Содействие развитию конкуренции

некоммерческое партнерство

Взыскание убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства

Новеллы четвертого антимонопольного пакета. Актуальные вопросы применения законодательства о конкуренции.
г. Симферополь, 3-4 сентября 2015 г.

О. А. Москвитин
Адвокат, советник, руководитель антимонопольной практики
коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры»

Муранов, Черняков и партнеры

© НП «Содействие развитию конкуренции»

Основные типы убытков

1. Убытки от взимания излишней цены (монопольно высокой, завышенной картелем, «разогретой» из-за необоснованного снижения объема продаж, необоснованно отличающейся от цен для других игроков, цены, противоречащей установленному НПА порядку ценообразования; платежей за невыгодные, не относящиеся к предмету договора допуслуги и др.).

2. Убытки вследствие вытеснения с рынка, сокращения рыночной доли пострадавшего лица либо создания препятствий его выходу на рынок

Взыскание убытков

В случае, если злоупотреблением доминирующим положением, недобросовестной конкуренцией, антиконкурентным соглашением, иными нарушениями антимонопольного законодательства лицу причинены убытки, такой субъект вправе обратиться в суд с иском об их взыскании.

Часть 3 статья 37 Закона о конкуренции прямо предусматривает право требовать возмещения убытков, включая упущенную выгоду.

И несмотря на то, что в России институт частных исков о взыскании убытков развит пока не слишком сильно, **можно привести достаточное число примеров удачных взысканий**.

© НП «Содействие развитию конкуренции

Содействие развитию конкуренции
некоммерческое партнерство

Примеры из судебной практики

Дело № А40-14800/14 (Фармдистрибьютор против Производителя лекарств)

Суды взыскали в пользу дистрибьютора лекарственных средств **почти 410 млн. руб.** убытков (упущенной выгоды) с иностранного поставщика. препарата. Убытки были причинены необоснованным отказом поставщика от заключения нового договора поставки, что было квалифицировано ранее ФАС России как нарушение пункта 5 части 1 статьи 10 Закона о конкуренции.

Суды приняли доводы истца о том, что именно отказ от заключения договора не позволил ему принять участие в аукционе Минздрава на госпоставки соответствующего препарата. Размер убытков был определен как величина бонуса, который истец получил бы от поставщика, реализуй он его препарат в необходимом объеме (размер скидки-бонуса (16,5%), которую истец обычно получал во взаимоотношениях с поставщиком, умноженный на сумму контракта, заключенного поставщиком со своей «дочкой» - ООО «Тева»).

АС МО (**постановление от 24 февраля 2015 г.)** отменил судебные акты **и отказал в иске:**

- в проекте договора отсутствовало условие о предоставлении скидки.
- не представлено доказательств того, что поставщик предоставил скидки ООО «Тева». Доказательств причинения истцу вреда в виде упущенной выгоды в связи с приготовлениями к исполнению договора поставки или какими-либо иными обстоятельствами в материалы дела не представлено.
- Отсутствуют доказательства, свидетельствующие о том, что истец принимал все необходимые меры к уменьшению или недопущению убытков.

Примеры из судебной практики

Дело № А40-46424/10-59-378 (Производитель удобрений против Поставщика минерального сырья)

Арбитражный суд города Москвы решением от 12 июля 2010 г. взыскал **более 1,14 млрд. руб.** убытков в пользу производителя минеральных удобрений.

Суд посчитал, что поставщик сырья нарушил пункт 6 части 1 статьи 10 Закона о конкуренции путем необоснованного установления для данного покупателя цен, отличных (более высоких) от цен по договорам с другими контрагентами.

Убыток (реальный ущерб) = фактически применявшаяся в отношении этого покупателя цена на сырье – цена, которая была признана обоснованной ФАС России.

Взыскание убытков: наблюдения

1. Как правило, речь идёт о небольших суммах, существенно меньших нежели рассмотренные ранее (дела № А13-16417/2013, А40-143297/12 и др.).

2. Значительная часть частных исков вовсе не удовлетворяется (дела № А41-66633/13, А75-8092/2013, А07-13299/2013, А40-142459/2012 и др.).

3. **Такие дела нельзя назвать простыми, однако взыскиваемый в них ущерб достаточно очевиден.** Практически не затрагиваются вопросы взыскания наиболее проблемных в доказывании случаев ущерба (как это происходит в рассматриваемой далее зарубежной практике).

4. Соответственно, можно предположить, что даже полное удовлетворение предъявляемых сейчас **исков не обеспечивает полноценную компенсацию всех потерь** пострадавшего лица. Возможно, суды и сами истцы просто не готовы пока вести разбирательства во многих обычных для зарубежных судей и предпринимателей случаях.

© НП «Содействие развитию конкуренции

Неосновательное обогащение как альтернатива

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

Pros:

Возможность взыскания процентов по пункту 2 статьи 1107 ГК РФ (**их не нужно доказывать в отличие от убытков**)

Начисление же процентов за пользование чужими денежными средствами на сумму убытков противоречит зачетному характеру процентов по отношению к возмещению убытков (пункт 2 статьи 395 ГК РФ).

ВАС РФ: ***начисление процентов за пользование чужими денежными средствами на сумму убытков не допускается*** (постановления Президиума ВАС РФ от 22 мая 2007 г. № 420/07, от 6 июня 2000 г. № 761/00).

Это не касается возможности начисления процентов по статье 395 ГК РФ за неисполнение решения суда о взыскании убытков (постановление Президиума ВАС РФ от 28 июля 2009 г. № 6961/09).

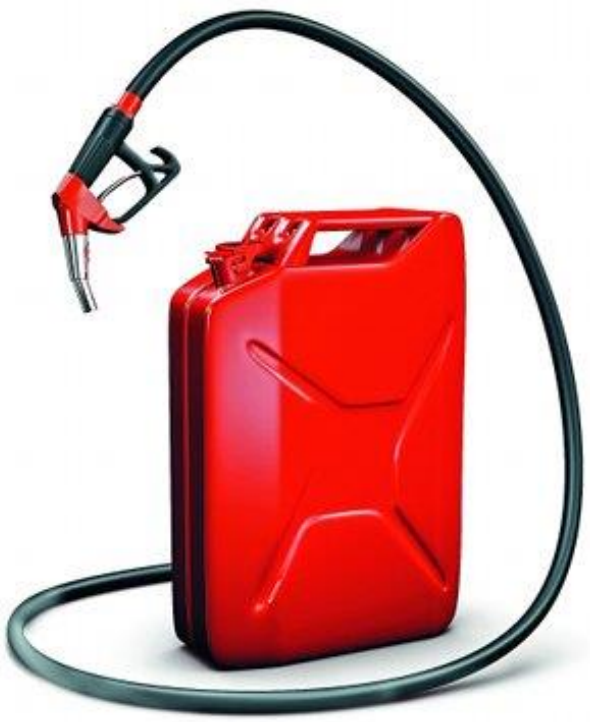
Примеры из судебной практики

Дело № А74-1015/2012 (Авиакомпания против Поставщика топлива)

Суд взыскал в пользу авиационного предприятия неосновательное обогащение, рассчитанное исходя из разницы между применявшейся поставщиком топлива монопольно высокой ценой и экономически обоснованной ценой, определенной в решении антимонопольного органа.

Также на сумму неосновательного обогащения были начислены в соответствии с пунктом 2 статьи 1107 ГК РФ проценты за пользование чужими денежными средствами.

Аналогичным образом было разрешено **дело № А51-21572/2011** со схожими фактическими обстоятельствами.



© НП «Содействие развитию конкуренции

Примеры из судебной практики

Дело № А24-2808/2013 (Потребитель против Энергокомпании)

Истец взыскал со своего обидчика неосновательное обогащение в сумме уплаченной стоимости безучетного потребления энергии.

Оснований для оплаты безучетного потребления не было, однако энергокомпания добилась платежа, отключив электроэнергию. В дальнейшем такие действия были квалифицированы УФАС по пункту 4 части 1 статьи 10 Закона о конкуренции, а пострадавший потребитель вернул свои деньги и проценты на них.

Неосновательное обогащение как альтернатива

Хотя взыскание неосновательного обогащения и процентов в ряде случаев упрощает компенсацию финансовых потерь пострадавшего лица (по сравнению с обоснованием и взысканием убытков), **использование данного инструмента ограничено** теми нарушениями, которые влекут последствия, перечисленные в пункте 1 статьи 1102 ГК РФ.

Речь идет о ситуациях неосновательного обогащения нарушителя антимонопольного законодательства за счет пострадавшего лица. «Классические» примеры – монопольно высокие цены, установление завышенных цен картелем и др.

В то же время перечень возможных нарушений далеко не исчерпывается случаями, когда имеется явное неосновательное приобретение, сбережение нарушителем имущества.

Соответственно, **взыскание убытков является более универсальным инструментом защиты интересов потерпевших** от нарушения антимонопольного законодательства.

Однако универсальность данного инструмента значительно ограничена на сегодня отсутствием «официальных» либо сложившихся на практике методик определения убытков. В данном случае российская правоприменительная система может успешно заимствовать опыт западных коллег.

© НП «Содействие развитию конкуренции

Содействие развитию конкуренции
некоммерческое партнерство

Европейский опыт: Practical Guide и Directive on Antitrust Damages

Основным европейским документом по оценке убытков является ***Practical guide «Quantifying harm in actions for damages based on breaches of article 101 or 102 of the treaty on the functioning of the EU»*** (Практическое руководство по оценке ущерба в исках об убытках, причиненных нарушениями статей 101 или 102 Договора о функционировании ЕС). Данный документ содержит информацию о существующих методиках определения убытков.

Согласно статье 3 утвержденной 10 ноября 2014 г. ***Директивы ЕС по искам об антимонопольных убытках*** **полное возмещение** причиненного вреда должно включать :

1. компенсацию реального ущерба (actual loss);
2. компенсацию упущенной выгоды (loss of profit);
3. уплату процентов (interest). **То есть все как у нас, кроме процентов.**

При этом возмещение убытков не должно приводить к сверхкомпенсации, избыточному возмещению ущерба (*overcompensation*).

Методики оценки убытков

Practical Guide предлагает, в частности, следующие методы оценки убытков:

- Сравнительные методы (comparator-based methods):
    1. Сравнение положения в период нарушения и до или после такого нарушения, то есть «over time»;
    2. Сравнение ситуаций на рынке, затронутом нарушением, с рынком, имеющим другие географические границы и на котором данного нарушения не было;
    3. Сравнение ситуаций на разных продуктовых рынках;
    4. Синтез метода «over time» со сравнением ситуаций на разных рынках (difference-in-differences analysis).
- Методы экономического моделирования, симулирующие гипотетические «ситуации без нарушения».

© НП «Содействие развитию конкуренции

Сравнение положения в период нарушения и до или после такого нарушения (over time)

Данный метод подразумевает изучение ситуации в одних и тех же продуктовых и географических границах рынка.

Пример: При выявлении картеля, направленного на завышение цен на товары могут сравниваться цены, уплачивавшиеся пострадавшим покупателем в период существования картеля, с ценами, имевшимися до создания картеля или после прекращения действия картельного соглашения (возможно одновременное сравнение с ценами периодов «до картеля» и «после картеля»).

Pros:
Большая сопоставимость характеристик одного и того же рынка (уровень конкуренции, состояние спроса и величина издержек и т.п.), по сравнению с характеристиками разных рынков.

Cons:
Не всегда можно точно установить, когда негативные последствия от правонарушения прекратились (например, картель завершен, но разогретые им цены все еще высоки).

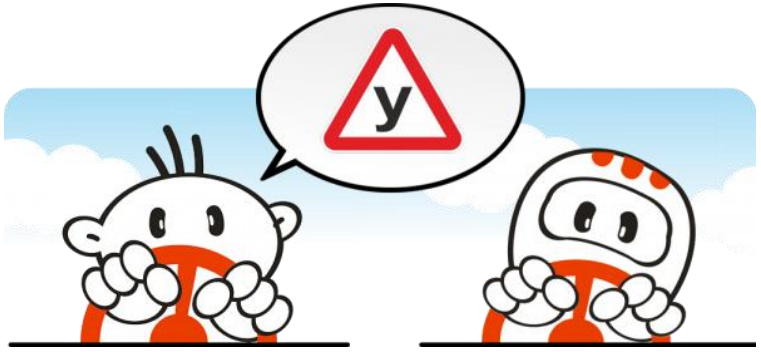
© НП «Содействие развитию конкуренции

Примеры из судебной практики

Bundesarbeitskammer против Powerdrive Fahrschule Andritz GmbH, Апелляционный суд Граца (Австрия).

Потерпевшая сторона пыталась взыскать убытки за установление и поддержание монопольно высокой цены на услуги автошкол.

Суд установил, что после окончания противоправных действий цена на такие услуги упала приблизительно на 21%, и использовал эти данные для оценки ущерба, таким образом применив такую разновидность метода «over time» как «during-and-after».



Примеры из судебной практики

INAZ Paghe srl против Associazione Nazionale dei Consulenti del Lavoro.

Антимонопольное нарушение, ставшее поводом к иску об убытках, состояло в неправомерном коллективном бойкоте поставщика программного обеспечения.

Апелляционный суд Милана оценил убытки путём сопоставления количества договоров, расторгнутых с пострадавшей компанией до периода нарушения, и количества договоров, расторгнутых в ходе «бойкота». Совокупная цена расторгнутых контрактов, число которых превысило предшествовавшие показатели, и составила размер убытков, причиненных антимонопольным нарушением.

Данное дело демонстрирует успешное применение еще одной разновидности сопоставления во времени – «before-and-during».

© НП «Содействие развитию конкуренции

Сопоставление рынка в других географических границах

В рамках данного метода могут сравниваться цены, рыночные доли предприятий в аналогичный период на географически разных рынках.

Pros:

В отличие от сравнения одного и того же рынка в разные периоды, для этого метода не столь важно четкое установление начала и окончания противоправного поведения.

Cons:

Сложность доказывания сопоставимости рынков (что они принципиально не отличаются друг от друга). Таких рынков в принципе может не быть.

N.B.: Статья 6 Закона о конкуренции: сопоставимый рынок = рынок, сопоставимый по составу покупателей или продавцов товара, условиям обращения товара, условиям доступа на товарный рынок, государственному регулированию, включая налогообложение и таможенно-тарифное регулирование.

© НП «Содействие развитию конкуренции

Примеры из судебной практики

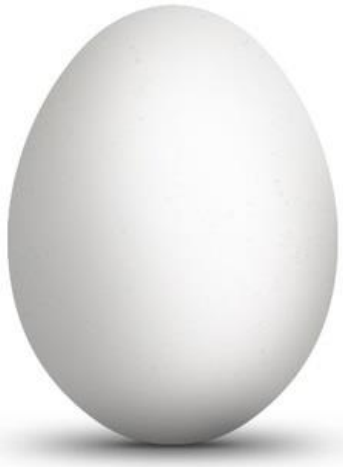
Zenith Radio Corp. против Hazeltine Research, Inc. (США).
В этом споре суд принял исчисление убытков, произведенное истцом на основании сравнения доли рынка, занимаемой им в США, и его доли на аналогичном рынке в Канаде, выходу на который Zenith препятствовали.

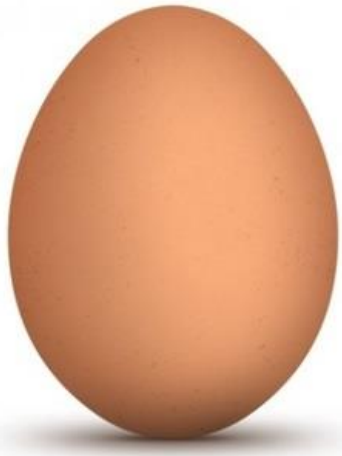
Верховный Суд США отметил, что в условиях отсутствия нарушения доля потерпевшего лица на двух сравниваемых рынках была бы примерно одинаковой (16%). Соответственно, убытки могут быть посчитаны исходя из экономических показателей его бизнеса в США.

Содействие развитию конкуренции
некоммерческое партнерство

Сравнение ситуаций на разных продуктовых рынках

При использовании данного метода предлагается сравнивать ситуацию на рынке другого, но максимально похожего товара (статья 4 нашего Закона о конкуренции, в частности, оперирует термином «взаимозаменяемые товары» – товары, которые могут быть сравнимы по их функциональному назначению, применению, качественным и техническим характеристикам, цене и другим параметрам. **Это может быть ориентиром?**).





Рынок такого другого товара также должен походить на рынок, затронутый нарушением, по количеству действующих на нем игроков, рыночной власти покупателей, структуре издержек и т.п.

Сравнение ситуаций на разных рынках в разные периоды времени

Синтез метода «over time» со сравнением ситуаций на разных рынках.

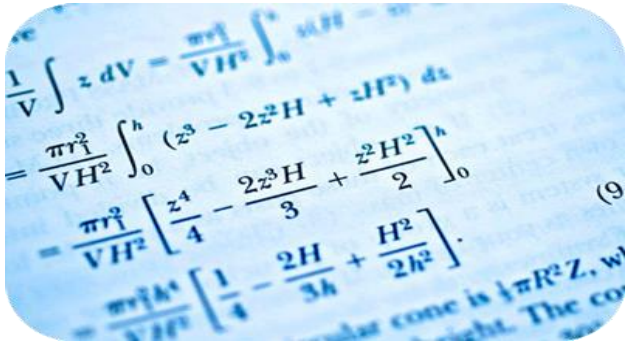
Пример: Методом «over time» установлено, что после появления картеля цена мешка муки выросла на €40. В то же время на географически другом, не затронутом картелем рынке, цена мешка муки выросла на €10 в связи с увеличением стоимости сырья. При условии, что рост стоимости сырья затронул и рынок, на котором было нарушение, можно сделать вывод, что завышение цены картелем составило не €40, а €30. Очевидно, что этот вывод существенно влияет на размер подлежащего возмещению ущерба.

Pros:
Позволяет установить все факторы, влиявшие на сравниваемые рынки и бизнес потерпевшего, отделить их от вредного влияния нарушителя.

Cons:
Использование этого инструмента при всех его достоинствах требует владения большим объемом данных (данные, относящиеся к разным рынкам и разным периодам существования одного и того же рынка).

© НП «Содействие развитию конкуренции

Методики, основанные на экономическом моделировании



Данные методики основываются на использовании достижений экономической теории с целью симулирования гипотетической **«ситуации без нарушения».**

Для различных типов рынка (монополия, олигополия, совершенная конкуренция и др.) были разработаны свои экономические модели, которые позволяют предположить уровень цен и иных показателей рынка, которые превалировали бы на нем, если бы нарушение законодательства о конкуренции отсутствовало.

Как и рассмотренные ранее методы, моделирование может использоваться не только для определения ущерба от ценовых нарушений (картели, монопольно высокие цены), но и нарушений, связанных с вытеснением с рынка и т.п.

© НП «Содействие развитию конкуренции

Примеры из судебной практики

Дело Conduit Europe, S.A. против Telefónica de España S.A.U.

Поводом для иска об убытках стало антиконкурентное поведение испанского телекоммуникационного оператора.

В целях оценки ущерба Conduit Europe, S.A. провела фундаментальное экономическое исследование. Для аналогии был использован рынок телекоммуникаций Великобритании, который также функционировал в условиях недавно прекращенной монополии, однако на котором бывший монополист не совершал антиконкурентных нарушений. Основываясь на полученных данных, истец оценил убытки как разницу между модельной ситуацией и реальным положением дел.

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

© НП «Содействие развитию конкуренции

Не методиками едиными

Помимо методов определения убытков в ***Practical Guide*** также описываются и виды финансовых потерь, которые несет покупатель от нарушений, связанных с завышением цен на товары.

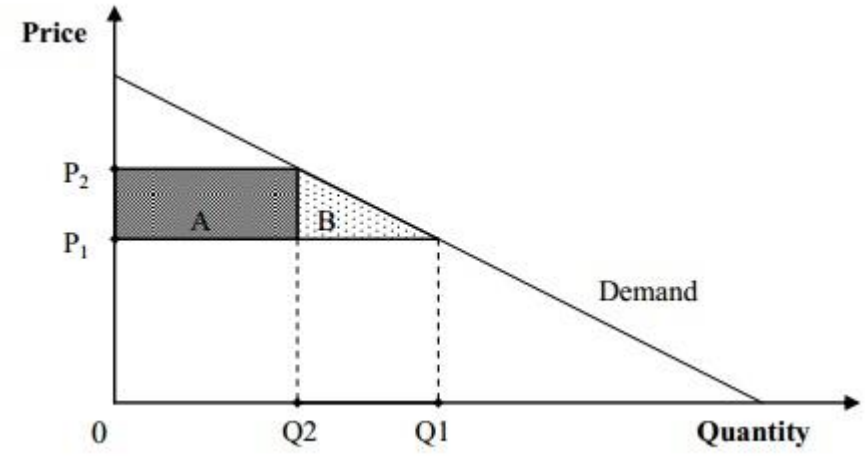
Результатом указанных нарушений являются два основных вида вредных последствий:

1. Вред, причиняемый покупателю в связи с необходимостью приобретения товара по более высокой цене («overcharge»);
2. Вред, причиняемый покупателю в связи с тем, что, приобретая товары нарушителя по завышенной цене, он вынужден повышать цены и для своих клиентов (перекладывать на них свое финансовое бремя – т.н. «pass on»), отчего уровень его собственных продаж снижается («volume effect»).

© НП «Содействие развитию конкуренции

Не методиками едиными

Данные последствия проиллюстрированы в Practical guide следующим графиком:



P_1 – цена нарушителя при отсутствии антимонопольного правонарушения;

P_2 – более высокая цена нарушителя, появившаяся в результате нарушения;

Q_1, Q_2 – количество товаров, приобретаемых клиентами пострадавшего лица при применении нарушителем цен P_1 и P_2 соответственно;

Прямоугольник А – переплата покупателя при покупке товара по цене P_1.

Треугольник В – «эффект объема», то есть доходы, которых лишился покупатель нарушителя из-за падения собственных продаж.

Суммируем убытки

Убыток прямого покупателя нарушителя = A + B —- Pass on effect (то есть величина вызванных повышением цен издержек, которые покупатель переложил на своих собственных клиентов).

Pass-on defense – оспаривание ответчиком наличия или величины убытков со ссылкой на перекладывание пострадавшим своих потерь на плечи собственных клиентов.

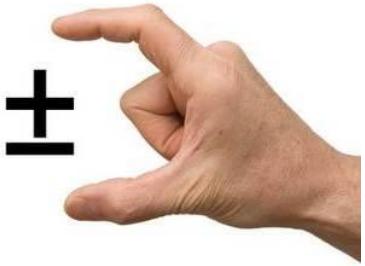
Практика: Решение Европейского суда Справедливости от 2 октября 2003 г. по делу № C-147/01: *«даже полный перенос бремени завышенной цены на собственных клиентов не означает, что покупатель нарушителя не мог пострадать от падения объемов своих продаж».*

ВАЖНО: Нам неизвестны случаи в российской практике, в которых бы исследовались перечисленные факторы. Однако их игнорирование может привести как к возмещению **не всех убытков** пострадавшего лица, так и к взысканию с нарушителя чрезмерной (не учитывающей pass on) суммы убытков.

© НП «Содействие развитию конкуренции

«Неточные» убытки?

Во многих случаях применение перечисленных в ***Practical Guide*** методов не позволяет установить величину убытка с точностью до евроцента или копейки. Рассчитанный таким образом размер убытка часто основывается на некоем допущении, предположении.



Однако данный фактор не является препятствием для применения европейских методов анализа в России.

В Постановлении от 6 сентября 2011 г. № 2929/11 Президиум ВАС РФ указал, что **суд не может отказать в удовлетворении требования о возмещении убытков только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности**. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела, исходя из принципа справедливости и соразмерности ответственности.

Впоследствии данное разъяснение было дословно закреплено в части 5 статьи 394 ГК РФ.

Аналогичное правило применяется, например, и итальянскими судами. В случае с Италией данный подход также прямо закреплен в национальном Гражданском кодексе.

© НП «Содействие развитию конкуренции

Пример из практики

Решением Арбитражного суда г. Москвы от 17 апреля 2012 г. по делу **А40-118546/2010** с ответчика взыскано более 111 млн. рублей убытков.

Нарушение антимонопольного законодательства заключалось в прекращении ответчиком поставки белитового шлама – компонента, необходимого истцу для производства цемента.

Для исчисления размера убытков судом была назначена экспертиза, в результате которой было установлено, что отсутствие у истца означенного ресурса привело к невозможности производства и дальнейшей продажи цемента, что явилось причиной для необоснованных экономических потерь.

Для наглядности приведем несколько вопросов, которые суд поставил перед экспертами, чтобы определить сумму убытков:

1. Какой доход получил бы истец, если бы со стороны ответчика была осуществлена поставка белитового шлама?
2. Была ли возможность у Истца произвести цемент в период нарушения?
3. Является ли отсутствие поставки Ответчиком белитового шлама единственным фактором, не позволившим осуществить производство цемента?
4. Имел ли Истец возможность и обязательства по реализации цемента в период нарушения и в каком объеме?

© НП «Содействие развитию конкуренции

России нужен свой Practical Guide?

Российские товарные рынки имеют свою специфику, однако **рассмотренные методики определения убытков в основе своей универсальны, они могут быть успешно применены и в России.**

Шагом в этом направлении стала разработка ФАС России – **с привлечением экспертного сообщества** – Методических рекомендаций по определению размера причиненного в результате нарушения антимонопольного законодательства убытка.

В результате бизнес и общество должны получить эффективный инструментарий для зашиты своих интересов в делах о взыскании убытков.

© НП «Содействие развитию конкуренции

Взыскание убытков: отдельные советы

1. Получить решение антимонопольного органа, подтверждающее факт нарушения.
2. Помочь антимонопольному органу качественно провести расследование (например, доказать монопольно высокую цену).
3. Постараться получить в рамках расследования максимум относимой к делу информации.
4. Соблюсти сроки исковой давности (обычно суды считают 3 года с момента нарушения АМЗ, презюмируя, что в этот момент пострадавшее лицо должно было знать о нарушении его прав и интересов).

© НП «Содействие развитию конкуренции

Содействие развитию конкуренции
некоммерческое партнерство

КОНТАКТНАЯ ИНФОРМАЦИЯ

Олег Москвитин

Адвокат, советник, руководитель антимонопольной практики Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры»

Тел: +7 495 783 7450

E-mail: o.moskvitin@rospravo.ru

Коллегия адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры»

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

Телефон: +7 495 783 7450

Факс: +7 495 795 0390

Сайт: www.rospravo.ru

Содействие развитию конкуренции
некоммерческое партнерство

СПАСИБО ЗА ВНИМАНИЕ!

Q&A