**О признании незаконным и отмене приказа понуждении вынести благоприятный акт – приказ о прекращении расследования ввиду отсутствия нарушений законодательства РК в области защиты конкуренции.**

№ 6001-23-00-6ап/494, 6001-23-00-6ап/494(2) от 01.08.2023г.

**Истец:** ТОО «С».

**Ответчик:** РГУ «Департамент Агентства по защите и развитию конкуренции Республики Казахстан по городу».

**Заинтересованное лицо:** ТОО «К»

**Предмет спора:** о признании незаконным и отмене приказа от 15 апреля 2022 года №35-НҚ «Об утверждении заключения по результатам расследования нарушений законодательства РК в области защиты конкуренции в отношении ТОО «К» и «С», понуждении вынести благоприятный акт – приказ о прекращении расследования ввиду отсутствия нарушений законодательства РК в области защиты конкуренции.

Пересмотр по кассационным жалобам истца и заинтересованного лица. ФАБУЛА: 27 августа 2021 года Департаментом назначено расследование нарушений законодательства РК в области защиты конкуренции в отношении Товарищества и ТОО «К» Основание проведения расследования - неисполнение уведомления антимонопольного органа о наличии в действиях признаков нарушения законодательства в области защиты конкуренции № 02-07/1025-И, № 02 07/1025-И от 26 июля 2021 года.

Период расследования с 1 января 2020 года по 31 мая 2021 года. Срок проведения расследования с 4 сентября по 24 ноября 2021 года. На основании приказа Департамента от 29 октября 2021 года № 52 -ОД срок расследования продлен до 21 января 2022 года.

По результатам расследования составлено заключение о наличии в действиях Товариществ «С» и «К» антиконкурентных согласованных действий субъектов рынка касающиеся установления и (или) поддержания цен либо других условий приобретения или реализации товаров и предложено считать факт нарушения законодательства РК в области конкуренции установленным.

Приказом Департамента от 15 апреля 2022 года № 35-НҚ утверждено заключение по результатам расследования (далее – приказ).

Товарищества «С» и «К» не согласившись с данным приказом обратились в суд с требованиями:

1) признать незаконным и отменить приказ от 15 апреля 2022 года № 35 НҚ «Об утверждении заключения по результатам расследования нарушений законодательства РК в области защиты конкуренции в отношении ТОО «К» и «С»;

2) обязать вынести благоприятный акт - приказ о прекращении расследования ввиду отсутствия нарушений законодательства РК в области защиты конкуренции. Требования мотивированы тем, что расследование Департаментом по фактам нарушения законодательства в области защиты конкуренции проведено с нарушениями предусмотренных законом сроков, а также с нарушениями процедурного характера, в том числе, заключение подписано лишь двумя должностными лицами из четырех, неправильно произведен расчет объема рынка и долей субъектов на товарном рынке; анализ рынка основан на неполных сведениях, который ошибочно проведен в отношении семнадцати субъектов раздельно.

**Судебные акты:**

**1-я инстанция:** в иске отказано.

**Апелляция:** решение суда оставлено в силе.

**Кассация:** судебные акты отменены.

По делу вынесено новое решение о частичном удовлетворении иска. Признан незаконным и отменен приказ. В остальной части исковые требования о понуждении вынести благоприятный акт - приказ о прекращении расследования ввиду отсутствия нарушений законодательства РК в области защиты конкуренции - возвращены.

**Выводы:** Суд первой инстанции, отказывая в удовлетворении иска, исходил из содержания приказа и из того, что оспариваемым административным актом утверждено лишь заключение по результатам расследования, между тем, наличие или отсутствие нарушений антимонопольного законодательства, по мнению суда, выясняется только в рамках рассмотрения дела об административном правонарушении, где должна быть установлена виновность лица, привлекаемого к ответственности с исследованием доказательств, представленных как уполномоченным органом, так и объектом расследования.

Апелляционная инстанция при рассмотрении дела указало, что истец имеет право на обжалование оспариваемого приказа в суд, которое регламентировано пунктом 7 статьи 224 Предпринимательского кодекса РК (далее – ПК), в связи с чем, не согласилась с выводами суда первой инстанции в части исследования нарушений антимонопольного законодательства только в рамках рассмотрения дела об административном правонарушении.

Оставляя в силе решение суда первой инстанции, суд апелляционной инстанции пришел к выводу, что проведенный Департаментом анализ является законным, поскольку границы рынка, временной интервал определены обоснованно и в действиях объектов расследования усмотрены признаки антиконкурентных согласованных действий.

Указанные выводы местных судов не соответствуют установленным по делу обстоятельствам и требованиям закона, не отвечают основным принципам административных процедур и административного судопроизводства.

В соответствии с частями первой, второй статьи 7 АППК административный орган, должностное лицо осуществляют административные процедуры в пределах своей компетенции и в соответствии с Конституцией РК, настоящим Кодексом и иными нормативными правовыми актами РК.

Суд при рассмотрении и разрешении административных дел обязан точно соблюдать требования Конституции РК, конституционных законов, настоящего Кодекса, других нормативных правовых актов, подлежащих применению международных договоров РК.

Судебная коллегия, проверяя доводы иска о недоказанности наличия совокупности всех условий, предусмотренных ПК, для признания действий ТОО «С» и ТОО «К» согласованными, направленными на ограничение конкуренции, установила следующее.

При рассмотрении признаков антиконкурентных согласованных действий, необходимо изучение поведения объектов расследования, в том числе, на смежных рынках, выходящих за предмет расследования, в целях установления закономерности, последовательности, либо иных сведений необходимых для проведения сравнительного анализа поведения объектов расследования.

В соответствии с подпунктом 1) пункта 1 статьи 170 ПК запрещаются согласованные действия субъектов рынка, осуществляющих производство, реализацию товаров, направленные на ограничение конкуренции, в том числе касающиеся установления и (или) поддержания цен либо других условий приобретения или реализации товаров.

быть Действия субъектов рынка, указанные в пункте 1 настоящей статьи, могут признаны согласованными, совокупности следующим условиям: если они

1) данные действия ограничивают конкуренцию; удовлетворяют в

2) результат таких действий соответствует интересам каждого из субъектов рынка;

3) действия субъектов рынка заранее известны каждому из них в связи с публичным заявлением одного из них или публичным размещением информации одним из них о совершении таких действий;

4) действия каждого из указанных субъектов рынка вызваны действиями иных субъектов рынка, участвующих в согласованных действиях;

5) действия субъектов рынка не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на данных субъектов рынка (изменение налогового и иного законодательства РК, динамики потребления, тарифов на услуги субъектов естественных монополий, цен на сырье и товары, используемые при производстве, реализации товаров);

6) совокупная доля субъектов рынка на соответствующем товарном рынке составляет тридцать пять и более процентов.

При этом минимальная величина доли одного субъекта рынка на соответствующем товарном рынке должна составлять пять и более процентов. Таким образом, для признания антиконкурентных согласованных действий необходимо установление совокупности всех вышеуказанных условий.

Из заключения по результатам расследования, утвержденного приказом, следует, что из представленных материалов от субъектов рынка, а также по результатам проведенной аналитической работы изучена динамика цен на арматурную сталь за период с 1 января 2020 года до 31 мая 2021 года. Данные приведены в таблице № 1 и № 2.

Департамент указал, что по итогам проведенного анализа совокупная доля субъектов рынка, на соответствующем товарном рынке составляет за 2020 год - 26,2%, по итогам январь-май 2021 года - 42,6%. При этом, доли каждого 86 из них превышают пять и более процентов. Отмечено, что действия объектов расследования могут быть признаны согласованными только в период января - мая 2021 года. В обоснование Департаментом указано, что из динамики цены закупа наблюдается рост цены за период 2020 года и январь-май 2021 года, за исключением месяцев май, июнь 2020 года и март 2021 года.

В среднем закупочная цена возросла от 197 тыс. тн/т до 379 тыс. тн/т, рост в общем составил 92,39%. Согласно Модельному закону о защите конкуренции СНГданное обстоятельство относится к объективным факторам. В среднем цена реализации возросла от 197 тыс. тн/т до 395 тыс. тн/т, рост в общем составил 100,51%.

Так, в мае 2021 года цена реализации у ТОО «К» увеличилась на 26,6%, составив 395 тыс. тн/т, в то время как цена закупа увеличилась только на 19,94%. Тем самым, отмечено, что у ТОО «К», а также в мае 2021 года необоснованно увеличивается цена реализации арматурной стали.

По ТОО «С» Департаментом указано, что в среднем закупочная цена возросла от 189 тыс. тн/т до 346 тыс. тн/т, рост в общем составил 83,26%. В среднем цена реализации возросла от 207 тыс. тн/т до 405 тыс. тн/т, рост в общем составил 95,83%. Так, в мае 2021 года цена реализации увеличилась на 19,82%, относительно апреля 2021 года составив 405 тыс. тн/т, тогда как цена закупа увеличилась на 14,57%, составив 346 тыс. тн/т.

В итоге Департаментом отмечено, что у ТОО «С» в мае 2021 года необоснованно увеличивается цена реализации арматурной стали. Результат таких действий соответствует интересам каждого из субъектов рынка - после необоснованного повышения цен на остатки арматурной стали, доходы субъектов рынка увеличились, т.е. данные действия соответствуют интересам каждого из них.

Между тем, такие выводы заключения, в части того, что в действиях ТОО «С» и ТОО «К» по параллельному увеличению цен на арматурные стали, согласованно воздействовали на условия обращения товара на рынке, ограничили конкуренцию, что в конечном итоге, нарушило права и интересы потребителей, являются несостоятельными. В суде кассационной инстанции представитель Департамента указывал, что нарушение имели место в мае 2021 года.

Так, в мае 2021 года ТОО «С» реализовывало арматуру по цене 405 тыс. тенге, а ТОО «К» по 395 тыс. тенге. То есть между собой данные Товарищества одинаковые цены не устанавливали, соответственно оснований полагать о согласованности действий между данными субъектами, не имеется по причинам, приведенным ниже.

В суде кассационной инстанции при исследовании обстоятельств анализа и заключения следует, что Департамент не смог доказать из каких расчетов взяты ценовые реализации ТОО «С» и «К», указав, что расчеты не соответствуют действительности. В соответствии с подпунктом 4) пункта 1 статьи 26 ПК, субъекты предпринимательства вправе самостоятельно устанавливать цены на 87 производимые товары, работы, услуги, за исключением случаев, установленных настоящим Кодексом и законами РК.

Цены на арматуру не регулируются нормативными правовыми актами, в связи с чем реализаторы устанавливают цены на реализацию в зависимости от цен на закупаемый товар, стоимости затрат, расходов на реализацию (транспорт, заработная плата), административные расходы, в том числе на оплату тарифов на услуги субъектов естественных монополий (свет, вода, электроэнергия), расходы по оплате процентов по банковским займам; расходы по курсовой разнице связанные с изменением курсов валют (доллар, рубль РФ) и прочее.

Из приведенных в анализе данных по ценам закупа и ценам реализации следует, что торговая наценка в среднем за весь анализируемый период (разница между ценой закупа и ценой реализации) ТОО «С» составила не более 13 %, а в мае 2021 года торговая наценка составила лишь 5,25 %.

Торговая же наценка ТОО «К» в среднем за весь анализируемый период составила 8,12 %, а в мае 2021 года торговая наценка составила лишь 6%, то есть также менее чем средняя за весь анализируемый период, а также в пределах среднеотраслевых показателей. Судебная коллегия находит ее уместной и разумной в сложившихся рыночных условиях.

Судебной коллегией отмечается, что для вменения норм статьи 170 ПК, одного поднятия цены у ТОО «К» в мае 2021 года недостаточно. В мае 2021 года маржинальность данного Товарищества с учетом закупочной цены и реализации составило всего 16 тысяч (395 000 – 379 000 = 16 000), то есть 4,05 %, увеличение происходило с учетом изменения закупочной цены.

В этой связи, учитывая, что у ТОО «К» не произошло значимого увеличения, тем самым основании полагать о согласованности действий между ТОО «С» не имеется по причине того, что для вменения указанного нарушения необходимо установления соответствующего нарушения у второй стороны.

Таким образом, выводы заключения в части того, что согласованные действия ТОО «С» и ТОО «К» по повышению отпускных цен ограничили конкуренцию, не соответствуют действительности.

Также судебная коллегия считает, что Департаментом в заключении не было достоверно определена граница товарного рынка, не верно определен товар, отсутствует его детализация. Указанное не согласуется с требованиями действующего законодательства.

Согласно пункту 8 действовавшей на момент проведения расследования Методики по проведению анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденной Приказом Министра национальной экономики РК от 30 ноября 2015 года, утратившей в настоящее время силу, так и действующей в настоящее время Методикой по проведению анализа состояния конкуренции на товарных рынках, утвержденной приказом председателя Агентства по защите и развитию конкуренции РК от 3 мая 2022 года (далее – Методика) предварительное определение наименования товара проводится на основе одного из следующих критериев:

1) товарных словарей или справочников товароведов;

2) заключений специалистов

3) решений о предоставлении лицензий;

4) условий договора;

5) способа, позволяющего однозначно определить конкретный товар.

При определении свойств товара, определяющих выбор покупателя, анализируются функциональное назначение и применение товара, в том числе цель потребления товара и его потребительские свойства; качественные характеристики, в том числе вид, сорт, упаковка, особенности в системе распространения и сбыта; технические характеристики, в том числе эксплуатационные показатели, ограничения по транспортировке, условия сборки, ремонта, обслуживание), технического обслуживания (включая гарантийное особенности профессионального использования (производственного потребления); цена; условия реализации, в том числе размер партий товаров, способ реализации товара; характеристики товара.

Состав свойств товара, определяющих выбор покупателя, и необходимая степень детализации описания товара зависят от целей проводимого исследования, а также от особенностей товарного рынка.

Проведенный анализ указанные особенности и выводы, позволяющие достоверно детализировать товар не содержит. Его авторы остановились лишь на групповой принадлежности последнего.

Судебная коллегия пришла к выводу, что проведенный анализ в части определения границ товарного рынка также не в полной мере соответствует требовнаиям пунктом 17-23 Методики и фактически определены в пределах полномочий Департамента (города Астаны), тогда как должны определяться в зависимости от возможности приобретения товара на данной территории; обоснованности и оправданности транспортных затрат относительно стоимости товара; сохранения качества, надежности и других потребительских свойств товара при его транспортировке; отсутствия ограничений купли-продажи, ввоза и вывоза товара; наличия равных условий конкуренции на территории, в пределах которой осуществляются реализация, поставка товаров.

Остались проигнорированы авторами анализа и остальные пункты, определяющие существенные аспекты обязательного атрибута предмета доказывания по указанной категории дел. Как указывалось выше, для признания антиконкурентных согласованных действий необходимо, чтобы совокупная доля субъектов рынка на соответствующем товарном рынке составляла тридцать пять и более процентов.

При этом минимальная величина доли одного субъекта рынка на соответствующем товарном рынке должна составлять пять и более процентов.

Согласно пункту 2 статьи 196 ПК анализ состояния конкуренции на товарных рынках проводится в соответствии с утверждаемыми антимонопольным органом методиками по проведению анализа состояния конкуренции на товарных рынках.

В пункте 29 Методики предусмотрено, что в состав субъектов рынка, действующих на товарном рынке, включаются все субъекты рынка, реализующие в его границах рассматриваемый товар в пределах определенного временного интервала. На основании информации, полученной при определении временного 89 интервала исследования, при определении товарных границ рынка и при определении границ товарного рынка определяются субъекты рынка, действующие на рассматриваемом товарном рынке, для которых устанавливаются позволяющие их идентифицировать данные.

В силу пункта 32 Методики, допускается отсутствие идентификационных данных (при невозможности их установления) при условии, что их доля не будет превышать 15% от общего объема товарного рынка. Таким образом, законодательно предусмотрено, что при анализе состояния конкурентной среды необходимо определение всех субъектов рынка, независимо от наличия идентификационных данных.

Между тем, в ходе анализа и оценки состояния конкурентной среды, явившегося основанием для вынесения заключения, при определении состава субъектов рынка не были проверены все субъекты рынка. Соответственно невозможно достоверно судить об их доли на рынке.

Условия согласованных действий должны иметь место в совокупности: если хотя бы одного из них не будет выявлено (например, если окажется, что параллельному поведению субъектов рынка имеется объективное обоснование), то нельзя будет говорить о наличии нарушения норм о защите конкуренции.

Так, Департаментом при определении границы на товарном рынке отсутствует подсчет маржи, закуп и реализация прилегающего рынка, ценообразование, доля затрат, сведений производителей из граничащих территории с Астаной, как Акмолинская, Карагандинская, Павлодарская области, то есть какова их доля на товарном рынке не установлено.

В судебном заседании кассационной судебной коллегии представитель ответчика пояснил, что Департаментом не был изучен вопрос определения границ, соответственно такие данные отсутствуют в анализе и дать соответствующую оценку состояния конкурентной среды на товарном рынке также не имеется.

Судебная коллегия считает, что при недоказанности совокупности условий, предусмотренных пунктом 2 статьи 170 ПК, действия субъектов рынка не могут признанными антиконкурентными согласованными действиями. Между тем, в силу статьи 79 АППК административный акт должен быть законным и обоснованным.

Административный акт должен быть ясным для понимания, обеспечивать единообразное применение, исчерпывающе определять круг лиц, на которых распространяется его действие. При указанных обстоятельствах, судебная коллегия приходит к выводу, что при вынесении оспариваемого приказа ответчиком нарушены принципы законности и соразмерности, охраны права на доверие.

В силу требований статей 10, 13 АППК при осуществлении административного усмотрения административный орган, должностное лицо обеспечивают справедливый баланс интересов участника административной процедуры и общества.

При этом административный акт, административное действие (бездействие) должны быть соразмерными, то есть являться пригодными, необходимыми и пропорциональными. Доверие участника административной процедуры к деятельности 90 административного органа, должностного лица охраняется законами РК.

Административный акт, административное действие (бездействие) считаются законными и обоснованными до тех пор, пока административный орган, должностное лицо или суд не установят обратное в соответствии с законодательством РК. Незаконный административный акт, принятый по вине административного органа, должностного лица, а также незаконное административное действие (бездействие), совершенное по вине административного органа, должностного лица, не могут повлечь обременяющие последствия для участника административной процедуры.

В силу части четвертой статьи 6 АППК нарушение принципов административных процедур и административного судопроизводства в зависимости от его характера и существенности влечет признание административных актов, административных действий (бездействия) незаконными, а также отмену вынесенных судебных актов.

Требования истца в части понуждения вынести благоприятный акт - приказ о прекращении расследования ввиду отсутствия нарушений законодательства РК в области защиты конкуренции подлежит возврату, поскольку данное требование судебная коллегия находит излишним, поскольку судом уже отменен обжалуемый приказ, что исключает необходимость данного требования в указанной части.

**Внимание!**

[Адвокатская контора Закон и Право](https://www.facebook.com/ZakonPravoKaz)**, обращает ваше внимание на то, что данный документ является базовым и не всегда отвечает требованиям конкретной ситуации.** Наши юристы готовы оказать вам помощь **в** составлении любого правового документа, **подходящего именно под вашу ситуацию.**

**Для подробной информации свяжитесь с** [Юристом / Адвокатом](https://zakonpravo.kz/blanki/), по телефону; +7 (708) 971-78-58; +7 (700) 978 5755, +7 (700) 978 5085.