

## РЕШЕНИЕ

г. Москва

Резолютивная часть решения объявлена «23» июля 2021 года.

В полном объеме решение изготовлено «30» июля 2021 года.

Коллегиальный орган Федеральной антимонопольной службы – Апелляционная коллегия Федеральной антимонопольной службы (далее – Апелляционная коллегия) в составе: заместителя председателя Апелляционной коллегии: <...>; членов Апелляционной коллегии: <...>, <...>,

в присутствии (в том числе по по видео-конференц-связи): от АО «ЭР-Телеком Холдинг» <...> (по доверенности), <...> (по доверенности), <...> (по доверенности); от ПАО «Ростелеком»: <...>; от Марийского УФАС России: <...>, <...>,

рассмотрев на заседании Апелляционной коллегии жалобу АО «ЭР-Телеком Холдинг» на решение и предписание Марийского УФАС России от 30.04.2021 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 012/01/10-527/2020,

### УСТАНОВИЛА:

В ФАС России в порядке статьи 23 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) поступила жалоба АО «ЭР-Телеком Холдинг» (далее - Заявитель) на решение и предписание Марийского УФАС России от 30.04.2021 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 012/01/10-527/2020 (далее также соответственно — Дело, Жалоба, Решение, Предписание).

Решением Марийского УФАС России в действиях АО «ЭР-Телеком Холдинг» и ПАО «Ростелеком» установлено нарушение пункта 1 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, выразившееся в установлении монопольно высокой стоимости оказания услуг доступа к сети Интернет на территории Республики Марий Эл.

АО «ЭР-Телеком Холдинг» с вынесенным Решением не согласно, считает, что Решение нарушает единообразие практики применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства и просит его отменить.

Доводы Заявителя изложены в Жалобе. В частности, «ЭР-Телеком Холдинг» указывает, что Марийским УФАС России были допущены нарушения при

проведении анализа состояния конкуренции на товарном рынке, выразившиеся в неверном определении временного интервала исследования, продуктовых и географических границ товарного рынка, барьеров входа на товарный рынок; нарушения при установлении коллективного доминирования на товарном рынке АО «ЭР-Телеком Холдинг», ПАО «Ростелеком», выразившееся в не установлении количественного и качественного критериев коллективного доминирующего положения.

**В ходе рассмотрения жалобы установлено следующее.**

В Марийское УФАС России поступило заявление г-н <...> о значительном превышении стоимости предоставления услуги доступа в Интернет на территории Республики Марий Эл по сравнению с аналогичными услугами в других регионах Российской Федерации, в жалобе содержался довод о том, что в г. Йошкар-Ола действуют два провайдера — АО «ЭР-Телеком» и ПАО «Ростелеком», что позволяет указанным обществам произвольно устанавливать стоимость.

Также в Марийское УФАС России поступило заявление <...> об ограничении возможности выбора тарифных планов на территории деревни Верхняя Чуча.

По результатам рассмотрения заявлений Марийским УФАС России в действиях АО «ЭР-Телеком Холдинг» и ПАО «Ростелеком» выявлены признаки нарушения пункта 1 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, выразившегося в установлении монопольно высокой стоимости оказания услуг доступа к сети Интернет на территории Республики Марий Эл, в связи с чем Марийского УФАС России от 17.07.2021 № 100 на основании части 12 статьи 44 Закона о защите конкуренции было возбуждено Дело.

В рамках рассмотрения Дела Марийским УФАС России было установлено следующее.

На территории Республики Марий Эл в период с 2017 по 2019 годы услуги предоставления широкополосного доступа к сети Интернет для оказания услуги «Домашний Интернет» фактически предоставляют следующие хозяйствующие субъекты: ПАО «Ростелеком», АО «ЭР-Телеком Холдинг», ООО «Цифрател», ООО «Волжсктелеком», ООО «Скартел», ПАО «МТС».

На основании проведенного Марийским УФАС России анализа состояния конкуренции на товарном рынке за период с 2017 по 2019 годы установлено коллективное доминирующее положение на товарном рынке ПАО «Ростелеком», АО «ЭР-Телеком Холдинг».

В рамках рассмотрения Дела Марийским УФАС России также установлено необоснованное включение определенных видов затрат при калькуляции себестоимости услуги предоставления широкополосного доступа к сети Интернет ПАО «Ростелеком», АО «ЭР-Телеком Холдинг». В состав затрат при расчете

себестоимости и рентабельности оказания услуги предоставления доступа к сети Интернет используются все расходы, которые несут общества.

По итогам рассмотрения Дела Марийское УФАС России пришло к выводам о том, что расходы, напрямую не связанные с организацией и предоставлением услуги доступа к сети Интернет, не могут быть признаны обоснованными при включении их в стоимость оказания услуги доступа к сети Интернет.

На основании изложенного, Марийское УФАС России по итогам рассмотрения Дела пришло к выводу о том, что рассмотренные действия ПАО «Ростелеком», АО «ЭР-Телеком Холдинг» по установлению цен на услуги доступа к сети Интернет, в том числе в составе пакетных предложений, нарушают права неопределенного круга лиц, в том числе потенциальных потребителей услуги, в связи с чем ПАО «Ростелеком», АО «ЭР-Телеком Холдинг» признаны Марийским УФАС России нарушившими пункт 1 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, а также ПАО «Ростелеком», АО «ЭР-Телеком Холдинг» выданы предписания о прекращении нарушения антимонопольного законодательства.

**По результатам рассмотрения жалобы АО «ЭР-Телеком Холдинг» на решение и предписание Марийского УФАС России от 30.04.2021 по делу № 012/01/10-527/2020 о нарушении антимонопольного законодательства Апелляционная коллегия установила следующее.**

В соответствии с частью 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей.

При этом, исходя из положений части 1 статьи 1, части 1 статьи 2, пункта 10 статьи 4, статьи 10 Закона о защите конкуренции, обладание хозяйствующим субъектом доминирующим положением на товарном рынке не является объектом правового запрета. Антимонопольным законодательством запрещается монополистическая деятельность — злоупотребление хозяйствующими субъектами своим доминирующим положением (пункт 11 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства») (далее — Постановление Пленума № 2).

Для целей применения положений части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции подлежат установлению доминирующее положение хозяйствующего субъекта на соответствующем товарном рынке и злоупотребление таким положением, то есть совершение этим субъектом

действий (бездействия), негативно влияющих (способных повлиять) на состояние конкуренции на товарном рынке и (или) законные интересы других лиц.

Как следует из изложенного, злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке характеризуется следующей совокупностью взаимосвязанных признаков (аналогичная позиция содержится в разъяснениях Президиума ФАС России № 8 «О применении положений статьи 10 Закона о защите конкуренции», утвержденных протоколом Президиума ФАС России от 07.06.2017 № 11):

- 1) доминирующее положение хозяйствующего субъекта;
- 2) совершение хозяйствующим субъектом действия (бездействия);
- 3) наступление или возможность наступления негативных последствий в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности, либо неопределенного круга потребителей;
- 4) наличие объективной взаимосвязи между доминирующим положением, совершением деяния и его негативными последствиями либо возможностью наступления таких последствий.

Каждая из указанных составляющих злоупотребления доминирующим положением должна быть доказана антимонопольным органом в целях квалификации нарушения статьи 10 Закона о защите конкуренции.

Кроме того, при возникновении спора о том, имеет ли место злоупотребление доминирующим положением, также следует принимать во внимание, являлось ли возможным совершение хозяйствующим субъектом определенных действий (бездействие), в том числе недобросовестных по отношению к своим контрагентам (потребителям) в отсутствие доминирующего положения на рынке (пункт 12 Постановление Пленума № 2).

Частью 1 статьи 5 Закона о защите конкуренции установлено, что доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или таким хозяйствующим субъектам (группам лиц) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам. Доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации):

- 1) доля которого на рынке определенного товара превышает пятьдесят

процентов, если только при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства или при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией не будет установлено, что, несмотря на превышение указанной величины, положение хозяйствующего субъекта на товарном рынке не является доминирующим;

2) доля которого на рынке определенного товара составляет менее чем пятьдесят процентов, если доминирующее положение такого хозяйствующего субъекта установлено антимонопольным органом исходя из неизменной или подверженной малозначительным изменениям доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке, относительного размера долей на этом товарном рынке, принадлежащих конкурентам, возможности доступа на этот товарный рынок новых конкурентов либо исходя из иных критериев, характеризующих товарный рынок.

Согласно части 2 статьи 5 Закона о защите конкуренции не может быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации), доля которого на рынке определенного товара не превышает тридцать пять процентов, за исключением указанных в частях 3 и 6 настоящей статьи случаев.

Частью 3 статьи 5 Закона о защите конкуренции установлено, что доминирующим признается положение каждого хозяйствующего субъекта из нескольких хозяйствующих субъектов (за исключением финансовой организации), применительно к которому выполняются в совокупности следующие условия:

1) совокупная доля не более чем трех хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает пятьдесят процентов, или совокупная доля не более чем пяти хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает семьдесят процентов (настоящее положение не применяется, если доля хотя бы одного из указанных хозяйствующих субъектов менее чем восемь процентов);

2) в течение длительного периода (в течение не менее чем одного года или, если такой срок составляет менее чем один год, в течение срока существования соответствующего товарного рынка) относительные размеры долей хозяйствующих субъектов неизменны или подвержены малозначительным изменениям, а также доступ на соответствующий товарный рынок новых конкурентов затруднен;

3) реализуемый или приобретаемый хозяйствующими субъектами товар не может быть заменен другим товаром при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях), рост цены товара не обуславливает соответствующее такому росту снижение спроса на этот товар, информация о цене, об условиях реализации или приобретения этого

товара на соответствующем товарном рынке доступна неопределенному кругу лиц.

Согласно пункту 9 Постановления Пленума № 2 при выполнении совокупности условий, установленных в части 3 статьи 5 Закона о защите конкуренции, доминирующими на рынке могут быть признаны несколько хозяйствующих субъектов (или групп лиц), не образующих группу лиц между собой. При этом в силу части 1 статьи 5 Закона оценивается возможность совокупного влияния всех субъектов коллективного доминирования на условия обращения товара на товарном рынке в целом. Если из обстоятельств дела, подтверждаемых на основании собранных антимонопольным органом доказательств и доказательств, представленных хозяйствующими субъектами, в частности, характеризующих структуру товарного рынка, следует, что общие условия обращения товара на рынке находятся под влиянием только одного хозяйствующего субъекта, то положения части 3 статьи 5 Закона о защите конкуренции не применяются.

Отнесение хозяйствующего субъекта к числу доминирующих на рынке лиц коллективно с иными субъектами согласно части 3 статьи 5 Закона о защите конкуренции не исключает возможность установления индивидуального доминирования соответствующего субъекта с учетом части 1 статьи 5 Закона на других товарных рынках.

Кроме того, в соответствии с частью 51 статьи 45 Закона о защите конкуренции при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган проводит анализ состояния конкуренции в объеме, необходимом для принятия решения о наличии или об отсутствии нарушения антимонопольного законодательства.

При этом Марийским УФАС России не дана оценка возможности влияния АО «Эр-Телеком Холдинг» на условия обращения услуги доступа к сети Интернет, учитывая, что доля ПАО «Ростелеком» на товарном рынке оказания услуг доступа к сети Интернет превышает 50%.

Таким образом, по мнению Апелляционной коллегии, Марийским УФАС России не в полном объеме проанализированы критерии, установленные частью 3 статьи 5 Закона о защите конкуренции.

В соответствии с частью 1 статьи 6 Закона о защите конкуренции монопольно высокой ценой товара является цена, установленная занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом, если эта цена превышает сумму необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли и цену, которая сформировалась в условиях конкуренции на товарном рынке, сопоставимом по составу покупателей или продавцов товара, условиям обращения товара, условиям доступа на товарный рынок, государственному регулированию, включая налогообложение и таможенно-тарифное регулирование (далее - сопоставимый товарный рынок), при наличии такого рынка на территории

Российской Федерации или за ее пределами.

Законом о защите конкуренции выделяются два метода (критерия) определения монопольно высокой цены: затратный метод (превышение суммы необходимых расходов и прибыли) и метод сопоставимых рынков (превышение цены, сформировавшейся в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке при наличии такого рынка на территории Российской Федерации или за ее пределами).

При использовании затратного метода анализу подлежат: расходы, необходимые для производства и реализации товара; прибыль хозяйствующего субъекта от реализации товара; цена товара; данные о превышении фактической рентабельности над нормативными показателями рентабельности (в случае рассмотрения цены в качестве монопольно низкой цены - данные о занижении фактической рентабельности над нормативными показателями рентабельности) для тех рынков, где уровень рентабельности установлен нормативно.

В каждом конкретном случае антимонопольный орган исследует перечень затрат хозяйствующего субъекта в отношении рассматриваемого товара (работы, услуги), в том числе амортизационные отчисления. Так, например, в статью затрат «амортизация» не могут быть включены расходы на имущество, которое не подлежит амортизации.

Аналогичная позиция изложена в Разъяснении № 1 Президиума ФАС России «Определение монопольно высокой и монопольно низкой цены товара», утвержденном протоколом Президиума ФАС России от 10.02.2016 № 2.

При применении метода сопоставимых рынков необходимо рассматривать такой рынок, который будет сопоставим по составу покупателей или продавцов товара, условиям обращения товара, условиям доступа на товарный рынок, государственному регулированию, включая налогообложение и таможенно-тарифное регулирование.

При этом такой товарный рынок должен находиться в состоянии конкуренции.

Установление наличия сопоставимого конкурентного рынка осуществляется антимонопольным органом при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства с учетом сведений, представленных лицами, участвующими в деле.

Марийским УФАС России на основании анализа аналогичных рынков на территории Российской Федерации и приведенных доводов АО «ЭР-Телеком Холдинг» установлено отсутствие сопоставимых рынков, поскольку приведенные в Ж а л о б е р е г и о н ы Российской Федерации имеют несопоставимую численность потребителей указанной услуги, объем информации переданной от(-к)

абонентов(-ам) при доступе к сети Интернет.

На основании изложенного, Апелляционная коллегия приходит к выводу о том, что Марийским УФАС России обоснованно установлено отсутствие сопоставимых рынков.

В случае отсутствия сопоставимого товарного рынка, определение монопольно высокой цены осуществляется затратным методом (аналогичная позиция отражена в определении Верховного Суда Российской Федерации от 18.12.2019 № 307-ЭС19-23457 по делу № А44-7207/2018).

Исходя из указанного определения Верховного Суда Российской Федерации, по результатам применения затратного метода при определении монопольно высокой ценой товара антимонопольному органу необходимо установить наличие либо отсутствие документального экономического обоснования установленной цены.

Апелляционная коллегия отмечает, что Марийским УФАС России ненадлежащим образом проведен анализ цены товара затратным методом.

Апелляционной коллегией установлено, что Марийским УФАС России при применении затратного метода не была надлежащим образом исследована обоснованность представленного А О «ЭР-Телеком Холдинг» расчета калькуляции стоимости услуг доступа к сети Интернет.

В частности, Марийским УФАС России не отражено в Решении каким образом территориальный орган пришел к выводу о необоснованности включения определенных видов затрат, указанных в калькуляции А О «ЭР-Телеком Холдинг» себестоимости услуги доступа к сети Интернет, в том числе таких затрат как: расходы на проведение маркетинговых исследований; затраты на «постоянную заработную плату производственных сотрудников» и т. д.

При этом Марийским УФАС России не отражено в решении, цена каких тарифных планов исследовалась и в отношении цены каких тарифных планов установлено наличие нарушения пункта 1 части 1 статьи 10 Закона о защите конкуренции, что может привести к неисполнимости предписания о прекращении нарушения.

Таким образом, Апелляционная коллегия приходит к выводу о том, что Марийским УФАС России не был проведен надлежащим образом анализ представленного А О «ЭР-Телеком Холдинг» обоснования стоимости услуг доступа к сети Интернет.

В связи с изложенным, Апелляционная коллегия приходит к выводу, что Решение нарушает единообразие практики применения антимонопольными органами норм антимонопольного законодательства.

Как указывают суды, если решения, приняты по неполно исследованным

обстоятельствам, имеющим существенное значение для правильного рассмотрения дела, и недостаточно обоснованы, они подлежат отмене с направлением дела на новое рассмотрение (постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 05.03.2013 по делу № А63-6158/2011, постановление ФАС Дальневосточного округа от 18.07.2014 № Ф03-2772/2014 по делу № А51-23833/2013, постановление Арбитражного суда Центрального округа от 19.10.2020 № Ф10-744/2020 по делу № А35-6841/2018).

Кроме того, исходя из практики работы коллегиальных органов ФАС России основанием для отмены решения территориального антимонопольного органа является, в том числе неполное исследование территориальным органом обстоятельств дела и имеющихся в нем доказательств (Решение Апелляционной коллегии ФАС России от 26.10.2017 № СП/73927/17, Решение Президиума ФАС России от 17.11.2017 № 17-15-1/6).

В соответствии с пунктом 49 Постановления Пленума № 2 принятие коллегиальным органом на основании части 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции решения об отмене решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа (в том числе ввиду нарушения единообразия в применении положений законодательства, определяющих компетенцию территориальных антимонопольных органов по рассмотрению конкретных дел) не исключает возможность возобновления рассмотрения дела соответствующим антимонопольным органом, если отсутствуют основания для прекращения рассмотрения дела в соответствии со статьей 48 Закона о защите конкуренции, в частности, если не истек срок давности рассмотрения дела, установленный статьей 41.1 Закона о защите конкуренции.

В этой связи Апелляционная коллегия приходит к выводу о недостаточном исследовании Марийским УФАС России всех обстоятельств, имеющихся в материалах Дела, для установления наличия или отсутствия в действиях АО «ЭР-Телеком Холдинг» нарушения антимонопольного законодательства.

Согласно части 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции по итогам рассмотрения жалобы на решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа коллегиальный орган вправе оставить жалобу без удовлетворения; отменить решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа или изменить решение и (или) предписание территориального антимонопольного органа.

На основании изложенного, руководствуясь пунктом 1 части 10 статьи 23 Закона о защите конкуренции, Апелляционная коллегия

**РЕШИЛА:**

1. Отменить решение и предписания Марийского УФАС России от 30.04.2021 по делу о нарушении антимонопольного законодательства № 012/01/10-527/2020.

2. Направить материалы дела о нарушении антимонопольного законодательства № 012/01/10-527/2020 на новое рассмотрение в Марийское УФАС России.

Заместитель  
председателя

Апелляционной коллегии:

<...>

\_\_\_\_\_

Члены

Апелляционной коллегии:

<...>

\_\_\_\_\_

<...>

\_\_\_\_\_

Согласно части 15 статьи 23 Закона о защите конкуренции решение коллегиального органа, принятое по результатам пересмотра решения и (или) предписания территориального антимонопольного органа, вступает в силу с момента его размещения на официальном сайте федерального антимонопольного органа в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

В соответствии с частью 1.1. статьи 52 Закона о защите конкуренции решение по итогам рассмотрения жалобы на решение и (или) предписание антимонопольного органа может быть обжаловано в арбитражный суд в течение одного месяца с момента вступления в силу решения коллегиального органа федерального антимонопольного органа.