08.11.2015 г.

– 120 874 080 тенге, итого 139 162 874 тенге. Эта сумма и должна учитываться в качестве дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности, поскольку получена в результате вертикального антиконкурентного соглашения обеих сторон сделки. Таким образом, 3% от данной суммы составляют 4 174 886 тенге, вместо 611 296 тенге.

Судом первой инстанции при определении суммы штрафа грубо нарушены правила ст. 44 КоАП и санкции ч. 1 ст. 159 КоАП, в результате чего размер штрафа необоснованно исчислен из дохода за 2015 г., отраженного в протоколе об административном правонарушении в сумме 20 376 547 тенге, тогда как ТОО «Астра Трейд Компани» в результате монополистической деятельности в 2015 г. получен доход (выручка) в сумме 139 162 874 тенге.

В связи с вышеизложенным, постановление суда первой инстанции подлежит изменению с увеличением размера административного штрафа, наложенного на ТОО «Астра Трейд Компани», до 4 174 886 тенге за совершенное правонарушение по ч. 1 ст. 159 КоАП. В остальной части постановление суда первой инстанции подлежит оставлению без изменения.

Руководствуясь ст. 838, 839, 840 КоАП, суд апелляционной инстанции

ПОСТАНОВИЛ:

Постановление САС г. Уральска от 30.12.2016 г. о привлечении ТОО «Астра Трейд Компани» к административной ответственности по ч. 1 ст. 159 КоАП РК изменить путем наложения административного штрафа в размере трех процентов от дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности, то есть в сумме 4 174 886 (четыре миллиона сто семьдесят четыре тысячи восемьсот восемьдесят шесть) тенге. В остальной части постановление суда оставить без изменения»⁷⁰.

В Обобщении ВС РК приводится пример о привлечении постановлением САС г. Костанай от 1 февраля 2018 г. ТОО «Т» к административной ответственности за совершение правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 159 КоАП РК, а именно за анти-

70. Постановление Западно-Казахстанского областного суда №2799-17-00-3а\26 от 8 февраля 2017 г. – С. 3-4.

конкурентные соглашения, запрещенные ПК. Так, судом на ТОО наложено взыскание в виде штрафа в размере 3% от дохода (выручки), полученного от монополистической деятельности, в сумме 1 043 616 тенге с конфискацией монопольного дохода в сумме 2 126 413 тенге.

Вместе с тем, постановлением Костанайского областного суда от 3 марта 2018 г. размер административного штрафа был снижен до 931 800 тенге, тогда как сумма монопольного дохода, подлежащего конфискации, увеличена до 2 482 551 тенге. Далее постановлением Верховного Суда от 29 июня 2018 г. судебные акты отменены, дело направлено на новое судебное рассмотрение в САС г. Костанай (см. Вставку 2.1.9).

Вставка 2.1.9

«Из материалов дела следует, что Департаментом проведено расследование по вопросам соблюдения законодательства о конкуренции.

В ходе расследования выявлены признаки согласованного участия ТОО «Т» и ТОО «М» в государственных закупках автотранспортных средств с установлением согласованных цен и нарушением правил конкуренции.

Согласно ч. 3 ст. 842 КоАП, судья, вышестоящий орган (должностное лицо) вправе по результатам рассмотрения жалобы, апелляционного ходатайства, протеста прокурора применить закон, предусматривающий более строгое административное взыскание, или наложить более строгое административное взыскание только в случае, когда по этим основаниям были подана жалоба потерпевшим, принесены апелляционное ходатайство, протест прокурора.

Данные обстоятельства по делу отсутствуют, вследствие чего суд апелляционной инстанции был не вправе наложить более строгое административное взыскание и увеличить размер подлежащего конфискации монопольного дохода.

Вместе с тем, по делу усматривается, что судом и уполномоченным органом не исследованы надлежащим образом обстоятельства получения Товариществом монопольного дохода. Товариществом представлены сведения о себестоимости (без НДС) реализованных автомобилей TOYOTA LandCruiser 200 и Camry в размере соответственно 23 158 743,23 тенге и 9 502 044,54 тенге.

Данные автомобили проданы Товариществом по ценам (также без НДС) соответственно 23 160 000 тенге и 7 900 000 тенге, то есть в убыток. При этом цены приобретения данных автомобилей, согласно представленным счетам-фактурам, составили 21 210 000 тенге и 7 185 535,72 тенге, что не соответствует данным Товарищества о себестоимости. Пояснения представителя Товарищества о затратах на предпродажную подготовку документально не подтверждены. Доводы Товарищества о понесенных накладных расходах, составивших в расчёте на один автомобиль в феврале 2017 г. 1 667 336,62 тенге и в апреле 2017 г. 2 150 815,58 тенге не соответствуют критерию достоверности и нуждаются в проверке.

Согласно пояснению представителя Департамента, данные о себестоимости, представленные Товариществом, уполномоченным органом не перепроверялись. Данным обстоятельствам и их влиянию на размер применяемого взыскания судом также не дана надлежащая оценка, что явилось основанием для отмены судебного акта.

При новом рассмотрении постановлением САС г. Костанай ТОО «Т» привлечено к административной ответственности по ч. 1 ст. 159 КоАП с взысканием административного штрафа в размере 931 800 тенге, с конфискацией монопольного дохода в сумме 1 256,77 тенге»⁷¹.

Основания для сокращения суммы административного штрафа

Согласно ч. 2 ст. 829-11 КоАП РК при установлении обстоятельств, смягчающих ответственность, судья вправе сократить сумму административного штрафа, налагаемого на лицо, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, но не более чем на тридцать процентов от общей суммы штрафа.

Анализ постановлений суда по делам об административных правонарушениях показал, что к обстоятельствам, смягчающим ответственность юридического лица, суд относит признание факта совершения административного правонарушения, материаль-

71. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. – С.28-29.

ное положение юридического лица, неполучение дохода в период режима карантина и др. (см. Вставки 2.1.10, 2.1.11 и 2.1.12).

Вставка 2.1.10

«Обстоятельством, смягчающим ответственность юридического лица, предусмотренную ст. 56 КоАП, суд считает признание факта совершения административного правонарушения, а также материальное положение юридического лица.

Обстоятельств, отягчающих административную ответственность АО, судом не установлено.

По представленным данным Филиала Некоммерческого АО «Государственная корпорация «Правительство для граждан» по Атырауской области от 27 мая 2020 г. №03-06-22-8/4143, согласно Национальному реестру бизнес-идентификационных номеров, АО относится к субъекту крупного предпринимательства.

Учитывая характер совершенного административного правонарушения, имущественное положение АО, отсутствие по делу обстоятельств, отягчающих ответственность, суд полагает необходимым подвергнуть АО, как субъекта крупного предпринимательства, административному взысканию в виде административного штрафа в размере пяти процентов от дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности. Таким образом, штраф составит пять процентов от суммы 361 589 012 тенге, что составляет 18 079 450,6 тенге. При этом на основании ч. 2 ст. 829-11 КоАП общую сумму наложенного административного штрафа 18 079 450,05 тенге сократить на тридцать процентов и окончательно наложить административный штраф в сумме 12 655 615,42 тенге, с конфискацией монопольного дохода, полученного в результате осуществления монополистической деятельности, не более чем за один год - в размере 1 049 000 тенге.

Руководствуясь пп. 1 ч. 1 ст. 829-14, ст. 829-16, ч. 1 ст. 893 КоАП, суд

ПОСТАНОВИЛ:

Акционерное общество «Международный Аэропорт Атырау» привлечь к административной ответственности за совершение административного правонарушения, предусмотренного ч. 3 ст. 159 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях, и наложить административное взыскание в виде административного

штрафа в размере 12 655 615 (двенадцать миллионов шестьсот пятьдесят пять тысяч шестьсот пятнадцать) тенге, с конфискацией непопулярного дохода в размере 1 049 000 (один миллион сорок девять тысяч) тенге»⁷².

Вставка 2.1.11

«Учитывая обстоятельства дела и безальтернативность взыскания, назначая по девяти административным протоколам взыскание в отношении Товарищество, при этом учитывая требования ч. 1 ст. 58 КоАП, согласно которой при совершении одним лицом двух или более административных правонарушений административное взыскание налагается за каждое правонарушение в отдельности, суд считает необходимым подвергнуть Товарищество административному взысканию по каждому административному правонарушению в виде административного штрафа в размере 300 МРП.

Кроме этого, применяя норму ч. 2 ст. 58 КоАП, где указано, что если лицо совершило несколько административных правонарушений, которые рассматриваются одним и тем же судьей, то в случае наложения на это лицо взысканий одного и того же вида, окончательный размер взыскания административного штрафа не может превышать трехкратный максимальный предел, установленный настоящим Кодексом для данного вида взыскания, в этой связи окончательно назначить ТОО «Онлайн Финанс» взыскание в виде административного штрафа в размере 2 700 МРП.

При определении меры административного взыскания судом учтены характер совершенного административного правонарушения, смягчающие, отягчающие вину обстоятельства. Выслушав пояснения сторон, судом Товарищество было отнесено к субъектам среднего предпринимательства. Таким образом, суд считает возможным подвергнуть Товарищество административному взысканию в виде административного штрафа в размере 300 МРП, при этом, учитывая непополнение дохода в период режима карантина, в соответствии с ч. 2 ст. 829-11 КоАП, сократить его размер на тридцать процентов до 1 890 месячных расчетных показателей. Согласно расчету ($2700 \text{ МРП} - 30\% = 1890 \text{ МРП} \times 2778 \text{ тенге} - 1 \text{ МРП}$), окончательный размер наложенного штрафа составляет 5 250 420 тенге. На основании изложенного, руководствуясь ст. 163, 829-14 КоАП, суд

72. Постановление Специализированного административного суда г.Атырау № 2312-20-00-3/5149 от 16 сентября 2020 г. – С.6-7.

ПОСТАНОВИЛ:

Товарищество с ограниченной ответственностью «Онлайн Финанс» привлечь к административной ответственности, предусмотренной ч. 2 ст. 163 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях, и подвергнуть административному штрафу в сумме 5 250 420 (пять миллионов двести пятьдесят тысяч четыреста двадцать) тенге в доход государства»⁷³

Вставка 2.1.12

«К смягчающим обстоятельствам суд относит признание вины.

Суд назначает вид и размер взыскания в соответствии с санкцией данной нормы, не имеющей альтернативы, 3% от 8 057 608 тенге, что составляет 241 728 тенге. Принимая во внимание смягчающее обстоятельство, суд, применив ч. 2 ст. 819-11 КоАП, считает возможным сократить сумму административного штрафа на 30% и определить штраф в размере 169 210 тенге.

В соответствии с санкцией ст. 159 ч. 1 КоАП, обязательному применению подлежит дополнительное административное взыскание, то есть конфискация монопольного дохода, полученного в результате осуществления монополистической деятельности, не более чем за один год, что составляет 99 000 тенге.

Руководствуясь п. 1 ч. 1 ст. 829-14 КоАП, суд

ПОСТАНОВИЛ:

Товарищество с ограниченной ответственностью «КазИнтерУголь» привлечь к административной ответственности, за совершение административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 159 Кодекса Республики Казахстан «Об административных правонарушениях» и наложить административное взыскание в виде штрафа в сумме 169 210 (сто шестьдесят девять тысяч двести десять) тенге в доход государства.

Конфисковать в доход государства монопольный доход, полученный в результате осуществления монополистической деятельности, в размере 99 000 (девяносто девять тысяч) тенге»⁷⁴.

73. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Алматы № 7528-20-00-3/14746 от 29 сентября 2020 г. – С. 4-5.

74. Постановление Федоровского районного суда № 3968-20-00-3/350 от 25 августа 2020 г. – С. 2-3.

Пересмотр вступивших в законную силу постановлений по вновь открывшимся обстоятельствам

Ст. 853 КоАП РК предусмотрено, что вступившие в законную силу постановления, предписания пересматриваются по вновь открывшимся обстоятельствам судом, уполномоченным органом (должностным лицом), вынесшим это решение.

В случаях пересмотра судом постановления, предписания органа (должностного лица) и оставления их без изменения пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам осуществляется судом, вынесшим данное решение.

Заявление о пересмотре постановления, предписания о необходимости уплаты штрафа по вновь открывшимся обстоятельствам подается лицом, привлеченным к административной ответственности, потерпевшим или их законными представителями или прокурором в суд, орган (должностному лицу), вынесший постановление либо оформивший предписание.

Вышеуказанными лицами заявление о пересмотре постановления, предписания по вновь открывшимся обстоятельствам может быть подано в течение трех месяцев со дня установления обстоятельств, служащих основанием для пересмотра. Требования к форме и содержанию заявления установлены ст. 855 КоАП РК.

В практике антимонопольного органа имеются случаи пересмотра административного дела по вновь открывшимся обстоятельствам по заявлению лиц, участвовавших в производстве по делу об административном правонарушении.

Так, ТОО «Астанаэнергосбыт» обратилось с жалобой о пересмотре постановления по вновь открывшимся обстоятельствам №7120-16-4-2/863. В рамках рассмотрения заявления ТОО «Астанаэнергосбыт» было установлено, что постановлением СМАС г. Астана от 7 ноября 2016 г. №3-9938/2016 ТОО «Астанаэнергосбыт» привлечено к административной ответственности по ч. 3 ст. 147 КоАП РК и подвергнуто административному взысканию в виде административного штрафа в размере 7 935 457 тенге.

Представитель ТОО «Астанаэнергосбыт» Бегжигитова Г.И. просила отменить постановление суда от 7 ноября 2016 г. по вновь

открывшимся обстоятельствам, так как имеется постановление судебной коллегии по гражданским делам суда г. Астана от 18 января 2017 г., на основании которого приказ №94-НК от 11 апреля 2016 г. Комитета «Об утверждении заключения по результатам расследования нарушения законодательства РК в сфере защиты конкуренции ТОО «Астанаэнергосбыт»» признан недействительным и был отменен.

Изучив материалы дела, судья постановил заявление ТОО «Астанаэнергосбыт» удовлетворить, постановление СМАС г. Астана от 7 ноября 2016 г. о привлечении к административной ответственности по ч. 3 ст. 147 КоАП РК отменить⁷⁵.

Программа освобождения от административной ответственности

В 2008 г. впервые был введен институт деятельного раскаяния или, другими словами, институт освобождения от административной ответственности по нарушениям антимонопольного законодательства (антиконкурентные соглашения и согласованные действия), который может быть применен только по ч. 1 и ч. 2 ст. 159 КоАП РК.

Так, в примечании к ст. 159 КоАП РК установлены условия, при совокупном соблюдении которых субъект рынка, совершивший административное правонарушение в виде антиконкурентного соглашения или антиконкурентных согласованных действий, освобождается от административной ответственности:

1) к моменту, когда субъект рынка заявляет антимонопольному органу об антиконкурентных соглашениях или антиконкурентных согласованных действиях, антимонопольный орган не получал информации о данных антиконкурентных соглашениях или антиконкурентных согласованных действиях из других источников;

2) субъект рынка предпринимает срочные меры по прекращению своего участия в антиконкурентных соглашениях или антиконкурентных согласованных действиях;

75. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г.Астаны по делу № 3ж-77/2017 от 21 февраля 2017 г.

3) субъект рынка сообщает полную информацию о фактах антиконкурентных соглашений или антиконкурентных согласованных действий на протяжении всего расследования с момента заявления;

4) субъект рынка добровольно возмещает ущерб потребителям, причиненный в результате совершения антиконкурентных соглашений или антиконкурентных согласованных действий.

При этом следует отметить, что подзаконные нормативные правовые акты, регламентирующие процедурные моменты освобождения от административной ответственности за нарушения законодательства в области защиты конкуренции в соответствии со ст. 159, отсутствуют.

Заявление может быть подано на общих основаниях, с учетом требований, установленных Законом об обращениях. Специальной установленной процедуры подачи заявления нет. Отдельные требования к регистрации заявления по программе смягчения на законодательном или подзаконном уровне отсутствуют. Регистрация осуществляется в общем порядке в соответствии с требованиями вышеуказанного закона.

Анализ судебной практики показал, что данная норма об освобождении от административной ответственности ни разу не была применена. Так, за период действия данной нормы ни одного эпизода освобождения от административной ответственности за нарушения законодательства РК в области защиты конкуренции по программе смягчения ответственности не было. Полагаем, что данное обстоятельство может иметь место, в том числе, ввиду отсутствия регулирования процессуальных аспектов данной программы.

Резюме, выводы:

Таким образом, проведенный анализ правоприменительной практики по делам о нарушении антимонопольного (конкурентного) законодательства показывает отсутствие единообразия у судов при правоприменении ст. 159 КоАП РК. Полагаем, что для решения этой проблемы наступило время для принятия Верховным Судом соответствующего нормативного постановления.

Наряду с этим, полагаем необходимым разработать специальный методический документ по определению (расчету) административных штрафов и конфискации монопольного дохода по указанной статье КоАП РК, а также по применению нормы освобождения от административной ответственности за нарушения законодательства РК в области защиты конкуренции по программе смягчения ответственности.

2.2 Часть 1 статьи 159 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях (антиконкурентные соглашения)

Несмотря на то, что антимонопольное законодательство имеет многолетнюю историю, применение запретов на антиконкурентные соглашения субъектов рынка не имеет такой большой практики, как, например, реализация запретов на злоупотребление доминирующим положением, антиконкурентные действия госорганов или недобросовестную конкуренцию.

Например, если в 2016 г. большая часть выявленных нарушений (54, или 28%) приходилась на недобросовестную конкуренцию, то в 2017 г. значительная доля (56%) нарушений законодательства в области защиты конкуренции была зафиксирована в сфере совершения антиконкурентных действий, соглашений государственных и местных исполнительных органов⁷⁶.

Однако это не свидетельствует о том, что экономике Республики Казахстан не присущ такой вид монополистической деятельности, ограниченной ПК РК, как антиконкурентные соглашения субъектов рынка.

Доля выявленных нарушений по факту антиконкурентных соглашений в 2017 и 2018 гг. составила 4% и 12% к общему количеству расследований соответственно.

С ведением инструмента уведомления наблюдается тенденция сокращения доли расследований фактов нарушения ст. 170 и 194 ПК РК, в отношении которых была введена норма по направлению уведомления (в соответствии с поправками от 24 мая 2018 г.).

При этом увеличилось количество расследований антиконкурентных соглашений. Так, в 2019 г. усилия антимонопольного органа были сконцентрированы на выявлении и пресечении самых серьезных антимонопольных нарушений в области заключения антиконкурентных соглашений. В указанный период было завершено 43 расследования по фактам антиконкурентных соглашений, где выявлены:

76. Отчет о состоянии конкуренции на отдельных товарных рынках и мерах, принимаемых по ограничению монополистической деятельности за 2017 г.

- факты антиконкурентных горизонтальных соглашений в 29 случаях;
- факты антиконкурентных вертикальных соглашений в 7 случаях;
- факты координации экономической деятельности субъектов рынка в 7 случаях⁷⁷.

Антимонопольный орган в годовом отчете о состоянии конкуренции на отдельных товарных рынках и принимаемых мерах по ограничению монополистической деятельности за 2019 г. указывает (см. Вставку 2.2.1), что наделение антимонопольного органа функциями по мониторингу закупок и торгов дало новый импульс для пресечения картельных сговоров на торгах. Запланированная автоматизация процесса мониторинга закупок и торгов позволит усилить и оптимизировать работу по выявлению и пресечению сговоров на закупках и торгах.

Вставка 2.2.1

«Картели на торгах. Как указывалось выше, в текущем периоде произведена концентрация усилий антимонопольного органа на выявлении и пресечении самых серьезных антимонопольных нарушений антиконкурентных соглашений. В 2019 г. завершено 43 расследования по фактам антиконкурентных соглашений, где выявлены:

- факты антиконкурентных горизонтальных соглашений в 29 случаях;
- факты антиконкурентных вертикальных соглашений в 7 случаях;
- факты координации экономической деятельности субъектов рынка в 7 случаях.

По признакам сговора на закупках и торгах было завершено 22 расследования (из 43 завершённых расследований по фактам сговора). То есть больше половины завершённых расследований по фактам сговора приходится на сговоры на закупках и торгах. Кроме того, перешли на 2020 г. еще 22 расследования по сговорам, из них 19 – на торгах и закупках.

Преимущественно проводимые расследования связаны с искажением итогов торгов, в том числе путем раздела по лотам, при участии в государственных закупках ГСМ, техники, медицинского и прочего оборудования.

77. Отчет о состоянии конкуренции на отдельных товарных рынках и мерах, принимаемых по ограничению монополистической деятельности за 2019 г.

Указанная работа стала возможной благодаря наделению антимонопольного органа функциями по мониторингу закупок и торгов.

Основополагающими принципами осуществления закупок являются оптимальное и эффективное расходование денег, предоставление потенциальным поставщикам равных возможностей, добросовестной конкуренции среди потенциальных поставщиков.

Вместе с тем, опыт показывает, что с момента существования электронных площадок, наблюдается массовый характер мнимой конкуренции на закупках и торгах, когда компании вступают в сговоры в целях не просто победы без конкурентной победы, а победы при минимальном снижении цены, то есть без экономии для государства.

В этой связи, с мая 2018 г. определены антиконкурентные требования к закупкам и торгам, административная ответственность за их нарушение, а также внедрен механизм осуществления антимонопольным органом мониторинга проведения торгов и закупок на предмет наличия сговоров.

На сегодняшний день антимонопольный орган в режиме реального времени самостоятельно в ручном режиме производит мониторинг электронных площадок, на которых проходят закупки или торги на предмет наличия первичных признаков, которые могут свидетельствовать о сговоре:

- большинство торгов выигрывает одна и та же компания;
- ряд компаний выигрывают торги или лоты по очереди;
- минимальное число участников торгов;
- присутствие на торгах участников, ни разу не заявивших своего предложения;
- раздел лотов или аукционов;
- минимальное снижение цены заявки победителя от начальной цены торгов;
- минимальная разница во времени подачи заявок и т.д.

По итогам установления первичных признаков сговоров по возможности устанавливаются IP-адреса, MAC-адреса, с которых были поданы заявки, изучаются сами заявки на их идентичность или схожесть, одинаковые ошибки в правописании, расчетах и др., осуществляется рабочий «обзвон» потенциальных поставщиков и обзор интернета с целью установления факта их нахождения по одному и тому же адресу, на одном и том же телефонном номере, одинаковом электронном адресе, а также поиск других сведений, свидетельствующих о наличии связи между компаниями и т.д.

В результате указанной работы количество расследований сговоров на торгах и закупках увеличилось с 2-5 (2016-2018 гг.) до 41 в 2019 г.

В целом, присутствие антимонопольного органа на закупках и торгах — это новое направление. Существует необходимость применения индивидуального подхода к каждой электронной площадке.

По статистике только на портале государственных закупок за 2019 г. заключено более 1,5 млн. договоров (1 559 725). В тоже время одно структурное подразделение антимонопольного органа (6 человек) в штатном режиме открывает электронные площадки и выборочно вручную изучают закупки.

В Российской Федерации автоматизировали процесс мониторинга закупок, запустив программный инструмент «Большой цифровой кот», который позволяет, не выходя из офиса, путем введения определенных параметров в считанные секунды получать нужную выгрузку информации, совпадений, выводить аналитику и так далее.

ФАС России за свою практику насчитала порядка 34 различных схем сговоров на закупках. Антимонопольный орган Республики Казахстан только начал эту работу и полагаем, что на сегодняшний день выявленные в ручном режиме факты — это только верхушка самых примитивных форм сговоров на торгах и закупках. В случае же автоматизации процесса мониторинга закупок и торгов оставшиеся формы сговоров на закупках и торгах также подпадут в орбиту внимания антимонопольного органа.

На сегодняшний день Министерством финансов Республики Казахстан проводится соответствующая работа по закупу программного обеспечения, позволяющего производить аналитику сведений с портала государственных закупок. В рамках указанной работы Министерство финансов Республики Казахстан выразило готовность предоставить антимонопольному органу соответствующий доступ для формирования и выгрузки альтернативных антимонопольных отчетов по первичным признакам, свидетельствующим о сговоре на закупках.

Кроме того, с 1 августа 2019 г. запущен в промышленную эксплуатацию портал «Единое окно закупок», который создан для упрощения поиска актуальной информации в сфере закупок и представляет собой функционал, интегрированный с 5-ю основными закупочными площадками государственных закупок (АО «ФНБ «Самрук-Казына», АО «НУХ «Байтерек», АО «НУХ «КазАгро» и АО «NadLoc»).

В соответствии с Дорожной картой по вопросам развития конкуренции, заключенной между Министерством национальной экономики Республики Казахстан и Национальной палатой предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен», предусмотрено до июля 2020 г. предоставление сотрудникам антимонопольного органа доступа к portalу «Единое окно закупок»⁷⁸.

Активное применение антимонопольными органами в последние годы ст. 169 ПК РК и формирование судебной практики в этой сфере вызвало широкую дискуссию о порядке пресечения антиконкурентных соглашений антимонопольным органом.

Несмотря на ряд изменений, внесенных за последние годы в антимонопольное законодательство, проблемы и вопросы при квалификации антиконкурентных соглашений до настоящего времени все еще имеют место. В качестве возможных причины можно отметить нечеткие формулировки законодательства и отсутствие единых подходов доказывания по данному виду правонарушений в правоприменительной практике.

В обобщении судебной практики о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности авторами указывается, что «ответственность по ч. 1 ст. 159 КоАП РК наступает за совершение субъектами рынка антиконкурентных соглашений, запрещенных ПК РК, если эти действия не содержат признаков уголовно наказуемого деяния».

Следует отметить, что структура решения суда у всех судов различная, не всегда присутствует четкий правовой анализ, аргументация, почему судья принял то или иное решение.

78. Годовой отчет о состоянии конкуренции на отдельных товарных рынках и принимаемых мерах по ограничению монополистической деятельности за 2019 г.

Таблица 2.2.1

Статистика принятых судами решений по рассмотрению дел по итогам проведенных расследований по антиконкурентным соглашениям за 2015 г. – I полугодие 2020 г.⁷⁹

№	Регион	Решения, принятые судом в пользу:	
		антимонопольно-го органа	объекта расследования
1	Центральный аппарат АЗРК	5	2
2	г. Нур-Султан	4	3
3	г. Алматы	15	1
4	г. Шымкент	2	
5	Акмолинская область		
6	Актюбинская область		
7	Алматинская область	2	
8	Атырауская область		
9	Восточно-Казахстанская	5	2
10	Жамбылская область	3	
11	Западно-Казахстанская область	10	
12	Карагандинская область	1	1
13	Костанайская область	2	2
14	Кызылординская область	4	
15	Мангистауская область	4	
16	Павлодарская область	1	1
17	Северо-Казахстанская область	2	2
18	Туркестанская область	5	1
	ИТОГО:	65	15

Судебная практика по рассмотрению административных дел по фактам заключения картелей

Анализ судебных актов показал, что в настоящее время при установлении факта нарушения запретов *per se*, предусмотренных ч. 1 ст. 169 ПК РК, сложилась неоднозначная практика антимоно-

79. Информация из ответа АЗРК на запрос Центра в рамках подготовки настоящего обзора.

польного органа и административных судов по вопросу необходимости либо отсутствия необходимости доказывания факта ограничения конкуренции при совершении картельного соглашения.

Согласно ст. 8 ПК РК, запрещается недобросовестная конкуренция, а также деятельность, направленная на ограничение или устранение конкуренции, ущемление прав и законных интересов потребителей.

В соответствии с ПК РК раздел 4 «Экономическая конкуренция» распространяется на отношения, которые влияют или могут повлиять на конкуренцию на товарных рынках Республики Казахстан, в которых участвуют субъекты рынка, потребители, а также государственные органы и местные исполнительные органы. При этом потребителем признается физическое или юридическое лицо, приобретающее товар для собственных нужд.

Таким образом, несмотря на неоднозначную правоприменительную практику, представляется обоснованным подход, при котором в случае квалификации нарушений запретов *per se* антимонопольный орган не освобождается от обязанности проводить анализ и оценку состояния конкурентной среды на товарном рынке, доказывать экономическую или иную целесообразность и выгоду участников картеля, а также ущемление интересов и вред, который наносится потребителям (субъектам рынка, государству) в результате таких соглашений. В противном случае установление факта нарушения запретов *per se* полагаем невозможным.

Например, установление антимонопольным органом факта раздела товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков) (пп. 3 п. 1 ст. 169 ПК РК) не представляется возможным без первоначального определения самого товарного рынка с помощью соответствующего экономического анализа.

Следует отметить, что в Республике Казахстан отсутствует какой-либо единообразный стандарт доказывания картельных сделок, в частности не разрешен вопрос о допустимости тех или иных доказательств. Какие-либо официальные разъяснения в отношении доказывания картельных соглашений отсутствуют.

В практике антимонопольного органа можно выделить следующие основные тенденции:

Во-первых, запрет на картельные соглашения субъектов рынка является запретом *per se*, что свидетельствует об отсутствии необходимости доказывания влияния таких соглашений на состояние конкуренции.

Во-вторых, антимонопольный орган указывает на необходимость принятия при рассмотрении дел о заключении картельных соглашений не только прямых, но и совокупности косвенных доказательств (например, это могут быть анализ поведенческих признаков предполагаемых участников картельного соглашения, анализ финансово-хозяйственной деятельности, экономический анализ деятельности участников рынка и др.).

Таким образом, вывод о наличии в действиях субъектов рынка картельного соглашения может быть сделан через результат предполагаемого соглашения, без ссылки на какие-нибудь прямые доказательства вины лиц. Примеров признания факта наличия картельного соглашения на основании косвенных доказательств в практике антимонопольного органа достаточно много. Отсутствие единообразного стандарта доказывания картелей приводит к увеличению роли судейского усмотрения при разрешении в суде дел по указанной категории. Но при этом следует отметить, что подходы судов и антимонопольного органа к предполагаемым картельным соглашениям в отдельных случаях существенно разнятся. Более того, единообразия нет и в самой судебной практике. Тем не менее, в ней можно выделить определенные тенденции.

Предмет доказывания картеля

Обязан ли антимонопольный орган, доказывая наличие картеля, проводить анализ товарного рынка, на котором осуществляют свою деятельность предполагаемые участники картеля, — это крайне значимый вопрос.

В Методике анализа рынка прямо указано, что она применяется в целях практического овладения навыками проведения анализа и используется в случаях, требующих анализа и оценки со-

стояния конкурентной среды на товарных рынках или положения на нем субъектов рынка, в том числе при выявлении признаков антиконкурентных соглашений и согласованных действий, злоупотребления доминирующим или монопольным положением.

П. 5 Методики анализа рынка установлено, что не требуется проведение анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке при рассмотрении признаков антиконкурентных вертикальных соглашений субъектов рынка.

Из этого можно сделать вывод, что при рассмотрении признаков картельных (п. 1 ст. 169 ПК РК) и иных антиконкурентных соглашений (п. 3 ст. 169 ПК РК) проведение отдельных этапов анализа товарного рынка является обязательным. Например, таких этапов, как определение наименования и взаимозаменяемости товара, товарного рынка, определение состава субъектов рынка, действующих на товарном рынке, а в случае если рассматривается наличие признаков нарушения пп. 3 п. 1 ст. 169 ПК РК необходимо определить географию поставок товара.

При этом антимонопольный орган такой анализ не проводит, считая запрет на картельные соглашения безусловным. По этой же причине не всегда анализируются последствия заключения картельного соглашения для самих субъектов рынка: получили они экономическую выгоду, заключив антиконкурентное соглашение, или нет. Суды по-разному расценивают эти факты.

Экономическая выгода от предполагаемой организации картеля

Многие суды указывают квалифицирующим признаком картельного соглашения получение субъектом рынка, заключившим соглашение, экономической выгоды (см. Вставку 2.2.2). Полагаем, данный подход судов является правильным и обоснованным, поскольку в случае отсутствия экономической выгоды в той или иной форме обосновать наличие антиконкурентного соглашения достаточно сложно.

Вставка 2.2.2

Выдержка из постановления специализированного административного суда г. Усть-Каменогорск по делу об административном правонарушении в отношении ТОО «Ульба Ойл Трейд»:

«ТОО «BenzOil» признано победителем по 5 лотам, с заключением договора и в результате картельного сговора получило финансовую выгоду. Доход составил в сумме 290 276 132 (двести девяносто миллионов двести семьдесят шесть тысяч сто тридцать два) тенге (согласно условиям конкурса без учета НДС)⁸⁰.

При этом судами к административной ответственности привлекаются и субъекты рынка, не являющиеся выгодоприобретателями, как например, по картельному сговору при участии в государственных закупках компьютерной техники (см. Вставку 2.2.3), а также сильноокислотного катионита и сильноосновного анионита (см. Вставку 2.2.4).

Вставка 2.2.3

ТОО «Арыс ВКО» и ТОО «Inter Link» осуществляют совместную подготовку по участию и непосредственно участие в государственных закупках, тем самым между Товариществами отсутствует конкурентная борьба при участии в государственных закупках.

При подаче документов на все конкурсы ТОО «Проксима» подает заявки по цене чуть ниже, чем от имени ТОО «Арыс ВКО» и от имени ИП Воронкина В.К., что в результате ложной конкуренции позволяет ТОО «Проксима» быть признанным победителем в конкурсе.

Следовательно, выгодоприобретателем и инициатором картеля по участию в конкурсах является ТОО «Проксима».

Таким образом, в связи с тем, что победителем признается ТОО «Проксима», с которым заключается договор, ТОО «Арыс ВКО» в результате картеля финансовой выгоды, а, следовательно, и дохода не получило.

Из материалов следует, что ТОО «Арыс ВКО» договор не заключен, доход от реализации товара и прибыль не получены.

80. Постановление специализированного административного суда г.Усть-Каменогорск № 3-12168-19 от 5 января 2020 г. – С. 4.

Размер штрафа, подлежащего взысканию, составляет ноль тенге с конфискацией монопольного дохода в размере ноль тенге. Руководствуясь п. 1 ч. 1 ст. 829-14 КоАП, суд

ПОСТАНОВИЛ:

Привлечь Товарищество с ограниченной ответственностью «Арыс ВКО» к административной ответственности за административное правонарушение, предусмотренное ч. 1 ст. 159 КоАП.»⁸¹

Специализированным административным судом г. Усть-Каменогорск ТОО «ПромПроектСервис» привлечено к административной ответственности по ч. 1 ст. 159 КоАП РК за заключение картельного соглашения при участии в открытом тендере, проведенном ТОО «Согринская ТЭЦ».

При этом из судебного решения следует, что доход в результате монополистической деятельности не получен, таким образом экономическая выгода отсутствовала.

В этой связи считаем, что сама по себе минимальная разница в цене у двух субъектов рынка, участвующих в тендере, не может в полной мере свидетельствовать о наличии картельного сговора, вместе с тем судом не указано, извлек ли субъект рынка иную выгоду при осуществлении вменяемых ему антиконкурентных действий. Полагаем, что судам при рассмотрении дел данной категории, следует принимать во внимание наличие или отсутствие установления антимонопольным органом факта получения выгоды в той или иной форме.

Вставка 2.2.4

В постановлении специализированного административного суда г. Усть-Каменогорск указано следующее:

«По делу установлено, что ТОО «ПромПроектСервис» не получен доход в результате осуществления монополистической деятельности, в этой связи назначение административного взыскания в виде штрафа и конфискация монопольного дохода не представляется возможным.

На основании изложенного, руководствуясь п. 1 ч. 1 ст. 829-14 КоАП, суд

81. Постановление специализированного административного суда г.Усть-Каменогорск от 19 ноября 2019 г. № 3-11749-19 – С. 3-4.

ПОСТАНОВИЛ:

Привлечь товарищество с ограниченной ответственностью «ПромПроектСервис» к административной ответственности за административное правонарушение, предусмотренное ч. 1 ст. 159 КоАП»⁸².

Постановление было обжаловано ТОО «ПромПроектСервис» в Судебной коллегии по гражданским делам Восточно-Казахстанского областного суда, по итогам рассмотрения коллегия оставила постановление СМАС г. Усть-Каменогорск без изменения.

«Санкция ч. 1 ст. 159 КоАП предусматривает административное взыскание в виде штрафа на субъектов малого или среднего предпринимательства, или некоммерческие организации в размере трех, на субъектов крупного предпринимательства – в размере пяти процентов от дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности, с конфискацией монопольного дохода, полученного в результате осуществления монополистической деятельности, не более чем за один год.

Поскольку у ТОО отсутствует доход, полученный в результате осуществления монополистической деятельности, так как тендерные заявки были отклонены и договор на поставку товара не заключался, суд законно и обоснованно не назначил ТОО взыскание.

Доводы жалобы являлись предметом исследования суда первой инстанции и им дана соответствующая правовая оценка.

При таких обстоятельствах постановление суда является законным, обоснованным, оснований для его отмены и удовлетворения жалобы не имеется. На основании изложенного, руководствуясь п. 1, пп. 1 ст. 839 КоАП, коллегия

ПОСТАНОВИЛА:

Постановление специализированного городского суда г. Усть-Каменогорск Восточно-Казахстанской области от 21 октября 2019 г. о привлечении к административной ответственности ТОО «ПромПроектСервис» по ст. 159 ч. 1 КоАП оставить без изменения, жалобу представителя ТОО «ПромПроектСервис» оставить без удовлетворения»⁸³.

82. Постановление специализированного административного суда г. Усть-Каменогорск от 21 октября 2019 г. № 3-9648-19 – С. 4.

83. Постановление судебной коллегии по гражданским делам Восточно-Казахстанского областного суда от 15 января 2020 г. № 6399-19-00-3а/747- С. 3-4.

Картельный сговор: прямые и косвенные доказательства

Антиконкурентные соглашения могут быть заключены (достигнуты) в письменной и (или) устной форме. В этой связи факт заключения картельного соглашения может быть установлен как наличием прямых, так и совокупностью косвенных доказательств.

Одним из примеров привлечения участников картельного соглашения к административной ответственности при наличии прямых доказательств его заключения (наличие соответствующей переписки) является дело в отношении ТОО «Ишим Моторс» и ТОО «Тобол Моторс» (см. Вставку 2.2.5.).

Вставка 2.2.5

«В рамках проведенного ранее расследования Департаментом Костанайской области установлены признаки антиконкурентного соглашения между двумя предприятиями: ТОО «Ишим Моторс» и ТОО «Тобол Моторс». Из полученных материалов следует, что вышеуказанные объекты расследования, участвуя в государственных закупках, выполняют друг для друга роль «альтернативного поставщика».

В ходе осмотра сотрудниками Департамента служебного компьютера ответственного лица ТОО «Тобол Моторс» на предмет принятия участия предприятия на веб-портале государственных закупок Хачатурияна Н.В. установлена переписка между Хачатурияном Н.В. и представителем ТОО «Ишим Моторс» - Тарабановым К.Г.

Переписка велась по следующим вопросам:

1. 24 марта 2017 г. в 11:23 ч. ТОО «Ишим Моторс» направило заявку для участия в конкурсе на приобретение автомобиля ГУ «Отдел архитектуры и градостроительства Бухар-Жырауского района Карагандинской области» с предложенной ценой 6 245 000 тенге (без учета НДС).

Запланированная сумма по конкурсу составила 6 250 000 тенге (без учета НДС).

В этот же день 26 минут спустя, в 11:49 ч. Тарабанов К.Г. в адрес Хачатурияна Н.В. направил сообщение на тему «альтернатива».

Указанная в сообщении информация является ссылкой на вышеуказанный конкурс.

В 11:55 ч. для участия в конкурсе направляет заявку ТОО «Тобол Моторс» с ценой 6 250 000 тенге (без учета НДС).

По итогам конкурса победителем признано ТОО «Ишим Моторс». Сумма по конкурсу снижена на 5 000 тенге.

2. В этот же день 24 марта 2017 г. в 11:55 ч. Тарабанов К.Г. в адрес Хачатурияна Н.В. направил сообщение на тему: «альтернатива».

Указанная в сообщении информация является ссылкой на государственный закуп приобретения автомобиля КГКП «Бухар-Жырауский районный дом культуры» акимата Бухар-Жырауского района Бухар-Жырауского районного отдела культуры и развития языков Карагандинской области. Сумма закупа составила 6 291 000 тенге (без учета НДС).

В 12:12 ч. для участия в конкурсе направило заявку ТОО «Тобол Моторс» с ценой 6 291 000 тенге (без учета НДС).

Позднее, 30 марта 2017 г. для участия в конкурсе направило заявку и ТОО «Ишим Моторс» с ценой 6 250 000 тенге. (без учета НДС).

По итогам государственного закупа победителем признано ТОО «Ишим Моторс». Снижение от выделенной суммы на приобретение автомобиля составило 41 000 тенге (без учета НДС).

Подтверждающие материалы (скриншот с электронной почты, видео и аудио запись) имеются в наличии в Департаменте.

Таким образом, установлено, что участие в государственных закупках ТОО «Ишим Моторс» и ТОО «Тобол Моторс» проходило согласованно, по схеме. Участники государственных закупок информировали друг друга о необходимости принять участие в закупках.

Во всех вышеприведенных случаях, когда один другому направлял сообщение, второй принимал участие в закупе с максимальной ценой.

Целью объектов расследования являлась не конкуренция между ними, а достижение для участников Соглашения взаимовыгодного результата, то есть объекты расследования вступили в антиконкурентный сговор.

Товариществами была получена финансовая выгода на торгах при покупке автомобилей государственными органами, устранив конкуренцию путем выставления взаимовыгодной альтернативы, ими была совершена цепочка скоординированных действий, а именно подача сниженных ценовых предложений ТОО «Ишим моторс», когда государственные закупки проводятся в Карагандинской области, и наоборот повышенные ценовые предложения, когда государственные закупы проводились в Костанайской области⁸⁴.

84. Постановление судебной коллегии по гражданским делам Восточно-Казахстанского областного суда от 15 января 2020 г. № 6399-19-00-3а/747- С. 3-4.

Поддерживая позицию суда, можно отметить, что приведенная в судебном решении переписка между субъектами рынка – участниками картельного соглашения не является деловой перепиской в процессе обычной хозяйственной деятельности и обоснованно принята судом в качестве достаточного доказательства картельного сговора.

Наряду с прямыми доказательствами заключения картельного сговора равное положение занимает совокупность предоставленных суду косвенных доказательств, указывающих на достижение картельного соглашения, к которым можно отнести:

- использование одного IP-адреса;
- наличие соответствующей электронной переписки;
- признаки ведения совместной деятельности юридическими лицами, либо руководство их деятельностью одним физическим лицом;
- минимальная разница во времени подачи заявок;
- идентичность, либо аналогичность по оформлению и содержанию документов;
- незначительное снижение цены и др.

В качестве примера можно привести следующие дела, по итогам рассмотрения которых в суде субъекты рынка были привлечены к административной ответственности за совершение административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 159 КоАП РК, на основании совокупности представленных суду доказательств (см. Вставки 2.2.6, 2.2.7, 2.2.8 и 2.2.9).

Полагаем, что суд, анализируя поведение субъектов рынка, обоснованно пришел к выводу о том, что признаки ведения совместной деятельности юридическими лицами свидетельствуют об отсутствии между ними конкурентной борьбы за победу с целью признания закупок состоявшимися, то есть конкуренция между предприятиями является ложной.

Также поддерживаем позицию суда, что идентичность в оформлении и содержании документов, наличие одинаковых грамматических ошибок в рассматриваемых случаях (при достаточной совокупности косвенных доказательств) может указывать на наличие картельного соглашения.

При этом считаем, что самостоятельно идентичность текстов первоначальных заявок, без наличия иных косвенных доказательств, в том числе, схожести поведенческих признаков, не может свидетельствовать о признаках картельного сговора, поскольку при подготовке заявки могли использоваться одни и те же образцы, размещенные в свободном доступе.

Вставка 2.2.6

«Департаментом Комитета по защите и развитию конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан (далее – Департамент) в рамках мониторинга электронного портала государственных закупок www.goszakup.gov.kz, установлено, что в период с января по апрель 2019 г. применялась схема, по которой ТОО «АРЫС ВКО» и ИП «Воронкина В.К.» осуществляли участие в конкурсе в целях признания закупок состоявшимися, давая, таким образом, ТОО «ПРОКСИМА» возможность побеждать в закупках при минимальном снижении цен или без такового.

В целях подтверждения вышеуказанных признаков Комитетом у оператора сайта государственных закупок АО «Центр электронных финансов» (далее – ЦЭФ) запрошена информация касательно IP-адресов, с которых поданы заявки по конкурсам.

Из полученной от ЦЭФ информации, установлено, что в первом случае ТОО «АРЫС ВКО» и ИП «Воронкина В.К.», участвуя в закупках, использовали IP-адрес: 178.22.171.92, а во втором случае ТОО «ПРОКСИМА» и ТОО «АРЫС ВКО» для участия в аукционе использовали IP-адрес: 178.22.171.85.

При этом вероятность наличия у двух самостоятельных, не связанных между собой организаций идентичного IP-адреса, исключена.

Анализ поведения субъектов рынка свидетельствует об отсутствии между ними конкурентной борьбы за победу с целью признания закупок состоявшимися, то есть конкуренция между предприятиями ложная.

Кроме того, согласно справке МЮ РК учредителем ТОО «АРЫС ВКО» с 15 апреля 2017 г. по настоящее время является Воронкин Никита Александрович, руководителем является Воронкина Вера Кузьминична.

Данное обстоятельство подтверждает наличие признаков сговора между компаниями для осуществления общей деятельности, которое привело к ограничению конкуренции на товарном рынке.

Таким образом, учитывая то, что в компьютере директора ТОО «ПРОКСИМА» хранятся электронные цифровые подписи ТОО «ПРОКСИМА» и ИП «Воронкина В.К.», доверенность от ИП «Воронкина В.К.», копии учредительных документов этих компаний (устав и свидетельство о постановке на учет, приказы о назначении директора ТОО «АРЫС ВКО»), копия удостоверения личности Воронкина Н.А., договор о предоставлении в аренду помещение ТОО «АРЫС ВКО», договор о предоставлении в аренду транспортного средства, заключенный между ТОО «АРЫС ШЫГЫС» и ТОО «АРЫС ВКО», ценовые предложения ТОО «АРЫС ВКО» на продукты питания за 2018-2019 гг. предполагаются признаки ведения совместной деятельности юридическими лицами, либо руководство их деятельностью одним физическим лицом – Чижиковым Ю.Н.

Согласно п. 3 ст. 4 Закона Республики Казахстан «О государственных закупках», осуществление государственных закупок основывается, в том числе на принципе добросовестной конкуренции среди потенциальных поставщиков.

Вышеуказанные факты свидетельствуют о создании картеля (антиконкурентные горизонтальные соглашения) между данными субъектами рынка при участии в конкурсах и отсутствии добросовестной конкуренции между ними.

При подаче документов на конкурсы Чижиков Ю.Н. от имени ТОО «ПРОКСИМА» подает заявки по цене чуть ниже, чем от имени ТОО «АРЫС ВКО» и от имени ИП «Воронкина В.К.», что в результате ложной конкуренции позволяет ТОО «ПРОКСИМА» быть признанным победителем в конкурсе.

Следовательно, выгодоприобретателем и инициатором картеля по участию в конкурсах является ТОО «ПРОКСИМА».

При указанных обстоятельствах, оценив представленные доказательства с точки зрения их относимости, допустимости и достоверности, суд приходит к выводу о правильности квалификации нарушения ТОО «ПРОКСИМА» в совершении правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 159 КоАП, что подтверждается протоколом об административном правонарушении, заключением по результатам расследования и другими материалами дела⁸⁵.

85. Постановление Специализированный административный суд г.Усть-Каменогорск от 21 ноября 2019 г. № 3-11748-19

«По итогам мониторинга электронного портала государственных закупок на сайте www.goszakup.gov.kz выявлено, что по итогам государственных закупок по поставке бензина для двигателей с искровым зажиганием победителями признаны ТОО «Мега Ойл Орал» в 5 случаях (5 лотов) конкурса на сумму 3 918 626,73 тенге и ТОО «Москвичи» в 3 895 случаях (3 895 лотов) конкурса на сумму 1 291 478 453 тенге.

В указанных конкурсах ТОО «Москвичи» и ТОО «Мега Ойл Орал» принимали участие с 2016 г. Товарищества приняли только совместное участие в 3 900 лотах и анализ итогов государственных закупок с участием Товариществ установил признаки антиконкурентного соглашения между субъектами рынка, участвовавшими в конкурсе. Так, ТОО «Москвичи» арендует у ТОО «Мега Ойл Орал» помещение в административном здании и объекты расследования используют один и тот же wi-fi адаптер, офисы расположены в непосредственной близости друг от друга.

Также проверкой установлено, что срок подачи заявки на участие в государственных закупках составляет 15 дней, при этом в 5-ти совместных конкурсах ТОО «Москвичи» и ТОО «Мега Ойл Орал» заявки поданы в один день с промежутком времени 1-2 минуты и в открытых конкурсах победителем признан ТОО «Мега Ойл Орал», тогда как ТОО «Москвичи» подавалась цена на уровне суммы предоставленной заказчиком, в случаях победы ТОО «Москвичи» компаниями подавались одинаковые цены. Кроме того, по данным АО «Центр электронных финансов» во время подачи заявочной документации для участия в конкурсах был использован один IP-адрес: 88.204.221.98.

Более того, электронная почта nadejda_artyr@mail.ru, с которой подавались заявки на участие в государственных закупках на поставку ГСМ ТОО «МегаОйлОрал» принадлежит Байшевой Н.К., которая в свою очередь является бухгалтером ТОО «Москвичи».

Проверкой также установлено, что уставы вышеназванных ТОО указывают на их идентичность, аналогичны по оформлению и содержанию.

Следовательно, при таких перечисленных обстоятельствах дела факт правонарушения антимонопольного законодательства в полном объеме доказан, а действия ТОО «МегаОйлОрал» квалифицированы правильно по ч. 1 ст. 159 КоАП»⁸⁶.

86. Постановление Специализированного административного суда г.Уральска от 1 сентября 2020 г. № 2712-20-00-3/4623 – С.2-3.

Вставка 2.2.8

«Как следует из обстоятельств дела, по обращению ТОО «NazCom» проведено расследование, в ходе которого выявлено, что ТОО «Білім-жабдықтау», ТОО «КазИнтерСервис-регион», ТОО «Фирма «Казинтерсервис» и «Tulas» (далее – Товарищества) при участии в процедурах государственных закупок с 2018 по 2019 г. искажали итоги данных государственных закупок путем достижения антиконкурентного соглашения.

Между Товариществами достигнута договоренность о согласованном совместном участии в процедурах государственных закупок с применением согласованной схемы. ТОО «Tulas», ТОО «Білім-жабдықтау» представляли заведомо проигрышные предложения посредством установления минимально заниженных цен, которые позволяли заключать договоры о государственных закупках на наиболее выгодных условиях для ТОО «КазИнтерСервис-регион», ТОО «Фирма «Казинтерсервис».

Для участия и представления заявки в конкурсах Товариществами был использован один IP-адрес: 5.188.65.161. Из 10 конкурсов государственных закупок в 3 лотах №24472098-ОК, №124352668-ОК1 и №23373833-ОК1 победителем является ТОО «КазИнтерСервис-регион». В большинстве совместных конкурсов ТОО «КазИнтерСервис-регион» и ТОО «Tulas», ТОО «Фирма «Казинтерсервис» и ТОО «Tulas» заявки представляли в один день, а минимальный период во времени представления заявок составил от 2 до 20 минут.

В конкурсах, где принимали участие ТОО «КазИнтерСервис-регион» и ТОО «Tulas», последний всегда подавал цену выше, чем у ТОО «КазИнтерСервис-регион», а в лоте №24025677-ОК1 ТОО «Tulas» и ТОО «Фирма «Казинтерсервис» подали одинаковую цену 205 357 тенге.

В ходе рассмотрения протоколов по отклоненным заявкам в конкурсах №3072419- ОК1 и №3075928-ОК2 члены конкурсной комиссии в результатах голосования прописали одинаковые причины несоответствия конкурсной документации ТОО «КазИнтерСервис-регион» и ТОО «Tulas», что также подтверждает, что Товариществами поданы идентичные документы. Дата и время создания у ТОО «Білім-жабдықтау» и ТОО «КазИнтерСервис-регион» на портале государственных закупок банковских гарантий совпадает. Уставы ТОО «Фирма «Казинтерсервис», ТОО «Білім-жабдықтау» и ТОО «Tulas» идентичны

в оформлении и содержании, с наличием одинаковых грамматических ошибок в уставах Товариществ. При этом подлинности подписей руководителей в уставах ТОО «Фирма «Казинтерсервис» 14 мая 2019 г. и ТОО «Tulas» 1 февраля 2019 г. освидетельствовал один нотариус в лице Каленовой А.Д.

В конкурсной документации по лотам №24352668-ОК1 и №23373833- ОК1, ТОО «КазИнтерСервис-регион» и ТОО «Tulas» перевод доверенностей от производителя «Microsoft» 20 февраля 2019 г. переведен с английского языка на русский язык переводчиком ТОО «Ariana translation» Исмагиловой Р.Р, при этом подлинности подписи переводчика ТОО «Ariana translation» (Ариана Транслэйшн) освидетельствовал один нотариус в лице Эділбекқызы М. Также главный специалист КГУ «Управление образования г. Алматы» Кеншинбаева А.Т. является персональным менеджером компании ТОО «КазИнтерСервис-регион», а в 2016 г. является руководителем ТОО «Білім-жабдықтау».

Ведение переписки (бумажная и электронная) между ТОО «КазИнтерСервис-регион», ТОО «Білім-жабдықтау», ТОО «Фирма Казинтерсервис», ТОО «Tulas» подтверждает взаимосвязь между субъектами рынка.

Конкурентом является субъект рынка, находящийся в состоянии состязательности с другими субъектами соответствующего рынка ввиду того, что производит и (или) реализует на соответствующем товарном рынке товар, аналогичный либо взаимозаменяемый с товаром субъектов рынка. Из чего следует, что чтобы признать соглашение горизонтальными, необходимо чтобы субъекты рынка осуществляли продажу товаров (оказывали услуги) на одном товарном рынке.

С учетом всех вышеизложенных обстоятельств, суд полагает, что вина ТОО «Білім-жабдықтау» доказана, факт правонарушения имеет место и оснований для прекращения производства по делу не имеется»⁸⁷.

87. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г.Алматы от 12 декабря 2019 г. № 7528-19-00-3/32148. – С.2-3.

Вставка 2.2.9

«В ходе судебного заседания установлено, что в действиях ТОО «Топливо-Энергетический Партнер» и ТОО «Каз Интер Уголь» имеются факты антиконкурентного соглашения, что также подтверждается заключением по результатам расследования от 10 июля 2020 г.

Нарушение законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции выразилось в заключении между ТОО «Каз Интер Уголь» и ТОО «Топливо-Энергетический Партнер» картельного соглашения, которое приводило к поддержанию цен на торгах при участии в государственных закупках.

Так, при совместном участии в государственных закупках ТОО «Каз Интер Уголь» и ТОО «Топливо-Энергетический Партнер» идет незначительное снижение цены от выделенной суммы для закупки угля, а по отдельным закупкам снижение цены не происходит.

Кроме того, имеются случаи, когда ТОО «Каз Интер Уголь» направляет заявки для участия в закупке вторым с разницей времени от 5 до 10 минут с максимально высокой ценой.

Более того, заявки для участия в государственных закупках подавались с одного IP-адреса.

Также в ходе проведения расследования были установлены лица, одновременно работающие в ТОО «Каз Интер Уголь» и ТОО «Топливо-Энергетический Партнер».

Вышеуказанное свидетельствует о том, что ТОО «Каз Интер Уголь» и ТОО «Топливо-Энергетический Партнер» до проведения государственных закупок вступили в сговор»⁸⁸.

Постановлением специализированного административного суда г. Актобе от 12 апреля 2018 г. производство по делу в отношении ТОО «Компания АБЖ» было прекращено. В обосновании прекращения производства по делу за отсутствием состава административного правонарушения суд указал на отсутствие доказательств наступления негативных последствий для добросовестной конкуренции от заключения сторонами договора о совместной деятельности.

Вместе с тем, Специализированная судебная коллегия Верховного Суда посчитала данные выводы суда первой инстанции не-

88. Постановление Фёдоровского районного суда от 25 августа 2019 г. № 3968-20-00-3/350. – С.2.

обоснованными и противоречащими материалам дела, учитывая факт наличия заключения между ТОО «Компания АБЖ» и ИП Исмагуловой Н.Р. договора о совместной деятельности, и исполнение предписания Департамента о недопущении нарушений законодательства Республики Казахстан в области конкуренции.

Исходя из вышеизложенного, специализированная судебная коллегия пришла к выводу о необходимости отмены постановления суда первой инстанции и направлении дела на новое судебное рассмотрение.

В постановлении указано, что при новом рассмотрении дела суду необходимо выяснить характер действий сторон по договору о совместной деятельности, уточнить их последствия и влияние на конкуренцию, определить наличие монопольного дохода от монополистической деятельности, истребовать дополнительные материалы и дать им надлежащую правовую оценку.

Таким образом, в этом конкретном деле Верховный Суд посчитал, что по делам о картельных соглашениях антимонопольным органом подлежит установлению как наличие влияния на конкуренцию, так и наличие причинно-следственной связи между конкретными действиями участников картельного соглашения и негативными последствиями для рынка.

Согласно постановлению Специализированной судебной коллегии Верховного Суда от 27 декабря 2018 г., дело в отношении ТОО «Компания АБЖ» направлено на новое судебное рассмотрение в специализированный административный суд г. Актобе в ином составе, с указанием на необоснованность и несоответствие материалам дела выводов суда первой инстанции.

При этом из выводов специализированной судебной коллегии, указанных в постановлении, следует, что исполнение субъектом рынка предписания антимонопольного органа о недопущении нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции может являться косвенным доказательством совершения последним нарушения антимонопольного законодательства (см. Вставку 2.2.10).

Вместе с тем полагаем, что само по себе исполнение предписания антимонопольного органа с нашей точки зрения не является

достаточным доказательством наличия вины субъекта рынка, поскольку данные действия со стороны объекта расследования могут быть обусловлены наличием заинтересованности компании в исключении своей ответственности за неисполнение вынесенного в их адрес предписания в соответствии со ст. 162 КоАП РК.

Вставка 2.2.10

«Постановлением специализированного административного суда г. Актобе от 12 апреля 2018 г. производство по делу об административном правонарушении в отношении Товарищества прекращено за отсутствием в его действиях состава вмененного административного правонарушения.

В апелляционном порядке дело не рассматривалось.

В представлении Председатель специализированной судебной коллегии Верховного Суда Республики Казахстан предлагает пересмотреть принятый судебный акт в кассационном порядке ввиду нарушения единообразия в толковании и применении судами норм права.

Доводы ходатайства Департамента о том, что принятый судебный акт нарушает единообразие в толковании и применении судами, уполномоченными органами (должностными лицами) норм права заслуживают внимания по следующим основаниям.

Из материалов дела следует, что Департаментом проведено расследование по вопросам соблюдения законодательства о конкуренции, в ходе которого выявлены признаки картельного соглашения между Товариществом и ИП Исагуловой Н.Р., направленного на получение прибыли от совместной деятельности на рынке реализации угля.

В обоснование прекращения производства по делу за отсутствием состава административного правонарушения суд первой инстанции указал на отсутствие доказательства наступления негативных последствий для добросовестной конкуренции от заключения сторонами договора о совместной деятельности.

Вместе с тем, данные выводы суда являются необоснованными и противоречат материалам дела. Так, условиями п. 1.1 Договора о совместной деятельности от 07 апреля 2017 г. (далее – Договор), будучи самостоятельными субъектами рынка поставки угля, Товарищество и ИП Исагулова Н.Р. предусмотрели возможность совместных действий по поставке и торговле каменным углем. Стороны также включили в договор следующие положения: объединение товаров,

координацию усилий, оказание юридических и консультативных услуг по сопровождению совместной деятельности, осуществление контроля за выполнением условий соглашения.

Учитывая факт заключения Товариществом Договора о совместной деятельности на указанных выше условиях, заслуживают внимания доводы Департамента о том, что стороны договора фактически отказываются от самостоятельного индивидуального поведения и могут придерживаться единой модели поведения, что может привести к фиксации или искусственному повышению цен и иным нарушениям добросовестной конкуренции.

Кроме того, Товарищество исполнило предписание Департамента о недопущении нарушений законодательства Республики Казахстан в области конкуренции.

Данные обстоятельства указывают на отсутствие единообразия в толковании и применении судами норм права, что в соответствии с пп. 3 ч. 5 ст. 851 КоАП влечет пересмотр судебного акта.

Руководствуясь ст. 851 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях, специализированная судебная коллегия,

ПОСТАНОВИЛА:

Постановление специализированного административного суда г. Актобе от 12 апреля 2018 г. отменить. Дело направить на новое судебное рассмотрение в тот же суд в ином составе»⁸⁹.

Следует отметить, что в ряде случаев суды указывают на недостаточность косвенных доказательств для квалификации действий субъектов рынка по ч. 1 ст. 159 КоАП РК, указывая на неправомерность их квалификации антимонопольным органом.

Переписку между субъектами рынка, в том числе электронную, суды не всегда принимают во внимание при решении вопроса о наличии картельного сговора. В каждом конкретном случае суды оценивают возможность отнесения переписки к конкретным обстоятельствам дела. Доказательственная сила переписки зависит не только от степени конкретности ее содержания, но и от того, кто

89. Постановление Специализированной судебной коллегии Верховного Суда Республики Казахстан от 27 декабря 2018 г. № бкп-73-18. – С.1-4.

является отправителем и адресатом писем. Как правило, сама по себе переписка между участниками рынка не принимается в качестве достаточного доказательства существования картельного соглашения⁹⁰.

Так, Специализированным межрайонным административным судом г. Алматы производство по делу в отношении ТОО «Арех С» было прекращено за отсутствием состава административного правонарушения на основании того, что проведенный конкурсом не оспорен и соответственно не отменен, договор исполнен обеими сторонами, то есть искажения результатов конкурса не произошло, отсутствуют доказательства того, что участники конкурса действовали по заранее оговоренному плану, не приложены доказательства сведений о согласованности предстоящих действий по конкурсу, а также не нарушены права третьих лиц на соответствующем товарном рынке.

В постановлении суда указано, что за доказательства картельного сговора антимонопольным органом приняты документы, указывающие на обычные деловые взаимоотношения субъектов, осуществляющих деятельность в рамках одного товарного рынка.

Ни один из документов не содержит сведений о согласовании предстоящих действий по конкурсу, проведенному КГП «Костанайская областная детская больница», хотя бы потому, что изъятые документы не имеют отношения к закупкам данного лечебного учреждения.

Таким образом, расследование не нашло признаков соглашения и искажения итогов конкурса, а вывод Департамента о картельном сговоре в конкретном конкурсе сформирован на основании документов, не имеющих отношения к этому конкурсу (см. Вставку 2.2.11).

В связи с этим, следует отметить, что переписка по электронной почте подлежала оценке судом наряду с другими косвенными доказательствами в их взаимосвязи и совокупности.

90. Судебная практика доказывания картельных соглашений. Источник: <https://www.law.ru/article/4217-sudebnaya-praktika-dokazyvaniya-kartelnyh-soglasheniy>

«Суд, заслушав представителя ТОО «Арех С», Омарова А.А., адвоката Романова Е.В., составителя протокола об административном правонарушении Тулегенова Б.М., исследовав материалы дела считает, что делопроизводство в отношении ТОО «Арех С» по ч. 1 ст. 159 КоАП РК необходимо прекратить за отсутствием состава административного правонарушения по следующим основаниям:

Согласно заключению по результатам расследования от 27 января 2020 г., проведенного Департаментом Комитета по защите и развитию конкуренции Министерства Национальной экономики Республики Казахстан, следует, что по Костанайской области проведен анализ рынка поставки медицинского оборудования по итогам 2016-2017 гг. По итогам данного конкурса усмотрены признаки антиконкурентных соглашений между юридическими лицами, а в действиях ТОО «Арех С» и ТОО «А-37» содержится факт антиконкурентного горизонтального соглашения, предусмотренного пп. 2 п. 1 ст. 169 Предпринимательского Кодекса. Также в действиях компании ТОО «Арех С» выявлены нарушения, предусмотренные ч. 1 ст. 159 КоАП РК, однако составитель протокола об административном правонарушении главный специалист Тулегенов Б.М. в ходе судебного заседания не смог доказать соглашения между субъектами рынка, а также спровоцированного этим соглашением искажения итогов конкурса.

В самом заключении расследования от 27 января 2020 г., проведенного уполномоченным органом, отсутствуют фактические данные о сговоре между юридическими лицами ТОО «Арех С» и ТОО «А-37» и последующем искажении результатов конкурса. Это подтверждается тем, что результаты проведенного конкурса никем не оспорены и соответственно не отменены, договор с КГП «Костанайской областной детской больницы» исполнен в полном объеме обеими сторонами, то есть искажения результатов конкурса не произошло, что подтвердил в ходе судебного заседания сам составитель протокола об административном правонарушении главный специалист Тулегенов Б.М. Таким образом, выводы уполномоченного органа об искажении итогов конкурса не обоснованы и не являются основанием для привлечения к административной ответственности юридического лица ТОО «Арех С», так как отсутствуют доказательства правонарушений. Также расследованием уполномоченного органа не было представлено доказательств, дающих основание полагать, что участники конкурса действовали по заранее оговоренному плану. При этом признаки сговора между поставщиками медицинского оборудования отсутствуют.

Кроме того, в материалах дела не представлены доказательства о согласовании предстоящих действий по конкурсу, проведенному КГП «Костанайская областная детская больница».

Таким образом, как указывалось выше, уполномоченный орган при расследовании не выявил признаков соглашения и искажения итогов конкурса, кроме того, компанией не нарушены права третьих лиц на соответствующем товарном рынке. В итоге, выводы уполномоченного органа о картельном сговоре в конкретном конкурсе сформированы на основании доказательств, не имеющих отношения к данному конкурсу, а сам протокол об административном правонарушении был составлен на основании заключения расследования от 27 января 2020 г. в отсутствие дополнительных доказательств.

При вышеуказанных обстоятельствах дела суд считает, что в действиях компании ТОО «Арех С», отсутствует состав административного правонарушения и, в соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 741 КоАП, дело подлежит прекращению за отсутствием состава административного правонарушения.

На основании выше изложенного и руководствуясь ст. 822-823 КоАП, судья

ПОСТАНОВИЛ:

Делопроизводство в отношении Товарищества с ограниченной ответственностью «Арех С» по ст. 159 ч. 1 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях, прекратить за отсутствием состава административного правонарушения»⁹¹.

Производство по делу об административном правонарушении в отношении ТОО «Гаярдо-Авто» по факту искажения итогов при участии в процедурах государственных закупок по поставке автомобилей было прекращено, косвенные доказательства, представленные суду антимонопольным органом, суд посчитал несостоятельными.

В постановлении от 20 февраля 2020 г. по делу №7528-20-00-3/1566 суд прямо указал, что в соответствии с ПК РК антиконкурентные соглашения подлежат ограничению и запрещаются как вид монополистической деятельности. Так, п. 1 ст. 167 гласит:

91. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г.Алматы от 12 марта 2020 г. № 5280. – С. 9-11.

«монополистической деятельностью является деятельность субъектов рынка, положение которых дает возможность контролировать соответствующий товарный рынок, в том числе позволяет оказывать значительное влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке».

Согласно п. 2 этой же статьи к монополистической деятельности, ограниченной настоящим Кодексом, относятся:

- 1) антиконкурентные соглашения субъектов рынка;
- 2) антиконкурентные согласованные действия субъектов рынка;
- 3) злоупотребление доминирующим или монопольным положением.

Таким образом, суд пришел к выводу, что в соответствии с действующим ПК РК запрещены горизонтальные антиконкурентные соглашения субъектов рынка, при этом только совокупность этих условий подразумевает антиконкурентные соглашения и инкриминируемое деяние.

Также суд обращает внимание, что проведенные конкурсы и аукционы по государственным закупкам, в том числе с участием вышеуказанных товариществ, не признаны незаконными и не оспорены сторонами или третьими лицами, более того они реализованы и исполнены как сторонами, так и заказчиком.

Вставка 2.2.12

«Изучив материалы дела, заслушав пояснения сторон, суд считает, что дело об административном правонарушении подлежит прекращению по следующим основаниям:

В соответствии с Предпринимательским кодексом Республики Казахстан (далее Предпринимательский кодекс) антиконкурентные соглашения подлежат ограничению и запрещаются как вид монополистической деятельности.

Так, п. 1 ст. 167 Предпринимательского кодекса гласит: «монополистической деятельностью является деятельность субъектов рынка, положение которых дает возможность контролировать соответствующий товарный рынок, в том числе позволяет оказывать значительное влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке».

Судом установлено у Товарищества нет на рынке такого положения, которое дает возможность контролировать соответствующий товарный рынок, оказывать значительное влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке. Так, судом установлено, что Товариществом в период с 2017 по 2019 г. с участием других компаний (ТОО «АзияСпецМаш», ТОО «Автотехника», ИП Кашапова, ТОО «КазБраз», ТОО «Алматытендеринвест», ОО «СТМ групп», ТД МТЗ Казахстан и др.) проведено 196 конкурсов, где выигрывало как Товарищество, так и другие участники.

Доводы уполномоченного органа о том, что Товарищество и ТОО «ГазКомТехника» представляли заведомо проигрышные предложения посредством установления цены, соразмерной с выделенной заказчиком, в суде не подтвердились, поскольку в указанный период на конкурсе, как указано выше, кроме них участвовали другие компании, которые также периодически выигрывали.

По представленным суду данным, с 1 января 2016 г. по 9 октября 2019 г. Товарищество приняло совместно с ТОО «ГазКомТехника» участие в 196 процедурах государственных закупок. Товарищество одержало победу в 34 случаях, из них в 12 случаях конкуренцию создавало только ТОО «ГазКомТехника» (л.д. 9 протокола об административном правонарушении), а Департаментом в ходе проверки дана оценка по заявленным Товариществом конкурсам только в семи государственных закупках, в которых участвовало Товарищество и ТОО «ГазКомТехника», что вызывает сомнения в объективности и обоснованности данных доводов.

Уполномоченным органом указывается, что поведение товариществ свидетельствует об отсутствии в их действиях конкурентной борьбы за победу в указанных аукционах и открытых конкурсах, наличии в их действиях признаков антиконкурентного соглашения (картеля), направленного на повышение цен на торгах при минимальном их снижении в виду отсутствия конкуренции и, соответственно, искажение итогов аукционов и конкурсов, указывается на предоставление товариществами цен, идентичных ценам заказчика. В то же время, Законом о госзакупках потенциальным поставщикам в ходе участия в государственных закупках не запрещено предоставлять цены, идентичные ценам заказчика, и (или) минимально/незначительно занижать цены.

В ст. 24 Закона о госзакупках и Приказе №648 подача потенциальным поставщиком одной фиксированной цены прописана.

Так, согласно п. 31, «потенциальный поставщик представляет только одно ценовое предложение, содержащие сведения, предусмотренные настоящими правилами, внесение изменений и(или) дополнений не допускается», а согласно п. 34-35 «ценовое предложение представляется потенциальным поставщиком посредством веб-портала организатору до окончания срока приема ценовых предложений, указанного в объявлении; ценовое предложение считается принятым после автоматической отправки веб-порталом соответствующего уведомления потенциальному поставщику, подавшему ценовое предложение».

В соответствии со ст. 5 Закона о госзакупках, заказчик с учетом ценовой информации от различных поставщиков, с учетом соответствующего бюджета (план развития) или индивидуального плана финансирования, разрабатывает и утверждает годовой план государственных закупок. Такой план может быть предварительным и при условии его утверждения может быть включен в основной план государственных закупок.

Также не подтвердились выводы о минимальной разнице во времени подачи заявок на участие в государственных закупках, поскольку с учетом таблицы, представленной самим Департаментом, разница во времени подачи заявок компаний значительна, определяется как часами, так днями, с участием и других потенциальных участников. При этом, в соответствии с законодательством о госзакупках, при объявлении с момента открытия тендера, любой потенциальный участник имеет право войти в электронную базу и представить свои условия и подтвердить участие.

Судом установлено, что IP-адрес: 185.48.151.134 является статичным IP-адресом, прикрепленным к адресу офиса: г. Алматы, улица Райымбека 173, уг. ул. Сейфуллина, с которых Товариществом и ТОО «ГазКомТехника» подавались заявки на участие в процедурах государственных закупок. Данным IP-адресом пользуются также другие юридические лица, которые арендуют офисы по вышеуказанному адресу.

Законом о госзакупках не запрещено нахождение конкурирующих компаний (юридических лиц), в том числе их работников, подающих заявки для участия в тендере в одном здании или офисе, в том числе не запрещена подача заявок с минимальной разницей во времени, подача заявок с одного IP-адреса, конкурс объявляется в конкретно указанное время и любой потенциальный поставщик услуг, работ, вправе войти и зарегистрироваться на сайте, для участия в конкурсе.

Работа бухгалтеров Повстяной Л.А. и Курмановой Д.Ж. в товариществах не противоречит и не запрещена законодательством, так как они вправе на основании договоров обслуживать любое юридическое лицо, и их деятельность не может повлиять на работу и тем более итоги конкурсов. При этом первая, согласно договору, обслуживала оба товарищества как специалист-бухгалтер, что не запрещено никакими нормами, а в последующем принята на данную должность главным бухгалтером Курмановой Д.Ж.

Кроме того, отмечена идентичность подаваемых товаров с технической спецификацией. Это связано с тем, что подаваемая документация по своим параметрам и характеристикам должна совпадать с параметрами и характеристиками заказчика. В исследованных судом обстоятельствах, это специализированные автомашины или трактора (уборочная техника), которые имеют одни технические характеристики и одного производителя – страну-участницу Таможенного союза (к примеру, в данном случае автомашина ГАЗ, УАЗ или трактор «Беларусь»).

При этом, в соответствии с действующими правилами и законами, проведенные конкурсы и аукционы по государственным закупкам, в том числе с участием вышеуказанных товариществ, не признаны незаконными и не оспорены сторонами или третьими лицами, более того они реализованы и исполнены как сторонами, так и заказчиком. Таким образом, доказательств, опровергающих либо подтверждающих доводы одной из сторон, в судебном заседании, кроме их взаимоисключающих показаний, не представлено.

Все доводы уполномоченного органа, указанные в протоколе, являются документально не подтвержденными и не достаточными, а доказательства недопустимости действий Товарищества не представлены суду.

При таких обстоятельствах суд считает необходимым прекратить производство по делу об административном правонарушении по ч. 1 ст. 159 Кодекса РК об административных правонарушениях в отношении ТОО «Гаярдо-Авто» за отсутствием состава административного правонарушения»⁹².

92. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г.Алматы от 20 февраля 2020 г. №7528-20-00-3/1566. – С. 5-9.

Постановление об отсутствии признаков уголовно наказуемого деяния как доказательство при рассмотрении административных дел по ч. 1 ст. 159 КоАП РК

Согласно ч. 1 ст. 159 КоАП РК ответственность по данной статье предусмотрена за антиконкурентные соглашения субъектов рынка, запрещенные ПК РК, если эти действия не содержат признаков уголовно наказуемого деяния. Диспозиция указанной статьи является бланкетной (отсылочной), в ней четко установлено, что ответственность субъектов рынка наступает при нарушении ими требований ПК РК.

В постановлении специализированного административно-уголовного суда г. Семей от 20 марта 2019 г. по делу №3-834-19 одним из оснований прекращения производства по делу об административном правонарушении в отношении ТОО «Компания Таусар» по ч. 1 ст. 159 КоАП РК суд указывает тот факт, что при вынесении постановления о прекращении уголовного дела, должностным лицом уполномоченного органа не ставится вопрос о привлечении Товарищества к административной ответственности.

При таких обстоятельствах суд посчитал, что отсутствие прямого умысла, доказанное на стадии досудебного производства, исключает его наличие и в административном производстве (см. Вставки 2.2.13 и 2.2.14).

В соответствии со ст. 26 КоАП РК, административное правонарушение признается совершенным умышленно, если физическое лицо, его совершившее, сознавало противоправный характер своего действия (бездействия), предвидело его вредные последствия и желало или сознательно допускало наступление этих последствий либо относилось к ним безразлично.

Вставка 2.2.13

«Кроме того, из постановления о прекращении досудебного производства от 12 декабря 2018 г. следует, что уголовное дело в отношении должностных лиц ТОО «Халык комир», ТОО «Компания Таусар», ТОО «Жигер-СТ», ТОО «ТК Багира» и ТОО «ВостокУгольпром» по факту нарушений антимонопольного законодательства в области

конкуренции, то есть по ст. 221 УК РК, прекращено ввиду отсутствия состава уголовного правонарушения. При этом должностное лицо уполномоченного органа указало, что в действиях должностных лиц товариществ не установлена субъективная сторона уголовно-наказуемого деяния – прямой умысел.

В ходе досудебного расследования установлено, что доводы антимонопольного органа относительно того, что на торгах между АО «Каражыра» и основными оптовыми покупателями не наблюдается конкуренция в формировании цены, являются необоснованными. Суд не усмотрел нарушения антимонопольного законодательства, а также установил, что не имеется ни одного субъекта рынка, который по вине каких-либо субъектов товариществ расследования был бы ущемлен или ограничен в правах доступа к биржевым торгам.

Более того, при вынесении постановления о прекращении уголовного дела должностным лицом уполномоченного органа не ставился вопрос о привлечении Товариществ к административной ответственности.

При таких обстоятельствах суд считает, что отсутствие прямого умысла, доказанное на стадии досудебного производства, исключает наличие прямого умысла и в административном производстве»⁹³.

Аналогичная позиция суда указана в постановлении Специализированного административного суда г. Семей от 20 марта 2019 г. по делу №3-837-19 в отношении ТОО «ТК Багира», где суд принимает во внимание выводы старшего следователя по ОВД 1-го отдела по расследованию дел УРПНТС СЭР ДГД по ВКО Мусина Е.А., который прекратил уголовное дело из-за отсутствия субъективной стороны преступления, указав в постановлении от 12 декабря 2018 г. что не имеется ни одного субъекта рынка, который по вине каких-либо товариществ, субъектов расследования, был бы ущемлен в правах доступа к биржевым торгам или ограничен в таких правах.

93. Постановление Специализированного административного суда г. Семей от 20 марта 2019 г. № 3-834-19. – С.4.

Вставка 2.2.14

«Кроме того, из постановления о прекращении досудебного производства от 12 декабря 2018 г. следует, что уголовное дело в отношении должностных лиц ТОО «Халык комир», ТОО «Компания Тауасар», ТОО «Жигер-СТ», ТОО «ТК Багира» и ТОО «ВостокУгольпром» по факту нарушений антимонопольного законодательства в области конкуренции, то есть по ст. 221 УК РК, прекращено ввиду отсутствия состава уголовного правонарушения. При этом должностное лицо уполномоченного органа указало, что в действиях должностных лиц товариществ не установлена субъективная сторона уголовно-наказуемого деяния – прямой умысел.

В ходе досудебного расследования установлено, что доводы антимонопольного органа относительно того, что на торгах между АО «Каражыра» и основными оптовыми покупателями не наблюдается конкуренция в формировании цены, являются необоснованными. Суд не усмотрел нарушения антимонопольного законодательства, а также установил, что не имеется ни одного субъекта рынка, который по вине каких-либо субъектов товариществ расследования был бы ущемлен или ограничен в правах доступа к биржевым торгам.

Более того, при вынесении постановления о прекращении уголовного дела должностным лицом уполномоченного органа не ставился вопрос о привлечении Товариществ к административной ответственности.

При таких обстоятельствах суд считает, что отсутствие прямого умысла, доказанное на стадии досудебного производства, исключает наличие прямого умысла и в административном производстве»⁹⁴.

Изучив указанные судебные решения, следует отметить следующее:

Административная ответственность за правонарушения, предусмотренные статьями Особенной части КоАП РК, наступает, если эти правонарушения по своему характеру не влекут за собой в соответствии с законодательством уголовной ответственности.

Так, ст. 159 КоАП РК установлено, что за осуществление монополистической деятельности, ограниченной ПК РК, предус-

94. Постановление Специализированного административного суда г. Семей от 20 марта 2019 г. № 3-834-19. – С.4.

мотрено наложение штрафа, а также взыскание монопольного дохода (в установленных случаях) в случае, если эти действия не содержат признаков уголовно наказуемого деяния.

Уголовная ответственность за нарушения законодательства в области защиты конкуренции установлена ст. 221 «Монополистическая деятельность» Уголовного кодекса Республики Казахстан (далее – УК РК).

Взаимодействие антимонопольного и правоохранительных органов регламентируется ст. 90-5 ПК РК.

В соответствии с ч. 6 ст. 62 КоАП РК в случае прекращения уголовного дела при наличии в действиях нарушителя признаков административного правонарушения лицо может быть привлечено к административной ответственности не позднее трех месяцев со дня поступления решения о его прекращении.

В соответствии с Положением о Комитете финансового мониторинга (Далее – КФМ), утвержденным приказом Министра финансов Республики Казахстан от 10 октября 2014 г. №430, КФМ является ведомством МФ РК, осуществляющим руководство в сфере противодействия легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма, а также в сфере предупреждения, выявления, пресечения, раскрытия и расследования уголовных и административных правонарушений, отнесенных законодательством Республики Казахстан к ведению этого органа, и иные функции в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

Одной из задач как КФМ, так и его территориальных органов, является предупреждение, выявление, пресечение, раскрытие и расследование уголовных и административных правонарушений, отнесенных законодательством Республики Казахстан к ведению этого органа.

Согласно ст. 60 УПК РК, следователь – должностное лицо, уполномоченное осуществлять досудебное расследование по уголовному делу в пределах своей компетенции: следователь органов внутренних дел, следователь органов национальной безопасности, следователь антикоррупционной службы и следователь служ-

бы экономических расследований, а также прокурор в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом.

Следователь обязан принимать все меры к всестороннему, полному и объективному исследованию обстоятельств дела, осуществлять уголовное преследование лица, в отношении которого собраны достаточные доказательства, указывающие на совершение им уголовного правонарушения, путем квалификации деяния подозреваемого, избрания ему в соответствии с УАК РК меры пресечения, составления обвинительного акта с изложением обстоятельств уголовного правонарушения, описанием собранных доказательств.

В соответствии с ч. 6 ст. 35 УПК РК орган уголовного преследования, обнаружив обстоятельства, исключающие уголовное преследование, выносит на любой стадии досудебного производства постановление о прекращении уголовного дела.

При этом осуществление государственного контроля за соблюдением законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции, согласно ст. 90-6 ПК РК, является компетенцией антимонопольного органа.

К задачам антимонопольного органа, в соответствии со ст. 90-2 ПК РК, отнесено в т.ч. предупреждение, выявление и расследование, пресечение нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции.

Как указывалось выше, в соответствии со ст. 684 КоАП РК, дела об административных правонарушениях, предусмотренные ст. 159 (частями 1, 2, 3, 3-1 и 4) рассматривают судьи специализированных районных и приравненных к ним административных судов.

На основании вышеизложенного полагаем, что к компетенции КФК относится лишь установление наличия или отсутствия признаков уголовно наказуемого деяния, КФК и его территориальные органы не правомочны делать вывод о наличии или отсутствии состава административного правонарушения в области антимонопольного законодательства в силу того, что данное решение относится к компетенции суда.

Административная ответственность за правонарушения, предусмотренные статьями Особенной части КоАП РК, наступает, если эти правонарушения по своему характеру не влекут за собой предусмотренной законодательством уголовной ответственности

В Обобщении ВС РК судебной практики о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности приводится следующий пример прекращения административного дела на основании пп. 2 ч. 1 ст. 741 КоАП РК.

«Постановлением СМАС г. Караганда от 16 октября 2017 г. действия товарищества переквалифицированы с ч. 1 ст. 159 КоАП на ч. 5 этой же статьи. Товарищество признано виновным по ч. 5 ст. 159 КоАП с наложением штрафа 1 000 МРП на сумму 2 269 000 тенге.

Постановлением Верховного Суда от 6 марта 2018 г. постановление СМАС г. Караганда от 16 октября 2017 г. отменено.

Производство по делу об административном правонарушении в отношении ТОО «К» прекращено за отсутствием в его действиях состава административного правонарушения по ч. 1 ст. 159 КоАП РК.

5 февраля 2014 г. способом открытого тендера ТОО «Торгово-транспортная компания» (далее – Компания) заключены долгосрочные договоры на 2014-2018 г. о закупе серной кислоты на объем ТОО «К» и ТОО «З». С отечественными товаропроизводителями для участия в тендере была заявлена единая цена в размере пороговой цены закупа 15 625 тенге за тонну без НДС.

В феврале 2015 г. ТОО «З» заявило цену в размере пороговой цены 15 625 тенге, в то время, когда товарищество снизило ее на 1,25 тенге.

В марте 2016 г. товарищество обратилось в адрес компании с просьбой о повышении цены до 23 760 тенге за тонну без НДС из-за убыточности деятельности по поставке серной кислоты в связи с повышением железнодорожных тарифов. С аналогичной просьбой в компанию обратилось и ТОО «З».

В последующем товарищества заявили абсолютно идентичную цену в размере 24 106 тенге за тонну без НДС, которая более чем на 50% превысила пороговую сумму.

В апреле 2016 г. договоры от 5 февраля 2014 г. расторгнуты и было принято решение провести закупки на объем расторгнутых договоров.

В октябре 2016 г. в целях привлечения более мелких поставщиков годовой объем потребности серной кислоты был разделен на две равные части уже по новой пороговой цене 20 497,32 тенге за тонну без НДС.

ТОО «К» и ТОО «З» стали единственными участниками и были признаны победителями.

Таким образом, товарищество по одним и тем же лотам и на тот же объем в двух тендерах заявило разные ценовые предложения, аналогично сделало и ТОО «З».

Уполномоченный орган в действиях ТОО «К» и ТОО «З» усмотрел совершение горизонтальных соглашений, которые привели к установлению или поддержанию цен, повышению или поддержанию цен на торгах. Данное обстоятельство явилось основанием для составления протокола об административной ответственности по ч. 1 ст. 159 КоАП РК.

Суд, квалифицируя действия товарищества по ч. 5 ст. 159 КоАП РК, посчитал, что им допущены нарушения в виде координации деятельности субъектов рынка, приведшей к антиконкурентным соглашениям, запрещенным ПК.

Для квалификации правонарушения по ч. 5 ст. 159 КоАП РК необходимо наличие двух субъектов рынка и третьего лица - координатора. При этом координатор не должен осуществлять деятельность на том же товарном рынке, на котором осуществляется координация.

В данном случае уполномоченным органом установлено антиконкурентное соглашение между двумя субъектами, осуществляющими деятельность на одном товарном рынке.

В этой связи действия товарищества не могут быть признаны координацией экономической деятельности субъектов рынка, что означает отсутствие состава административного правонарушения по ч. 5 ст. 159 КоАП РК.

Согласно ч. 2 ст. 25 КоАП РК административная ответственность за правонарушения, предусмотренные статьями Особенной

части настоящего Кодекса, наступает, если эти правонарушения по своему характеру не влекут за собой в соответствии с законодательством уголовной ответственности.

Согласно диспозиции ч. 1 ст. 159 КоАП РК состав административного правонарушения образуется при установлении антиконкурентных соглашений субъектов рынка, запрещенных ПК, если эти действия не содержат признаков уголовно наказуемого деяния.

В соответствии со ст. 221 УК РК предусмотрена уголовная ответственность за установление и (или) поддержание субъектами рынка согласованных цен, раздел товарных рынков по территориальному признаку, объему их реализации или приобретения, по кругу продавцов или покупателей, а также иные деяния, направленные на ограничение конкуренции, если они сопряжены с извлечением субъектом рынка дохода в крупном размере.

Согласно пп. 38 ст. 3 УК РК доходом в крупном размере для привлечения к уголовной ответственности по указанному составу является размер, превышающий двадцать тысяч месячных расчетных показателей.

В соответствии с протоколом об административном правонарушении №15 от 29 августа 2017 г., сумма полученного товариществом дохода составляет свыше 1 миллиарда тенге, что квалифицирует доход как крупный, поскольку превышает пороговое значение для квалификации действий по нормам КоАП.

Таким образом, приведенные обстоятельства свидетельствуют об отсутствии правовых оснований для привлечения товарищества к административной ответственности по ч. 1 ст. 159 КоАП»⁹⁵.

В вышеуказанном постановлении Верховным Судом указывается, что в соответствии с пп. 2 ч. 1 ст. 741 КоАП РК производство по делу об административном правонарушении не может быть начато, а начатое подлежит прекращению при отсутствии состава административного правонарушения.

Руководствуясь ст. 851 КоАП РК, специализированная судебная коллегия постановила постановление СМАС г. Караганда от 16 октября 2017 г. отменить.

95. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. – С.26-28.

Производство по делу в отношении Товарищества «З» прекратить за отсутствием в его действиях состава административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 159 КоАП РК.»

Соглашаясь с выводами специализированной судебной коллегии Верховного Суда, считаем обоснованной позицию суда, что действия товарищества не могут быть признаны координацией экономической деятельности субъектов рынка, в силу того, что координатор не должен осуществлять деятельность на том же товарном рынке, на котором осуществляется координация.

Прекращение административного производства на основании ст. 742 КоАП РК

В судебной практике также встречаются случаи прекращения судами административного производства на основании ст. 742 КоАП РК. В соответствии с указанной статьей, производство по делу об административном правонарушении может быть прекращено в порядке, предусмотренном КоАП РК, в случае, предусмотренном ст. 64-1 Кодекса, а также в случае передачи материала прокурору, органу досудебного производства в связи с наличием признаков уголовно наказуемого деяния, предусмотренного уголовным законодательством.

Так, постановлением специализированного административного суда г. Уральск от 28 сентября 2016 г. административное дело в отношении Казахстанского филиала АОЗТ «Карачаганак Петролиум Оперейтинг Б.В.» в совершении правонарушения по ч. 1 ст. 159 КоАП РК прекращено на основании ст. 742 КоАП РК в связи с наличием признаков уголовно наказуемого деяния.

Постановлением Западно-Казахстанского областного суда от 27 октября 2016 г. по делу №3А-317/2016 постановление суда первой инстанции оставлено без изменения, апелляционная жалоба представителя АОЗТ «Карачаганак Петролиум Оперейтинг Б.В.» оставлена без удовлетворения.

При этом в данном случае суд находит преждевременными доводы апелляционной жалобы об отсутствии состава административного правонарушения до принятия процессуального решения органами уголовного преследования.

Вставка 2.2.15

«Основанием для прекращения производства в отношении Казахстанского филиала АОЗТ «Карачаганак Петролиум Оперейтинг Б.В.», по ч. 1 ст. 159 КоАП РК стало отсутствие по делу процессуального решения правоохранительных органов, несмотря на то, что обязательным условием наступления административной ответственности по вменяемой статье является отсутствие признаков уголовно-наказуемого деяния.

При этом из материалов дела следует, что доход, полученный в результате нарушения антимонопольного законодательства по контракту между КПО Б.В. и ТОО «Фирма АТК», составляет 598 573 979 тенге.

Эти обстоятельства подлежат проверке в рамках досудебного производства в уголовно-процессуальном порядке.

Следовательно, доводы апелляционной жалобы об отсутствии состава административного правонарушения судья находит преждевременными до принятия процессуального решения органами уголовно-преследования.

При таких обстоятельствах судья областного суда считает, что оснований для отмены постановления суда и для удовлетворения жалобы не имеется»⁹⁶.

Судебная практика по рассмотрению административных дел по фактам заключения вертикальных и иных антиконкурентных соглашений (п. 2 и 3 ст. 169 ПК РК)

В Обобщении ВС РК приводится следующий пример по рассмотрению административного дела в отношении ТОО «Ж» по факту заключения антиконкурентного соглашения (см. Вставку 2.2.16.).

Вставка 2.2.16

«Постановлением САС г. Уральск от 28 декабря 2016 г. ТОО «Ж» признано виновным в совершении правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 159 КоАП, с наложением взыскания в виде административного штрафа в сумме 3 130 935 тенге.

96. Постановление Западно-Казахстанского областного суда от 27 октября 2016 г. № 3А-317/2016. – С. 2.

Постановлением Западно-Казахстанского областного суда от 26 января 2017 г. постановление суда оставлено без изменения.

Постановлением Верховного Суда от 24 августа 2017 г. судебные акты отменены, производство по делу об административном правонарушении прекращено за отсутствием состава административного правонарушения.

Согласно протоколу об административном правонарушении №42 от 27 июля 2016 г., ТОО «Ж» вменяется заключение антиконкурентного соглашения между субъектами рынка, запрещенного ПК, выразившееся в непредставлении ТОО «С» к дате окончания подачи документов тендерного предложения и последующее их представление нарочно, определение перечня компаний, допущенных к участию в конкурсе по усмотрению заказчика, исключение из этого перечня ТОО «А».

ТОО «Ж» осуществляет деятельность на основании Контракта №81 на проведение разведки, доразведки, добычи и раздел углеводородного сырья (раздел продукции) на Чинаревском нефтегазоконденсатном месторождении в Западно-Казахстанской области, заключенного 31 октября 1997 г.

В силу п. 5 Преамбулы Контракта, недропользователь соглашается подчиняться действующему законодательству Республики Казахстан в ходе выполнения Контракта при осуществлении деятельности на территории Республики Казахстан. Гарантии стабильности Контракта обеспечиваются нормами о том, что положения Контракта остаются неизменными на протяжении всего срока действия Контракта.

На момент вступления Контракта в силу действовал Указ Президента Республики Казахстан «О недрах и недропользовании» от 27 января 1996 г. №2828, которым не был предусмотрен специальный порядок приобретения услуг недропользователем.

В соответствии с п. 3 ст. 276 ПК Республика Казахстан гарантирует стабильность условий договоров, заключенных между инвесторами и государственными органами Республики Казахстан, за исключением случаев, когда изменения в договоры вносятся по соглашению сторон.

На момент регистрации Контракта законодательство не возлагало обязанность на недропользователя по закупу услуг путем проведения конкурса. Указанные действия определяются подрядчиком самостоятельно в соответствии с условиями Контракта. Положения п. 19.3 Контракта предписывают возможность проведения конкурса в случае

заключения договора с подрядчиками, а не при заключении договора об оказании услуг. Эта же норма Контракта предоставляет недропользователю право выбора привлечения подрядчиков на конкурсной основе либо без проведения конкурса.

В соответствии с пп. 3.6, 3.6.1. «Процедуры закупок товаров, работ и услуг в ТОО «Ж», утвержденной 15 мая 2014 г., как правило, компания должна заключать контракт на поставку товаров, работ, услуг на основе тендеров, при условии соблюдения положений настоящих процедур. При проведении тендеров ко всем участникам применяется подход, основанный на принципах равенства и свободной конкуренции. Метод тендера по внутренним процедурам (закрытый конкурс) означает, что тендерные предложения могут представляться только теми компаниями, которым подрядчик направил конкурсную документацию.

Следовательно, выводы о неправомерности проведения закрытых закупок, предусматривающих допуск к конкурсу только участников, определяемых заказчиком, об ограничении ТОО «А» в участии в конкурсе являются несостоятельными, поскольку решение вопроса о доступе к участию в конкурсе определенных участников предоставлено недропользователю ТОО «Ж».

Процедура закупок товаров, работ и услуг в ТОО «Ж» предусматривает обязанность представления конкурсной документации в определенные сроки. Дата окончания представления заявок 13 ноября 2015 г. Указанные требования ТОО «С» соблюдены, при этом не имеет юридического значения способ доставки конкурсной документации, нарочно или почтовым отправлением.

При таких обстоятельствах у судов отсутствовали правовые основания для констатации факта совершения ТОО «Ж» административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 159 КоАП»⁹⁷.

В соответствии со ст. 4 КоАП РК временем совершения административного правонарушения признается время осуществления деяния, предусмотренного Особенной частью Кодекса, независимо от времени наступления последствий.

97. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. – С.24-25.

В соответствии с п. 3 ст. 169 ПК РК (в редакции, действовавшей на момент совершения деяния) запрещались и признавались недействительными полностью или частично в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан, достигнутые в любой форме соглашения между субъектами рынка, которые приводят или могут привести к ограничению конкуренции.

Ч. 2 п. 3 ст. 169 ПК РК было установлено, что запреты, установленные ч. 1 п. 1, не распространяются на вертикальные соглашения, являющиеся договорами государственно-частного партнерства, в том числе договорами концессии, комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга), либо если совокупная доля субъектов рынка на товарном рынке не превышает двадцати процентов.

Несмотря на тот факт, что наличие совокупной доли в размере не менее 20% являлось одним из квалифицирующих признаков данного вида нарушения, в постановлениях суда данное обстоятельство не нашло отражение, как и сам факт проведения антимонопольным органом соответствующего анализа товарного рынка.

В качестве еще одного примера можно привести дело в отношении ТОО «Орал Таза Сервис» и ТОО «ICM Recycling» по факту заключения антиконкурентного соглашения.

Так, постановлением Специализированного административного суда г. Уральск от 12 сентября 2019 г. по делу №2712-19-00-3/6296 ТОО «Орал Таза Сервис» было привлечено к административной ответственности за совершение административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 159 КоАП, выраженном в заключении соглашения с ТОО «ICM Recycling», которое привело к ограничению конкуренции, а именно к ограничению доступа на товарный рынок или устранению с него других субъектов рынка в качестве продавцов (поставщиков) определенных товаров или их покупателей (ИП Мустафина А.С.).

Постановлением Специализированного административного суда г. Уральск от 25 сентября 2019 г. по делу №2712-19-00-3/6994 ТОО «ICM Recycling» также было привлечено к административной ответственности (См. Вставку 2.2.17).

Вставка 2.2.17

«В ходе судебного разбирательства установлены и подтверждены имеющимися материалами дела обстоятельства, изложенные в Заключении по результатам расследования от 14 августа 2019 г. и в протоколе об административном правонарушении №14 от 16 августа 2019 г.

Так, полигон захоронения твердых бытовых отходов (далее – ТБО) находится в доверительном управлении у ТОО «ICM Recycling», при этом указанный полигон является единственным в границах г. Уральск, соответственно положение ТОО «ICM Recycling» на данном рынке оказания услуг является монопольным.

В ходе расследования установлено, что ТОО «ICM Recycling» ограничивает допуск на полигон автомашин – мусоровозов обратившегося в Департамент ИП Мустафина А.С., допуская и оказывая предпочтение автомашинам ТОО «Орал Таза Сервис», тогда как ИП Мустафин А.С. и ТОО «Орал Таза Сервис» осуществляют деятельность на товарном рынке сбора/вывоза ТБО, т.е. являются конкурентами.

Кроме того, при обращении ИП Мустафина А.С. 02 августа 2018 г. в ТОО «ICM Recycling» с предложением о заключении договора на размещение ТБО на полигоне обращение осталось без ответа, договор не был заключен. Как впоследствии пояснили работники ТОО «ICM Recycling», по причине отсутствия разрешения на эмиссии на загрязнение окружающей среды. Однако аналогичные договоры были заключены с ТОО «Орал Таза Сервис» 16 августа 2018 г., с ТОО «Construction Leaders» 01 октября 2018 г.

После запросов Департамента 15 декабря 2018 г. договор, заключенный с ТОО «Орал Таза Сервис» 16 ноября 2018 г., был расторгнут как ошибочно заключенный.

Вместе с тем, на основании Договора на оказание услуг по захоронению ТБО №1-19 от 16 ноября 2018 г. ТОО «Орал Таза Сервис» приняло участие в государственных закупках услуг по сбору и вывозу ТБО, проведенных 27 ноября 2018 г. АО «НК КТЖ «Грузовые перевозки», в государственных закупках, объявленных АО «Самрук-Казына» 04 декабря 2018 г.

В то же время ИП Мустафин А.С. был лишен возможности участия в данных конкурсах в связи с отсутствием договора на размещение ТБО на полигоне, поскольку в конкурсной документации было указано о том, что при отсутствии собственного полигона для хранения твердых бытовых отходов обязательно наличие договора с владельцем полигона на прием отходов.

Совершение ТОО «Орал Таза Сервис» административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 159 КоАП, подтверждается протоколом об административном правонарушении №14 от 16 августа 2019 г., заключением по результатам расследования от 14 августа 2019 г., обращением ИП Мустафина А.С., договором на оказание услуг по захоронению ТБО №1-19 от 16 ноября 2018 г., заключенного между ТОО «Орал Таза Сервис» и ТОО «ICM Recycling», дополнительным соглашением о расторжении договора от 15 декабря 2018 г. и другими материалами дела, а также устными пояснениями вышеуказанных лиц.

Руководствуясь ст. 829-10, ст. 829-11, п. 1 ч. 1 ст. 829-14 КоАП, судья

ПОСТАНОВИЛ:

ТОО «Орал Таза Сервис» привлечь к административной ответственности за совершение административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 159 КоАП, и наложить административное взыскание в виде административного штрафа в размере 3 (трех) процентов от дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности на сумму 1 226 636 (один миллион двести двадцать шесть тысяч шестьсот тридцать шесть) тенге, без конфискации монопольного дохода ввиду его отсутствия»⁹⁸.

Анализируя правоприменительную и судебную практику по картельным соглашениям, можно отметить, что для установления факта картельного сговора антимонопольный орган должен доказать совокупность нескольких обстоятельств:

- в первую очередь, это факт заключения картеля субъектами рынка и их участия в нем;

- наличие либо возможность наступления одного из указанных в п. 1 ст. 169 ПК РК последствий от картельного соглашения (т.е. наличие соответствующих последствий);

- наличие причинно-следственной связи между конкретными действиями участников картельного соглашения и негативными последствиями для рынка;

98. Постановление Специализированного административного суда г.Уральска от 12 сентября 2019 г. № 2712-19-00-3/6296. – С.2-4.

- получение экономической выгоды в той или иной форме субъектами рынка – участниками картельного соглашения.

Следует отметить, что согласно ч. 2 п. 3 ст. 169 ПК РК запреты, установленные ч. 1 п. 3, не распространяются на вертикальные соглашения, если доля субъекта (субъектов) рынка на одном из рассматриваемых товарных рынков не превышает двадцати процентов, за исключением вертикальных соглашений при организации и проведении закупок товаров и торгов либо соглашений, являющихся договорами государственно-частного партнерства, в том числе договорами концессии, комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга).

Судом указывается, что полигон твердо-бытовых отходов находится в доверительном управлении у ТОО «ICM Recycling», при этом указанный полигон является единственным в границах г. Уральск, соответственно положение ТОО «ICM Recycling» на данном рынке оказания услуг является монопольным.

Вместе с тем ТОО «Орал Таза Сервис» осуществляет деятельность на товарном рынке сбора/вывоза ТБО, о наличии у товарищества доли в размере 20 и более процентов на указанном рынке из постановления не следует.

Достаточно часто антимонопольный орган квалифицирует одно и то же деяние как нарушение, предусмотренное различными пунктами либо различными подпунктами одного пункта ст. 169 ПК РК.

В качестве примера можно привести дело в отношении АО «ССГПО», ТОО «ТрансСфера-СП» и ТОО «Компания СТРОЙБАТ». Антимонопольным органом действия указанных субъектов рынка были одновременно квалифицированы по пп. 1 п. 2 ст. 169 ПК РК (ранее пп. 1 п. 2 ст. 10 Закона РК «О конкуренции»), а также по пп. 5 п. 3 ст. 169 ПК РК (ранее пп. 4 п. 3 ст. 10 Закона РК «О конкуренции»).

Судом АО «ССГПО», ТОО «ТрансСфера-СП» и ТОО «Компания СТРОЙБАТ» были привлечены к административной ответственности за совершение административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 159 КоАП РК (См. Вставку 2.2.18).

Вставка 2.2.18

«По итогам проведенного Департаментом расследования, согласно заключению от 08 января 2016 г. №09-ОД, в действиях ТОО «ТрансСфера-СП» установлены факты нарушения пп. 1 п. 2 и пп. 4 п. 3 ст. 10 ранее действовавшего Закона РК «О конкуренции», пп. 1 п. 2 и пп. 5 п. 3 ст. 169 Предпринимательского Кодекса РК – «антиконкурентное соглашение».

Изложенные нарушения были допущены ТОО «ТрансСфера-СП» при следующих обстоятельствах: АО «ССГПО» осуществляет производство и реализацию щебня с Соколовского и Кзыл-Жарского рудников. Уставным видом деятельности ТОО «ТрансСфера-СП» является оптовая торговля цементом, песком и гравием. В 2013-2014 гг. между АО «ССГПО», ТОО «ТрансСфера-СП» и ТОО «Компания СТРОЙБАТ» заключены контракты (соглашения), предметом которых является реализация щебня:

Контракт между АО «ССГПО» и ТОО «ТрансСфера-СП» от 26 февраля 2013 г. №688/13/26юр.

Контракт между АО «ССГПО» и ТОО «ТрансСфера-СП» от 06 марта 2014 г. №698/14/26юр.

Контракт между АО «ССГПО» и ТОО «Компания СТРОЙБАТ» от 26 февраля 2013 г №687/13/26юр.

Контракт между АО «ССГПО» и ТОО «Компания СТРОЙБАТ» от 25 марта 2014 г №686/14/26юр.

Указанные контракты (соглашения) заключены на большую часть реализуемого АО «ССГПО» щебня.

Учитывая, что АО «ССГПО» является продавцом, а ТОО «ТрансСфера-СП» и ТОО «Компания СТРОЙБАТ» покупателями, указанные соглашения являются вертикальными. Соглашения заключены с целью установления цены перепродажи для покупателей щебня, так как в результате наличия указанных соглашений цена реализуемого щебня стала дороже.

При этом указанными контрактами (соглашениями) был ограничен доступ на товарный рынок и организовано устранение с него других субъектов в качестве продавцов и покупателей. В этой связи, отдельные потребители не имели возможности приобрести щебень напрямую с АО «ССГПО»⁹⁹.

99. Постановление Специализированного административного суда г.Рудного Костанайской области от 26 августа 2016 г. по делу № 3928-16-00-3/3593. – С.2-3.

Резюме, выводы:

Проведенный анализ показывает, что доказывание наличия и фактической реализации картельного сговора между субъектами рынка не всегда осуществляется на основе анализа их поведенческих признаков в рамках осуществления ими предпринимательской деятельности с учетом принципов разумности и обоснованности.

Для установления факта совершения субъектами рынка антиконкурентных соглашений на определенном рынке необходимо определить вначале сам рынок с его продуктовыми и географическими границами, конкурентов – участников рынка, а затем установить наличие либо возможность наступления одного из указанных в п. 1 ст. 169 ПК РК последствий от картельного соглашения.

2.3 Часть 3 и часть 3-1 статьи 159 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях (злоупотребление доминирующим или монопольным положением)

В настоящем разделе представлен обзор судебной практики по ч. 3 ст. 159 КоАП РК (злоупотребление доминирующим или монопольным положением). Необходимо отметить, что законом Республики Казахстан от 24 мая 2018 г. ч. 3 ст. 159 КоАП РК изложена в новой редакции и дополнена ч. 3-1, тогда как до внесения изменений действия, предусмотренные частями 3 и 3-1, квалифицировались по ч. 3 ст. 159 КоАП РК.

В действующей редакции, в соответствии с ч. 3 ст. 159 КоАП РК, предусмотрена административная ответственность за злоупотребление субъектами рынка своим доминирующим или монопольным положением путем установления, поддержания монопольно высоких (низких) или монопсонически низких цен, запрещенных ПК, если эти действия не содержат признаков уголовно наказуемого деяния. В то же время в ч. 3-1 ст. 159 КоАП РК включена административная ответственность за злоупотребление субъектами рынка своим доминирующим или монопольным положением, за исключением установления, поддержания монопольно высоких (низких) или монопсонически низких цен, запрещенных ПК РК.

Ст. 174 ПК РК предусматривает еще 10 видов злоупотреблений доминирующим положением, помимо установления монопольно высоких (низких) цен. При этом указанный список злоупотреблений не является исчерпывающим и на практике есть факты проведения расследований по преамбуле ст. 174 ПК РК, когда ущемлялись права потребителей и (или) ограничивалась конкуренция от определенных действий (бездействий) субъектов-доминантов.

Разница санкции между ч. 3 и ч. 3-1 ст. 159 КоАП РК в том, что в соответствии с ч. 3 этой статьи, дополнительно к штрафу в процентном выражении от дохода (выручки) правонарушителя в качестве дополнительного наказания предусмотрена конфискация монопольного дохода, полученного в результате осуществления монополистической деятельности не более чем за один год.

На практике в 80% случаев суды поддерживают результаты расследований, проведенных антимонопольным органом, вынося обвинительный приговор в отношении субъектов рынка (см. Таблицу 2.3.1). И лишь в каждом пятом случае суды поддерживали позиции субъектов рынка. В данном разделе будет проанализирована часть этих решений, доступ к которым имеется в Базе судебных актов Верховного Суда.

Необходимо отметить, что по ч. 3 и ч. 3-1 ст. 159 КоАП РК объектом административных правонарушений являются общественные отношения на товарном рынке. Административные правонарушения посягают на общественные отношения, складывающиеся в связи с конкуренцией между субъектами рынка, являющейся необходимым условием обеспечения свободы экономической деятельности.

Таблица 2.3.1

Статистика принятых судами решений по рассмотрению дел по итогам проведенных расследований по злоупотреблениям субъектами рынка доминирующим положением за 2015 г. – I полугодие 2020 г.¹⁰⁰

№	Регион	Решения, принятые судом в пользу:	
		антимонопольного органа	объекта расследования
1	Центральный аппарат АЗРК	6	1
2	г. Нур-Султан	6	4
3	г. Алматы	7	1
4	Актюбинская область	3	
5	Атырауская область	2	
6	Западно-Казахстанская область	8	1
7	Жамбылская область	6	1
8	Карагандинская область	4	1
9	Костанайская область	7	

100. Информация из ответа АЗРК на запрос Центра в рамках подготовки настоящего обзора.

10	Кызылординская область	3	2
11	Мангистауская область	3	2
12	Туркестанская область	5	
13	Павлодарская область	3	4
14	Северо-Казахстанская область	2	
15	Восточно-Казахстанская область	9	1
	ИТОГО:	74	18

Объективная сторона правонарушения выражается в совершении занимающим доминирующее положение на товарном рынке субъектом действий (бездействий), признаваемых злоупотреблением доминирующим положением и недопустимых в соответствии со ст. 174 ПК РК, если результаты таких действий привели или приводят к ограничению доступа на соответствующий товарный рынок, недопущению, ограничению и устранению конкуренции и (или) ущемляют законные права субъекта рынка или неопределенного круга потребителей.

Административная ответственность за злоупотребление доминирующим положением, в соответствии с ч. 3и ч. 3-1 ст. 159 КоАП РК, на товарном рынке наступает в случаях, если нарушение не содержит признаков уголовно наказуемого деяния.

Субъектами административного правонарушения, предусмотренного обеими частями данной статьи, могут быть юридические лица или индивидуальные предприниматели, если эти лица занимают доминирующее положение на товарном рынке.

Таким образом, для применения этой нормы законодательства антимонопольный орган должен доказать наличие у субъекта доминирующего положения на рынке на момент совершения предполагаемого нарушения, факт самого злоупотребления и наличие последствий, запрещенных антимонопольным законодательством, как результат противоправной деятельности такого лица. Под «противоправной деятельностью» понимается ограничение доступа на соответствующий товарный рынок, недопущение, ограничение и устранение конкуренции и (или) ущемление закон-

ных прав иных лиц. При этом возможно наступление указанных последствий как в совокупности, так и независимо друг от друга¹⁰¹.

При этом «отсутствие доказательств, свидетельствующих об установлении высокой цены и изменении цены по сравнению с предыдущим периодом, об ограничении доступа на соответствующий товарный рынок, влечет прекращение производству по делу»¹⁰² (см. Вставку 2.3.1).

Вставка 2.3.1

«Постановлением САС г. Актобе от 23 ноября 2017 г. производство по делу об административном правонарушении в отношении ТОО «Р» по ч. 3 ст. 159 КоАП прекращено за отсутствием состава административного правонарушения.

Согласно протоколу, Товарищество злоупотребило своим доминирующим положением, что выразилось в виде установления монопольно высокой отпускной цены в размере 17 тенге за 1 штуку куриного яйца первой категории в период с 29 июня по 6 июля 2016 г. Доход (выручка) от реализации продукции в этот период составил 18 561 960 тенге, монопольный доход – 1 091 880 тенге.

Прекращая производство по делу, суд пришел к выводу об отсутствии доказательств, свидетельствующих об установлении монопольно высокой цены, а также о том, что изменение цены по сравнению с предыдущим периодом привело либо приводит к ограничению доступа на соответствующий товарный рынок, недопущению, ограничению и устранению конкуренции и ущемлению законных прав субъектов рынка или неопределенного круга потребителей.

Так, согласно сравнительной таблице цен на куриные яйца оптовых реализаторов с разницей на 1 тенге с ценой, установленной ТОО «А» и ИП «Ж», Товарищество с 29 июня по 6 июля 2016 г. установило цену за штуку куриного яйца первой категории в 17,0 тенге, затем в последующих анализируемых периодах цена варьировалась

101. См.: Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан. Раздел 4 «Экономическая конкуренция» / Под общ. ред. А.Т. Айтжанова; Центр развития и защиты конкурентной политики, Альянс антимонопольных экспертов. - 2-е изд., перераб. и доп. – Астана, 2017. – С.133

102. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. - С. 41.

от 16 до 19 тенге и не была самой высокой среди иных оптовых реализаторов куриных яиц. Между тем, в Заключении по результатам расследования от 3 октября 2017 г. (далее – заключение) не содержатся сведения о том, что установление Товариществом монопольно высокой отпускной цены в размере 17 тенге за 1 штуку куриного яйца первой категории в период с 29 июня по 6 июля 2016 г. Иными словами, нет сведений об установлении более высокой цены по сравнению с предыдущим периодом, что привело либо приводит к ограничению доступа на соответствующий товарный рынок, недопущению, ограничению и устранению конкуренции, и/или ущемлению законных прав субъекта рынка или неопределенного круга потребителей. Более того из заключения следует, что согласно калькуляции, цена на производство Товариществом одного куриного яйца за июнь месяц 2016 г. составляет 18,69 тенге.

В этой связи установление Товариществом отпускной цены в размере 17 тенге за 1 штуку куриного яйца первой категории в период с 29 июня по 6 июля 2016 г. не превышает сумму, необходимую на его производство и реализацию¹⁰³.

Само по себе доминирующее положение либо совершение субъектом действий (бездействий), признаваемых злоупотреблением доминирующим положением, без наступления указанных выше последствий не образует состава правонарушения, предусмотренного ч. 3 и ч. 3-1 ст. 159 КоАП РК, поскольку нарушение состоит в злоупотреблении данным положением и оно никак не обусловлено объективными экономическими показателями, сложившимися в условиях нормальной конкуренции.

При этом такие последствия являются прямым следствием действий, являющихся злоупотреблением доминирующим положением, и в результате этих действий может создаваться реальная угроза наступления неблагоприятных для конкуренции последствий.

Под конкуренцией, в соответствии с п. 1 ст. 162 ПК РК, понимается «состязательность субъектов рынка, при которой их самостоятельные действия эффективно ограничивают возможность

103. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. - С. 41-42.

каждого из них односторонне воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке».

В Обобщении ВС РК представлены определения «недопущения», «ограничения» и «устранения конкуренции», которые отражают суть этих действий. Так, «недопущение конкуренции – это ситуация, когда в результате злоупотребления хозяйствующим субъектом доминирующим положением вообще исключается возможность конкуренции. Ограничение конкуренции – ситуация, когда в результате злоупотребления хозяйствующим субъектом доминирующим положением существенно снижается возможность конкуренции. Устранение конкуренции – ситуация, когда в результате злоупотребления хозяйствующим субъектом доминирующим положением постепенно устраняется возможность конкуренции»¹⁰⁴.

Необходимость проведения анализа рынка для определения доминирующего положения субъекта рынка

В соответствии с п. 2 ст. 218 ПК РК антимонопольный орган при наличии признаков, предусмотренных ст. 174 ПК РК, до проведения расследования проводит анализ состояния конкуренции на товарных рынках с целью выявления доминирующего или монопольного положения субъекта рынка. При этом меры антимонопольного реагирования в отношении данного субъекта рынка применяются за период его фактического доминирования в соответствии со ст. 218 ПК РК.

Изучение судебных решений по делам о злоупотреблении доминирующим положением показало, что анализ товарного рынка проводился антимонопольным органом во всех случаях, и как правило, субъектами рынка в редких случаях оспаривалось занимаемое ими доминирующее положение. Границами рынка определялись, как правило, город, район, область и республика.

Вместе с тем, по отдельным решениям границы рынка устанавливались в пределах территории аэропортов или даже земельных участков. Так, центральный аппарат КРЕМЗКиПП провел

104. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. - С. 38.

расследование в отношении АО «Казтелерадио» за установление монопольно высоких цен на услугу по хранению телекоммуникационного оборудования на земельном участке.

Вставка 2.3.2

Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Алматы от 31 июля 2018 г.

«По итогам опроса, 75 % потребителей не готовы приобрести услугу у другого продавца, если цена АО «Казтелерадио» на услугу по хранению оборудования долговременно (1 год и более) увеличится на 5-10%. Причиной этого служит объективная ситуация, в частности, для компании «...» «размещение своего оборудования на территории Общества является безальтернативным. В этой связи, несмотря на ценовой фактор, потребители вынуждены согласиться с условиями АО «Казтелерадио».

В этой связи, географическими границами товарного рынка определены границы земельных участков АО «Казтелерадио» по Республике Казахстан, на которых расположено оборудование операторов связи и других юридических лиц. При этом доля доминирования АО «Казтелерадио» в указанных географических границах составило более 50% (100%)»¹⁰⁵.

Представители АО «Казтелерадио» были не согласны с выводами по итогам анализа товарного рынка, в части неверного определения географических границ рынка услуг по хранению телекоммуникационного оборудования только границами земельных участков Общества и неверного расчета доли, занимаемой Обществом на данном рынке.

При проведении анализа товарного рынка антимонопольный орган руководствуется нормами ст. 196 ПК РК и Методики анализа рынка, которая предусматривает разнообразные инструменты по установлению товарных и географических границ товарного рынка. В рамках проведения анализа данного товарного рынка антимонопольным органом был проведен опрос потребителей АО «Казтелерадио» в соответствии с Методикой анализа рынка,

105. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Алматы №7528-18-00-3/15348 от 31 июля 2018 г. – С.4.

итоги которого показали, что потребители не готовы заменить услугу АО «Казтелерадио» на услуги другого субъекта рынка (см. Вставку 2.3.2). Судом были поддержаны выводы антимонопольного органа по анализу товарного рынка и в целом по расследованию.

Злоупотребление доминирующим положением в части установления монопольно высоких (низких) цен

В соответствии с ч. 3 ст. 159 КоАП РК злоупотребления субъектами рынка своим доминирующим или монопольным положением путем установления, поддержания монопольно высоких (низких) или монопсонически низких цен, запрещенные ПК РК, если эти действия не содержат признаков уголовно наказуемого деяния, влекут штраф на субъектов малого или среднего предпринимательства или некоммерческие организации в размере трех, на субъектов крупного предпринимательства - в размере пяти процентов от дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности, с конфискацией монопольного дохода, полученного в результате осуществления монополистической деятельности, не более чем за один год.

Как уже говорилось выше, до 29 июня 2020 г.¹⁰⁶ определение монопольно высокой цены по ст. 175 ПК РК звучало следующим образом: «монопольно высокой ценой товара является цена, установленная субъектом рынка, занимающим доминирующее или монопольное положение, если:

1) эта цена превышает максимально высокую цену, которую на этом же товарном рынке в условиях конкуренции устанавливает субъект рынка, не входящий в одну группу лиц с субъектом рынка, занимающим доминирующее положение, или превышает цену на сопоставимом товарном рынке, которая сформировалась в условиях конкуренции;

106. На момент проведения настоящего обзора судебной практики еще не сформировалась практика по рассмотрению судами дел по злоупотреблению доминирующим положением в части установления монопольно высокой цены в новой редакции п. 1 ст. 175 ПК РК от 29 июня 2020 г.

2) эта цена превышает сумму необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли».

Таким образом, для того чтобы признать цену монопольно высокой необходимо наличие условий, что эта цена самая высокая на соответствующем или сопоставимом рынке, и что эта цена превышает необходимые расходы и прибыль. Как справедливо отмечается в Обобщении ВС РК, «одним из основных обстоятельств, подлежащих установлению судом по данной категории дел, является проведение анализа тарифов ... на сопоставимом товарном рынке и установление факта превышения максимально высокой цены¹⁰⁷».

Изучение судебных решений на предмет установления антимонопольным органом указанных признаков показало, что не во всех случаях антимонопольным органом проводилось сравнение цен на соответствующем или сопоставимом товарном рынке, что объяснялось отсутствием условий конкуренции на соответствующем рынке или отсутствием сопоставимого рынка, и далее проводился анализ расходов и прибыли.

Методика по выявлению монопольной цены позволяет применять подобный подход и, в случае невозможности определения конкурентной цены на соответствующем или сопоставимом рынке, проводится анализ расходов и прибыли субъекта рынка, на основании которого определяется обоснованная цена.

Стоит отметить, что не всеми судами уделяется внимание отсутствию сравнения цен субъекта, занимающего доминирующее положение (субъект доминант), с ценами других субъектов на соответствующем или сопоставимом рынке. Из рассмотренных в настоящем обзоре судебных решений по данному виду злоупотребления доминирующим положением лишь в нескольких случаях обращается внимание на отсутствие сравнения цен субъекта доминанта с ценами других компаний на соответствующем или сопоставимом товарном рынке, а в остальных судебных решениях внимание на сравнении цен не акцентировалось.

107. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. – С.41.

Далее представлено два примера, в которых судами было обращено внимание на необходимость проведения сравнения цен на соответствующем товарном рынке.

Так, в 2018 г. Департаментом КРЕМЗКиПП по Жамбылской области усматривалось нарушение в действиях ТОО «Париев» по установлению цен на услуги по строительству газораспределительной сети (далее – ГРС) и строительно-монтажные работы (далее – СМР) по локальному рынку Шуского района села Толе би за период 2016 г. и 6 месяцев 2017 г.

В судебном заседании представители Департамента пояснили, что расследование было начато на основании жалоб потребителей на высокие цены ТОО «Париев» по сравнению с другим товариществом (без лицензии). Работы по газификации не завершены, ТОО «Париев» не состоит в государственном реестре субъектов рынка

Представители ТОО «Париев» объяснили, что товарищество проводит газификацию района на основании меморандума между ними акиматом и АО «КазТрансГаз Аймак» по рабочему проекту ТОО «Тараз Ремпроект», который прошел экспертизу, и в котором были определены цены на услуги. Работа еще не закончена, и ТОО «Париев» не имеет прибыли от вложенных инвестиций, а напротив – несет убытки. Также было указано, что жалоба на завышенные цены ТОО «Париев» была составлена лицом, которое хочет приобретать услуги у другого товарищества без лицензии. Также в судебном заседании были заслушаны показания свидетелей, некоторые из которых утверждали, что цены ТОО «Париев» завышены, другие, напротив, считали, что цены ниже, чем у аналогичных компаний в г. Шу.

По итогам рассмотрения указанного дела суд пришел к следующим выводам:

1. Расследование было проведено на основании жалоб жителей Меркенского района села Толе би.

2. Работы по строительству ГРС ТОО «Париев» оказывает в соответствии с рабочим проектом, разработанным ТОО «Тараз-Ремпроект» на основании технического условия, выданного ЖПФ АО «КазТрансГаз Аймак». Указанный проект прошел экспертизу.

3. При сравнении цен ТОО «Париев» с ценами других субъектов, оказывающих такие же услуги в Шуском районе, установлено, что цена ТОО «Париев» ниже их цен.

4. В Заключении Департамента указано, что расследование проводилось за 2016 г. и 6 месяцев 2017 г., и дальнейший доход ТОО «Париев» не предусмотрен, а составлен расчет исходя из проделанных работ в течении полутора лет.

5. ТОО «Париев» не состоит в Государственном реестре субъектов рынка, занимающих доминирующие или монопольное положение, что является квалифицирующим признаком административного правонарушения, по которому возбуждено дело (Вставка 2.3.3).

Необходимо отметить, что Государственный реестр субъектов рынка, занимающих доминирующее положение на регулируемых рынках, действовал до 31 декабря 2016 г. При этом рынки, на которых осуществляло свою деятельность ТОО «Париев», не относятся к регулируемым, и ТОО не могло состоять в этом Реестре. Исходя из пп. 1 п. 2 ст. 218 ПК РК, Департамент обязан был провести анализ рынка данных услуг и, если по итогам положение ТОО «Париев» было бы признано доминирующим, в отношении него можно было бы проводить расследование за период его фактического доминирования без привязки к Реестру. Но из содержания судебного решения неясно, была ли использована Департаментом указанная норма, и проводился ли анализ данного рынка.

По итогам рассмотрения дела суд принял решение прекратить производство по административному делу в отношении ТОО «Париев» (см. Вставку 2.3.3).

Вставка 2.3.3

Постановление Меркенского районного суда Жамбылской области от 9 февраля 2018 г.

«В Шуском районе аналогичные услуги оказывают ТОО «Брик 2007», ЖПФ АО «КТГА», ТОО «Ақ Қар 2009», ПК «Столяр». По итогам сравнения цен на предоставляемые услуги за 2016 г. и 6 месяцев 2017 г. на соответствующем товарном рынке услуга СМР «внутрянка» у ТОО «Брик 2007» выше на 175%, чем у ТОО «Париев».

Требования ч. 3 ст. 159 КоАП РК раскрывают злоупотребление субъектами рынка своим доминирующим или монопольным положением, запрещенное Предпринимательским Кодексом Республики Казахстан.

Согласно письму Департамента за №207 от 30 января 2018 г. и, как было установлено в ходе судебного разбирательства, ТОО «Париев» не состоит в Государственном реестре субъектов рынка, занимающих доминирующие или монопольное положение.

При таких обстоятельствах нет никаких оснований делать выводы о том, что ТОО, производя работы по газификации, умышленно завышает цены на строительство ГРС и СМР, так как ТОО производил работы по строительству ГРС на основании меморандума и Рабочего проекта, который прошел экспертное исследование. В соответствии с условиями этих документов, ТОО не завершило работы по строительству ГРС, проведена лишь часть работы, окончательно не определен доход ТОО по выполнению работ, также согласно представленным документам, ТОО не значится субъектом рынка в Государственном реестре, что является квалифицирующим признаком административного правонарушения, по которому возбуждено данное дело. С учетом изложенных обстоятельств, судья считает необходимым прекратить производство по делу в связи с отсутствием состава административного правонарушения в действиях ТОО «Париев»¹⁰⁸.

Аналогичное замечание было озвучено областным судом Восточно-Казахстанской области при рассмотрении дела в отношении ТОО «Каражыра ЛТД» по злоупотреблению доминирующим положением в части установления монопольно высоких цен на реализацию угля.

В рамках расследования Департаментом по ВКО было проведено сравнение темпа роста цен на уголь ТОО «Каражыра ЛТД» с темпами роста цен других компаний на соответствующем товарном рынке, показавшее превышение темпов роста цен товарищества по сравнению с конкурентами. При этом Департамент произвел анализ расходов и прибыли ТОО «Каражыра ЛТД» и, определив обоснованную цену за одну тонну угля, производимого последним,

108. Постановление Меркенского районного суда Жамбылской области № 3154-18-00-3/16 от 9 февраля 2018 г. – С.4-6.

сделал вывод об установлении ТОО «Каражыра ЛТД» монопольно высоких цен на рынке Восточно-Казахстанской области.

ТОО «Каражыра ЛТД» было не согласно с выводами Департамента, обосновывая это тем, что на рынке реализации угля в Восточно-Казахстанской области присутствуют другие субъекты рынка, цены которых превышают цену товарищества (см. Вставку 2.3.4).

Вставка 2.3.4

Постановление Восточно-Казахстанского областного суда от 29 июня 2016 г. по делу в отношении ТОО «Каражыра ЛТД».

«Сравнив цены субъектов рынка, в соответствии с вышеуказанными требованиями Закона, прихожу к выводу, что со стороны ТОО «Каражыра ЛТД» отсутствует установление монопольно высокой цены на уголь в 2015 г., поскольку цена, установленная данным субъектом, не превышает максимально высокую цену на рынке Восточно-Казахстанской области, установленную АО «Шубарколь комир», которое не входит в одну группу с ТОО «Каражыра ЛТД»¹⁰⁹.

Далее пример, когда в рамках расследования было проведение сравнение цен с ценами на соответствующем товарном рынке. Здесь в качестве обоснованной цены на рынке была использована наиболее низкая цена конкурента на рынке (либо был произведен расчет, и цена объекта расследования была идентична цене конкурента).

Департаментом КРЕМЗК по Жамбылской области было проведено расследование в отношении ТОО «Тараз Газ-Терминал» по установлению монопольно высоких цен на розничную реализацию сжиженного нефтяного газа.

В целях определения доли доминирования субъекта рынка, Департаментом проведен анализ товарного рынка по розничной реализации сжиженного газа в границах Жамбылской области за период 2014-2015 г., по результатам которого установлено, что доля доминирования ТОО «Тараз Газ-Терминал» в границах Жамбылской области составляет 86,7%

109. Постановление Восточно-Казахстанского областного суда № 3а/362 от 29 июня 2016 г. – С.5.

Департаментом было проведено сравнение цен ТОО «Тараз Газ-Терминал» с ценами других компаний на рынке розничной реализации сжиженного нефтяного газа. На соответствующем товарном рынке по Жамбылской области оказывает аналогичные услуги ТОО «Ауа Жай», у которого тарифы на розничную реализацию сжиженного газа составляют 67,74 тенге за 1 кг без учета НДС, а у ТОО «Тараз Газ-Терминал» 98,18 тенге за 1 кг без НДС.

Соответственно, ТОО «Тараз Газ-Терминал» превышает тарифы на соответствующем рынке по розничной реализации сжиженного газа на 31%.

ТОО «Тараз Газ-Терминал» реализовало в розницу сжиженного газа 30 000 кг по цене 98,18 тенге за кг без учета НДС. В результате ТОО «Тараз Газ-Терминал» получило в июле месяце текущего года монопольный доход в размере 913 200 тенге (30 000 кг 30,44 тенге за кг (98,18-67,74)).

Стоит отметить, что ТОО «Тараз Газ-Терминал» не пришло на судебное заседание, и не обжаловало протокол об административном правонарушении.

Исследовав материалы дела, заслушав заключение прокурора о привлечении ТОО «Тараз Газ-Терминал» к штрафу, суд пришел к выводу, что вина ТОО «Тараз Газ-Терминал» в совершении правонарушения, предусмотренного ч. 3 ст. 159 КоАП РК, доказана.¹¹⁰

Анализ расходов и прибыли, расчет обоснованной цены

Пп. 2 п. 1 ст. 175 ПК РК было предусмотрено, что помимо сравнения цен, также необходимо проанализировать расходы и прибыль субъекта в рассматриваемый период. Методика по выявлению монопольно высокой цены предусматривает расчет обоснованной цены в случае невозможности сравнения с ценами на соответствующем или сопоставимом товарном рынке (см. Вставку 2.3.5).

110. Постановление Специализированного административного суда г.Тараз № 3116-1ч6-00-3/3492 от 3 октября 2016 г. – С. 1-4.

В Постановлении Специализированного административного суда г. Павлодар от 25 августа 2020 г. рассмотрены результаты расследования, проведенного Департаментом КЗРК по Павлодарской области в отношении АО «Аэропорт Павлодар» (далее – Общество) по факту установления монопольно высокой цену на реализацию авиационного керосина.

По результатам проведенного расследования Департаментом установлено, что в период 2019-2020 гг. Обществом применялись следующие цены за 1 тонну реализованного авиатоплива, дифференцированные по группам потребителей:

для воздушных судов Республики Казахстан, выполняющих внутренние и международные регулярные рейсы, – 277 300 тенге без учета НДС;

для иностранных авиакомпаний, выполняющих международные рейсы, – 315 000 тенге (НДС 20%);

для воздушных судов, выполняющих заказные и чартерные рейсы, – 301 000 тенге без учета НДС.

Средняя цена за 1 тонну авиатоплива, фактически сложившаяся в результате применения дифференцированных по группам потребителей цен, без учета НДС составила: в 2019 г. – 311 723 тенге; в 2020 г. – 306 645 тенге.

Обоснованная в соответствии с Методикой цена реализации авиатоплива, исходя из годовых показателей, составила 291 540 тенге за 1 тонну без учета НДС, что ниже фактически сложившихся в результате применения дифференцированных цен в 2019 г. (311 723 тенге) на 6,5%, в 2020 г. (306 645 тенге) на 4,9%.

Таким образом, Департаментом было установлено, что цены реализации авиатоплива Общества в период 2019 г. (с апреля по декабрь) и 2020 г. (с января по апрель) являются монопольно высокими.

Представители АО «Аэропорт Павлодар» в суде не оспаривали совершение данного нарушения.

По итогам рассмотрения указанного дела судом принято решение в пользу антимонопольного органа¹¹¹.

111. Постановлении Специализированного административного суда г. Павлодар № 5512-20-3/5675 от 25 августа 2020 г. – С. 1-5.

Примечательным является случай, когда при отсутствии роста цены на услуги в действиях субъекта доминанта были усмотрены признаки установления монопольно высокой цены. В данном случае речь идет о расследовании в отношении ТОО «Экибастузлифт» по установлению монопольно высоких цен на техническое обслуживание лифтов, проведенном Департаментом по Павлодарской области в 2017 г. по обращению потребителей.

Так, ТОО «Экибастузлифт», не повышая цену на обслуживание лифтов (22 тенге за 1 кв. метр), включило в статьи расходов затраты на оплату коллекторских услуг. Департамент посчитал, что включение данных затрат необоснованно, поскольку оплата за них ложится на добросовестных потребителей, и произвел расчет обоснованной цены в размере 21,2 тенге за 1 кв. метр.

В суде ТОО «Экибастузлифт» не соглашалось с выводами по итогам расследования, обосновывая это тем, что цена была установлена в 2015 г. и не менялась, в случае расторжения договора с коллекторским агентством необходимо будет восстановить сокращенные должности коммерческих агентов, что не приведет к снижению цены. Суд не поддержал выводы Департамента по Павлодарской области, а принял сторону объекта расследования¹¹².

В Обобщении ВС РК в качестве последствий установления монопольно высокой цены указывалось устранение конкуренции и впоследствии повышение цены на услуги на смежном рынке. Далее представлен пример, взятый из указанного обобщения (см. Вставку 2.3.6).

Вставка 2.3.6

Постановлением Хромтауского районного суда Актюбинской области от 29 сентября 2017 г. ТОО «С» (далее – Товарищество) признано виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного ч. 3 ст. 159 КоАП, и подвергнуто административному взысканию в виде штрафа в сумме 51 823 тенге, с конфискацией монопольного дохода в сумме 140 138 тенге.

112. Более подробно: Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. - С. 39-41.

Постановлением Актюбинского областного суда от 25 октября 2017 г. постановление суда первой инстанции отменено, производство по делу прекращено за отсутствием в действиях Товарищества состава вмененного административного правонарушения.

Постановлением Верховного Суда от 14 июня 2018 г. постановление Актюбинского областного суда от 25 октября 2017 г. отменено, постановление Хромтауского районного суда от 29 сентября 2017 г. оставлено без изменения.

Как следует из материалов дела, в ходе расследования проведенного Департаментом, установлено, что Товарищество, занимая монопольное положение на товарном рынке по захоронению твердых бытовых отходов (далее – ТБО) в географических границах г. Хромтау, злоупотребляя своим доминирующим или монопольным положением, совершая действия, запрещенные ПК, не содержащие признаков уголовно-наказуемого деяния, установило и поддерживало монопольно высокую цену на услугу захоронения ТБО.

Так, Товарищество выставило тариф на захоронение ТБО в размере 4 311 тенге за тонну, тогда как ранее тариф составлял 1 890 тенге за тонну, то есть, увеличив его в 2,3 раза. Доход, полученный в результате монополистической деятельности в этот период, составил 1 727 436,31 тенге, монопольный доход - 140 138 тенге.

Суд апелляционной инстанции, отменяя постановление и прекращая производство по делу, мотивировал это тем, что антимонопольным органом не установлено, привели ли действия Товарищества, установившего более высокую цену по сравнению с предыдущим периодом, к последствиям, указанным в данной норме закона.

Указанные выводы суда апелляционной инстанции признаны Верховным Судом не соответствующими обстоятельствам, имеющим значение для дела.

Товарищество является владельцем полигона по захоронению ТБО. Сопоставимый товарный рынок не может быть определен, так как в г. Хромтау имеется всего один полигон. Все транспортные организации, оказывающие услуги по предоставлению специальной техники в аренду для сбора и вывоза ТБО, вынуждены заключать договор об утилизации отходов только с данным Товариществом. Более того, Товарищество, установив высокий тариф на захоронение ТБО, занизило тарифы на их сбор и вывоз по сравнению с другими конкурентами. Товарищество получило преимущество перед другими участниками рынка в заключении договоров на сбор и вывоз ТБО с производителями или владельцами таких отходов.

Таким образом, установление монопольно высокой цены Товарищества на услугу захоронения ТБО приводит к устранению конкуренции и впоследствии повышению цен на вывоз ТБО для субъектов рынка и населения.

Кроме того, заключение Департаментом составлено по документам, материалам и информации, предоставленным Товариществом. Установленная им цена является неконкурентной, поскольку образована не в условиях конкуренции. Исходя из этого, не может быть определен, как сопоставимый, товарный рынок для г. Хромтау. Также при составлении заключения учтены все расходы Товарищества, в том числе и замечания согласительной комиссии.

Суд апелляционной инстанции, не дав объективную оценку по расчетам монопольного дохода, пришел к неправильному выводу, указав на отсутствие оснований отнесения к монопольному доходу 140 138 тенге, и необоснованно освободил Товарищество от административной ответственности¹¹³.

Установление субъектом-доминантом монопольно низких цен

Согласно п. 5 ст. 175 ПК РК монопольно низкой ценой товара является цена, установленная субъектом рынка, занимающим доминирующее или монопольное положение, если:

- 1) эта цена ниже цены, которую на этом же товарном рынке устанавливает субъект рынка, не входящий в одну группу лиц с субъектом рынка, занимающим доминирующее положение;
- 2) эта цена ниже суммы фактических расходов на производство и реализацию такого товара.

В соответствии с п. 10 Методики по выявлению монопольно низкой цены для выявления монопольно низкой цены ведомство антимонопольного органа анализирует уровень цен на товар, которые на соответствующем товарном рынке, устанавливают субъекты рынка, не входящие с Субъектом в одну группу лиц. При анализе цен учитываются качественные параметры товара.

113. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №7, 2020. - С.42-44.

В случае если цена, установленная Субъектом, ниже цен, которые на этом товарном рынке устанавливают субъекты рынка, не входящие с Субъектом в одну группу лиц, ведомство антимонопольного органа проводит анализ фактических расходов Субъекта на производство и реализацию такого товара и выясняет обстоятельства установления Субъектом низкой цены на товар, по которому положение Субъекта признано доминирующим.

Из всех рассмотренных судебных решений было установлено всего два решения по итогам расследования по признакам монополично низкой цены.

Рассмотрим один пример, в котором антимонопольным органом было проведено сравнение цен на соответствующем товарном рынке, и в котором были последствия в виде ухода одного из субъектов с рынка, и усиления доли компании, снизившей цены на свои услуги.

Департаментом КРЕМЗКиПП было проведено расследование в отношении АО «Алма Телекоммуникейшнс Казахстан» за установление монополично низкой цены на пакет программ «Просто TV».

В судебном заседании представители Департамента пояснили, что АО «Алма Телекоммуникейшнс Казахстан» занимает доминирующее положение в границах г. Кокшетау за период ноябрь-декабрь 2016 г. с долей 55,5%, за январь-июль 2017 г. с долей 74,5%.

АО «Алма Телекоммуникейшнс Казахстан» в рамках проведения акции с 30 ноября 2016 г. по 31 декабря 2017 г. установило цену на пакет программ «Просто TV (аналоговое телевидение)» в размере 850 тенге, тогда как у конкурентов ТОО «РТ» и ТОО «Кокше Телеспутник» цена была выше и составляла 1400 тенге. При этом количество каналов у АО «Алма Телекоммуникейшнс Казахстан» составляло 64, у ТОО «РТ» — 54 канала и у ТОО «Кокше Телеспутник» — 60 каналов.

Департаментом было установлено, что полная себестоимость пакета программ «Просто TV» выше цены, установленной обществом до проведения акции «Platinum». Введенная АО «Алма Телекоммуникейшнс Казахстан» акционная скидка на пакет программ «Просто TV» в размере 850 тенге не покрывала расходы на

производство и реализацию данного пакета программ, что свидетельствует о наличии монопольно низкой цены.

Также АО «Алма Телекоммуникация Казахстан» своим действием по введению акции на Пакет программ «Просто TV» в размере 850 тенге устранило своего конкурента (ТОО «Кокше Телеспутник») с товарного рынка услуг распространения (ретрансляции) платных услуг телеканалов по сетям кабельного телевидения.

Представители АО «Алма Телекоммуникация Казахстан» были не согласны с результатами расследования и пояснили, что ТОО «Кокше Телеспутник» ушло с рынка по причине роста цен на контент в результате девальвации.

Суд по итогам рассмотрения вынес решение в пользу антимонопольного органа (см. Вставку 2.3.7)

Вставка 2.3.7

Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Алматы от 19 сентября 2018 г.

«Судья, изучив материалы административного дела, выслушав доводы сторон, считает, что уполномоченным органом действия АО «Алма Телекоммуникация Казахстан» квалифицированы правильно, как злоупотребление субъектом рынка своим доминирующим или монопольным положением, что запрещено Предпринимательским кодексом Республики Казахстан, если эти действия не содержат признаков уголовно наказуемого деяния, т.е. как совершение правонарушения, предусмотренного ст. 159 ч. 3 КоАП.

В ходе судебного заседания было установлено, что АО «Алма Телекоммуникация Казахстан», занимая доминирующее положение с занимаемой долей на рынке за период ноябрь-декабрь 2016 г. с долей 55,5%, за январь-июль 2017 г. с долей 74,5%, установило монопольно низкую цену. Цена во время проведения акции (период с 30 ноября 2016 г. по 31 декабря 2017 г.) составляла 850 тенге на пакет программ «Просто TV (аналоговое телевидение)», а у ТОО «RT» и ТОО «Кокше Телеспутник» цена составляла 1400 тенге.

Согласно результатам проведенного анализа товарного рынка в географических границах г. Кокшетау:

- у ТОО «Алма Телекоммуникация Казахстан» цена, за проверяемый период составляет 850 тенге, количество каналов – 64;

- у ТОО «РТ» цена, за проверяемый период составляет 1400 тенге, количество каналов – 54;

- у ТОО «Кокше Телеспутник» цена за проверяемый период составляет 1400 тенге, количество каналов – 60.

Полная себестоимость пакета программ «Просто TV» выше цены, установленной АО «Алма Телекоммуникацияс Казахстан» до проведения акции «Platinum».

Введенная АО «Алма Телекоммуникацияс Казахстан» акционная скидка на пакет программ «Просто TV» в размере 850 тенге не покрывала расходы на производство и реализацию данного пакета программ, что свидетельствует о наличии монопольно низкой цены»¹¹⁴.

Применение разных цен либо разных условий соглашений без объективно оправданных причин

Согласно п. 2 ст. 174 ПК РК запрещаются действия (бездействие) субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение, которые привели или приводят к ограничению доступа на соответствующий товарный рынок, недопущению, ограничению и устранению конкуренции и (или) ущемляют законные права субъекта рынка или неопределенного круга потребителей, в том числе такие действия, как:

...2) применение разных цен либо разных условий к равнозначным соглашениям с субъектами рынка или потребителями без объективно оправданных на то причин, за исключением случаев, когда применение разных цен обусловлено разными затратами на производство, реализацию и доставку товара, недискриминационным применением системы скидок, учитывающей объемы продаж, условия оплаты, сроки действия договора.

При проведении расследования по вышеуказанному виду нарушения необходимо установить равнозначность соглашений, заключенных субъектом-доминантом со своими потребителями, для установления обоснованности применения разных цен или условий по ним. Кроме того, следует обратить внимание на разность затрат на производство, реализацию и доставку товара,

114. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Алматы №7528-18-00-3/23660от 19 сентября 2018 г. – С. 3-4.

действующую систему скидок субъекта-доминанта, а также условия соглашения, такие как объем продаж, условия оплаты и сроки действия договора.

Обзор судебных решений показал, что практически во всех случаях антимонопольным органом обращается внимание на указанные условия заключения договоров.

Департаментом КРЕМЗКиПП по г. Нур-Султан проведено расследование в отношении ТОО «Астана – ЕРЦ» по злоупотреблению доминирующим положением в части применения разных цен на услуги по обработке (печати, упаковке в конверты) и доставке единого платежного документа (далее – ЕПД) потребителям коммунальных услуг.

Департаментом в рамках расследования были изучены цены и условия договоров ТОО «Астана – ЕРЦ», по итогам расследования было установлено, что товариществом цена выставляются за одну строку в ЕПД и данная цена различается для разных потребителей.

В судебном заседании представитель ТОО «Астана – ЕРЦ» заявил об отсутствии в действиях Товарищества признаков нарушения антимонопольного законодательства, поскольку ценовая политика ТОО «Астана – ЕРЦ» изначально установлена для всех единая, за исключением приведенных случаев с учетом различных факторов, предусмотренных законодательством Республики Казахстан.

Суд по итогам рассмотрения указанного дела пришел к выводу, что ТОО «Астана – ЕРЦ» необоснованно применяет разные цены, устанавливая одним компаниям цену за одну строку, другим компаниям такую же цену за две строки, третьим – за шесть строк, при этом, у товарищества отсутствуют обоснования применения разных цен разными затратами. Также судом были изучены исключения, при которых ТОО «Астана – ЕРЦ» применялись разные цены, и суд пришел к выводу, что также имело место необоснованное применение разных цен (см. Вставку 2.3.8).

По итогам рассмотрения указанного дела судом принято решение в пользу антимонопольного органа.

Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Нур-Султан от 26 августа 2019 г.

«Доводы представителя ТОО «Астана – ЕРЦ» о том, что ценовая политика товарищества изначально установлена для всех единая, за исключением приведенных случаев с учетом различных факторов, предусмотренных законодательством Республики Казахстан, не нашли своего подтверждения, поскольку при анализе материалов установлено, что ТОО «Астана – ЕРЦ» применяет разные условия к равнозначным соглашениям.

Так, за услугу печати, обработки и доставки ЕПД к одним организациям применяет цену в размере 32 тенге за одну строку, к другим – за две строки, а к третьим – до шести строк. При этом у Товарищества нет достоверной информации либо подтверждающих фактов о том, что применение разных цен обусловлено разными затратами на производство, реализацию и доставку товара, либо других объективно оправданных на то причин.

Установлено, что между ТОО «Астана – ЕРЦ» и потребителем ТОО «Астанаэнергосбыт» отсутствуют договорные отношения, в то же время, на основании устной договоренности руководителей организаций, ТОО «Астанаэнергосбыт» оказывает помощь товариществу посредством доставки не менее 30% от общего объема ЕПД, что является нагрузкой 33 контролеров. В то же время, в тарифной смете ТОО «Астанаэнергосбыт» не предусмотрен показатель затрат на услуги ЕРЦ, тем не менее, ТОО «Астанаэнергосбыт» выделяет 33 контролера для доставки счет-квитанций, т.е. в тарифной смете предусмотрены затраты на заработную плату производственного персонала.

Таким образом, если сравнить заключенные договора между ТОО «Астана – ЕРЦ» и субъектами естественных монополий и соглашение ТОО «Астана – ЕРЦ» с ТОО «Астанаэнергосбыт», можно сделать вывод, что товарищество применяет различные условия по оказанию услуг. В своем отзыве представитель ТОО «Астана – ЕРЦ» утверждает, что стоимость услуг для поставщиков коммунальных и иных услуг рассчитывается исходя их многих показателей, в том числе затрат на информационные технологии (биллинг), трудозатрат на ведение базы данных, формирование счетов-квитанций, печати счетов-квитанций (упаковка), доставка счетов-квитанций до потребителей, обработка принятых платежей, формирование отчетностей.

Доводы Представителя ТОО «Астана – ЕРЦ» о том, что произведение оплаты по меньшей стоимости происходит вне зависимости от товарищества, так как субъекты естественных монополий и регулируемых рынков обосновывают возможность произведения оплаты услуг Товарищества по необходимой стоимости тем, что их тарифы утверждаются уполномоченным органом; другие, приобретают услуги Товарищества посредством проведения государственных закупок, где Товарищество не может повлиять на их ценовые предложения; третьи – посредством проведения закупок на портале АО «ФНБ «Самрук-Казына», где включение таких расходов в бюджет данных организаций решается с участием Правительства Республики Казахстан, не состоятельны.

Это обосновывается в том числе тем, что АО «Казахтелеком» в части предоставления услуг фиксированной связи, интернет и кабельное телевидение не является субъектом естественных монополий и его тарифы не утверждаются государством, однако в заключенных договорах между ТОО «Астана – ЕРЦ» и АО «Казахтелеком» за оказание услуг товариществом применены разные условия и цены. Аналогичная ситуация сложилась и с заключенным договором между Товариществом и ТОО «Clean City NC», где в соответствии с пп. 5.1 п. 5 стоимость услуги составляет 26 тенге, включая НДС, за печать одной строки счет-квитанции, когда, как ТОО «Clean City NC» не является субъектом естественных монополий и не осуществляет закуп данной услуги посредством государственных закупок, однако ТОО «Астана – ЕРЦ» применяет разные условия и цену к равнозначному соглашению»¹¹⁵.

Рассмотрим следующий пример, в котором субъект рынка применял разные скидки к цене на свой товар выборочным потребителям (соответственно, устанавливая разные цены), и не уведомлял потребителей о наличии партнерской программы для получения скидки.

Департаментом КРЕМЗКиПП было проведено расследование в отношении ТОО «Прима Дистрибьюшн» по злоупотреблению доминирующим положением в части применения разных цен и разных условий к равнозначным соглашениям.

115. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г.Нур-Султан № 3/18397 от 26 августа 2019 г. – С. 9-10.

ТОО «Прима Дистрибьюшн» занимает доминирующее положение в границах Кызылординской области на рынке по оптовой реализации подсолнечного масла, что установлено по итогам анализа товарного рынка.

Департаментом было направлено уведомление о наличии в действиях (бездействии) ТОО признаков нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции, которое не было исполнено товариществом, в связи с чем было проведено расследование.

Департаментом в ходе изучения материалов, полученных в рамках осуществления расследования, установлено, что за период с 1 января 2018 г. по 1 квартал 2019 г. ТОО «Прима Дистрибьюшн» также применялись разные цены при реализации подсолнечного масла «Маслозавод №1» (1 литр) заинтересованным субъектам рынка.

В рамках проведения расследования установлено, что партнерские соглашения заключаются только с субъектами обратившимися в адрес ТОО «Прима Дистрибьюшн» о его заключении. В случае исполнения установленных товариществом требований, субъекту рынка предоставляется гарантированная скидка в зависимости от количества товара оборота и партнерская скидка в размере, установленном в соглашении.

ТОО «BSW Trading» и ТОО «Романов и Ко» получили от Товарищества скидки в размере 8,44% и 6% соответственно, без указания в договорах конкретных объемов закупа товара, в то время как ИП «Нем Е.П.» и ИП «Бердиева З.У.» получают предусмотренный договором размер скидок в зависимости от приобретаемых объемов товара, а также скидку не более 5% в случае исполнения требований соглашения.

ТОО «Прима Дистрибьюшн» не признало вину компании, однако в судебном решении не приведена позиция товарищества.

По итогам рассмотрения указанного дела судом принято решение в пользу антимонопольного органа (см. Вставку 2.3.9).

Вставка 2.3.9

Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Алматы от 12 марта 2020 г.

«Суд, выслушав представителя компании ТОО «Прима Дистрибьюшн» Сизикову Т.В., исследовав материалы дела, считает, что вина ТОО «Прима Дистрибьюшн» в совершении административного правонарушения доказана, и действия ТОО «Прима Дистрибьюшн» по ст. 159 ч. 3-1 КоАП квалифицированы правильно, поскольку ТОО «BSW Trading» и ТОО «Романов и Ко» получили от Товарищества скидки в размере 8,44% и 6% соответственно, без указания в договорах конкретных объемов закупа товара, в то время как ИП «Нем Е.П.» и ИП «Бердиева З.У.», получают предусмотренный договором размер скидок в зависимости от приобретаемых объемов товара, а также скидку не более 5% в случае исполнения требований соглашения. Такое положение вещей дискриминирует их по отношению к ТОО «BSW Trading» и ТОО «Романов и Ко», подобное применение вышеуказанных систем скидок имеет прямое влияние на дальнейшее ценообразование товара, указывает на применение разных ценовых условий к равнозначным договорам, что не соответствует принципам добросовестной конкуренции»¹¹⁶.

В следующем решении рассмотрен пример, когда нормы отраслевого законодательства стали объективно оправданной причиной для установления субъектом-доминантом разных цен.

Департаментом КРЕМЗК по Карагандинской области проведено расследование в отношении ТОО «Жезказганэнергосбыт» по признакам злоупотребления доминирующим положением в части установления разных цен на услуги электроснабжения потребителям.

В суде первой инстанции было принято решение привлечь ТОО «Жезказганэнергосбыт» к административной ответственности, в связи с чем товариществом, ввиду несогласия, была подана жалоба на данное решение суда.

ТОО «Жезказганэнергосбыт» приводило доводами в пользу обоснованности применения разных цен нормы ЗРК «Об электроэнергетике», запрещающие отказывать потребителям в реа-

116. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г.Алматы № 5362 от 12 марта 2020 г. – С.4.

лизации электроэнергии по тарифам, дифференцированным по зонам суток или в зависимости от объема. В протоколе об административных правонарушениях отражено, что товарищество не согласовало дифференциацию с уполномоченным органом.

Департамент в своем отзыве написал о несогласии с жалобой ТОО «Жезказганэнергосбыт». Согласно мотивированному заключению, дифференцированный тариф не был предусмотрен, и применение этого тарифа не было согласовано с Департаментом, как уполномоченным органом, согласно действующему законодательству. ТОО «Жезказганэнергосбыт» применяло разные цены к равнозначным соглашениям, в то время, как действует Типовой договор электроснабжения, и энергоснабжающие организации обязаны заключать договора с потребителями согласно Типовому договору. Тем самым, по мнению Департамента, ТОО «Жезказганэнергосбыт» ущемило законные права потребителей.

Суд апелляционной инстанции, рассмотрев доводы обеих сторон, принял решение в пользу ТОО «Жезказганэнергосбыт» (см. Вставку 2.3.10).

Вставка 2.3.10

Постановление Карагандинского областного суда от 10 ноября 2016 г.

«Что же касается применения разных цен либо разных условий к равнозначным соглашениям с субъектами рынка или потребителями, апелляционная инстанция считает, что когда установленный Департаментом дифференцированный тариф для физических лиц в размере 13 тенге и другим потребителям в размере 18,41 тенге, а для отдельных физических лиц были представлены другие суммы, свыше 13 тенге и свыше 18,41 тенге, в том числе по регионам, по которым ТОО «Жезказганэнергосбыт» оказывает услуги, то необходимо было бы считать, что товарищество применило разные цены либо разные условия к равнозначным соглашениям с субъектами рынка или потребителями, то есть были ущемлены законные права потребителей.

В этой связи доводы Департамента и суда первой инстанции о том, что ТОО «Жезказганэнергосбыт» применило разные цены либо разные условия к равнозначным соглашениям с субъектами рынка или потребителями без объективно оправданных на то причин не состоятельны.

Применение ТОО «Жезказганэнергосбыт» дифференцированного тарифа по зонам суток не нарушило права потребителей, пользующихся электрической энергией, потребители воспользовались своим правом выбора тарифа на основании действующих нормативно правовых актов. Потребители добровольно обратились в энергоснабжающую организацию, то есть отдельные потребители выбрали указанный тариф, и в результате использования дифференцированного тарифа по зонам суток, они сэкономили. Департаментом не представлены доказательства того, что Товарищество обязывало потребителей пользоваться определенным тарифом. Согласно данным, предоставленным ТОО «Жезказганэнергосбыт», потребители, изъявившие желание использовать дифференцированный по зонам суток тариф, оказались в более выгодном положении в денежном выражении, нежели в ситуации пользования обычным дифференцированным тарифом. Каких-либо жалоб на действия ТОО «Жезказганэнергосбыт» по применению дифференцированного тарифа по зонам суток от потребителей не поступало, и нарушение как сторонами, так и судом не установлено»¹¹⁷.

Навязывание необоснованных (не относящихся к предмету договора) условий договора

Согласно ст. 174 ПК РК запрещаются действия (бездействие) субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение, которые привели или приводят к ограничению доступа на соответствующий товарный рынок, недопущению, ограничению и устранению конкуренции и (или) ущемляют законные права субъекта рынка или неопределенного круга потребителей, в том числе такие действия, как:

4) обусловливание либо навязывание заключения соглашения путем принятия субъектом рынка или потребителем дополнительных обязательств, которые по своему содержанию или согласно обычаям делового оборота, не касаются предмета этих соглашений;

117. Постановление Карагандинского областного суда № 3а-566 от 10 ноября 2016 г. - С. 6-7.

9) навязывание контрагенту экономически или технологически необоснованных условий договора, не относящихся к предмету договора.

При рассмотрении указанных признаков злоупотребления доминирующим положением антимонопольному органу необходимо установить, какие условия договора по реализации товара (работы, услуги) могут не относиться к предмету соглашения (договора) и включены в соглашение необоснованно.¹¹⁸

Рассмотрим включение в договор субъектом-доминантом дополнительной услуги в дополнение к основной без уведомления своих потребителей. Данное включение привело к росту цен на основную услугу по договору, в результате чего антимонопольным органом усмотрено необоснованное навязывание потребителям дополнительных обязательств по оплате услуг радиовещания.

Департаментом КРЕМЗК по Костанайской области проведено расследование в отношении ТОО «Валента» по злоупотреблению доминирующим положением, выразившимся в ущемлении законных прав потребителей путем необоснованного навязывания им дополнительных обязательств по оплате услуг радиовещания, в которых они не нуждались.

Департаментом в ходе расследования установлено, что ТОО «Валента» занимало доминирующее положение на рынке услуг распространения (ретрансляции) платных телеканалов в границах г. Костанай.

С 2007 г. в ТОО «Валента» ежемесячная услуга кабельного телевидения составляла 200 тенге с каждого абонента. При этом с ними были заключены только договоры по кабельному телевидению. Дополнительно с 1 декабря 2014 г. абонентам предоставляется услуга по радиовещанию стоимостью 200 тенге, в итоге абоненты в месяц оплачивают 400 тенге.

118. См.: Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан. Раздел 4 «Экономическая конкуренция» / Под общ. ред. А.Т. Айтжанова; Центр развития и защиты конкурентной политики, Альянс антимонопольных экспертов. - 2-е изд., перераб. и доп. – Астана, 2017. – С.136-138.

Представители ТОО «Валента» выразили несогласие с результатами расследования.

Судом апелляционной инстанции принято решение оставить решение суда первой инстанции без изменений и привлечь ТОО «Валента» к административной ответственности (см. Вставку 2.3.11).

Вставка 2.3.11

Постановление судебной коллегии по гражданским делам Костанайского областного суда от 24 января 2017 г.

«Так, Товарищество в период 2014-2015 гг. занимало доминирующее положение в географических границах г. Костанай и состояло в Государственном реестре субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение.

С 2007 г. в Товариществе ежемесячная услуга кабельного телевидения составляла 200 тенге с каждого абонента.

При этом с ними были заключены только договоры по кабельному телевидению.

С 1 декабря 2014 г. абонентам предоставлялась новая услуга по радиовещанию стоимостью 200 тенге, при этом дополнительного соглашения на услуги радиовещания заключено не было.

В суде был исследован договор №18 от 1 декабря 2014 г., заключенный между ТОО «Валента» и «абонентами», т.е. физическими лицами, в лице поверенного ПК «Коллективное спутниковое телевидение» по доверенности Диденко О.С.

Согласно представленной в суде доверенности на Диденко О.С. от 1 апреля 2014 г., полномочий на совершение ею процессуальных действий по заключению договора от имени абонентов не было, кроме того, данная доверенность была на представление интересов в гражданских делах. Другой доверенности представлено не было.

Также абоненты в лице физических лиц, указанных в приложении 1, не являются членами кооператива.

Согласно проведенному Департаментом опросу 39 абонентов из 3 037 человек, было выяснено, что они даже не знали о предоставляемой услуге и не нуждались в ней.

В то же время, в соответствии с пп. 10 ст. 2 «Правил оказания услуг телерадиовещания», услуги телерадиовещания оказываются на основании Договора, заключаемого между оператором телерадиовещания

и абонентом, или между оператором телерадиовещания и телерадиокомпанией.

При таких обстоятельствах, оснований для отмены и прекращения производства не имеются»¹¹⁹.

В следующем решении субъект-доминант требовал от своих потребителей соблюдения условий соглашения, не относящихся к предмету соглашения по техническим основаниям.

Департамента КРЕМЗКиПП по г. Алматы проведено расследование в отношении ТОО «Алматыэнергосбыт». Товарищество занимает доминирующее положение на рынке розничной реализации электрической энергии.

Руководство ТОО «Алматыэнергосбыт» полагало, что товарищество не занимает доминирующее положение на рынке электроснабжения, и что выводы анализа рынка неверны. Также был выдвинут тезис, что жители, которые обращались с заявлением, не являются потребителями, поскольку принадлежащее им оборудование не было непосредственно присоединено к электрическим сетям энергопередающей организации.

Департамент не был согласен с ТОО «Алматыэнергосбыт», полагая, что доводы товарищества, указанные в жалобе, несостоятельны и не могут быть основанием для отмены протокола об административном правонарушении. Выводы согласительной комиссии КРЕМЗКиПП носят рекомендательный характер.

По итогам рассмотрения указанного дела судом принято решение в пользу антимонопольного органа, обоснования суда представлены во Вставке 2.3.12.

Вставка 2.3.12

Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Алматы от 23 августа 2019 г.

«Изучив материалы административного дела, проанализировав в совокупности доказательства, выслушав доводы сторон, суд считает, что уполномоченным органом действия ТОО «Алматыэнергосбыт»

119. Постановление судебной коллегии по гражданским делам Костанайского областного суда № 3а-19\17 от 24 января 2017 г. – С.6-7.

квалифицированы правильно, как выразившиеся в злоупотреблении товарищества своим доминирующим или монопольным положением, т.е. совершении правонарушения, предусмотренного ст. 159 ч. 3-1 КоАП РК.

В соответствии с пп. 9 ст. 174 ПК РК запрещаются действия (бездействие) субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение, которые привели или приводят к ограничению доступа на соответствующий товарный рынок, недопущению, ограничению и устранению конкуренции и (или) ущемляют законные права субъекта рынка или определенного круга потребителей, в том числе такие действия, как навязывание контрагенту экономически или технологически необоснованных условий договора, не относящихся к предмету договора.

Согласно п. 4 Правил пользования электрической энергией, утвержденных приказом Министра энергетики Республики Казахстан от 25 февраля 2015 г. №143, установлен перечень документов, необходимых для заключения договора на электроснабжение с потребителями, а именно:

1) Копии акта разграничения балансовой принадлежности электрических сетей и эксплуатационной ответственности сторон со схемой подключения потребителя к электрическим сетям (за исключением физических лиц, проживающих в многоквартирных застройках);

2) Копии акта приемки системы коммерческого учета электрической энергии;

3) Копии справки о государственной регистрации (для юридических лиц), выписка их государственного электронного реестра разрешений и уведомлений (для индивидуальных предпринимателей);

4) Копии справки о зарегистрированных правах на недвижимое имущество или копии правоустанавливающего документа на объект электроснабжения;

5) Копии приказа (доверенности) на лицо, уполномоченное на подписание договора на электроснабжение, с приложением документа, удостоверяющего личность, за исключением первого руководителя организации (для юридических лиц и индивидуальных предпринимателей);

6) Копии технических условий, за исключением физических лиц, проживающих в многоквартирных застройках;

7) Копии документа, удостоверяющего личность (для физических лиц);

8) Письменного согласия на сбор и обработку персональных данных;

9) Документа, подтверждающего количество зарегистрированных лиц в жилом помещении (дом, квартире).

Предоставление технических условий при смене владельца объектов не требуется.

Документы, указанные в пп. 1, 3-9 настоящего пункта, предоставляются в энергоснабжающую организацию потребителем. Документ, указанный в пп. 2 настоящего пункта, предоставляется в энергоснабжающую организацию энергопередающей (энергопроизводящей) организацией.

Как следует из обстоятельств дела, ТОО «Алматыэнергосбыт», вопреки требованиям, установленным п. 4 Правил, для заключения договора на электроснабжение, запрашивает документы от заявителя и иных жителей.

Таким образом, ТОО «Алматыэнергосбыт», запрашивая копию акта приемки системы коммерческого учета электрической энергии от заявителя и иных жителей, навязывает им технически необоснованные условия договора, не относящиеся к предмету договора на электроснабжение»¹²⁰.

Необоснованный отказ от заключения договора или реализации товара

В соответствии с п. 5 ст. 174 ПК РК запрещаются действия (бездействие) субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение, которые привели или приводят к ограничению доступа на соответствующий товарный рынок, недопущению, ограничению и устранению конкуренции и (или) ущемляют законные права субъекта рынка или неопределенного круга потребителей, в том числе такие действия,

5) необоснованный отказ от заключения договора или от реализации товара с отдельными покупателями при наличии на момент обращения возможности производства или реализации соответствующего товара либо уклонение, выразившееся в не-

120. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Алматы № 7528-19-00-3/21422 от 23 августа 2019 г. – С. 2-5.

представлении ответа на предложение о заключении такого договора в срок, превышающий тридцать календарных дней.

При этом отказ либо уклонение считается обоснованным в случае, если в момент обращения покупателя отсутствует требуемый объем производимого или реализуемого товара, в том числе в связи с заключением договоров о продаже соответствующего товара.

Таким образом, антимонопольному органу при рассмотрении действий субъекта-доминанта по признакам указанного злоупотребления необходимо установить обоснованность подобного отказа.

В рамках рассмотрения действий субъекта-доминанта изучается переписка с потребителями, сроки предоставления ответа субъектом-доминантом, указанные в письме причины отказа в реализации товара проверяются на достоверность и обоснованность.

Также рассматривается, имелись ли свободные объемы товара на момент обращения потребителя, в том числе, остатки, договоры, по которым могли быть законтрактованы объемы и др.

Департаментом КРЕМЗК по Восточно-Казахстанской области проведено расследование в отношении ТОО «УК ГЭС» по необоснованному отказу в реализации электроэнергии потребителю АО «УКТМК».

Департаментом было установлено, что АО «УКТМК» с письмами от 2 сентября 2014 г., 31 октября 2014 г., 25 ноября 2014 г., 2 декабря 2014 г. обращалось в адрес ТОО «УК ГЭС» с предложением о заключении договора купли-продажи электроэнергии на 2015 г.

При этом на все письма от ТОО «УК ГЭС» был получен ответ об отказе в реализации электроэнергии, ввиду невозможности определения цены реализации из-за отсутствия согласования уполномоченным органом объема инвестиционных обязательств.

Департамент усмотрел необоснованность отказа, ввиду того, что предельный тариф реализации электроэнергии по группам энергопроизводящих организаций был утвержден Постановлением Правительства Республики Казахстан от 25 марта 2009 г. №392;

для групп энергопроизводящих организаций утверждены предельные тарифы по годам на период 2009- 2015 гг. Для ТОО «УК ГЭС» на 2015 г. тариф был определен в размере 4,5 тенге/кВтч.

Также у ТОО «УК ГЭС» имелся водохозяйственный баланс Иртышского каскада водохранилищ на 2014-2015 гг., утвержденный Председателем Комитета по водным ресурсам МОСивР РК.

Таким образом, на дату обращений АО «УКТМК» была установлена цена за кВтч электроэнергии и она была известна ТОО «УК ГЭС»; имелся водохозяйственный баланс, полученный ИБХ 11 июля 2014 г., данный баланс был изменен только в июле 2015 г., а на 2014-январь 2015 г. был известен ТОО «УК ГЭС»; как на дату обращений АО «УКТМК», так и на дату ответов Товарищества в период со 2 сентября по 28 декабря 2014 г.

Заклученных договоров купли-продажи электроэнергии на 2015 г. у ТОО «УК ГЭС» не имелось, то есть, весь объем электроэнергии на 2015 г. являлся свободным. При заключении ТОО «УК ГЭС» Соглашения с Министерством энергетики Республики Казахстан допустимо внесение изменений в договор с АО «УКТМК» в связи с изменением цены или предельного тарифа.

ТОО «УК ГЭС» выразило свое несогласие с доводами Департамента, обосновывая это тем, что цена для заключения договора ТОО «УК ГЭС» была неизвестна, предельный тариф не является ценой электроэнергии, если соглашением цена была бы установлена ниже, невозможно было бы без согласия АО «УК ТМК» внести изменения в договор.

Без подписания инвестиционного соглашения с утвержденной ценой реализация электрической энергии и заключение договора было невозможным, о чем и были даны ответы, которые не могут считаться отказом от заключения договора, так как рассмотрение запроса по существу не представлялось возможным.

Предельные тарифы действуют только при наличии инвестиционного соглашения, согласно п. 3 ст. 12-1 Закона «Об электроэнергетике». Запрет применения предельной цены до заключения Инвестиционного соглашения с МЭ РК закреплен императивно. Обязанности заключать договор по себестоимости не имеется.

По итогам рассмотрения указанного дела судом принято решение в пользу антимонопольного органа ¹²¹.

Создание препятствий доступу другим субъектам рынка на товарный рынок

П. 10 ст. 174 ПК РК запрещаются действия (бездействие) субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение, которые привели или приводят к ограничению доступа на соответствующий товарный рынок, недопущению, ограничению и устранению конкуренции и (или) ущемляют законные права субъекта рынка или неопределенного круга потребителей, в том числе такие действия, как:

10) создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим субъектам рынка.

При доказывании данного вида злоупотреблений антимонопольному органу необходимо доказать, что действия субъекта доминанта привели к созданию препятствий для входа или выхода на товарный рынок других субъектов рынка¹²².

В следующем судебном решении рассмотрено расследование в отношении компании, которая вводила в заблуждение своих потребителей и не давала другим компаниям зайти на рынок.

Департаментом КРЕМЗК проведено расследование в отношении ТОО «Зенит ТВК», занимавшего доминирующее положение по эксплуатации и техническому обслуживанию распределительных газопроводов, принадлежащих сторонним организациям или физическим лицам и техническому обслуживанию внутридомовых сетей и/или газового оборудования, принадлежащих сторонним организациям или физическим лицам в границах Южно-Казахстанской области.

121. Постановление Специализированного административного суда г.Усть-Каменогорска № 16-4-1/300 от 16 февраля 2015 Г. – С. 1-5.

122. См.: Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан. Раздел 4 «Экономическая конкуренция» / Под общ. ред. А.Т. Айтжанова; Центр развития и защиты конкурентной политики, Альянс антимонопольных экспертов. - 2-е изд., перераб. и доп. – Астана, 2017. – С.144.

Департаментом в ходе проведения расследования было установлено, что ТОО «Зенит ТВК» рассылало потребителям уведомления о заключении договора, в которых указывало неверную информацию, вводившую в заблуждение потребителей и ограничивавшую доступ на данный товарный рынок иных субъектов рынка.

ТОО «Зенит ТВК» было не согласно с выводами по итогам расследования, мотивируя это тем, что не занимает доминирующее положение на рынке, и в обращениях физических лиц, на основании которых проводилось расследование, не указывалось, что ТОО «Зенит ТВК» навязывает свои услуги.

По итогам рассмотрения судом были поддержаны выводы Департамента и ТОО «Зенит ТВК» привлечено к административной ответственности (см. Вставку 2.3.13).

Вставка 2.3.13

Постановление Специализированной судебной коллегии Верховного Суда от 17 августа 2017 г.

«В ходе рассмотрения обращения жителей г. Шымкент от 23 августа 2016 г. установлено направление Товариществом жителям типового уведомления с требованием заключения договора на техническое обслуживание газопотребляющих систем. При этом в п. 1 уведомления указано: «Согласно п. 3 ст. 19 Закона РК «О газе и газоснабжении» (далее – Закон) коммунально-бытовые и бытовые потребители обязаны заключить договор на техническое обслуживание принадлежащих им газопотребляющих систем с газораспределительной организацией (в лице Товарищества), осуществляющей подачу товарного газа».

При этом в типовом уведомлении отсутствует продолжение п. 3 ст. 19 Закона: «либо с независимой специализированной организацией, осуществляющей техническое обслуживание газопотребляющих систем, аттестованной в соответствии с законодательством Республики Казахстан в области промышленной безопасности на право производства работ в области промышленной безопасности».

Товарищество не является газораспределительной организацией и не осуществляет поставку товарного газа. Поэтому данная заведомо ложная информация, а также неполная редакция нормы Закона в типовом уведомлении вводит в заблуждение потребителей о выборе

возможного поставщика услуг, что указывает на признаки нарушения антимонопольного законодательства в области защиты конкуренции в части злоупотребления доминирующим положением или монопольным положением путём создания препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим субъектам рынка, что запрещено пп. 10 ст. 174 ПК РК»¹²³.

Иные виды злоупотребления доминирующим положением

Как говорилось выше, список злоупотреблений доминирующим положением, перечисленный в ст. 174 ПК РК, не является исчерпывающим, и антимонопольный орган может принять меры антимонопольного реагирования в случае, если в результате действий (бездействий) субъекта-доминанта наступают последствия в виде ограничения доступа на соответствующий товарный рынок, недопущения, ограничения и устранения конкуренции и (или) ущемления законных прав субъекта рынка или неопределенного круга потребителей.

В следующем судебном решении рассмотрено расследование в отношении компании, которая злоупотребляла своим доминирующим положением, выраженном в разделе рынка по кругу лиц путем ограничения лотов, навязывания победителям лотов дополнительных обязательств, в связи с чем, был ограничен доступ на рынок другим потенциальным поставщикам.

Центральным аппаратом КРЕМЗК было проведено расследование в отношении ТОО «СК-Фармация».

В рамках расследования было установлено, что постановлением Правительства РК от 7 ноября 2009 г. за №1781 ТОО «СК-Фармация» является Единым дистрибьютором по закупу, реализации лекарственных средств (далее – ЛС), профилактических препаратов, изделий медицинского назначения (далее – ИМН) и медицинской техники, фармацевтических услуг, по оказанию гарантированного объёма бесплатной медицинской помощи (далее – ГОБМП).

123. Постановление Специализированной судебной коллегии Верховного Суда № 6001-17-00-6АП/37 от 17 августа 2017 г. – С. 3.

Кроме того, результаты проведенного анализа на рынке услуг по закупу ЛС и ИМН, по оказанию ГОБМП также подтвердили доминирующее положение ТОО «СК-Фармация».

При проведении расследования антимонопольным органом были изучены размеры лотов, условия закупы ЛС и ИМН, проведены опросы поставщиков ЛС и ИМН. Более подробно это описано в мотивировочной части суда (приведено ниже).

ТОО «СК-Фармация» не согласилось с выводами антимонопольного органа, аргументируя это тем, что за проверяемый период не состояло в Реестре доминантов, а также фактически не является субъектом рынка, поскольку выполняет возложенную государством функцию.

Суд по итогам рассмотрения принял решение в пользу антимонопольного органа и привлек ТОО «СК-Фармация» к административной ответственности (см. Вставку 2.3.14).

Вставка 2.3.14

Постановление суда г. Астана от 8 февраля 2017 г.

«Из заключения по результатам расследования усматривается, что ТОО «СК-Фармация» в период 2010-2013 гг. проводило закуп единым лотом, что создавало монополиста услуг доставки и хранения ЛС и ИМН в лице ТОО «Стофарм». Кроме того, за указанный период ТОО «СК-Фармация» выставляло в конкурсной документации требования о необходимости наличия филиалов во всех областных центрах и городах Алматы и Астана, чем создало барьер для входа на рынок закупы услуг субъектам рынка, осуществляющих деятельность по хранению и доставке ЛС и ИМН.

Разбитие услуги хранения и доставки ЛС и ИМН в 2014 г. на четыре направления, или лота «юг, запад, север и восток», а в 2015 г. также и на направление «центр» в виде 5-го лота, создавало опять же круг лиц из одних и тех же компаний ТОО «Стофарм», ТОО «КФК Медсервис Плюс», ТОО «Ак-Ниет», ТОО «Интерфарма-К».

Приказом №06/146 от 5 ноября 2013 г. «О закупе способом из одного источника» Товарищество осуществило способом из одного источника закуп услуг по ответственному хранению ЛС и ИМН, что указывает на техническую и практическую возможность закупать услугу хранения раздельно от транспортировки.

Объединение в один лот двух разных услуг – «транспортировка» и «хранение», объединение всех регионов в один лот может привести к ограничению конкуренции, поскольку не дает возможности участвовать в таком закупе услуг субъектам малого и среднего предпринимательства от каждой области или в каждой области.

В период с 2010-2013 гг. ТОО «СК-Фармация» объявляло тендер несостоявшимся и заключало договор способом из одного источника с ТОО «СТОФАРМ», которое заключало договоры субподряда и передавало 2/3 услуг в субподряд ТОО «ФК РОМАТ» и ТОО «КФК МЕДСЕРВИС ПЛЮС».

Субподрядчики ТОО «СТОФАРМ» также делили исполнение лота по транспортировке и хранению с другими организациями, путём найма транспорта или аренды складских помещений.

Таким образом, установлено, что фактически разделение услуг отдельно на хранение и отдельно на транспортировку ЛС и ИМН, возможно. Поскольку Единый дистрибьютор сам подтвердил эту возможность, разделив Услуги по лотам в разрезе регионов (в 2014 г. на 4 региона, в 2015 г. на 5 регионов).

Кроме того, в ходе расследования были получены письма от фармацевтических компаний ТОО «INKAR» (от 14 июня 2016 г. №564), ТОО «Dolce Pharm» (от 16 июня 2016 г. №260) и ТОО «ЕвроАзия-Фарм» (от 13 июня 2016 г. №219), которые выразили готовность участия в тендере по предоставлению услуг в случае их дробления по областям, городам.

Далее, согласно информации из акиматов, в регионах имеются такие возможности. Так, - в Кызылординской области имеются 4 медицинских склада и 3 разных поставщика (письмо от 1 февраля 2016 г. №03/1-4/997 ТОО «Чингиз» (2), ТОО «Фармпровайд», ТОО «Эко - Фарм»),

- в Алматинской области 9 складов и 8 разных поставщиков (письмо от 17 февраля 2016 г. №0632/1234/1340, ТОО «Производственная фармацевтическая компания «Элеас», ТОО «КФК Медсервис плюс», ТОО «ИНКАР», ТОО «Kelun-Kazpharm», ТОО «MedigusCentre», ТОО «Dolce Pharm», ТОО «L-Фарма» (2), ТОО «MEDIX»).

По информации Управления здравоохранения г. Астана (письмо от 17 февраля 2016 г. №106-13-01-11-969) на территории Астаны имеются 9 складов и 9 разных поставщиков (ТОО «Оптика»,

ТОО «Medcapital», «Vortex KZ», «Pharma Med», «BS Medical surgery», ТОО «Оптоник», «Medical Supply Management», «У-КА ФАРМА», «Центр здоровья ГЕО»).

Указанное свидетельствует о том, что имеются другие владельцы (арендаторы) складов, обеспечивающих возможность хранения ЛС и ИМН, которые также могли бы участвовать в конкурсе в случае деления услуг на лоты»¹²⁴.

Следующий пример также относится к ситуации, когда субъект-доминант, используя свое доминирующее положение, оказывал влияние на рынок и ограничивал доступ потенциальным поставщикам услуг.

Департаментом КРЕМЗК проведено расследование в отношении АО «Международный аэропорт Астана», занимающего доминирующее положение на рынке «услуги по предоставлению стоянки для транспортных средств на привокзальной площади» в границах привокзальной площади аэропорта г. Астана.

Департаментом установлено, что АО «Международный аэропорт Астана» определило в качестве официального перевозчика пассажиров аэропорта г. Астана ТОО «Taxi Zhebe», а также было предоставлено за плату во временное пользование и владение парковочными местами для ТОО «Автотранс ХОЗУ» с маркой «Эко такси».

По выводам Департамента, АО «Международный аэропорт Астана» предоставлен отдельный въезд только для официального перевозчика, что привело к ограничению доступа на соответствующий товарный рынок, недопущению, ограничению и устранению конкуренции и (или) ущемило законные права иных лиц.

Представители АО «Международный аэропорт Астана» не согласились с результатами расследования и пояснили, что решение использовать «первую линию» только для официального перевозчика обусловлено необходимостью снизить количество перехвата прилетающих пассажиров и навязчивого предложения услуг нелегальными перевозчиками такси в рамках Совместного плана мероприятий по пресечению деятельности нелегальных

124. Постановление суда г. Астаны № № 3а-30/2017 от 8 февраля 2017 г. – С. 3-4.

перехватчиков такси в г. Астана. Были установлены основные критерии отбора официального перевозчика пассажиров в аэропорту г. Астана. Официальный перевозчик определялся по итогам объявленного конкурса. Также добавили, что помимо платной автостоянки, расположенной непосредственно перед зданием аэропорта, имеется также и место для бесплатной парковки.

Суд по итогам рассмотрения принял решение в пользу антимонопольного органа (см. Вставку 2.3.15).

Вставка 2.3.15

Постановление Специализированной судебной коллегии Верховного Суда Республики Казахстан от 28 июля 2016 г.

«С целью упорядочения деятельности такси на привокзальной площади АО «Международный аэропорт Астана» ограничило использование «первой линии» стоянки такси исключительно движением специализированных автомобилей официального перевозчика пассажиров аэропорта. Согласно ответу АО «Международный аэропорт Астана», первая линия была определена для движения специализированных автомобилей официального перевозчика пассажиров аэропорта г. Астана в целях создания благоприятных условий для прилетающих пассажиров ввиду непосредственной близости к терминалу, а также снижения количества «перехвата» прилетающих пассажиров и навязчивого предложения услуг нелегальными перевозчиками такси в рамках совместного плана мероприятий по пресечению деятельности нелегальных перевозчиков такси в г. Астана, утверждённого первым вице-министром по инвестициям и развитию РК.

Для этого в газете «Казахстанская правда» 11 марта 2015 г. АО «Международный аэропорт Астана» объявлен открытый конкурс по определению официального перевозчика. В конкурсе участвовали ТОО «Taxi Zhebe» (Такси Жебе) и ТОО «Автотранс ХОЗУ», оказывающее услуги такси под маркой «Эко Такси». Победителем конкурса и официальным перевозчиком, согласно протоколу заседания экспертной комиссии №2 от 8 апреля 2015 г., стало ТОО «Taxi Zhebe», которое начало осуществлять деятельность с 1 мая 2015 г.

По сведениям АО «Международный аэропорт Астана» правом пользования специально выделенного места на первой линии привокзальной площади могут пользоваться исключительно правительственные, дипломатические автотранспортные средства, а также

официальный перевозчик пассажиров аэропорта в соответствии с договором. Таким образом, АО «Международный аэропорт Астана» ограничивает доступ к первой линии привокзальной площади аэропорта для оказания услуг деятельности такси.

Кроме того, 10 парковочных мест «второй линии» привокзальной площади по договору аренды парковочных мест на привокзальной площади №40-15 ЖБ от 2 июня 2015 г. были предоставлены ТОО «Автотранс ХОЗУ». Согласно договору аренды коммерческих площадей №10314 ЖБ АО «Международный аэропорт Астана», также предоставляет перевозчику во временное пользование 5 кв.м. площади пассажирского терминала в общей зоне международных авиалиний на 1 этаже для размещения офиса по предоставлению услуг такси. Доступ автомобилям ТОО «Автотранс ХОЗУ» осуществляется через общий шлагбаум посредством автоматической идентификации государственных номерных знаков стационарными видеокамерами. Этот же перевозчик был признан официальным перевозчиком по итогам конкурса 2016 г.

На основании изложенного, коллегия полагает, что путем заключения перечисленных договоров с отдельными перевозчиками АО «Международный аэропорт Астана» ограничен доступ на товарный рынок услуг по предоставлению стоянки для транспортных средств на привокзальной площади, что привело к недопущению, ограничению и устранению конкуренции на территории первой и второй линий стоянки привокзальной площади. Выбор перевозчиков для заключения данных договоров посредством проведения открытого конкурса не меняет сути установленного ограничения, так как в период действия этих договоров доступ других перевозчиков к первой и второй линии ограничен»¹²⁵.

Злоупотребление доминирующим положением субъекта рынка может также выражаться в ущемлении прав неограниченного круга потребителей в результате определенных действий (бездействий).

Здесь необходимо отметить, что установление наличия неограниченного круга потребителей требуется при определении злоу-

125. Постановление Специализированной судебной коллегии Верховного Суда Республики Казахстан № 6001-16-00-6АП/55 от 28 июля 2016 г. – С. 3-5.

потребления доминирующим положением и по другим подвидам нарушений, перечисленных в ст. 174 ПК РК. При этом в ПК РК отсутствует понятие, какое количество потребителей можно признавать неопределенным кругом. В то же время, в соответствии со ст. 5 Закона Республики Казахстан «О защите прав потребителей» говорится об обращении в суд по вопросам защиты прав неопределенного круга потребителей в случаях нарушения прав и законных интересов более десяти потребителей по одному и тому же вопросу.

Вместе с тем, применение данного определения для целей правоприменения ст. 174 ПК РК затруднительно, так как потребителями, по Закону о защите прав потребителей, являются лишь физические лица, тогда как по ст. 162 ПК РК потребителем признается физическое или юридическое лицо, приобретающее товар для собственных нужд.

Стоит отметить, что специализированным межрайонным административным судом г. Астана при рассмотрении одного дела было обращено внимание на необходимость установления неограниченного круга потребителей, чьи законные права были нарушены.

Так, Департаментом КРЕМЗК по г. Астана проведено расследование в отношении ТОО «Астанаэнергосбыт», занимающего доминирующее положение по розничной реализации электрической энергии в границах г. Астана.

Департамент по итогам расследования пришел к выводу, что ТОО «Астанаэнергосбыт», включив в Регламент управления электрического контроля по отключениям/подключениям юридических лиц за имеющуюся дебиторскую задолженность по энергоснабжению РГ 28.014/02 способ обзвона юридических лиц, у которых имеется задолженность по оплате электрической энергии, злоупотребил доминирующим положением в части нарушения неопределенного круга потребителей, выраженном в неправильном предупреждении о прекращении подачи электрической энергии через обзвон.

Представители ТОО «Астанаэнергосбыт» пояснили, что ими осуществлялось отключение от электроэнергии потребителей, согласно «Правилам пользования электрической энергией», утвержденных приказом Министра энергетики Республики Казахстан от 25 февраля 2015 г. №143, только после письменного предупреждения об отключении. При этом Регламент предусматривал два способа – обзвон и доставку предупреждений, и дополнительный способ обзвона не запрещен законодательством.

Также ТОО «Астанаэнергосбыт» сообщило, что в опросе, проведенном Департаментом, им была запрошена только информация по обзвонам без уточнения информации о письменном предупреждении. Кроме того, Департаментом были опрошены потребители выборочно и установлено всего 4 факта обзвона, тогда как вменяется ограничение прав неопределенного круга потребителей. Департаментом КРЕМЗК по г. Астана в рамках расследования проводилась работа по установлению неопределенного круга потребителей путем проведения опроса части потребителей ТОО «Астанаэнергосбыт».

По итогам рассмотрения указанного дела суд поддержал ТОО «Астанаэнергосбыт» и прекратил производство по делу об административном правонарушении (см. Вставку 2.3.16).

Вставка 2.3.16

Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Астана от 30 октября 2018 г.

«В соответствии с абз. 2 п. 51 «Правил пользования электрической энергией», утвержденных приказом Министра энергетики Республики Казахстан от 25 февраля 2015 г. №143 (далее - Правила), энерго-снабжающая или энергопередающая (энергопроизводящая) организация прекращает (ограничивает) поставку электрической энергии, письменно предупредив (путем выставления уведомления) или путем направления потребителям, использующих электрическую энергию не для бытовых нужд, уведомления на электронную почту, факс потребителя не менее чем за 3 (три) рабочих дня до прекращения поставки (потребителя, использующего электрическую энергию для бытовых нужд - не менее чем за 30 (тридцать) календарных дней).

Согласно протоколу, об административном правонарушении, в связи с нарушением товариществом требований, предусмотренных в абз. 2 п. 51 Правил, уполномоченным органом усмотрены признаки нарушения ст. 174 ПК, его действия квалифицированы по ч 3-1 ст. 159 КоАП, то есть, за злоупотребление товариществом своим доминирующим положением, выраженное в неправильном предупреждении о прекращении подачи электрической энергии, повлекшее ущемление законных прав неопределенного круга потребителей.

Квалифицирующим признаком данного правонарушения является ущемление законных прав неопределенного круга потребителей, то есть, должен иметь место массовый и системный характер.

Однако уполномоченный орган, вменяя обвинение за совершение правонарушения по ч. 3-1 ст. 159 КоАП, в протоколе об административном правонарушении в качестве потерпевших определил пять потребителей: ТОО «TS Солтүстікжанар май», ИП «Зұлқарнаева Г.А.», ИП «Кужахметова Ф.Ж.» и ИП «Жумагулова М.К.», Сухамбеков А.Ж.

Вместе с тем, в силу ст. 6 Закона РК «О защите прав потребителей», нарушение прав неопределенного круга потребителей определяется нарушением прав более десяти потребителей по одному и тому же вопросу.

Более того, прекращение подачи электроэнергии не производилось в отношении «TS Солтүстікжанар май», ИП «Зұлқарнаева Г.А.». Указанные обстоятельства не оспаривались сторонами.

Также суду не представлены доказательства того, что в отношении потерпевших ИП «Кужахметова Ф.Ж.» и ИП «Жумагулова М.К.» была прекращена поставка электрической энергии без письменного предупреждения.

При этом согласно письму №2 от 5 июля 2018 г. ИП Жумагулова М.К. указывает, что в 2017 г. со стороны ТОО отключения не производились. Согласно письму №02 от 21 мая 2018 г. ИП Кужахметова Ф.Ж. указывает, что фактически прекращение или ограничение электроснабжения из-за задолженности в 2017 г. не производилось.

Обвинение основывается на сведениях, представленных товариществом на запрос РГУ «Департамента Комитета по регулированию естественных монополий, защите конкуренции и прав потребителей Министерства национальной экономики Республики Казахстан по г. Астана» №02-07-/ЗТ-Б-49/1161 от 20 апреля 2018 г.

Как видно из данного запроса, уполномоченным органом запрашивались сведения о произведенных обзвонах о прекращении

поставки подачи электрической энергии, то есть, сведения о письменных предупреждениях об отключении – доставка предупреждений не запрашивалась. Следовательно, данные сведения не могут быть приняты в качестве доказательств, подтверждающих факты злоупотребления товариществом своим доминирующим положением, выраженном в неправильном предупреждении о прекращении подачи электрической энергии, повлекшим ущемление законных прав неопределенного круга потребителей.

Таким образом, в действиях ТОО отсутствует состав административного правонарушения, предусмотренного ч. 3-1 ст. 159 КоАП.

В силу ч. 3 ст. 10 КоАП любые сомнения в виновности толкуются в пользу лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении»¹²⁶.

По остальным видам злоупотреблений доминирующим положением судебные решения отсутствуют, соответственно расследования по данным видам злоупотреблений доминирующим положением не проводились.

Резюме, выводы:

Таким образом, обзор практики рассмотрения судами дел по результатам расследований по признакам злоупотребления доминирующим положением показывает, что указанная категория дел является одной из сложных.

Для установления факта злоупотребления субъектом рынка своим доминирующим положением необходимо установить, что в результате действий или бездействий субъектов-доминантов наступили последствия в форме ограничения доступа на товарный рынок, была не допущена, ограничена и устранена конкуренция, ущемлены права субъектов рынка или потребителей.

И перед судами стоит важная задача: определить, наступили ли указанные последствия от действий или бездействий объекта

126. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г.Астаны № 3/18708-18 от 30 октября 2018 г. – С.3-5.

расследования, должным ли образом антимонопольным органом проведено расследование и доказано ли наличие фактических данных, подтверждающих наличие нарушения в действиях объекта расследования.

ГЛАВА 3

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ СПЕЦИАЛЬНЫХ ЗНАНИЙ ПРИ ПРОВЕДЕНИИ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ РАССЛЕДОВАНИЙ И РАССМОТРЕНИИ СУДАМИ ДЕЛ О НАРУШЕНИИ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

.....

3.1 Классификация экспертиз

Для эффективного расследования и рассмотрения в судах дел о нарушении антимонопольного и конкурентного законодательства важным условием является высокая квалификация не только сотрудников антимонопольного ведомства, но и судей. Исследователи поднимают проблему недостаточности компетенции правоприменителей в этой сфере¹²⁷, отмечая в том числе, что «нередко компетенция судьи не позволяет ему оценить экономические эффекты и последствия поведения для общественного благосостояния в антимонопольном процессе»¹²⁸.

Практика рассмотрения и расследования дел, связанных с нарушением антимонопольного законодательства, требует более

127. Авдашева С.Б. Применение ключевых показателей эффективности для ФАС России: анализ на основе статистики судебных решений / С.Б.Авдашева, Д.В.Цыцулина, Е.Е.Сидорова // Вопросы государственного и муниципального управления. – 2015. - №3. – С.7-34.

128. Baye M. Is antitrust too complicated for generalist judges? The impact of economic complexity and judicial training on appeals / M.Baye, J.Wright // Journal of Law and Economics. – 2011. – Vol.54, N1. – P.1-24.

тщательного исследования экономических и иных содержательных положений, обуславливающих приглашение или назначение в судебных разбирательствах эксперта или экспертной организации, обладающих профессиональными знаниями и умениями.

Имеющиеся исследования зарубежных авторов позволяют утверждать, что приглашение экспертов для рассмотрения дел в судебных инстанциях позволяет стороне привлечения увеличить количество выигранных процессов с 50 до 90%¹²⁹. То есть наличие экспертного заключения в качестве доказательства может существенно повлиять на исход судебного спора. И.В. Князева и С.Н. Чирихин отмечают, что «из всех дел, выигранных антимонопольной службой (165 дел), в 62% случаев (102 дела) эксперт представлял интересы антимонопольной службы.... Из 120 дел, выигранных ХС¹³⁰, в большинстве случаев (70%) эксперт представлял позицию ХС (84 дела)...»¹³¹.

В исследовании И.В. Князевой и ее коллег были проанализированы 5 477 судебных дел, из которых с участием экспертов¹³² были рассмотрены 285 дел (5.2%)¹³³. В то же время, доля дел с экспертами в общем количестве обжалуемых правовых актов Федеральной антимонопольной службой России (далее – ФАС) по делам о злоупотреблении доминирующим положением составля-

129. Report on 2016 ICN Chief/Senior Economists Workshop / <https://icn2017.concurrencia.pt/downloads/materials/AEWG-Chief-Economists-Workshop-Report.pdf>, Новиков В.В. Кто и когда выигрывает в антимонопольных процессах? / Конкуренция и право. – 2014. - №3. – С.33-38.

130. ХС - хозяйствующий субъект (примечание автора).

131. Актуальные вопросы проведения анализа состояния конкуренции на товарных рынках. Методологический комментарий/ И.В.Князева, С.Н.Чирихин. – Новосибирск: Изд-во НГТУ, 2018. – С.23.

132. Дела были отобраны при наличии в тексте документов слов «эксперт», «специалист» и их производных (экспертиза, экспертное заключение, заключение специалиста и т.д.).

133. Актуальные вопросы проведения анализа состояния конкуренции на товарных рынках. Методологический комментарий/ И.В.Князева, С.Н.Чирихин. – Новосибирск: Изд-во НГТУ, 2018. – С.18.; Князева И.В., Бондаренко И.В., Падерина К.В. Экспертные процедуры и возможности при рассмотрении дел, связанных с нарушением антимонопольного законодательства / Современная конкуренция. 2017. Том 11. №5 (65). – С.5

ет лишь 1.5%, а по делам об антиконкурентных соглашениях или согласованных действиях — 3%¹³⁴.

Результаты исследования Князевой и ее коллег за период 2010-2016 гг. показали, что привлечение экспертного мнения наблюдается по каждому двадцатому делу, а количество выигранных процессов увеличивается от 62% до 71%¹³⁵.

Авторы исследования отмечают, что представление экспертного заключения для какой-либо сторон не гарантирует этой стороне победу в судебном разбирательстве — каждая четвертая экспертиза ФАС и почти половина экспертиз субъектов рынка не приводят дела к выигрышу¹³⁶. При этом, как показывает исследование, в российской практике к привлечению экспертов субъекты рынка прибегают несколько чаще, чем антимонопольный орган.

Подробный анализ и выводы об использовании специальных знаний в казахстанской практике приведены в разделе 3.1.

Специальные знания, как отдельная гносеологическая категория, в теории познания отсутствуют, и до недавнего времени в казахстанском законодательстве также не имелось их четкого и однозначного понятия.

Проведенный анализ основных взглядов о существовании специальных знаний позволил определить их в самом общем виде в пп. 5 ст. 7 УПК РК как «не общеизвестные в уголовном процессе знания, приобретенные лицом в результате профессионального обучения либо практической деятельности, используемые для решения задач уголовного судопроизводства».

В законодательство Республики Казахстан, наряду с понятием «специальные знания», впервые введено понятие «специальные научные знания». Цель этого — дифференцировать специальные знания, выделить высший уровень специальных знаний, являю-

134. Актуальные вопросы проведения анализа состояния конкуренции на товарных рынках. Методологический комментарий/И.В.Князева, С.Н.Чирихин. — Новосибирск: Изд-во НГТУ, 2018. — С.27.

135. Князева И.В., Бондаренко И.В., Падерина К.В. Экспертные процедуры и возможности при рассмотрении дел, связанных с нарушением антимонопольного законодательства / Современная конкуренция. 2017. Том 11. №5 (65). — С.5

136. Актуальные вопросы проведения анализа состояния конкуренции на товарных рынках. Методологический комментарий/И.В.Князева, С.Н.Чирихин. — Новосибирск: Изд-во НГТУ, 2018. — С.24.

щихся особенностью судебной экспертизы как наиболее квалифицированной формы их использования.

Понятие «специальные научные знания» содержится в УПК пп. 6 ст. 7 и «Закона о судебно-экспертной деятельности» пп. 1 ст. 1 и определяется как область специальных знаний, содержание которой составляют научные знания, реализованные в методиках судебно-экспертных исследований.

Для решения практических задач назначения экспертизы неоспоримо важно знание и понимание классификации экспертиз.

В научной и правовой литературе, а также в законодательстве приводятся классификации экспертиз по разным основаниям. Не вдаваясь в сложности остальных видов, остановимся на делении экспертиз на судебные и внесудебные – по наличию процессуальной формы назначения, производства, оформления и использования результатов экспертизы.

«Судебная экспертиза – исследование материалов уголовного, гражданского дела либо дела об административном правонарушении, проводимое на основе специальных научных знаний в целях установления фактических данных, имеющих значение для его разрешения» (пп. 8 ст. 1 «Закона о судебно-экспертной деятельности») Данное определение является универсальным для уголовного, гражданского и административного процесса и отражает суть судебной экспертизы.

Судебной экспертиза может именоваться в том случае, если она выполняется в ходе судебного исследования, которое «на современном этапе должно трактоваться расширительно как вся юрисдикционная деятельность компетентных органов по раскрытию и расследованию преступлений, судебному разбирательству не только уголовных, но и гражданских дел (в том числе, арбитражных споров), дел об административных правонарушениях¹³⁷».

Определение же и основные характеристики внесудебных экспертиз содержатся в научной и учебной литературе.

Так, рассматривая деление экспертиз на судебные и внесудебные, Сахнова Т.В. классифицировала последние на государ-

137. Россинская Е.Р., Галяшина Е.И., Зинин А.М. Теория судебной экспертизы (Судебная экспертология): учебник. М: Норма: ИНФРА-М, 2016. – С.82.

ственные, общественные (независимые) и ведомственные: «они проводятся вне суда, по особой процедуре, не связанной с рассмотрением конкретного дела в суде и, соответственно, с требованиями гражданско-процессуальной формы. Цели у них также иные – не юридические (получить судебное доказательство), а специальные – выявить определенные качества, свойства, взаимосвязи исследуемого объекта для конкретной прикладной цели (разработки проекта строительства, проекта программ и схем развития производства, определения промышленной значимости полезных ископаемых и пр.)»¹³⁸.

Экспертизы, назначаемые при проведении расследований дел о нарушении антимонопольного законодательства, с «формальной» точки зрения должны относиться к внесудебным, поскольку они проводятся не в целях отправления правосудия (т. е. не в рамках деятельности, осуществляемой судом, или не в рамках того или иного вида судопроизводства), а в целях реализации полномочий антимонопольного органа¹³⁹.

138. Сахнова Т.В. Экспертиза в гражданском процессе (теоретическое исследование): дис. ...докт. юрид. наук. Красноярск, 1998. – С.85.

139. Артюшенко Д.В. Некоторые вопросы экспертного обеспечения производства дел о нарушении антимонопольного законодательства // Теория и практика судебной экспертизы. 2017. Том 12. № 4. С. 18–26.

3.2 Антимонопольные расследования: роль экспертов

Привлечение экспертов в процессе расследований, проводимых антимонопольным органом (далее – антимонопольные расследования), предусмотрено ПК РК. Так, согласно п. 1 ст. 217 к лицам, участвующими в расследовании нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции, относится эксперт – не заинтересованное в деле физическое лицо, обладающее специальными научными или практическими знаниями. Здесь хотелось бы отметить неточность законодателя. Как было указано, в соответствии с «Законом о судебно-экспертной деятельности», лицом, обладающим специальными научными знаниями, может быть только судебный эксперт.

ПК РК содержит и более конкретизированное понятие лиц, которые могут быть привлечены в качестве экспертов, – «специалисты других государственных органов РК и иные лица» (пп. 4 ст. 221).

В свою очередь, сотрудники Агентства по защите и развитию конкуренции РК также могут выступать в роли экспертов в процессуальных действиях и мероприятиях по расследованию нарушений законодательства РК в области защиты конкуренции, проводимых правоохранительными органами, а также проводить в пределах своей компетенции и по запросам правоохранительных органов экспертизы и давать заключения по вопросам законодательства РК в области защиты конкуренции (пп. 3, 4 п. 1 ст. 90-5 ПК РК).

В соответствии со ст. 220 ПК РК лица, участвующие в расследовании нарушений законодательства РК в области защиты конкуренции, имеют право заявлять ходатайства о привлечении экспертов. При этом сбор доказательств осуществляет должностное лицо антимонопольного органа (п. 2 ст. 219 ПК РК). Более того, п. 1 ст. 222 ПК РК предусмотрено, что при проведении экспертизы антимонопольный орган вправе приостановить расследование нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции.

Заключения экспертов, полученные при антимонопольных расследованиях, относятся к числу доказательств пп. 2 п. 1 ст. 219

ПК РК и должны исследоваться при рассмотрении дела в административном или уголовном судопроизводстве.

Вместе с тем, антимонопольный орган, как и объекты расследований, при проведении расследований применяет норму о привлечении экспертов очень редко. Об этом свидетельствует как отсутствие в судебных решениях по административным делам упоминаний о наличии экспертных заключений или позиции экспертов в материалах расследований, так и большой опыт работы экспертов Центра в антимонопольном органе Республики Казахстан.

Данный тезис подтверждает также и статистика рассмотрения проектов заключений по итогам антимонопольных расследований на Согласительной комиссии. Так, за период с 2016 по 2020 г. в 126 заседаниях комиссии по рассмотрению проектов материалов по 126 расследованиям, только в 1 случае было принято решение рекомендовать приостановить расследование и назначить экспертизу (см. Таблицу 3.2.1).

Таблица 3.2.1

Статистика по проведенным заседаниям Согласительной комиссии в разрезе принятых решений по итогам рассмотрения¹⁴⁰

Решение	2016г.	2017г.	2018г.	2019г.	7 мес. 2020г.	Всего
Прекратить проведение расследования	5	5	5	6	22	43
Доработать проект заключения	1	29	17	18	4	69
Поддержать наличие нарушений	4	3	2	3	0	12
Вынести уведомление о наличии в действиях признаков нарушений	0	0	1	0	0	1
Приостановить расследование и провести экспертизу	0	0	0	1	0	1
Итого	10	37	25	28	26	126

140. Сайт АЗПК (раздел заседания согласительной комиссии) <https://www.gov.kz/memleket/entities/zk/documents/1?activities=9734&lang=ru> -

Ограниченная реализация возможностей экспертизы – основной формы специальных знаний – при рассмотрении антимонопольных правонарушений является существенным пробелом. Полагаем, что привлечение экспертов по вопросам, для исследования которых необходимы специальные знания, позволило бы повысить качество и полноту доказательств наличия или отсутствия фактов нарушений и исключить возможные ошибки в этом процессе.

Опыт работы экспертов АО «Центр развития и защиты конкурентной политики» показывает, что за получением заключения эксперта по антимонопольным разбирательствам в Центр субъекты рынка обращаются лишь самостоятельно (без ходатайства о привлечении экспертов в рамках расследования согласно ст. 220 ПК РК).

При этом преимущественное большинство обращений в Центр за получением экспертной позиции происходит на стадии завершения расследования, когда в соответствии с п. 1-1 ст. 224 ПК РК, за 30 календарных дней до завершения расследования объекты расследований получают проекты заключения по результатам расследования и в целях оспаривания обращаются за экспертными заключениями в независимые организации.

Необходимо отметить, что количество обращений в Центр за получением экспертного заключения возросло с 2016 г., именно после введения института Согласительной комиссии (п. 2 ст. 224 ПК РК).

На Согласительной комиссии объекты расследований могут отстаивать и аргументировать свои позиции, в том числе используя имеющиеся у них экспертные заключения. При этом процент решений, принимаемых в пользу субъектов рынка о прекращении проводимого расследования, на заседаниях Согласительной комиссии по статистике составляет 34% (см. Таблицу 3.2.1). Так, на заседании Согласительной комиссии 20 марта 2020 г. ТОО «Алматы УглеСнаб» представило в качестве доказательства об отсутствии в его действиях вменяемого ему факта нарушения экспертное заключение Центра. Комиссия рекомендовала прекратить расследование, которое впоследствии было прекращено (см. Вставку 3.2.1).

Основные вопросы, которые субъекты ставят перед экспертами по проектам заключений по результатам расследований, следующие: законность начала расследования в отношении объекта расследования; правильность определения географических и товарных границ рынка; правильность определения состава субъектов рынка; правильность определения признаков нарушений и доли доминирования на рынке; правильность расчета дохода (выручки), монопольного дохода и др.¹⁴¹

Вставка 3.2.1

Выдержки из Протокола Согласительной комиссии от 20 марта 2020 г. №7¹⁴²

«1. Принять к сведению информацию:

1) руководителя отдела анализа Департамента А. Зиядиновой о наличии в действиях ТОО «Алматы УглеСнаб» факта нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции, предусмотренного пп. 3 п. 1 ст. 169 Предпринимательского кодекса Республики Казахстан, в части антиконкурентного соглашения (картель) по разделу товарного рынка по объему покупки товаров, составу покупателей с ТОО «Алсека», ТОО «VL Group 2030», ТОО «Армандар орындалады», ИП «Крылов Владимир Игоревич», ТОО «Авангард Ко», ТОО «Дарсан Комир», ТОО «Идеал-Трейд», ТОО «Зафар-Тараз», ТОО «VorNOVA», ТОО «Ресурс Транзит», ТОО «Coal Sistem Trade», ТОО «РеалКоммерц», ТОО «Alsanjak», ТОО «Адалинн», ТОО «Грант-СбытКомир-М», ТОО «BEST (БЭСТ)»;

2) представителя ТОО «Алматы УглеСнаб» (А. Алдунгаров) об отсутствии в их действиях нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции, вменяемого антимонопольным органом».

По результатам заседания, члены Комиссии в рамках проекта заключения по итогам расследования нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции в отношении ТОО «Алсека», ТОО «VL Group 2030», ТОО «Армандар орындалады», ИП «Крылов Владимир Игоревич», ТОО «Авангард Ко», ТОО «Дарсан Комир», ТОО «Идеал-Трейд», ТОО «Зафар-Тараз», ТОО «VorNOVA»,

141. Из практики обращений субъектов рынка в Центр за получением экспертного заключения.

142. Официальный сайт АЗПК <https://www.gov.kz/memleket/entities/zk/activities/4230?lang=ru&parentId=4226>

ТОО «Ресурс Транзит», ТОО «Coal Sistem Trade», ТОО «РеалКоммерц», ТОО «Alsanjak», ТОО «Адалинн», ТОО «ГрантСбытКомир-М», ТОО «BEST (БЭСТ)» единогласно (3 из 3)

РЕКОМЕНДОВАЛИ:

1. С учетом замечаний членов Комиссии и объекта расследования, отраженных в приложении к протоколу, считать неустановленным факт заключения антиконкурентного соглашения между ТОО «Алсека», ТОО «VL Group 2030», ТОО «Армандар орындалады», ИП «Крылов Владимир Игоревич», ТОО «Авангард Ко», ТОО «Дарсан Комир», ТОО «Идеал-Трейд», ТОО «Зафар-Тараз», ТОО «VorNOVA», ТОО «Ресурс Транзит», ТОО «Coal Sistem Trade», ТОО «РеалКоммерц», ТОО «Alsanjak», ТОО «Адалинн», ТОО «ГрантСбытКомир-М», ТОО «BEST (БЭСТ)» в рамках доказательной базы, отраженной в проекте заключения.

2. В случае несогласия с замечаниями и рекомендациями Согласительной комиссии Департаменту Комитета по Карагандинской области необходимо сформировать мотивированное заключение для рассмотрения Согласительной комиссией».

Возможность привлечения экспертов при антимонопольных расследованиях предусматривают с 2016 г. и нормы ПК РК о праве субъектов рынка представлять в антимонопольный орган доказательства того, что положение этого субъекта на товарном рынке не может быть признано доминирующим (п. 8 ст. 172 ПК РК), а также п. 2 ст. 218 ПК РК о том, что Антимонопольный орган при наличии признаков, предусмотренных п. 3 ст. 169, п. 1 ст. 170 и ст. 174 ПК РК, до проведения расследования проводит анализ состояния конкуренции на товарных рынках с целью определения доли доминирования субъекта рынка.

Так, например, ТОО «Жаикмунай» на заседании Согласительной комиссии для защиты своей позиции использовало, в том числе, и развернутое экспертное заключение Центра, в котором была отражена недостаточность сведений, подтверждающих факт вертикального соглашения, а также указано отсутствие анализа состояния конкуренции на товарных рынках, который был обязателен в соответствии с требованиями п. 2 ст. 218 ПК РК (см. Вставку 3.2.2). Согласительная комиссия вынесла рекомендацию о прекращении расследования, которое впоследствии было прекращено.

Вставка 3.2.2

Выдержка из Протокола Согласительной комиссии от 15 октября 2019 г. №4¹⁴³

«Принять к сведению информацию:

1) Председателя Комиссии Р. Ахметова о проведении на основании обращения ТОО «Жаикмунай» от 1 октября 2019 г. №2050 4-го заседания Комиссии по рассмотрению проекта заключения Департамента по результатам расследования нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции в отношении Товарищества и ТОО «Болашак-Атырау»;

2) руководителя отдела расследований Департамента М. Хамзина о наличии в действиях Товарищества признаков нарушений законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции, предусмотренных пп. 5 п. 3 ст. 169 Предпринимательского кодекса Республики Казахстан, а именно антиконкурентного вертикального соглашения в части не заключения договора из-за невыгодных условий договора на предоставление услуг персонала;

3) представителей Товарищества (Г. Шадеевой, С. Жидкова) об отсутствии в их действиях нарушения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции, вменяемого Департаментом.

По результатам заседания большинством голосов (4 из 5 (1 воздержался), члены Комиссии

РЕКОМЕНДОВАЛИ:

1. Департаменту прекратить расследование в виду недостаточности сведений, подтверждающих факт вертикального соглашения между Товариществом и ТОО «Болашак-Атырау» в части ограничения доступа ТОО «ProfRes» к возможности оказания услуги поставки персонала, предусмотренного пп. 5 п. 3 ст. 169 Предпринимательского кодекса Республики Казахстан, а также неправомерного отнесения договорных отношений к закупкам услуг предоставления персонала и, соответственно, отсутствие анализа состояния конкуренции на товарных рынках, предусмотренного абз. 2 п. 3 ст. 169 и пп. 1 п. 2 ст. 218 Кодекса».

Необходимо отметить, что субъекты рынка не могут знать о своей доле доминирования по результатам проведенного анти-

143. Официальный сайт АЗРК <https://www.gov.kz/memleket/entities/zk/activities/4230?lang=ru&parentId=4226>

монопольным органом анализа. Это связано с тем, что нормами ПК РК не предусмотрена обязанность антимонопольного органа направлять субъектам рынка результаты проведенного анализа в соответствии с требованиями п. 2 ст. 218 ПК.

В то же время, есть обязанность антимонопольного органа направить копию приказа о проведении расследования не позднее трех рабочих дней со дня его издания объекту расследования, за исключением объектов расследования, в действиях которых усматриваются признаки картеля (п. 4 ст. 216 ПК РК). То есть объект расследования при проведении анализа рынка фактически не имеет возможность оспорить результаты анализа рынка и свою долю доминирования до официального открытия расследования.

Вместе с тем, в п. 8 ст. 172 ПК РК говорится о том, что субъект рынка вправе представлять в антимонопольный орган доказательства того, что положение этого субъекта на товарном рынке не может быть признано доминирующим. Этим пунктом также была предусмотрена обязанность антимонопольного органа рассмотреть представленные доказательства и принять соответствующее решение в течение пятнадцати рабочих дней.

Данная норма позволяет субъекту рынка представлять в антимонопольный орган материалы об отсутствии оснований для признания его в качестве доминанта. К таким материалам могут быть отнесены, в том числе, независимые экспертные заключения и результаты маркетинговых исследований. Последнее предусмотрено нормой, изложенной в п. 12 ст. 196 ПК РК, где сказано, что субъект рынка вправе представить антимонопольному органу имеющиеся у него результаты маркетинговых исследований, которые также могут использоваться антимонопольным органом в ходе проведения анализа.

Однако необходимо понимать, что при проведении маркетинговых исследований формируются иные цели, для достижения которых используются соответствующие методологические подходы и инструменты. По мнению профессора И.В. Князевой, особенности исследования рынка в маркетинге ограничивают возможность полного использования результатов маркетинговых исследования для целей антимонопольного законодательства.

Главное отличие состоит в том, что в рамках маркетингового исследования как источник информации рассматривается потребитель, а для целей антимонопольного законодательства – покупатель (приобретатель)¹⁴⁴.

Цель маркетингового исследования – определение доли компании на рынке и исследование мнения потребителей. Весь комплекс исследований предполагает: позиционирование компании, изучение потребительского поведения и анализ потребительских предпочтений, выработка стратегий поведения, изучение запросов целевой аудитории, оценка перспективных возможностей, совершенствование и разработка продукта, формирование эффективной обратной связи, разработка технологий эффективного продвижения, мониторинг рыночного поведения основных конкурентов и др.

В этой связи, по мнению ведущих антимонопольных экспертов¹⁴⁵, использование результатов маркетинговых исследований для целей антимонопольного законодательства возможно на следующих условиях:

1) если продуктовые границы в маркетинге аналогичны продуктовым границам при оценке продуктовых границ рынка и взаимозаменяемости для целей антимонопольного законодательства;

2) географические границы совпадают с административно-территориальными границами, обозначенными в маркетинговых исследованиях;

144. См.: Анализ состояния конкуренции и определение границ товарного рынка / А.Т. Айтжанов и И.В.Князева; Центр развития и защиты конкурентной политики. – Астана, 2016. – 132 с.; Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан. Раздел 4 «Экономическая конкуренция» / Под общ. ред. А.Т. Айтжанова; Центр развития и защиты конкурентной политики, Альянс антимонопольных экспертов. - 2-е изд., перераб. и доп. – Астана, 2017. – С.123.

145. Более подробно см.: Актуальные вопросы проведения анализа состояния конкуренции на товарных рынках. Методологический комментарий: монография /И.В.Князева, С.Н.Чирихин. – Новосибирск: Изд-во НГТУ, 2018. – С.89; Анализ состояния конкуренции и определение границ товарного рынка / А.Т. Айтжанов и И.В.Князева; Центр развития и защиты конкурентной политики. – Астана, 2016. – 132 с.

3) репрезентативность выборки и методы ее построения идентичны тем, которые необходимы для целей антимонопольного законодательства;

4) потребители и приобретатели/покупатели выполняют одинаковую функцию в процессе товарообращения.

Основная ошибка, присущая компаниям, представляющим маркетинговые исследования в качестве аналитической записки для целей антимонопольного анализа в том, что целевые установки анализа, аналитический инструментарий, методы анализа нередко не совпадают с нормативно закрепленными требованиями Методики анализа рынка.

В то же время, существуют специальные экспертно-аналитические организации и независимые эксперты, специализирующиеся на экономических аспектах антимонопольного законодательства. Одним из них является созданное в 2008 г. постановлением Правительства Республики Казахстан АО «Центр развития и защиты конкурентной политики»¹⁴⁶. Центр может провести анализ (исследование) на предмет как определения доли субъектов на рынке, так и вероятности признания их доминантами. При определении продуктовых и географических границ рынков Центр учитывает требования Методики по проведению анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке, что позволяет использовать результаты проведенных исследований для целей антимонопольного законодательства.

Резюме, выводы:

Проведенный анализ показал, что в Республике Казахстан при проведении расследований признаков антимонопольных правонарушений реализация возможностей экспертизы не получила широкого распространения.

146. Центр в настоящее время является неправительственной, независимой организацией, специализирующейся на правовых и экономических вопросах конкурентной политики и антимонопольного регулирования. Информация о Центре на www.czk.kz

За получением заключения эксперта по антимонопольным разбирательствам к независимым организациям обращаются преимущественно лишь субъекты рынка.

Анализ представления экспертных заключений независимых организаций субъектами рынка на стадии расследования антимонопольного органа (на заседаниях Согласительных комиссий) показал их существенную роль в более глубоком рассмотрении экономического поведения субъектов рынка, доказательстве отсутствия умысла нарушения конкурентного законодательства в их поведении, а также более точечную идентификацию вменяемых нарушений, что позволяет исключить возможные ошибки в этом процессе.

3.3 Судебные дела о нарушениях антимонопольного законодательства: назначение судебной экспертизы, привлечение экспертов и специалистов

Современное состояние казахстанской практики назначения судебной экспертизы

Анализ практики рассмотрения дел о соответствующих административных правонарушениях свидетельствует о том, что назначение судебных экспертиз и привлечение специалистов используется редко. При этом, судьями Верховного Суда как в обзорах судебной практики, так и на выступлениях на конференциях и в СМИ отмечалось о наличии допускаемых судами ошибок применения норм общей части КоАП РК. К подобным ошибкам относятся: неверная оценка обстоятельств дела как нарушения антимонопольного законодательства; определение максимального размера взыскания при сложении штрафов; определение антимонопольного дохода, подлежащего конфискации и др.¹⁴⁷

Как справедливо отмечает судья Верховного Суда Шипп Д.А., «данные ошибки указывают судам на необходимость назначения судебных экспертиз, поскольку сам орган не обладает специфическими познаниями в этой области. Сложность расчетов, объем исследуемых документов и объем итоговых документов не позволяет им самостоятельно проверить достоверность предъявляемых документов»¹⁴⁸.

Необходимо отметить, что в соответствии с п. 2 ст. 765 КоАП РК фактические данные, относящиеся к доказательствам по делу об административном правонарушении, устанавливаются наряду

147. См.: Обзор основных докладов Евразийского антимонопольного форума (доклад Шипп Д.А.) / журнал «Рынок и конкуренция», №1, 2018. – С.4; Обобщение судебной практики применения законодательства в сфере антимонопольной деятельности / <http://online.zakon.kz>; Суды испытывают трудности при рассмотрении дел об антимонопольных нарушениях (Алина Есеналина) / Источник: <https://lsm.kz/sudy-ispytyvayut-trudnosti-pri-rassmotrenii-del-o-narushenii-anti-monopol-nogo-zakonodatelstva>

148. Суды испытывают трудности при рассмотрении дел об антимонопольных нарушениях (Алина Есеналина) / Источник: <https://lsm.kz/sudy-ispytyvayut-trudnosti-pri-rassmotrenii-del-o-narushenii-anti-monopol-nogo-zakonodatelstva>

с другими документами, заключениями и показаниями эксперта, специалиста, предусмотренными КоАП РК.

Вместе с тем, анализ находящихся в открытом доступе административных дел по рассмотрению дел об антиконкурентных соглашениях и злоупотреблении доминирующим положением за последние пять лет выявил лишь немногочисленные случаи назначения судами судебных экспертиз (примеры двух дел приведены во Вставках 3.3.1 и 3.3.2). При этом большая часть этих дел с участием экспертов (специалистов) в казахстанских судах приходится на рассмотрение судами дел по ч. 3 ст. 159 КоАП РК о злоупотреблении субъектами рынка своим доминирующим или монопольным положением. Такая ситуация наблюдается и в российской практике. Так, наибольшая доля (38%) обжалований правовых актов ФАС (УФАС) в суде с участием экспертов приходится на ст. 10 135-ФЗ «Запрет на злоупотребление доминирующим положением», а на дела, связанные с нарушением ст. 11 ФЗ-135 «Запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения и согласованные действия» – 10%¹⁴⁹.

Вставка 3.3.1

Определением Есильского районного суда от 24 ноября 2016 г. для расчета дохода предприятия от оказания услуги по вывозу твердо-бытовых отходов назначена судебно-экономическая экспертиза, по итогам которой представлено Заключение эксперта Института судебной экспертизы по Акмолинской области ЦСЮ МЮ РК №1157 от 9 января 2017 г.¹⁵⁰.

«ВЫВОДЫ: размер дохода, полученный Предприятием от оказания услуги по вывозу твердо-бытовых отходов физическим и юридическим лицам за период времени с 1 января 2015 по 31 декабря 2015 г., составил в сумме 22 890 843,47 тенге; размер дохода, полученного Предприятием от оказания услуги по вывозу твердо-бытовых отходов физическим и юридическим лицам за период времени с 1 января 2015 по 31 декабря 2015 г. за вычетом обоснованных расходов,

149. Князева И.В., Бондаренко И.В., Падерина К.В. Экспертные процедуры и возможности при рассмотрении дел, связанных с нарушением антимонопольного законодательства / Современная конкуренция. 2017. Том 11. №5 (65). – С.5

150. Постановление Есильского районного суда Акмолинской области № 1148-16-00-3/458 от 23 января 2017 г. – С.3.

необходимых для производства и (или) реализации товара, и фактически уплаченных налогов, составляет 8 042 803,34 тенге. Подлежащая взысканию стоимость затрат на производство экспертизы составила 7 150 тенге. Обстоятельства, смягчающих и отягчающих ответственность, суд не находит»¹⁵¹.

Экспертиза в рамках судопроизводства назначается, когда обстоятельства, имеющие значение для дела, могут быть получены в результате исследования материалов дела, проводимого экспертом на основе специальных научных знаний.

В Казахстане Перечень видов судебных экспертиз, проводимых органами судебной экспертизы, и экспертных специальностей, квалификация по которым присваивается Министерством юстиции Республики Казахстан, утвержден Приказом Министра юстиции Республики Казахстан от 27 марта 2017 г. №306. В данном случае экспертизы классифицированы по предмету исследования.

Как показывает мировая практика и примеры из казахстанской судебной практики, суды при рассмотрении дел по антиконкурентным соглашениям и злоупотреблению доминирующим положением чаще назначают «судебную экономическую экспертизу».

Вставка 3.3.2

Другой пример назначения судебной экономической экспертизы встречается при рассмотрении дела об административном правонарушении по ст. 159 ч. 3 КоАП в отношении ТОО «Фурмановский элеватор».

В жалобе ТОО в Аркалыкский городской суд Костанайской области были заложены выводы эксперта об обоснованности повышения цены отгрузки зерна железнодорожным транспортном за 2013 г. и 2016 г.

Так, эксперт Капарова А. в своем заключении №2 от 24 июля 2017 г. делает вывод, что «цена, необходимая для производства и реализации услуг ТОО за 2013 г. по железнодорожной отгрузке составила 1 786 тенге /с НДС/, при цене Предприятия 1 520 тенге, за 2016 г. 4 288 тенге /с НДС/ при цене Предприятия 3 000 тенге».

151. Постановление Есильского районного суда Акмолинской области № 1148-16-00-3/458 от 23 января 2017 г. – С.3.

Вместе с тем, Аркалыкский городской суд критически отнесся к заключению судебно-экономической экспертизы в связи с наличием в заключении противоречий, так как эксперт Капарова А. в исследовательской части заключения признает, что «в связи с отсутствием раздельного бухгалтерского учета затрат по видам услуг и распределения косвенных расходов установить фактическую себестоимость услуг по «отгрузке зерна железнодорожным транспортном» за 2013 г. и 2016 г. в ходе экспертизы нет возможности».

В ходе экспертизы, по данным 1С Бухгалтерии, установлено, что косвенные расходы, подлежащие распределению в соответствии с Учетной политикой предприятия, пропорционально прямым затратам бухгалтерией Предприятия не распределялись. И в связи с отсутствием раздельного учета прямых затрат по видам услуг распределить косвенные расходы по видам оказываемых услуг по данным 1С Бухгалтерия нет возможности, так как бухгалтерией Предприятия учет велся по участкам, а не по видам услуг (с. 16 заключения). Суд также отказал в проведении повторной комплексной экспертизы, в связи с имеющимися нарушениями учетной политики на Предприятии¹⁵².

Предмет этой экспертизы направлен на решение задач, связанных с определением характеристик финансово-хозяйственной деятельности субъектов и ее документального отражения.

Объектом исследования при этом служит документация, отражающая финансово-хозяйственную деятельность субъектов, которая может быть представлена как на бумажных носителях, так и в электронном виде, а также иные материалы дела, относящиеся к предмету экспертизы.

Экспертное исследование в рамках судебной экономической экспертизы осуществляется методом документального контроля представленных финансово-хозяйственных документов.

С учетом разнообразия задач и объектов судебной экономической экспертизы она включает следующие виды исследований, предусмотренных Перечнем видов судебных экспертиз:

- 1) судебно-экспертное исследование хозяйственных операций;
- 2) судебно-экспертное бухгалтерское исследование;

152. Постановление Аркалыкского городского суда Костанайской области №3916-17-00-3/438 от 12 сентября 2017 г. – С.5-6.

- 3) судебно-экспертное финансово-кредитное исследование;
- 4) судебно-экспертное финансово-бюджетное исследование.

Между ними существует тесная взаимосвязь, обусловленная необходимостью изучения одних и тех же объектов. При этом результат каждого из исследований может являться информационной основой для производства иных.

Предметом судебно-экспертного исследования хозяйственных операций являются фактические данные, устанавливаемые на основе специальных научных знаний при решении задач, связанных с определением:

- соответствия формы и структуры финансово-хозяйственной деятельности юридических лиц требованиям нормативных правовых актов;

- реальности и экономической обоснованности расчетных финансовых показателей субъектов финансово-хозяйственной деятельности;

- экономической целесообразности заключенных договоров и структуры договорных отношений субъектов финансово-хозяйственной деятельности;

- доли хозяйствующего субъекта в уставном фонде.

Предметом судебно-экспертного бухгалтерского исследования являются фактические данные, устанавливаемые на основе специальных научных знаний при решении задач, связанных с определением:

- учетных несоответствий в данных о хозяйственных операциях, величины учетных расхождений, механизма их образования, а также круга лиц, ответственных за выявленные нарушения;

- качества документального оформления и отражения на счетах бухгалтерского учета операций приема, хранения, реализации товарно-материальных ценностей, поступления и выбытия денежных средств;

- соответствия (несоответствия) порядка учета хозяйственных средств и операций требованиям нормативных правовых актов;

- наличия обстоятельств, затрудняющих выявление в бухгалтерском учете данных, свидетельствующих о недостачах, излишках, необоснованном расходовании хозяйственных средств и т.п.

Предметом судебно-экспертного финансово-кредитного исследования являются фактические данные, устанавливаемые на основе специальных научных знаний при решении задач, связанных с определением:

- обоснованности формирования и расходования денежных фондов;
- обоснованности предоставления и целевого расходования кредитов;
- полноты и своевременности возврата заемных средств;
- соответствия расходования средств их целевому назначению.

Предметом судебно-экспертного финансово-бюджетного исследования являются фактические данные, устанавливаемые на основе специальных научных знаний при решении задач, связанных с определением полноты, своевременности, правильности исчисления и выплат налогов и других обязательных платежей в бюджет, а также целевого использования бюджетных средств¹⁵³.

Как свидетельствуют приведенные выше примеры, казахстанские суды при назначении судебно-экономической экспертизы обоснованно ставят перед экспертами вопрос расчета дохода компании и/или себестоимости товара (услуги). Эти данные влияют, в первую очередь, на правильность наложения штрафа и конфискацию монопольного дохода.

Как показывают российские исследования, судами России аналогичным образом используются экономические экспертизы «для определения обусловленности тарифов и цен, определения товарных и географических границ рынка, доминирующего положения на рынке»¹⁵⁴. В этой связи И.В. Князева и ее коллеги отдельно выделяют **антимонопольную экспертизу, связанную с определением продуктовых и географических границ рынка, а также доли хозяйствующего субъекта на рынке**¹⁵⁵.

153. Бычкова С.Ф., Сейтенов К.А. Правовые, организационные и научно-методические основы судебной экспертизы: учебник. – г. Нур-Султан, 2019. – С. 304-309

154. Князева И.В., Бондаренко И.В., Падерина К.В. Экспертные процедуры и возможности при рассмотрении дел, связанных с нарушением антимонопольного законодательства / Современная конкуренция. 2017. Том 11. №5 (65). – С.16

155. Там же. – С.16

С учетом изложенного, представляется очевидным, что предмет судебной экспертизы при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного, конкурентного законодательства не в полной мере охватывается обстоятельствами, входящими в предмет судебно-экспертных исследований в рамках судебной экономической экспертизы.

В связи с этим считаем, что **специфика предмета судебной экспертизы по указанным делам позволяет выделить ее в качестве самостоятельного вида судебно-экспертных исследований в рамках судебной экономической экспертизы.**

Практика привлечения специалистов

Анализ практики производства по делам об антиконкурентных соглашениях и злоупотреблении доминирующим положением свидетельствует о небольшом количестве дел, в которых имеются ссылки на заключения экспертов и специалистов. Одновременно, по результатам анализа имеющихся административных и гражданских дел по вопросам нарушения антимонопольного и конкурентного законодательства можно сделать вывод, что случаев рассмотрения судами заключений специалистов больше, чем случаев назначения судебных экспертиз.

В то же время, как показывает практика работы Центра, в последние годы растет количество судебных разбирательств по гражданским делам преимущественно при оспаривании субъектами рынков законности начала антимонопольных расследований, в которых рассматривались экспертные заключения Центра и/или в которых сотрудники Центра приглашались в качестве специалистов или экспертов. Во Вставке 3.3.3 приведен пример, в котором было использовано экспертное заключение Центра о правильности определения состава субъектов рынка.

Вставка 3.3.3.

ТОО «Восход Трейдинг», ТОО «Восход-Oriel», ТОО «Восход Хром» обратились в суд с заявлением к Департаменту Комитета по регулированию естественных монополий, защите конкуренции и прав потребителей МНЭ РК по Актыбинской области (далее – Департамент) о признании незаконным и отмене приказа по проведению расследования.

«Привлеченный к участию в деле в качестве специалиста эксперт АО «Центр развития и защиты конкурентной политики» Айтжанов А.Т. пояснил, что АО «Центр развития и защиты конкурентной политики» подготовлено экспертное заключение от 15 февраля 2019 г. по вопросу правильности определения Департаментом в качестве субъектов одного рынка ТОО «Восход Трейдинг», ТОО «Восход-Oriel», ТОО «Восход Хром» в соответствии с нормами Предпринимательского кодекса и Методики по проведению анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке.

Согласно выводам экспертного заключения, ТОО «Восход Трейдинг», ТОО «Восход-Oriel», ТОО «Восход Хром» не являются субъектами одного рынка. ТОО «Восход-Oriel», ТОО «Восход Хром» необоснованно отнесены Департаментом к субъектам рынка реализации хромовой руды (хромовый концентрат 48%). ТОО «Восход Трейдинг» является субъектом рынка реализации хромовой руды (хромовый концентрат 48%)»¹⁵⁶.

Однако Суд г. Астана не принял во внимание выводы экспертного заключения АО «Центр развития и защиты конкурентной политики» и признал начало расследования в отношении ТОО «Восход-Oriel», ТОО «Восход Хром» законным.

Вместе с тем, Специализированная судебная коллегия Верховного Суда Республики Казахстан признала такое решение суда первой инстанции ошибочным, справедливо признала незаконным и отменила приказ по проведению расследования от 19 сентября 2018 г. за №136 –ОД в отношении товарищества с ограниченной ответственностью «Восход Хром», товарищества с ограниченной ответственностью «Восход Oriel»¹⁵⁷.

Коллегия отметила, что «по делу установлено и не оспаривается сторонами, что каждый из субъектов действует на разных товарных

156. Решение Суда г.Астаны №2/10-19 от 12 апреля 2019 г. – С.1-5.

157. Постановление Специализированной судебной коллегии Верховного Суда Республики Казахстан №6001-19-00-2а/34 от 4 октября 2019 г. – С.8.

рынках. ТОО «Восход-Oriel», ТОО «Восход Хром» не занимается реализацией хромовой руды с концентрацией руды 48%. Наличие технологической или иной неделимости данных субъектов не приведено в анализе и не доказано Департаментом в ходе судебного разбирательства.

В возникших правоотношениях выявление группы лиц и установление доминирующего положения субъекта рынка на товарном рынке не могут рассматриваться как тождественные процессы. Определенные правовые последствия включения субъекта рынка в одну группу с другим лицом, занимающим доминирующее положение на товарном рынке, возникает при осуществлении этими субъектами рынка деятельности лишь на одном товарном рынке.

Вышеназванное обусловлено тем, что отнесение субъекта к той или иной группе лиц осуществляется при взаимосвязи каждого из лиц данной группы с одним и тем же лицом (каждым из лиц), входящих в группу с одним и тем же лицом. Построение любой группы осуществляется в целях (интересах) влияния любого из входящих в группу лиц на состояние конкуренции на конкретном товарном рынке. Отсутствие таких связей в группе исключает возможность применения к ней того или иного запрета антимонопольного законодательства.

При таких обстоятельствах выводы суда о правомерности вынесения приказа о проведении расследования в отношении ТОО «Восход-Oriel», ТОО «Восход Хром» являются ошибочными¹⁵⁸.

По делам, рассматриваемым в административном производстве, сотрудники Центра часто привлекаются в качестве специалистов для разъяснений имеющихся в деле экспертных заключений по антимонопольным делам об антиконкурентных согласованных действиях¹⁵⁹, недобросовестной конкуренции и злоупотреблении доминирующим положением (см. Вставка 3.3.4).

158. Постановление Специализированной судебной коллегии Верховного Суда Республики Казахстан №6001-19-00-2а/34 от 4 октября 2019 г. – С.7.

159. Например, в деле об административном правонарушении, предусмотренном ч. 2 ст. 159 КоАП РК (антиконкурентные согласованные действия субъектов рынка, запрещенные ПК РК), в отношении ТОО «ҚазМұнайГаз Өнімдері», в качестве эксперта по ходатайству ТОО был привлечен сотрудник АО «Центр развития и защиты конкурентной политики». При этом следует отметить, что суд принял во внимание экспертное заключение АО «Центр развития и защиты конкурентной политики» от 1 ноября 2017 г. и снизил размер монопольного дохода, подлежащего взысканию (См.: Постановлении СМАС г.Астаны от 6 ноября 2017 г. № 3-23203/2017).

Вставка 3.3.4

При рассмотрении дела в отношении ТОО «Каражыра ЛТД» на предмет злоупотребления доминирующим положением в части установления монопольно высокой цены Специализированным административным судом г. Семей¹⁶⁰ (далее – САС г. Семей) в качестве специалиста был привлечен Айтжанов А.Т.

Специалистом на заседании САС было представлено экспертное заключение об отсутствии нарушения в действиях ТОО «Каражыра ЛТД», где одним из обоснований было указано, «что цена ТОО не превышает максимальную цену конкурентов»¹⁶¹. Однако САС г. Семей не принял во внимание довод специалиста со следующей формулировкой «невозможно произвести сравнение с ценой АО «Шубаркуль комир», поскольку на рынке ВКО, данный субъект рынка занимает долю доминирования чуть более 1,07%»¹⁶².

Вместе с тем, постановлением Восточно-Казахстанского суда от 29 июня 2016 г. вышеотмеченное постановление САС г. Семей было отменено, и дело прекращено за отсутствием состава правонарушения в связи с тем, «что со стороны ТОО «Каражыра ЛТД» отсутствует установление монопольно высокой цены на уголь в 2015 г., поскольку цена, установленная данным субъектом, не превышает максимально высокую цену на рынке Восточно-Казахстанской области, установленную АО «Шубаркуль комир», которое не входит в одну группу с ТОО «Каражыра ЛТД»¹⁶³.

Как можно увидеть, позиция судьи областного суда была идентичной позиции, выраженной в экспертном заключении Айтжанова А.Т.

Как ранее отмечалось, казахстанские суды при назначении судебно-экономической экспертизы ставят перед экспертами вопрос расчета дохода (выручки) компании, от размера которого рассчитывается сумма налагаемого штрафа. Суды могут принимать во внимание уже имеющиеся у сторон процесса экспертные заключения, полученные ими самостоятельно до рассмотрения дела в суде или во время рассмотрения дела. При этом в соответ-

160. Постановление Специализированного административного суда г.Семей №3-306-16 от 30 мая 2016 г.

161. Там же. С.6.

162. Там же. С.6-7.

163. Постановление Восточно-Казахстанского суда №3а/362 от 29 июня 2016 г.

ствии с п. 10 ст. 773 КоАП РК, заключение эксперта, специалиста не является обязательным для суда, органа (должностного лица), в производстве которых находится дело об административном правонарушении, однако их несогласие с заключением должно быть мотивировано. На практике административные суды при наличии экспертных заключений по антимонопольным делам пересчитывают и уменьшают суммы налагаемых административных штрафов (см. Вставку 3.3.5).

Вставка 3.3.5

«Опрошенные по ходатайству руководитель АО «Центр развития и защиты конкурентной политики» Айтжанов А.Т. и представитель Мухаметова Д.Л. поддержали экспертное заключение от 22 сентября 2017 г. и доводы представителей ТОО «Ойл» в части перерасчетов и пояснили, что согласно перерасчетам, сумма дохода составляет 14 161 056 тенге, а монопольный доход 321 979 тенге.

Исчисление дохода и монопольного дохода ТОО «Ойл» производилось на основании представленных юридическим лицом документов, поскольку изначально, согласно протоколу об административном правонарушении, сумма дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности составляла 197 322 067 тенге, а монопольный доход 4 738 268 тенге, то есть с учетом перерасчета экспертного заключения и уполномоченного органа, которое суд принимает во внимание, указанная сумма значительно снизилась. Таким образом, доход (выручка), полученный в результате осуществления монополистической деятельности составляет 14 161 056 тенге, а монопольный доход 321 979 тенге. В этой части суд принимает во внимание доводы ТОО «Ойл».

Суд также принимает во внимание экспертное заключение АО «Центр развития и защиты конкурентной политики» от 22 сентября 2017 г., так как уполномоченный орган произвел повторные расчеты, и согласился с доводами»¹⁶⁴.

Постановлением СМАС г. Астана от 6 ноября 2017 г. Товарищество привлечено по ч. 2 ст. 159 КоАП и подвергнуто взысканию в виде штрафа в размере 3 (трех) процентов от дохода (выручки),

164. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г.Астаны №3-23351/2017 от 6 ноября 2017 г. – С.2-4.

полученного в результате осуществления монополистической деятельности в сумме 424 832 тенге, с конфискацией монопольного дохода в сумме 321 979 тенге в доход государства. Данное решение апелляционной инстанцией было оставлено без изменений¹⁶⁵.

Таким образом, размер штрафа был снижен почти в 14 раз (с 5 919 662 тенге до 424 832 тенге), а сумма конфискации монопольного дохода — почти в 15 раз (с 4 738 268 тенге до 321 979 тенге).

Роль заключений и показаний эксперта и специалиста при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного, конкурентного законодательства в административном судопроизводстве

В соответствии со ст. 765 КоАП РК фактические данные, которые могут являться доказательствами по делу, устанавливаются, в том числе, заключениями эксперта и специалиста.

Под заключением эксперта понимаются представленные в письменной форме **выводы** по вопросам, поставленным перед экспертом судьей, органом (должностным лицом), в производстве которого находится дело об административном правонарушении, основанные на результатах исследования материалов дела, в том числе вещественных доказательств и образцов, проведенного с использованием специальных научных знаний (п. 1 ст. 773 КоАП РК).

В п. 5 ст. 773 КоАП РК дается определение «показаний эксперта» как сведений, сообщенных им в ходе рассмотрения дела об административном правонарушении в целях разъяснения или уточнения представленного им заключения.

Заключение специалиста — это представленное в письменном виде **суждение** по вопросам, поставленным перед ним уполномоченным должностным лицом, осуществляющим производство по делу об административном правонарушении, или сторонами, при ответах на которые не требуется проведения соответствующего исследования (п. 6 ст. 773 КоАП РК). Показания специалиста — сведения, сообщенные им в ходе рассмотрения дела об административном правонарушении, об обстоятельствах, требующих

165. Постановление Суда г.Астаны №3а/993 от 14 декабря 2017 г.

специальных знаний, а также разъяснение своего мнения (п. 2 ст. 756 КоАП РК).

Законодательством установлены требования и критерии, которым должен соответствовать судебный эксперт (в том числе, ст. 19 «Закона о судебно-экспертной деятельности»). Кроме того, что эксперт должен обладать **специальными научными знаниями** и быть незаинтересованным в исходе дела лицом, он должен быть сотрудником органов судебной экспертизы или физическим лицом, занимающимся судебно-экспертной деятельностью на основании лицензии. В соответствии со ст. 1 «Закона о судебно-экспертной деятельности», «орган судебной экспертизы – государственное юридическое лицо, осуществляющее судебно-экспертную деятельность в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан». В настоящее время большинство судебных экспертиз поводятся государственными организациями.

Перечень случаев, когда производство экспертизы может быть поручено в разовом порядке категориям лиц, не являющихся сотрудниками органов судебной экспертизы и не имеющих лицензии на право осуществления судебно-экспертной деятельности, также определен законодательством.

Лица, получившие квалификацию судебного эксперта и аттестованные комиссией Министерства юстиции Республики Казахстан, являющиеся сотрудниками органов судебной экспертизы, а также лица, получившие лицензию на право осуществления судебно-экспертной деятельности, вносятся в Государственный реестр судебных экспертов, формируемый на основании ст. 15 «Закона о судебно-экспертной деятельности», в соответствии с «Правилами формирования и использования Государственного реестра судебных экспертов Республики Казахстан», утвержденными Приказом Министра юстиции Республики Казахстан от 27 апреля 2017 г. №483.

Лица, занимающиеся судебно-экспертной деятельностью на основании лицензии (независимой либо альтернативной судебно-экспертной деятельностью), должны иметь членство в Палате судебных экспертов Республики Казахстан. В качестве экспертов, работающих на основании лицензии, обычно выступают эксперты независимых экспертных организаций, работники вузов и на-

учно-исследовательских институтов, а также любые лица, обладающие специальными знаниями.

К таким экспертам чаще всего обращаются для проведения различных исследований некриминалистического характера: технических, строительно-технических (в этой области большим авторитетом пользуются преподаватели крупных высших учебных заведений).

В качестве специалиста для участия в производстве по делу об административном правонарушении, согласно п. 1 ст. 756 КоАП РК, может быть назначено любое незаинтересованное в исходе дела совершеннолетнее лицо, обладающее специальными знаниями и навыками, необходимыми для оказания содействия в сборе, исследовании и оценке доказательств, а также в применении технических средств. При этом нормами КоАП РК прямо не предусмотрена ответственность специалиста за достоверность представленных им суду заключений или показаний, в том числе использованных при этом сведений и фактов.

В научной литературе высказано немало мнений относительно разницы между процессуальными фигурами эксперта и специалиста. Такая полемика имеет место в основном в рамках теории уголовного процесса. Важные проблемы такой научной дискуссии – доказательственное значение результатов процессуальной деятельности специалиста; соотношение использования специальных знаний в форме производства судебной экспертизы и участия специалиста. «Эксперт проводит специальное исследование, содержание которого находится вне рамок процессуальной регламентации. Специалист же, участвуя в осуществлении судом процессуального действия, специального исследования не проводит. Сказанное, однако, не означает, что специалист вообще не должен применять никаких специальных методов в своей деятельности. При необходимости он вправе и должен к ним прибегнуть, но исследовательские действия специалиста направлены не на получение новых фактических данных, а на разъяснение имеющихся в распоряжении суда и доступных его восприятию»¹⁶⁶.

166. Бычкова. Е.С. Проблемы развития института специальных знаний в гражданском судопроизводстве: диссертация кандидата юридических наук. Казахский государственный юридический университет. Алматы. 2004. - С. 121.

Конечной целью участия специалиста в административном судопроизводстве является **оказание содействия в доказывании**. Тогда как судебная экспертиза назначается для установления обстоятельств, имеющих значение для дела, полученных в результате исследования материалов дела, проводимого экспертом на основе специальных научных знаний.

Вместе с тем, полученные от специалиста сведения в качестве письменных доказательств по делу, когда такие сведения изложены в письменной форме – в виде отдельного документа (консультации, заключения, справки) или зафиксированы в протоколе судебного заседания, могут быть использованы в качестве письменных доказательств по делу. Как мы знаем, закон относит к письменным доказательствам протоколы судебных заседаний и отдельных процессуальных действий (ч. 2 ст. 63 ГПК РК). Таким образом, использование данных, полученных от специалиста, в качестве письменных доказательств в гражданском процессе не противоречит положениям процессуального закона¹⁶⁷.

Как видим, из прямого толкования норм КоАП РК есть три содержательных разграничения в определении разницы между экспертом и специалистом при рассмотрении судами дел об административных правонарушениях. Первое, (1) экспертом может быть человек, обладающий специальными **научными** знаниями. Тогда как специалист – это лицо, обладающее специальными знаниями и навыками, необходимыми для оказания содействия в собирании, исследовании и оценке доказательств, а также в применении технических средств. Второе, (2) эксперт готовит свое заключение по вопросам, поставленным перед ним **только судьей, органом (должностным лицом)**, тогда как специалист дает свое суждение по вопросам, поставленным перед ним **уполномоченным должностным лицом, осуществляющим производство по делу об административном правонарушении, или сторонами процесса (дела)**. Третье, (3) если возникший вопрос можно разрешить путем получения консультации (разъяснения) сведущего лица, суд приглашает специалиста; если же для разрешения вопроса требуется

167. Чернова М.Н. Заключение эксперта как доказательство в гражданском и арбитражном процессе: дис. ...канд. юрид. наук. Москва, 2015. – С.22.

исследование, суд поручает его проведение эксперту (то есть назначает экспертизу).

Как уже отмечалось ранее, заключение эксперта и специалиста не является обязательным для суда, в производстве которого находится дело об административном правонарушении. Однако, в случае несогласия с заключением, суд должен это обосновать и мотивировать (п. 10 ст. 773 КоАП РК).

Нормативным постановлением №5 Верховного Суда от 20 апреля 2018 г. «О постановлении суда по делу об административном правонарушении» отмечено, что «судам следует иметь в виду, что заключение экспертов, как и другие доказательства, подлежат оценке в совокупности с другими собранными по делу и исследованными в судебном заседании материалами. Оценка судом заключения эксперта должна быть полно отражена в постановлении. Суд не должен ограничиваться лишь ссылкой в постановлении на заключение эксперта, а обязан указать, какие факты, имеющие значение для дела, подтверждаются этим заключением. Если экспертиза поручена нескольким экспертам, давшим отдельные заключения, мотивы согласия или несогласия с ними должны быть приведены отдельно по каждому заключению¹⁶⁸».

Порядок назначения экспертизы по делам об административных правонарушениях

Судебная экспертиза при производстве по делам об административных правонарушениях может быть назначена в порядке обеспечения доказательств. Это может иметь место в случае, если есть основания опасаться, что впоследствии производство экспертизы станет невозможным или затруднительным (ст. 770 КоАП РК). Названные обстоятельства связаны с объектами экспертизы, которые со временем могут изменить свойства, быть утраченными либо стать недоступными для исследования.

В заявлении об обеспечении доказательств должны быть указаны: доказательства, которые необходимо обеспечить; обстоятель-

168. П.15 Нормативного постановления №5 Верховного суда Республики Казахстан от 20 апреля 2018 г. «О постановлении суда по делу об административном правонарушении».

ства, для подтверждения которых необходимы эти доказательства; причины, побудившие заявителя обратиться с просьбой об обеспечении, а также дело, для которого необходимы эти доказательства.

Заявление подается в суд, орган (должностное лицо), рассматривающий дело об административном правонарушении (ст. 771 КоАП РК).

Экспертиза может быть назначена также в ходе производства по делу об административном правонарушении (ст. 772 КоАП РК), в том числе, судьей при подготовке к рассмотрению жалобы, апелляционного ходатайства прокурора (ст. 837 КоАП).

В соответствии с п. 1 ст. 772 КоАП РК экспертиза назначается судьей, органом (должностным лицом), в производстве которого находится дело об административном правонарушении, когда обстоятельства, имеющие значение для дела, могут быть получены в результате исследования материалов дела, проводимого экспертом на основе специальных научных знаний. При этом наличие в деле актов ревизий, проверок, заключений ведомственных инспекций, а также официальных документов, составленных по результатам исследований, проводимых специалистами в ходе процессуальных действий, не исключает возможности проведения экспертизы по тем же вопросам. Судья может назначить экспертизу как по ходатайству сторон, так и по собственной инициативе.

Производство экспертизы может быть поручено сотрудникам органов экспертизы либо иным лицам, удовлетворяющим требованиям ст. 757 КоАП РК. Производство экспертизы может быть поручено лицу из числа предложенных сторонами. О назначении экспертизы судья, орган (должностное лицо), в производстве которого находится дело об административном правонарушении, выносит определение.

Если эксперт до проведения исследования убеждается, что поставленные перед ним вопросы выходят за пределы его специальных знаний либо представленные ему материалы непригодны или недостаточны для дачи заключения и не могут быть восполнены, либо состояние науки и экспертной практики не позволяет ответить на поставленные вопросы, он составляет мотивированное

сообщение о невозможности дать заключение и направляет его судье, органу (должностному лицу).

Для производства сложных экспертных исследований может быть назначена комиссионная экспертиза, которая проводится не менее чем двумя экспертами одной специальности (п. 6 ст. 772 КоАП РК). Если для установления обстоятельства, имеющего значение для дела, необходимы исследования на основе разных отраслей знаний, назначается комплексная экспертиза, которая проводится экспертами разных специальностей в пределах своей компетенции.

В соответствии с требованиями п. 9 ст. 772 КоАП РК по результатам производства экспертизы эксперт (эксперты) дает от своего имени заключение, составленное в соответствии с требованиями ст. 773 КоАП РК, и направляет его судье, органу (должностному лицу), назначившему экспертизу. При недостаточной ясности или полноте заключения, а также при возникновении необходимости решения дополнительных вопросов, связанных с предыдущим исследованием, может быть назначена дополнительная экспертиза, производство которой поручается тому же или иному эксперту (экспертам).

Структура заключения эксперта и сообщения о невозможности дать заключение установлена в «Правилах организации и производства судебных экспертиз и исследований в органах судебной экспертизы», утвержденных Приказом Министра юстиции Республики Казахстан от 27 апреля 2017 г. №484.

Если заключение эксперта недостаточно обосновано либо его выводы вызывают сомнение или были существенно нарушены процессуальные нормы о назначении и производстве экспертизы, для исследования тех же объектов и решения тех же вопросов может быть назначена повторная экспертиза, производство которой поручается комиссии экспертов, в которую не входит эксперт (эксперты), проводивший предыдущую экспертизу (п. 11 ст. 772 КоАП РК).

За дачу заведомо ложного заключения эксперт в соответствии с п. 5 ст. 757 КоАП РК несет административную ответственность.

Для привлечения эксперта или специалиста лица, участвующие в производстве по делу об административном правонаруше-

нии, имеют право заявлять ходатайства, подлежащие обязательному рассмотрению судьей (п. 1 ст. 740 КоАП РК).

Судья принимает решение об удовлетворении или отклонении ходатайства. Решение об удовлетворении ходатайства либо о полном или частичном отказе в его удовлетворении выносится в виде определения, которое доводится до лица, заявившего ходатайство (п. 3 ст. 740 КоАП РК) (см. Вставка 3.3.6).

Вставка 3.3.6

Восточно-Казахстанским областным судом в удовлетворении ходатайства представителей ТОО «АЭС Усть-Каменогорская ГЭС» о назначении по делу филологической экспертизы судом апелляционной инстанции отказано, «в виду отсутствия оснований для ее назначения, поскольку смысловое содержание ответов не требует каких-либо разъяснений специалиста»¹⁶⁹.

Суд отметил, что «доводы жалобы о том, что ответы на обращения АО «УК ТМК» не являются отказом от заключения договора, поскольку такой формулировки как «отказ от заключения договора» ответы не содержат, коллегия считает несостоятельными, поскольку на неоднократные обращения указанного ТОО о заключении договора в период с 1 октября 2014 г. по 5 января 2015 г. договор заключен не был, направлен только 6 января 2015 г., в окончательной форме подписан 16 января 2015 г., что следует расценить как отказ от заключения договора за рассматриваемый период»¹⁷⁰.

Отвод эксперта, специалиста

В соответствии с п. 2 ст. 762 КоАП РК эксперт не допускается к участию в производстве по делу об административном правонарушении, если: он состоит в родственных отношениях с участниками производства по делам об административных правонарушениях; обнаружилась их некомпетентность, а равно имеются иные основания считать этих лиц прямо или косвенно заинтересованными в данном деле.

169. Постановление Восточно-Казахстанского областного суда 3а/171 от 16 марта 2016 г. - С.5.

170. Там же. - С.5.

При наличии указанных обстоятельств эксперт подлежит отводу по заявлению о самоотводе или отводе, которое подается судьбе, органу (должностному лицу), в производстве которых находится дело об административном правонарушении (п. 1 ст. 763 КоАП РК). Рассмотрев заявление о самоотводе либо отводе, судья, орган (должностное лицо) выносят определение об удовлетворении заявления либо об отказе в его удовлетворении (п. 4 ст. 763 КоАП РК).

Если эксперт до проведения исследования убеждается, что поставленные перед ним вопросы выходят за пределы его специальных знаний либо представленные ему материалы непригодны или недостаточны для дачи заключения и не могут быть восполнены, либо состояние науки и экспертной практики не позволяет ответить на поставленные вопросы, он составляет мотивированное сообщение о невозможности дать заключение и направляет его судьбе, органу (должностному лицу) (п. 13 ст. 772 КоАП РК).

Изучение имеющихся судебных решений по административным делам антимонопольной категории не выявило примеров об отводе эксперта. При этом следует отметить, что нормы КоАП РК об отводе эксперта от участия в производстве по делу об административном правонарушении, в отличие от требований норм ГПК, не распространяются на специалиста.

Вместе с тем, в связи с тем, что заключения и показания специалиста, равно как и эксперта, относятся, в соответствии с п. 2 ст. 765 КоАП РК, к фактическим данным и доказательствам по делу, полагаем целесообразным рассмотреть вопрос о внесении изменений в законодательство и распространении требований ст. 762 и 763 КоАП РК и на специалистов.

Так, в соответствии со ст. 38 ГПК судья не может участвовать в рассмотрении и разрешении дела и подлежит отводу (самоотводу), если он: 1) при предыдущем рассмотрении данного дела участвовал в качестве судьи, проводившего медиацию, прокурора, свидетеля, эксперта, специалиста, переводчика, представителя стороны или третьего лица, секретаря судебного заседания, судебного исполнителя; 2) является родственником, супругом (супругой) или свойственником кого-либо из лиц, участвующих в

деле, или их представителей; 3) лично, прямо или косвенно заинтересован в исходе дела либо если имеются иные обстоятельства, вызывающие обоснованные сомнения в его беспристрастности.

Согласно ст. 39 ГПК основания для отвода (самоотвода), указанные в пп. 2, 3 ч. 1 ст. 38 ГПК, распространяются также на участвующих в судебном заседании прокурора, секретаря судебного заседания, *специалиста*, переводчика, эксперта. *Эксперт, специалист*, переводчик, кроме того, не может участвовать в судебном заседании при рассмотрении и разрешении дела судом, если: 1) он находится или находился в служебной или иной зависимости от лиц, участвующих в деле, или их представителей; 2) он производил ревизию или проверку, результаты которой послужили основанием для обращения в суд либо используются при рассмотрении данного гражданского дела; 3) обнаружилась его некомпетентность, в том числе выяснение обстоятельств, имеющих значение для дела, выходит за пределы сферы его специальных знаний. Примеры решений судов по гражданским делам по заявлениям об отводе специалиста приведены во Вставках 3.3.7 и 3.3.8.

Кроме того, в соответствии с п. 3. ст. 77 ГПК РК, лицо, вызванное в качестве специалиста, имеет право отказаться от участия в производстве по делу, если не обладает соответствующими специальными знаниями и навыками.

Вставка 3.3.7

Представители ответчика в ходе судебного разбирательства гражданского дела по заявлению ТОО «Восход Трейдинг», ТОО «Восход-Oriel», ТОО «Восход Хром» к РГУ «Департамент Комитета по регулированию естественных монополий, защите конкуренции и прав потребителей Министерства национальной экономики Республики Казахстан по Актюбинской области» о признании незаконным и отмене приказа от 19 сентября 2018 г. за №136-ОД заявили отвод привлеченному судом к участию в деле в качестве специалиста, обладающего специальными познаниями, эксперту АО «Центр развития и защиты конкурентной политики» Айтжанову А.Т. по тем основаниям, что истец является клиентом АО «Центр развития и защиты конкурентной политики» по получению услуги, связанной с подготовкой экспертного заключения по вопросам применения норм антимонопольного

законодательства. Поэтому считают, что эксперт Айтжанов А.Т. заинтересован в исходе дела.

«Доводы представителей ответчика о заинтересованности специалиста Айтжанова А.Т. в исходе дела ввиду того, что истец является клиентом АО «Центр развития и защиты конкурентной политики» по получению услуги, связанной с подготовкой экспертного заключения по вопросам применения норм антимонопольного законодательства, не являются основанием для отвода специалиста Айтжанова А.Т., так как в ходе разбирательства дела истец самостоятельно обратился в АО «Центр развития и защиты конкурентной политики» как в специализированную организацию по вопросам конкурентной политики и антимонопольного регулирования для дачи экспертного заключения. Представленное суду экспертное заключение АО «Центр развития и защиты конкурентной политики» от 26 февраля 2019 г. является мнением специалиста, обладающего специальными познаниями, и будет судом оценено в совокупности с другими доказательствами, собранными по делу при принятии решения .

Произведенная истцом оплата за оказанные услуги экспертом АО «Центр развития и защиты конкурентной политики» по составлению заключения не свидетельствует о заинтересованности специалиста Айтжанова А.Т. в исходе дела. В данном случае, указанный специалист не входит в круг правоотношений, сложившийся между сторонами»¹⁷¹.

Вставка 3.3.8

«Определением суда г. Нур-Султан от 30 марта 2020 г. удовлетворено ходатайство заявителя, и в качестве специалиста привлечено АО «Центр развития и защиты конкурентной политики». В суде специалиста представляет Айтжанов А.Т.

В ходе подготовки дела к судебному разбирательству представители государственного органа заявили отвод специалисту, указав, что между специалистом и заявителем договорные отношения, также представитель заявителя Добриян Е.И. является вице-президентом АО «Центр развития и защиты конкурентной политики», а Айтжанов А.Т. – президент этого акционерного общества. В соответствии с пп. 1 п. 2 ст. 39 ГПК специалист не может участвовать в судебном заседании при рассмотрении дела судом, если он находится или

171. Определение суда г.Астаны №2-10/19 от 8 апреля 2019 г. – С.2-3.

находился в служебной или иной зависимости от лиц, участвующих в деле, или их представителей.

Выслушав пояснения представителей сторон, прокурора, полагавшего заявление не подлежащим удовлетворению, исследовав материалы гражданского дела, суд приходит к следующему выводу. В силу требований ст. 39 ГПК основания для отвода (самоотвода), указанные в пп. 2, 3 ч. 1 ст. 38 настоящего Кодекса, распространяются также на участвующих в судебном заседании прокурора, секретаря судебного заседания, специалиста, переводчика, эксперта.

Эксперт, специалист, переводчик, кроме того, не может участвовать в судебном заседании при рассмотрении и разрешении дела судом, если он находится или находился в служебной или иной зависимости от лиц, участвующих в деле, или их представителей. При подаче заявления в суд одним из приложений к нему было экспертное заключение АО «Центр развития и защиты конкурентной политики» от 24 февраля 2020 г.

Указанное экспертное заключение послужило основанием для привлечения данного акционерного общества в качестве специалиста по вопросам, освещенным им в этом заключении.

Трудовая деятельность представителя заявителя в АО «Центр развития и защиты конкурентной политики» не может служить подтверждением заинтересованности и зависимости специалиста в исходе дела.

Все доказательства по делу, в том числе и заключение специалиста, в силу требований ст. 68 ГПК подлежат оценке судом.

Поэтому суд не находит оснований для удовлетворения заявления об отводе специалиста»¹⁷².

Методические вопросы назначения судебной экспертизы по делам о нарушении антимонопольного, конкурентного законодательства

Содержание вопросов, которые могут быть поставлены на разрешение судебной экспертизой, определяется подлежащими исследованию экономическими составляющими антимонопольных дел, «поскольку сам орган не обладает специфическими познаниями в этой области. Сложность расчетов, объем исследуемых до-

172. Определение суда г.Нур-Султан №2-62-20 от 13 мая 2020 г. – С.2.

кументов и объем итоговых документов не позволяет им самостоятельно проверить достоверность предъявляемых документов»¹⁷³. Судьями Верховного Суда не раз говорилось о допускаемых судами ошибках применения норм общей части КоАП РК в части определения максимального размера взыскания при сложении штрафов; определении антимонопольного дохода, подлежащего конфискации и др.¹⁷⁴

Как показывает анализ судебных административных дел, казахстанские суды при назначении судебно-экономической экспертизы чаще ставят перед экспертами вопрос расчета дохода (выручки) компании, от размера которого рассчитывается сумма налагаемого штрафа.

Вместе с тем, необходимо отметить, что расчет суммы налагаемого штрафа и конфискации монопольного дохода зависит первоначально от правильности определения самого товарного рынка и временного интервала, в рамках которого совершено нарушение, и других моментов, которые определяются при проведении анализа рынка в соответствии с Методикой анализа рынка. Как свидетельствует практика применения норм антимонопольного законодательства как Казахстана, так и зарубежных стран, большинство ошибок и противоречий допускаются именно на стадии применения экономических методов при проведении анализа рынка.

Как уже ранее отмечалось, основные вопросы, которые субъекты ставят перед экспертами по материалам антимонопольных расследований на досудебной стадии, также относятся к правильности определения географических и товарных границ рынка;

173. Из интервью судьи Верховного суда РК Шипп Д.А. «Суды испытывают трудности при рассмотрении дел об антимонопольных нарушениях» (Алина Есеналина) / Источник: <https://lsm.kz/sudy-ispytyvayut-trudnosti-pri-rassmotrenii-del-o-narushenii-anti-monopol-nogo-zakonodatel-stva>

174. См.: Обзор основных докладов Евразийского антимонопольного форума (доклад Шипп Д.А.) / журнал «Рынок и конкуренция», №1, 2018. – С.4; Обобщение судебной практики применения законодательства в сфере антимонопольной деятельности / <http://online.zakon.kz>; Суды испытывают трудности при рассмотрении дел об антимонопольных нарушениях (Алина Есеналина) / Источник: <https://lsm.kz/sudy-ispytyvayut-trudnosti-pri-rassmotrenii-del-o-narushenii-anti-monopol-nogo-zakonodatel-stva>

правильности определения состава субъектов рынка; правильности определения признаков нарушений и доли доминирования на рынке; правильности расчета дохода (выручки), монопольного дохода и др.¹⁷⁵

В связи с тем, что назначение судебных экспертиз, а также привлечение экспертов и специалистов в казахстанской судебной практике при рассмотрении дел антимонопольной сферы встречается редко, для определения возможных вопросов к экспертам и специалистам обратимся к опыту России. Необходимо отметить, что российское антимонопольное законодательство, нормы гражданского и административного законодательства, а также законодательства о судебной экспертизе являются наиболее схожими (но не идентичными) с нормами казахстанского законодательства в этих сферах.

Изучение имеющихся российских исследований и работ в этой сфере показало, что наиболее глубоко данный вопрос освещен в работах профессора И.В. Князевой¹⁷⁶ и ее коллег. Далее представлен перечень вопросов, которые могут быть поставлены на разрешение судебной экономической экспертизы в зависимости от тематической области рассматриваемого дела, которые были сформулированы на основе результатов исследования профессора И.В. Князевой и ее коллег¹⁷⁷ по результатам изучения деятель-

175. Из практики обращений субъектов рынка в Центр за получением экспертного заключения.

176. Профессор И.В.Князева является также научным консультантом АО «Центр развития и защиты конкурентной политики».

177. См.: Князева И.В., Бондаренко И.В., Падерина К.В. Экспертные процедуры и возможности при рассмотрении дел, связанных с нарушением антимонопольного законодательства / Современная конкуренция. 2017. Том 11. №5 (65). – С.5-22; Актуальные вопросы проведения анализа состояния конкуренции на товарных рынках. Методологический комментарий: монография /И.В.Князева, С.Н.Чирихин. – Новосибирск: Изд-во НГТУ, 2018. – 291 с.; Князева И.В.,Бондаренко И.В Экспертное присутствие в арбитражных спорах по нарушению антимонопольного законодательства: результаты и возможности(количественный анализ судебной практики) – Юрист – 2017 - №19 – с. 4-13.; Князева И.В..Падерина К.В.(Влияние привлечения экспертного мнения на рассмотрение дел по нарушению антимонопольного законодательства: количественный и качественный анализ –Право и экономика.- 2017. - №8 - С.52-62.

ности российских судебных дел по вопросам конкурентного законодательства с привлечением экспертов за период 2010-2016 гг.¹⁷⁸

Злоупотребление доминирующим положением

1. Определить, соответствуют ли требованиям Методики анализа рынка временной интервал исследования товарного рынка, методы определения критериев взаимозаменяемости и географических границ товарного рынка.

2. Определить, позволяют ли методы, использованные антимонопольным органом, а равно полученные на их основе данные, однозначно установить критерии взаимозаменяемости товара и географические границы товарного рынка, на котором функционирует субъект (субъекты) рынка — участник (участники) дела.

3. Определить критериев взаимозаменяемости товара и географические границы товарного рынка.

4. Определить состав хозяйствующих субъектов, действующих в исследуемый период времени на товарном рынке в соответствии с определенными экспертом (экспертной организацией) продуктовыми и географическими границами рынка. Рассчитать долю хозяйствующих субъектов — участников рынка.

5. В случае, если продуктовые и географические границы товарного рынка, определенные экспертом, не совпадают с границами, определенными антимонопольным органом, оценить, как это влияет на состав хозяйствующих субъектов и как распределяются доли рынка между ними.

6. Какими товарами и в каком объеме потребители предпочтут заменить определенный товар, если цена на него долговременно (дольше одного года) повысится на 5-10%, а цены на остальные товары останутся неизменными (тест гипотетического монополиста).

178. Для анализа профессором Князевой И.В. и ее коллегами отобраны все дела, имеющие такие содержательные характеристики, как участие ФАС (УФАС) в качестве ответчика, истца или третьего лица при споре хозяйствующих субъектов, ссылка в тексте на правовые акты антимонопольной службы в качестве доказательств по делу, наличие в тексте документа слов «эксперт», «специалист» и их производные (экспертиза, экспертное заключение, заключение специалиста и т. д.).

7. У каких продавцов (расположенных за пределами предварительно определенных географических границ товарного рынка) и в каком количестве приобретатели предпочтут покупать товар, если цена на него (в пределах предварительно определенных географических границ товарного рынка) долговременно (дольше 1 года) повысится на 5-10%, а цена за пределами таких границ останется прежней (тест гипотетического монополиста).

8. Соответствуют ли заявленные компанией величины затрат и нормы прибыли, указанные в соответствующих калькуляциях и формирующие цены компании, фактическим показателям затрат и величинам прибыли компании при оказании услуг субъекта рынка — участником дела за рассматриваемый временной период.

9. Превышает ли цена на товары (работы, услуги) субъекта рынка — участника дела сумму необходимых для производства и реализации такого товара (выполнения работы, оказания услуги) расходов и прибыли.

10. Завышены ли нормативные (реальные) затраты субъекта рынка — участника дела при установлении цен на товары (работы, услуги). Обоснованно ли включены все затраты и расходы субъекта рынка — участника дела при установлении цены и привело ли данное обстоятельство к ее завышению.

Соглашения и согласованные действия

1. Определить, функционируют ли субъекты рынка — участники дела на едином товарном рынке.

2. Определить обоснованность изменения цен у субъектов рынка — участников дела на один и тот же товар в исследуемый промежуток времени.

3. Определить, была ли у субъектов рынка — участников дела техническая возможность координировать свои действия.

4. Оценить последствия для конкуренции принятого соглашения или согласованных действий.

5. Дать оценку ущерба потребителей (возможного ущерба), нанесенного (который может быть нанесен) реализацией соглашения (согласованных действий).

Резюме, выводы:

Таким образом, наличие определенных трудностей у судов при применении ст. 159 КоАП РК как по вопросу определения квалификации, так и по санкции на практике указывают судам на необходимость назначения судебных экспертиз, поскольку сам орган не обладает специфическими познаниями в этой области.

Вместе с тем, как показал анализ практики привлечения экспертного мнения (экспертов и специалистов) при рассмотрении судами как административных, так и гражданских дел в сфере антимонопольной деятельности, большая часть экспертных заключений, рассматриваемых в ходе судебных заседаний, были получены одной из сторон до начала или в ходе судебного разбирательства по своей инициативе.

Проведенный анализ свидетельствует о проблеме неэффективного использования специальных знаний в форме судебной экспертизы при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного (конкурентного) законодательства.

Полагаем, что, исходя из специфики предмета судебной экспертизы по указанным делам, необходимо выделить ее в качестве самостоятельного вида судебно-экспертных исследований в рамках судебной экономической экспертизы.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Предложенное научно-практическое издание представило комплексные экспертные комментарии к ст. 169 «Антиконкурентные соглашения» и ст. 174 «Злоупотребление доминирующим или монопольным положением» Предпринимательского Кодекса Республики Казахстан, систематизированный обзор судебной практики рассмотрения антимонопольных дел по этим статьям в соответствии с ч. 1 и 3 ст. 159 КоАП РК, а также исследования, проведенные в Российской Федерации и Казахстане о важности привлечения экспертов и специалистов при рассмотрении антимонопольных дел в судебных инстанциях и на стадии проведения расследований.

Проведённый анализ показал, что в Казахстане не всегда практику применения судами норм КоАП РК в антимонопольной сфере можно назвать единообразной. Обзор практики рассмотрения судами дел по результатам расследований по признакам злоупотребления доминирующим положением и антиконкурентным соглашениям подтверждает выводы Обобщения ВС РК о наличии «определенных трудностей у судов при применении ст. 159 КоАП РК как по вопросу определения квалификации, так и по санкции». Суды испытывают затруднения с правильным установлением норм материального закона, нарушенных лицом, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, а также с правильным определением мер административного взыскания.

Ситуация несколько усугублена и тем, что в Казахстане отсутствует нормативное постановление Верховного Суда по вопросам применения антимонопольного законодательства и методический документ по определению (расчету) административных штрафов по ст. 159 КоАП РК.

Проведенный анализ представления экспертных заключений независимых организаций субъектами рынка на стадии расследования антимонопольного органа (на заседаниях Согласительных комиссий) показал их существенную роль в более глубоком рассмотрении экономического поведения субъектов рынка, доказательстве отсутствия умысла нарушения конкурентного законо-

дательства в их поведении, более точечную идентификацию вменяемых нарушений.

Экспертное мнение позволяет субъектам рынка повысить свои шансы аргументировано доказывать отсутствие факта нарушения. Наряду с этим, изучение имеющихся судебных административных и гражданских дел в антимонопольной сфере с привлечением экспертов, показало, что наличие экспертного заключения также существенно влияет на исход дела в судебных инстанциях, повышая квалификацию, объективность и логику доказывания в принимаемых решениях судей.

Рассмотрение и расследование дел, связанных с нарушением антимонопольного законодательства, требует более тщательного исследования экономических и иных содержательных положений, обуславливающих приглашение или назначение в судебных разбирательствах эксперта или экспертной организации, обладающих профессиональными знаниями и умениями. Полагаем, что исходя из специфики предмета судебной экспертизы по указанным делам, необходимо выделить ее в качестве самостоятельного вида судебно-экспертных исследований в рамках судебной экономической экспертизы.

Рассчитываем, что предложенные комментарии, систематизированный обзор и рассмотрение судебных решений помогут судьям, сотрудникам антимонопольного ведомства, юристам, представляющим мнение бизнеса, более широко взглянуть на возможные варианты принимаемых решений, систему доказательств и выстраивания причинно-следственных связей при конкретном антимонопольном деле. Важным вопросом является исследование субъектно-объектного состава рассматриваемых нарушений, идентификация конкретного состава правонарушений и определение степени воздействия данного нарушения на общество и потребителей для объективизации ответственности.

Главная цель антимонопольного законодательства — обеспечить организационные и правовые основы защиты конкуренции, эффективного функционирования товарных рынков, создать комплекс условий, способствующих благосостоянию общества и потребителей. Надеемся, что данное издание позволило найти ответы всем заинтересованным в изучении данного вопроса сторонам.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

Нормативно-правовая база:

1. Конституция Республики Казахстан от 30 августа 1995 г.
2. Уголовный Кодекс Республики Казахстан от 3 июля 2014 г. №226-V ЗРК.
3. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 4 июля 2014 г. № 231-V ЗРК.
4. Кодекс Республики Казахстан «Об административных правонарушениях» от 5 июля 2014 г. №235-V ЗРК.
5. Предпринимательский кодекс Республики Казахстан от 29 октября 2015 г.
6. Кодекс Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» от 25 декабря 2017 г. №120-VI ЗРК.
7. Гражданский Кодекс Республики Казахстан от 27 декабря 1994 г. №268-XIII.
8. Закон Республики Казахстан «О естественных монополиях» от 9 июля 1998 г. №272.
9. Закон Республики Казахстан «О газе и газоснабжении» от 9 января 2012 г. №532-IV.
10. Закон Республики Казахстан «Об электроэнергетике» от 9 июля 2004 г. №588.
11. Закона Республики Казахстан «О бухгалтерском учете и финансовой отчетности» от 28 февраля 2007 г. №234-III ЗРК.
12. Закон Республики Казахстан «О ратификации Договора о Евразийском экономическом союзе» от 14 октября 2014 г. №240-V ЗРК.
13. Закон Республики Казахстан «О судебно-экспертной деятельности» от 10 февраля 2017 г. №44.
14. Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования регулирования предпринимательской деятельности» от 24 мая 2018 г. №156-VI ЗРК.
15. Закон Республики Казахстан «О естественных монополиях» от 27 декабря 2018 г. №204-VI ЗРК.

16. Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам конкуренции и государственной поддержки жилищного строительства» от 28 декабря 2016 г. №34-VI ЗРК.

17. Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам улучшения бизнес-климата» от 29 июня 2020 г. №352-VI ЗРК.

18. Приказ Министра энергетики Республики Казахстан «Об утверждении Правил пользования электрической энергией» от 25 февраля 2015 г. №143.

19. Приказ Министра национальной экономики Республики Казахстан «Об утверждении Методики по проведению анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке» от 30 ноября 2015 г. №741.

20. Приказ Министра национальной экономики Республики Казахстан «Об утверждении Методики по выявлению монопольно высокой (низкой) цены» от 4 мая 2018 г. №173.

21. Приказ Председателя Агентства по защите и развитию конкуренции Республики Казахстан «О внесении изменений в приказ Министра национальной экономики Республики Казахстан от 4 мая 2018 г. №173 «Об утверждении Методики по выявлению монопольно высокой (низкой) цены» от 19 ноября 2020 г. №1.

22. Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан «О некоторых вопросах применения судами норм Общей части Кодекса Республики Казахстан «Об административных правонарушениях» от 22 декабря 2016 г. №12.

23. Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан «О некоторых вопросах применения судами норм Особенной части Кодекса Республики Казахстан «Об административных правонарушениях» от 6 октября 2017 г. №7.

24. Нормативное постановления Верховного Суда Республики Казахстан «О постановлении суда по делу об административном правонарушении» от 20 апреля 2018 г. №5.

Судебные решения:

1. Постановление Специализированного административного суда г. Усть-Каменогорска №16-4-1/300 от 16 февраля 2015 г.
2. Постановление Восточно-Казахстанского областного суда №3а/171 от 16 марта 2016 г.
3. Постановление Специализированного административного суда г. Семей №3-306-16 от 30 мая 2016 г.
4. Постановление Восточно-Казахстанского областного суда №3а/362 от 29 июня 2016 г.
5. Постановление Специализированной судебной коллегии Верховного Суда Республики Казахстан №6001-16-00-6АП/55 от 28 июля 2016 г.
6. Постановление Специализированного административного суда г. Рудный Костанайской области №3928-16-00-3/3593 от 26 августа 2016 г.
7. Постановление Специализированного административного суда г. Тараз №3116-16-00-3/3492 от 3 октября 2016 г.
8. Постановление Западно-Казахстанского областного суда №3А-317/2016 от 27 октября 2016 г.
9. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Астана №3-9938/2016 от 7 ноября 2016 г.
10. Постановление Карагандинского областного суда №3а-566 от 10 ноября 2016 г.
11. Постановление Есильского районного суда Акмолинской области №1148-16-00-3/458 от 23 января 2017 г.
12. Постановление Судебной коллегии по гражданским делам Костанайского областного суда №3а-19\17 от 24 января 2017 г.
13. Постановление Западно-Казахстанского областного суда №2799-17-00-3а\26 от 8 февраля 2017 г.
14. Постановление Суда г. Астана №3а-30/2017 от 8 февраля 2017 г.
15. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Астана №3-1077/2017 от 14 февраля 2017 г.

16. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Астана №3ж-77/2017 от 21 февраля 2017 г.

17. Постановление Специализированной судебной коллегии Верховного Суда Республики Казахстан №6001-17-00-6АП/37 от 17 августа 2017 г.

18. Постановление Аркалыкского городского суда Костанайской области №3916-17-00-3/438 от 12 сентября 2017 г.

19. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Астана №3-23351/2017 от 6 ноября 2017 г.

20. Постановление Суда г. Астана №3а/993 от 14 декабря 2017 г.

21. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Караганда №3580-17-00-3/14609 от 25 декабря 2017 г.

22. Постановление Меркенского районного суда Жамбылской области №3154-18-00-3/16 от 9 февраля 2018 г.,

23. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Алматы №7528-18-00-3/15348 от 31 июля 2018 г.

24. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Алматы №7528-18-00-3/23660 от 19 сентября 2018 г.

25. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Астана №3/18708-18 от 30 октября 2018 г.

26. Постановление Специализированной судебной коллегии Верховного Суда Республики Казахстан №6кп-73-18 от 27 декабря 2018 г.

27. Постановление Специализированного административного суда г. Семей №3-837-19 от 20 марта 2019 г.

28. Решение Суда г. Астана №2/10-19 от 12 апреля 2019 г.

29. Определение Суда г. Астаны №2-10/19 от 8 апреля 2019 г.

30. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Алматы №7528-19-00-3/21422 от 23 августа 2019 г.

31. Постановление Федоровского районного суда № 3968-20-00-3/350 от 25 августа 2019 г.

32. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Нур-Султан №3/18397 от 26 августа 2019 г.

33. Постановление Специализированного административного суда г. Уральск №2712-19-00-3/6296 от 12 сентября 2019 г.

34. Постановление Специализированной судебной коллегии Верховного Суда Республики Казахстан №6001-19-00-2а/34 от 4 октября 2019 г.

35. Постановление Специализированного административного суда г. Усть-Каменогорск № 3-11749-19 от 19 ноября 2019 г.

36. Постановление Специализированного административного суда г. Усть-Каменогорск № 3-11748-19 от 21 ноября 2019 г.

37. Постановление Специализированного административного суда г. Усть-Каменогорск № 3-9648-19 от 21 октября 2019 г.

38. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Алматы №7528-19-00-3/32148 от 12 декабря 2019 г.

39. Постановление Специализированного административного суда г. Усть-Каменогорск № 3-12168-19 от 5 января 2020 г.

40. Постановление Судебной коллегии по гражданским делам Восточно-Казахстанского областного суда №6399-19-00-3а/747 от 15 января 2020 г.

41. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Алматы №7528-20-00-3/1566 от 20 февраля 2020 г.

42. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Алматы № 5280 от 12 марта 2020 г.

43. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Алматы № 5362 от 12 марта 2020 г.

44. Определение суда г. Нур-Султан №2-62-20 от 13 мая 2020 г.

45. Постановление Федоровского районного суда №3968-20-00-3/350 от 25 августа 2020 г.

46. Постановление Специализированного административного суда г. Павлодар №5512-20-3/5675 от 25 августа 2020 г.

47. Постановление Специализированного административного суда г. Атырау №2312-20-00-3/5149 от 16 сентября 2020 г.

48. Постановление Специализированного административного суда г. Уральск №2712-20-00-3/4623 от 1 сентября 2020 г.

49. Постановление Специализированного межрайонного административного суда г. Алматы №7528-20-00-3/14746 от 29 сентября 2020 г.

Публикации на русском языке:

1. Авдашева С.Б., Цыцулина Д.В., Сидорова Е.Е. Применение ключевых показателей эффективности для ФАС России: анализ на основе статистики судебных решений // Вопросы государственного и муниципального управления. – 2015. - №3

2. Айтжанов А.Т., Бычкова Е.С. Значение актов Суда ЕАЭС и ЕЭК для единообразной практики правоприменения антимонопольного и конкурентного законодательства и антимонопольного комплаенса. / Источник: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35575974

3. Актуальные вопросы проведения анализа состояния конкуренции на товарных рынках. Методологический комментарий: монография. И.В. Князева, С.Н. Чирихин. – Новосибирск: Изд-во НГТУ, 2018.

4. Анализ законодательства и правоприменительной практики государств – членов ЕАЭС и Евразийского экономического союза по вопросам привлечения к ответственности и освобождения от нее за нарушение антимонопольного законодательства, рассмотрение международного опыта. Итоговый отчет п. 2 Календарного плана к договору от 7 сентября 2018 г. №Н-23/231. <http://www.eurasiancommission.org/ru/act/caa/cpol/Documents.pdf>

5. Анализ состояния конкуренции и определение границ товарного рынка / А.Т. Айтжанов и И.В. Князева; Центр развития и защиты конкурентной политики. – Астана, 2016.

6. Артющенко Д.В. Некоторые вопросы экспертного обеспечения производства дел о нарушении антимонопольного законодательства. // Теория и практика судебной экспертизы. №4. Том 12. 2017.

7. Бычкова. Е.С. Проблемы развития института специальных знаний в гражданском судопроизводстве. Диссертация на соис-

кание ученой степени канд. юрид. наук. Казахский государственный юридический университет. Алматы. 2004.

8. Есеналина А. Суды испытывают трудности при рассмотрении дел об антимонопольных нарушениях. / Источник: <https://lsm.kz/sudy-isytyvayut-trudnosti-pri-rassmotrenii-del-o-narushenii-anti-monopol-nogo-zakonodatel-stva>

9. Князева И.В., Падерина К.В. Влияние привлечения экспертного мнения на рассмотрение дел по нарушению антимонопольного законодательства: количественный и качественный анализ // Право и экономика - 2017. - №8.

10. Князева И.В., Бондаренко И.В., Падерина К.В. Экспертные процедуры и возможности при рассмотрении дел, связанных с нарушением антимонопольного законодательства. // Современная конкуренция. 2017. Том 11. №5 (65)

11. Конкурентное право и политика в Казахстане. Экспертный обзор ОЭСР. 2016.

12. Конкурентное право Республики Казахстан: учебное пособие / А.Т. Айтжанов, И.В.Князева, Н.В.Радостовец и др.; отв. ред. А.Т. Айтжанов; Центр развития и защиты конкурентной политики. – Астана, 2015.

13. Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан. Раздел 4 «Экономическая конкуренция» / Под общ. ред. А.Т. Айтжанова; Центр развития и защиты конкурентной политики, Альянс антимонопольных экспертов. - 2-е изд., перераб. и доп. – Астана, 2017.

14. Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» / Отв. редактор И.Ю.Артемьев; МГИМО МИД России, ФАС России, ООО «Статут». – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Статут, 2016.

15. Новиков В.В. Кто и когда выигрывает в антимонопольных процессах? //Конкуренция и право. – 2014. - №3.

16. Обзор основных докладов Евразийского антимонопольного форума (доклад Шиппа Д.А.) // журнал «Рынок и конкуренция», №1, 2018.

17. Обзор практики по применению норм законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции / Под общей ред. А.Т. Айтжанова. – Астана: Центр развития и защиты конкурентной политики, 2018.

18. Обобщение о применении судами законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан № 7, 2020.

19. Обобщение судебной практики применения законодательства в сфере антимонопольной деятельности // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан №9, 2019.

20. Отдельные виды судебных экспертиз передадут частникам в РК / inform.kz 19 июня 2020 г. https://www.inform.kz/ru/otdel-nye-vidy-sudebnyh-ekspertiz-peredadut-chastnikam-v-rk_a3663681.

21. Отчет о состоянии конкуренции на отдельных товарных рынках и мерах, принимаемых по ограничению монополистической деятельности за 2017 г. / Источник: <https://www.gov.kz/memleket/entities/zk/activities/directions?lang=ru>

22. Отчет о состоянии конкуренции на отдельных товарных рынках и принимаемых мерах по ограничению монополистической деятельности за 2019 г. / Источник: <https://www.gov.kz/memleket/entities/zk/activities/directions?lang=ru>

23. Полякова Ю., Подгузова К. Судебная практика доказывания картельных соглашений. /Источник: <https://www.law.ru/article/4217-sudebnaya-praktika-dokazyvaniya-kartelnyh-soglasheniy>

24. Правовые, организационные и научно-методические основы судебной экспертизы. Бычкова С.Ф., Сейтенов К.А., учебник. – Нур-Султан, 2019.

25. Реализация рекомендаций ОЭСР по законодательству и политике конкуренции Казахстана: текущее состояние / А.Т. Айтжанов, Е.И. Добриян, Д.Л. Мухаметова; Отв.ред. А.Т.Айтжанов. – Нур-Султан: Центр развития и защиты конкурентной политики, 2019.

26. Руководство по вертикальным ограничениям Европейской Комиссии (Guidelines on vertical restraints [SEC (2010) 411 final]) // <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URI-SERV%3Acc0007>

27. Сахнова Т.В. Экспертиза в гражданском процессе (теоретическое исследование). Диссертация на соискание ученой степени докт. юрид. наук. Красноярск, 1998.

28. Теория судебной экспертизы. Россинская Е.Р., Галяшина Е.И., Зинин А.М. (Судебная экспертология): учебник. М: Норма: ИНФРА-М, 2016.

29. Чернова М.Н. Заключение эксперта как доказательство в гражданском и арбитражном процессе. Диссертация на соискание ученой степени канд. юрид. наук. Москва, 2015.

30. Экспертное присутствие в арбитражных спорах по нарушению антимонопольного законодательства: результаты и возможности (количественный анализ судебной практики) – Юрист – 2017 - №19.

Публикации на английском языке

1. Baye M. Is antitrust too complicated for generalist judges? The impact of economic complexity and judicial training on appeals / M.Baye, J.Wright // Journal of Law and Economics. – 2011.

2. Report on 2016 ICN Chief/Senior Economists Workshop / <https://icn2017.concorrencia.pt/downloads/materials/AEWG-Chief-Economists-Workshop-Report.pdf>

ОГЛАВЛЕНИЕ

Авторский коллектив	5
Принятые сокращения	6
Введение	9

ГЛАВА 1 КОММЕНТАРИИ К СТАТЬЯМ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

1.1 Статья 169 Предпринимательского кодекса Республики Казахстан (антиконкурентные соглашения).....	15
1.2 Статья 174 Предпринимательского кодекса Республики Казахстан (злоупотребление доминирующим или монопольным положением).....	28

ГЛАВА 2 ОБЗОР СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ ПРИМЕНЕНИЯ СТАТЬИ 159 КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ (МОНОПОЛИСТИЧЕСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ)

2.1 Отдельные вопросы применения статьи 159 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях	48
2.2 Часть 1 статьи 159 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях (антиконкурентные соглашения)	85
2.3 Часть 3 и часть 3-1 статьи 159 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях (злоупотребление доминирующим или монопольным положением)	134

ГЛАВА 3 ИСПОЛЬЗОВАНИЕ СПЕЦИАЛЬНЫХ ЗНАНИЙ ПРИ ПРОВЕДЕНИИ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ РАССЛЕДОВАНИЙ И РАССМОТРЕНИИ СУДАМИ ДЕЛ О НАРУШЕНИИ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

3.1 Классификация экспертиз	182
3.2 Антимонопольные расследования: роль экспертов	187
3.3 Судебные дела о нарушениях антимонопольного законодательства: назначение судебной экспертизы, привлечение экспертов и специалистов	197
Заключение	225
Библиографический список	227

Научно-практическое издание

**КОММЕНТАРИИ И ОБЗОР СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ
по части 1, 3 и 3-1 статьи 159 Кодекса
Республики Казахстан об административных правонарушениях**

Ответственный редактор - канд. экон. наук А.Т. Айтжанов

Корректор-редактор *Татьяна Кауменова*
Дизайн обложки *Бауыржан Еженов*

Подписано в печать 9.12.2020. Формат 60x84 ¹/₁₆
Гарнитура ММ Times . Печать офсетная.
Усл.-печ. л. 14,8. Тираж 2 000 экземпляров. Заказ №4477

АО «Центр развития и защиты конкурентной политики»
010000, г.Нур-Султан, пр. Мангилик ел 8,
Тел.: 8 (7172) 792 722, 792 735
e-mail: info@czk.kz
www.czk.kz



АО "ЦЕНТР РАЗВИТИЯ
И ЗАЩИТЫ КОНКУРЕНТНОЙ
ПОЛИТИКИ"

12 лет

О КОМПАНИИ:

12 лет успешной практики
Более 1000 клиентов по всему казахстану и зарубежом
Участие в разработке законодательства о конкуренции
Большинство экспертов Центра награждены нагрудным знаком
«Отличник антимонопольной службы»

НАПРАВЛЕНИЯ РАБОТЫ:

ПРОВЕДЕНИЕ ЭКОНОМИЧЕСКИХ ЭКСПЕРТИЗ В СФЕРЕ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ:

(в т.ч. Определение продуктовых и географических границ товарного рынка, установление наличия или отсутствия доминирующего положения на товарном рынке и злоупотребление доминирующим положением, Анализ последствий экономической концентрации на конкуренцию, Экономическая обоснованность тарифов и принципов ценообразования)

(в т.ч. Антимонопольный комплаенс, Подготовка ходатайств на экономическую концентрацию, Сопровождение при антимонопольном расследовании, Экспертиза договоров, Представительство в судах)

ЮРИДИЧЕСКИЕ КОНСУЛЬТАЦИИ В СФЕРЕ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

**Организация и проведение
тренинг-семинаров, форумов, круглых столов**

**Подготовка и издание журнала,
методической и иной литературы.**

Создано постановлением Правительства РК от 2 декабря 2008 года № 1127
(с 2015 года Центр является негосударственной, независимой организацией)

г.Нур-Султан, пр. Мангилик ел 8,
Дом министерств, подъезд 3, этаж 8,
Тел.: 8 (7172) 792 722, 792 735
info@czk.kz, www.czk.kz