***Определение размера убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства***

Нарушение антимонопольного законодательства одними лицами может повлечь негативные последствия для других лиц. Если злоупотребление доминирующим положением, недобросовестная конкуренция, картель или иные нарушения антимонопольного законодательства причинили кому-либо убытки, пострадавшее лицо (лица) вправе обратиться в суд с иском об их взыскании. Вместе с тем на практике инициирование и рассмотрение подобных дел сопряжено с рядом существенных трудностей, основная из которых - сложность определения размера причиненных убытков.

Защита прав лиц, пострадавших вследствие нарушения антимонопольного законодательства, осуществляется по общим правилам гражданского права. Следовательно, пострадавшее лицо вправе использовать любые способы защиты своих имущественных прав, которые предусмотрены статьей 12 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ). При этом одним из основных способов защиты является взыскание убытков пострадавшего от нарушения антимонопольного законодательства лица.

Под убытками понимаются ***расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода)*** (пункт 2 статьи 15 ГК РФ).

В целях формирования позиции антимонопольного органа по вопросам, связанным с определением размера убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства, в случае привлечения территориального органа к участию в деле, рассматриваемом в суде, а также в целях определения размера ущерба, причиненного нарушениями антимонопольного законодательства, как обстоятельства, отягчающего в установленных законом случаях административную ответственность (статьи 14.31, 14.31.2, 14.32, 14.33 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее - КоАП РФ) даны разъяснения Президиума ФАС России от 11.10.2017 № 11 «По определению размера убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства», утвержденные протоколом Президиума ФАС России от 11.10.2017 № 20 (далее – разъяснения).

Итак, при обращении в суд с иском о взыскании убытков, причиненных в результате нарушения антимонопольного законодательства, потерпевший должен доказать следующие обстоятельства.

Во-первых, доказыванию подлежит ***совершение нарушителем определенного антиконкурентного действия или не совершение требуемого от него в соответствии с антимонопольным законодательством действия (допустил бездействие), заключение соглашения или принятие акта, противоречащего законодательству о защите конкуренции***.

Наличие решения антимонопольного органа, подтверждающего нарушение антимонопольного законодательства, не является обязательным требованием для удовлетворения иска о взыскании убытков. Однако анализ правоприменительной практики показывает, что практически во всех случаях иски о взыскании убытков (а также о взыскании неосновательного обогащения) инициируются после вынесения антимонопольным органом решения о нарушении антимонопольного законодательства. Безусловно, такой подход усиливает правовую позицию истца, так как факт нарушения антимонопольного законодательства будет подтвержден решением компетентного органа. Решения по делам о нарушении антимонопольного законодательства, а также иные документы, содержащие письменные позиции антимонопольных органов, принимаются судами в качестве важного доказательства по делам о взыскании убытков.

При этом в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства может быть установлено и отсутствие в действиях (бездействии) ответчика по антимонопольному делу нарушений антимонопольного законодательства, неблагоприятных последствий в виде недопущения, ограничения, устранения конкуренции и (или) ущемления интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей, что избавит стороны от дальнейших судебных разбирательств. В связи с этим во многих случаях предварительное обращение с заявлением о нарушении законодательства в антимонопольный орган становится предпочтительным шагом для потенциальных истцов по делам о взыскании убытков (а равно неосновательного обогащения).

Статья 15 ГК РФ и часть 3 статьи 37 Закона о защите конкуренции позволяют пострадавшему от нарушения антимонопольного законодательства лицу взыскать как реальный ущерб, так и упущенную выгоду.

Примером реального ущерба является уплата пострадавшим лицом необоснованно завышенной (в силу картеля, необоснованного изъятия товара из обращения и др.) цены, а также несение пострадавшим лицом необоснованных расходов в связи с навязыванием нарушителем невыгодных условий договора или отказом от заключения договора и др.

Упущенная выгода представляет собой неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (пункт 2 статьи 15 ГК РФ).

В пункте 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 также указывается, что упущенной выгодой является неполученный доход, на который увеличилась бы имущественная масса лица, право которого нарушено, если бы нарушения не было.

Как разъясняет там же Пленум Верховного Суда РФ, поскольку упущенная выгода представляет собой неполученный доход, при разрешении споров, связанных с ее возмещением, следует принимать во внимание, что ее расчет, представленный истцом, как правило, является приблизительным и носит вероятностный характер. Это обстоятельство само по себе не может служить основанием для отказа в иске.

Поскольку упущенная выгода представляет собой именно неполученный доход (прибыль) пострадавшего лица, сохраняет актуальность принципиальный подход, предусматривавшийся в исключенном на сегодняшний день, но получившем широкое применение на практике пункте 11 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 01.07.1996 № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (в настоящее время суды руководствуются аналогичными разъяснениями, содержащимися в абзаце 2 пункта 2 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств»). По смыслу указанного пункта размер неполученного дохода (упущенной выгоды) должен определяться с учетом разумных затрат, которые кредитор должен был понести для извлечения данного дохода (производственные, транспортные и иные расходы).

Во-вторых, доказыванию со стороны потерпевшего подлежит причинно-следственная связь между нарушением и убытками.

Наличие причинно-следственной связи является, вероятно, самым сложным элементом доказывания в делах о взыскании убытков. Зачастую суды отказывают в удовлетворении требований на том основании, что истец не доказал наличие причинно-следственной связи между нарушением и возникшими убытками.

Согласно сложившейся судебной практике прямая (непосредственная) причинно-следственная связь существует тогда, когда в цепи последовательно развивающихся событий между противоправным поведением лица и убытками не существует каких-либо обстоятельств, имеющих значение для гражданско-правовой ответственности.

Выводы о необходимости наличия именно прямой причинно-следственной связи между нарушением и убытками делаются судами при рассмотрении дел о взыскании убытков, вызванных правонарушениями, не относящимися к нарушениям законодательства о защите конкуренции (постановления Арбитражного суда Московского округа от 10.03.2015 по делу № А40-32230/14, Арбитражного суда Северо-Западного округа от 20.02.2015 по делу № А56-66479/2013, Девятого арбитражного апелляционного суда от 02.10.2015 по делу № А40-3077/2015, Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 09.10.2015 по делу № А21-8279/2014 и др.).

В случае недоказанности прямой причинно-следственной связи между противоправным поведением ответчика и убытками истца суды отказывают во взыскании убытков.

При определении размера убытков принципиальное значение имеют позиции, изложенные в пунктах 12 и 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25:

«12. Размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности. По смыслу пункта 1 статьи 15 ГК РФ в удовлетворении требования о возмещении убытков не может быть отказано только на том основании, что их точный размер невозможно установить. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела, исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению».

«14. По смыслу статьи 15 ГК РФ, упущенной выгодой является неполученный доход, на который увеличилась бы имущественная масса лица, право которого нарушено, если бы нарушения не было. Поскольку упущенная выгода представляет собой неполученный доход, при разрешении споров, связанных с ее возмещением, следует принимать во внимание, что ее расчет, представленный истцом, как правило, является приблизительным и носит вероятностный характер. Это обстоятельство само по себе не может служить основанием для отказа в иске».

В настоящее время аналогичное правило закреплено в пункте 5 статьи 393 ГК РФ применительно к убыткам за нарушение обязательств. Согласно указанной норме размер подлежащих возмещению убытков должен быть установлен с разумной степенью достоверности. Суд не может отказать в удовлетворении требования кредитора о возмещении убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства, 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 принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства.

Помимо недоказанности какого-либо из оснований возмещения убытков, основанием для отказа в иске может стать правовая природа отношений между истцом и ответчиком и существующие в связи с этим законодательные ограничения на взыскание убытков.

Часть 3 статьи 37 Закона о защите конкуренции содержит общую норму, предоставляющую лицам, права и интересы которых нарушены в результате нарушения антимонопольного законодательства, возможность использовать предусмотренные законом способы защиты гражданских прав. При этом основания и порядок применения такого способа защиты как возмещение убытков, в том числе упущенной выгоды, регулируется нормами гражданского законодательства.

Согласно статье 15 ГК РФ по общему правилу лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков. Возмещение убытков в меньшем размере возможно в случаях, предусмотренных законом или договором в пределах, установленных гражданским законодательством.

Вместе с тем законодательные нормы, регулирующие конкретные виды обязательств, ограничивают ответственность по ним в сравнении со статьей 15 ГК РФ, устанавливающей принцип полного возмещения убытков, в том числе упущенной выгоды.

В контексте предмета доказывания по делам о возмещении вреда особое значение имеет так называемый перенос издержек.

Речь о ситуациях, когда субъект, издержки которого возросли из-за допущенного иными лицами нарушения антимонопольного законодательства (в силу приобретения этим субъектом товара по завышенным картелем ценам или монопольно высоким ценам и т.п.), увеличивает стоимость собственных товаров, услуг или работ, «перекладывая» тем самым свое возросшее финансовое бремя на других лиц (полностью или частично).

Возражая против заявленного иска или внесудебной претензии ответчик может сослаться на то, что пострадавший полностью или частично переложил свои негативные финансовые последствия на собственных покупателей и не может требовать возмещения каких-либо убытков в принципе либо рассчитывать такие убытки в виде разницы между справедливой рыночной ценой и завышенной ценой, по которой пострадавший субъект покупал товар нарушителя.

Очевидно, что применение ответчиком данной защиты не противоречит требованиям российского законодательства и позволяет исключить взыскание с нарушителя излишних убытков, неоправданное обогащение пострадавшего, который уже минимизировал свои потери за счет увеличения собственных отпускных цен.

При этом надо учитывать, что даже полный перенос пострадавшим от нарушения лицом своих возросших издержек на собственных контрагентов (повышение собственных отпускных цен) не означает полного отсутствия у него убытков. Как правило, увеличение цены продукции влечет снижение спроса на нее и, соответственно, уменьшение дохода продавца.

В связи с этим крайне актуален вывод из Решения Европейского суда Справедливости от 02.10.2003 по делу № С-147/01: «даже полный перенос бремени завышенной цены на собственных клиентов не означает, что покупатель нарушителя не мог пострадать от падения объемов своих продаж».

Применение нарушителем защиты, основанной на переносе издержек пострадавшим лицом, и реальное функционирование рынков, при котором завышение цен нарушителем обычно влечет и повышение цен его контрагентами (повышение цен по цепочке перепродаж или повышение цен на товары, услуги и работы, производимые с использованием продукта нарушителя) поднимает и вопрос о допустимости исков к нарушителям со стороны лиц, не являющихся их непосредственными контрагентами.

Косвенные покупатели продукции (товаров, работ, услуг) нарушителя также вправе требовать от него возмещения убытков. При этом «задвоения» взыскиваемых сумм не происходит: в части возросших издержек и первичный, и вторичный покупатели могут требовать возмещения убытков лишь применительно к издержкам, которые легли на них и не были перенесены ими далее, на собственных контрагентов.

При этом прямая причинно-следственная связь между противоправным поведением ответчика (нарушителя) и убытками истца будет заключаться в том, что именно нарушение ответчика повлекло повышение цен его прямыми покупателями и, соответственно, вызвало необоснованный рост издержек косвенных покупателей.

В качестве базиса для расчетов убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства, выступают несколько концептуальных подходов. К ним, в частности, относятся ***контрфактуальный анализ, недополученная прибыль и упущенная выгода***.

*Контрфактуальный анализ* предполагает, что при расчете убытков, которые понесли хозяйствующие субъекты вследствие нарушения антимонопольного законодательства, необходимо рассмотреть фактическую ситуацию на рынке в сослагательном наклонении: как бы мог выглядеть рынок, конкурентная среда или финансовое положение хозяйствующего субъекта при отсутствии нарушения?

Практическое применение контрфактуального анализа всегда основано на ряде предположений об издержках, ценах, объемах продаж, общем размере рынка, прибыльности и прочих параметрах конкурентной среды, которые гипотетически могли бы иметь место на исследуемом рынке, если бы нарушения не произошло. Выбор этих предположений должен быть соответствующим образом мотивирован стороной, осуществляющей оценку убытков.

*Временной фактор и упущенная выгода (недополученная прибыль).* Во многих случаях необходимость оценивать убытки возникает через некоторое время после их причинения, например, после того, как было вынесено решение антимонопольного органа или суда, подтверждающее факт нарушения антимонопольного законодательства. Это означает, что пострадавшему лицу необходимо оценить не только размер убытка на момент его возникновения в прошлом, но и текущую стоимость убытка (то есть на момент осуществления оценки), с учетом упущенных (инвестиционных или коммерческих) возможностей. В противном случае убыток будет оценен не полностью.

Для иллюстрации в качестве простого примера можно представить ситуацию, когда в результате антиконкурентных действий пострадавший хозяйствующий субъект недополучил прибыль на сумму 100 тыс. руб. несколько лет назад. Однако если такой хозяйствующий субъект в настоящий момент получит всю указанную сумму в возмещение убытков, то это не возместит ему упущенную выгоду. За истекшее время недополученная прибыль могла бы быть вложена данным субъектом в развитие его собственного бизнеса, и на эти 100 тыс. руб. мог бы быть получен дополнительный доход.

В случае, если пострадавшее лицо ежегодно получает отдачу в размере 10% на вложенный капитал, то недополучение прибыли размером в 100 тыс. руб., которая могла бы быть проинвестирована в течение 2 лет приведет к дополнительном убытку (упущенной выгоде) в размере 21 тыс. руб. (10 тыс. руб. = 100 тыс. \* 10%) в первый год и 11 тыс. руб. = 110 тыс. \* 10% во второй год). Очевидно, что эта выгода является упущенной с точки зрения рассматриваемого хозяйствующего субъекта. При этом причиной, по которой данный доход был недополучен, является именно то нарушение антимонопольного законодательства, которое привело к возникновению первоначальной суммы убытка в 100 тыс. руб.

Бремя доказывания реальности извлечения указанной прибыли и прямой причинно-следственной связи ее неполучения с допущенным нарушением лежит на пострадавшем от нарушения антимонопольного законодательства лице.

В некоторых случаях нельзя исключать того, что пострадавшие лица несут убытки (иные финансовые потери, возмещаемые в порядке реституции) как от роста цен, так и от возникновения препятствий для их доступа на рынок.

Существуют два типа аналитических методов, позволяющих провести гипотетическую оценку уровня цен и иных параметров рынка, которые могли бы возникнуть при отсутствии нарушения (контрфактуальный анализ):

- ***Сравнительный экономический анализ.***

В основе всех методов, основанных на сравнительном анализе, лежит сопоставление основных рыночных характеристик и параметров рынка, которые фактически имели место в период нарушения, с теми, которые имели место:

- до начала и/или после прекращения нарушения на рассматриваемом рынке;

- на ином, но сопоставимом продуктовом и/или географическом рынке (в разные промежутки времени).

Логика сравнительного экономического анализа основывается на том, что для проведения контрфактуального анализа используются фактические данные на сопоставимых рынках или на том же рынке, но в сопоставимой ситуации (например, ином временном интервале). Основное требование к выбранному эталону сравнения заключается в том, что он должен обоснованно отражать ситуацию, которая гипотетически могла бы иметь место на исследуемом рынке в отсутствии нарушения. Указанное означает, что при проведении сравнительного анализа соответствующим образом должны приниматься во внимание экономические факторы, которые могли бы вызвать разницу в исследуемых показателях (цены, доли рынка, уровень прибыльности и др.), если бы нарушения не произошло.

- ***Экономическое и финансовое моделирование.***

Для оценки гипотетической цены или иных экономических параметров, которые сложились бы при отсутствии нарушения, наравне со сравнительным анализом возможно также применение экономического и математического моделирования, основанного на теории отраслевых рынков.

Теория отраслевых рынков является разделом экономики, в котором изучается, как хозяйствующие субъекты устанавливают свои цены и объемы производства, а также как они принимают решения входа на рынок или выхода с рынка в зависимости от характеристик конкурентной среды. В числе прочего, к таким экономическим характеристикам относятся: количество участников рынка, уровень спроса на рассматриваемый товар (услугу), уровень издержек, возможные ограничения производственных мощностей, способ ценообразования (тендеры, розничные продажи и т.д.), является ли рассматриваемый товар (услуга) однородным или дифференцированным.

Поведение хозяйствующих субъектов на рынке с известными характеристиками далее прогнозируется на основе теоретико-игровых моделей, где каждый хозяйствующий субъект не только оптимизирует собственную прибыль, но и принимает во внимание, как его действия отразятся на действиях его конкурентов. В общем случае экономическое моделирование состоит из следующих шагов: 1) выбор экономической модели, соответствующей характеру и особенностям конкуренции на рассматриваемом рынке, 2) калибровка параметров модели, 3) тестирование надежности модели.

Выбор модели определяется множеством факторов. К числу основных в первую очередь относятся следующие: количество хозяйствующих субъектов, степень однородности товара (услуги), наличие ограничений по мощностям, барьеров входа на рынок, а также, является ли один из хозяйствующих субъектов явным лидером на рынке. Но и многие другие факторы - например, издержки, которые покупатели несут при переключении с одного продавца на другого, или значимость неценовых механизмов конкуренции (например, качество соответствующих товаров или услуг), - также могут решающим образом повлиять на выбор модели. При прочих равных, предпочтение должно отдаваться тем моделям, которые получили более широкое обсуждение и тестирование в академической литературе.

Основной плюс метода экономического моделирования заключается в том, что он может дать более точную оценку исследуемых индикаторов и, соответственно, более точную оценку убытков, поскольку поведенческие аспекты хозяйствующих субъектов явным образом принимаются во внимание (т.к. они «встроены» в соответствующую модель). С другой стороны, минус заключается в том, что экономическое моделирование требует принятия более строгих предпосылок, чем того требует сравнительный анализ (например, необходимы калибровка параметров модели, принятие предпосылки о рациональном поведении хозяйствующих субъектов и проч.). Если предпосылки и предположения, на которых построена та или иная модель не выполняются (не реализуется на практике), то результаты экономического моделирования могут быть ошибочны. Тем не менее, использование дополнительных предпосылок порою дает возможность применять экономическое моделирование даже в тех случаях, когда сравнительный анализ невозможен в силу отсутствия сопоставимых рынков или репрезентативных цен в период до или после нарушения.

Финансовое моделирование, в свою очередь, основывается на оценке нормы прибыли и других финансовых показателей. Например, если речь идет об анализе цен, то цена может рассматриваться как сумма издержек (себестоимости) производства и соответствующей торговой наценки. Тогда для расчета цен, которые сложились бы при отсутствии нарушения, требуется оценить себестоимость производства и ту торговую наценку, которую пострадавшее лицо реалистично могло бы ожидать получить в нормальных рыночных условиях.

*Расчеты убытков, причиненных установлением (поддержанием) необоснованно высоких цен.* К таким нарушениям, в первую очередь, относятся антиконкурентные горизонтальные соглашения (картели) и установление монопольно высоких цен. Важно подчеркнуть, что в эту категорию входят не только антиконкурентные соглашения (действия), непосредственно направленные на увеличение цен, но и любые антиконкурентные соглашения (действия), которые фактически приводят к данному эффекту. Например, если имело место картельное соглашение о разделе товарного рынка, и было соответствующим образом доказано, что его негативные последствия выразились в росте цен, то такое нарушение также относится к данной категории.

Расчеты убытков, причиненных данными нарушениями, могут проводиться как для непосредственных приобретателей рассматриваемого товара (услуги), так и для приобретателей товаров (услуг) на соответствующих рынках нижнего передела. Рынком нижнего передела называется рынок продукции (товаров, услуг), производимой из продукции рассматриваемого рынка (т.е. для которого продукция рассматриваемого рынка служит сырьем). Рынки, на которых рассматриваемый товар перепродается на новых условиях (например, оптовые закупки перепродаются в розницу), также относятся к рынкам нижнего передела. Аналогично, рынком верхнего передела называется рынок продукции, либо используемой в качестве сырья для производства продукции рассматриваемого рынка, либо перепродаваемой на рассматриваемом рынке.

*Расчет убытков для непосредственных приобретателей рассматриваемого товара (услуги).* С экономической точки зрения убыток включает в себя упущенную выгоду (коммерческие возможности), которые пострадавшее лицо реалистично могло бы ожидать дополнительно получить (использовать) при отсутствии нарушения. На практике упущенная выгода обычно исчисляется в денежном выражении как недополученная прибыль. При расчете убытков для непосредственных приобретателей рассматриваемого товара (услуги) необходимо ответить на следующие вопросы:

- насколько были необоснованно завышены цены в результате нарушения?

- насколько снизился объем закупок товара (услуги) пострадавшей стороной в результате повышения цен?

- насколько приобретатели товара (услуги) повысили цены при реализации своей собственной продукции?

Эти три вопроса соответствуют трем различным экономическим эффектам: [эффект](#P422) «завышенных цен», [эффект](#P426) «упущенных объемов» и [эффект](#P433) «переноса издержек».

Важно подчеркнуть, что убытки, вызванные вышеуказанными эффектами, могут быть только частью убытков пострадавшего лица. Необходимо также учитывать, при их наличии, коммерческие и инвестиционные возможности, упущенные в связи со снижением доходов. Например, если в результате нарушения пострадавшее лицо не смогло осуществить инвестиции в расширение мощностей своего бизнеса, и при этом на такие дополнительные мощности был спрос, то соответствующие убытки должны приниматься во внимание. Бремя доказывания наличия и объективности упущенных коммерческих и инвестиционных возможностей возлагается на пострадавшее лицо.

*Расчет убытков для потребителей, не являющихся непосредственными приобретателями рассматриваемого товара (услуги).*

*Покупатели, приобретающие рассматриваемый товар (услугу) у конкурентов нарушителей.* Иногда нарушение может привести к убыткам даже для тех потребителей, которые покупали товар не у собственно хозяйствующих субъектов, совершивших нарушение антимонопольного законодательства, а у их конкурентов. Произойти это может по нескольким взаимосвязанным причинам.

Во-первых, согласно законам экономической теории на любом рынке цены различных хозяйствующих субъектов положительно взаимосвязаны между собой. Это значит, что антиконкурентное повышение цен нарушителями будет сопровождаться некоторым повышением цен и иных участников рынка. Потребители, приобретающие товары (услуги) у конкурентов нарушителей, таким образом, будут вынуждены платить за них больше, чем при отсутствии нарушения.

Во-вторых, вследствие необоснованного повышения цен потребители рассматриваемого товара (услуги) в какой-то степени переключатся на конкурентные товары других производителей, которые не участвовали в нарушении. Однако более высокий спрос на продукцию конкурентов приведет к росту цен на эти товары (услуги), что в свою очередь приведет к потерям для их потребителей.

Оценка убытков для потребителей в таких случаях проводится в соответствии с общими принципами расчета убытков для непосредственных покупателей.

*Покупатели на рынках нижнего передела (косвенные покупатели).* Установление необоснованно высоких цен может приводить к убыткам, как для непосредственных покупателей рассматриваемого товара (услуги), так и для покупателей на рынках нижнего передела (косвенных покупателей) за счет эффекта переноса издержек непосредственными покупателями. Расчет убытков для хозяйствующих субъектов на рынках нижнего передела базируется на той же логике, которая лежит в основе расчета убытков для непосредственных покупателей.

 *Расчеты убытков, причиненных нарушениями, ограничивающими доступ на товарный рынок, устраняющими хозяйствующих субъектов с рынка (сокращающими их рыночные доли).* В некоторых случаях действия, соглашения хозяйствующих субъектов, органов власти могут ограничивать доступ на рынок для имеющихся или потенциальных конкурентов или быть направленными на сокращение рыночной доли конкурентов. К таким случаям относятся, например, установление монопольно низких цен, заключение эксклюзивных контрактов с поставщиками или покупателями, установление необоснованно высоких цен на рынке верхнего передела, продажа совмещенного набора товаров или услуг, навязывание контрагентам невыгодных условий договоров, недобросовестная конкуренция и др.

Убытки, причиненные такими нарушениями, в первую очередь несут имеющиеся конкуренты рассматриваемого хозяйствующего субъекта или субъектов. Помимо этого, убытки могут нести и потенциальные конкуренты в случае, если они планировали вход на рынок, но были вынуждены его отменить в силу наличия ограничений конкуренции. Наконец, убытки также могут понести и покупатели рассматриваемого товара или услуги.

*Оценка убытков для имеющихся конкурентов.* Эффекты ограничения конкуренции для имеющихся конкурентов могут проявляться по-разному. Например, заключение эксклюзивного контракта с одним дистрибьютором может привести к росту издержек для других дистрибьюторов за счет ослабления их конкурентной позиции. Установление монопольно низких цен доминирующим субъектом может привести к снижению выручки его конкурентов и их невозможности покрывать свои издержки производства. И в том и в другом случае возможно снижение рентабельности пострадавшего лица, уменьшение его рыночной доли и, возможно, выход пострадавшего лица с данного рынка в принципе. Негативный эффект снижения прибыльности (рентабельности) может быть усилен потерей отдачи от эффекта масштаба или сетевыми эффектами.

При расчете убытков для имеющихся конкурентов необходимо ответить на следующие вопросы:

- насколько были занижены выручка, прибыль, рыночная доля и другие показатели финансовой деятельности пострадавшей стороны в результате нарушения?

- каковы были бы издержки, выручка, прибыль и другие показатели финансовой деятельности пострадавшей стороны, если бы нарушения не произошло?

Ответы на эти вопросы позволяют провести контрфактуальный анализ. Все методы, рассмотренные выше (сравнительный экономический анализ, финансовое и экономическое моделирование), могут быть использованы для этой цели. Например, анализ доли рынка пострадавшего лица в периоде, предшествовавшем нарушению, может позволить рассчитать долю рынка, которую пострадавшее лицо имело бы в последующем при отсутствии нарушения, или его прибыль. Как и в остальных случаях оценки убытков, одновременное использование нескольких методов позволяет повысить надежность оценки.

Дополнительную значимость для контрфактуального анализа приобретают внутренние маркетинговые исследования или коммерческие планы хозяйствующих субъектов. Соответствующие внутренние документы компаний, если они были подготовлены в период до нарушения, могут содержать объективные прогнозы по развитию долей рынка или по рентабельности хозяйствующих субъектов. Например, если есть доказательства того, что хозяйствующий субъект планировал инвестиции по расширению мощностей и наращивание производства, но был вынужден отменить или отложить данные планы в результате незаконного ограничения конкуренции со стороны других участников рынка или органов власти, то эту информацию необходимо должным образом учесть при проведении контрфактуального анализа.

Важно отметить, что ограничение конкуренции может иметь долгосрочные последствия для конкурирующих хозяйствующих субъектов, если их рыночная позиция была значительным образом ослаблена. По этой причине экономическая ситуация данных хозяйствующих субъектов, наблюдаемая после периода нарушения, как правило, не является показательной относительно ситуации, которая могла бы иметь место при отсутствии нарушения. Соответственно, при проведении сравнительного анализа предпочтительно использовать для сравнения период, предшествовавший нарушению, а не период после окончания нарушения.

Если ограничение конкуренции привело к снижению рыночной доли хозяйствующего субъекта или иным образом ослабило его рыночную позицию, то хозяйствующий субъект продолжает нести убытки и после окончания нарушения. А именно, прибыль, которую хозяйствующий субъект получает после окончания нарушения, будет меньше той прибыли, на которую он мог бы рассчитывать, если бы нарушения не было вовсе. Данные потери также будут составлять упущенную выгоду пострадавшего лица, подлежащую возмещению.

Наконец, при расчете суммарных убытков за ряд периодов, данные убытки должны учитывать упущенные коммерческие и инвестиционные возможности пострадавшего лица.

*Оценка убытков конкурентов от недобросовестной конкуренции.* Не меньший ущерб, чем монополистическая деятельность, способна нанести недобросовестная конкуренция - злоупотребления, от которых сегодня страдает все больше компаний и предпринимателей, каким бы бизнесом они не занимались.

В частности, на практике распространены ситуации, когда при предоставлении аналогичных услуг нарушитель незаконно использует товарный знак, знак обслуживания, фирменное наименование, коммерческое обозначение и др., сходное до степени смешения с средством индивидуализации, зарегистрированным за конкурентом.

Помимо того, что такие действия вводят в заблуждение потребителей услуг, они могут причинить существенные убытки конкуренту нарушителя.

*Оценка убытков для потенциальных конкурентов.* Ограничивающие конкуренцию действия, могут оказывать негативные последствия не только на имеющихся, но также и на потенциальных конкурентов. Обычно такие ситуации возникают, когда вход потенциальных конкурентов на рынок был затруднен или предотвращен благодаря нарушению. Основанием для возмещения убытков потенциальному конкуренту должно быть, среди прочего, доказательство того, что он не только планировал (в том числе совершил или начал совершать соответствующие приготовления), но и мог осуществить успешный вход на рынок при отсутствии нарушения.

Для оценки убытков потенциальных конкурентов применяются те же методы, что и для оценки убытков имеющихся конкурентов, но за следующим исключением. При расчете убытков потенциальных конкурентов сравнение с периодами до и после нарушения не представляется возможным, поскольку данных конкурентов не было на рынке ни до, ни после нарушения. Однако, как и для случая имеющихся конкурентов, для расчета убытков потенциальных конкурентов возможно проведение сравнительного анализа сопоставимых рынков, а также финансовое или экономическое моделирование. Например, основой финансового моделирования может выступать бизнес-план потенциального конкурента, в котором оценивались предполагаемая выручка и затраты при входе на рассматриваемый рынок, если этот бизнес-план был подготовлен до нарушения.

Отсутствие данных, например, в части подходящих для анализа сопоставимых рынков, может служить препятствием для оценки полной суммы убытка (например, недополученной прибыли). В таких случаях хозяйствующий субъект может выбрать обращение с иском, направленным лишь на возмещение реального ущерба, связанного с подготовкой к входу на рынок. Например, если потенциальный конкурент понес инвестиционные затраты (осуществил капитальные вложения), но не смог выйти на рынок в силу ограничения конкуренции, то он может выбрать предъявление иска к нарушителю лишь на сумму данных инвестиционных затрат. При этом бремя доказывания того, что такой подход обоснован с экономической точки зрения и что данные инвестиции полностью окупились бы при отсутствии нарушения, лежит на пострадавшем лице.

*Оценка убытков для покупателей.* Конечной целью ограничения конкуренции является увеличение или усиление рыночной власти. Следовательно, в долгосрочном плане ограничение конкуренции может привести либо к более высоким ценам, либо к снижению доступности, более низкому качеству товаров и услуг. Соответственно, ограничение конкуренции может привести к ущемлению интересов потребителей рассматриваемого товара (услуги). Наравне с имеющимися и потенциальными конкурентами нарушителя, покупатели также имеют право на возмещение причиненных им убытков.

При этом ограничение конкуренции может привести к убыткам для покупателей, как с момента начала нарушения, так и позднее. А именно - возможны ситуации, когда покупатели вначале выигрывают в результате нарушения, но несут убытки в последующем. Так, если доминирующий хозяйствующий субъект устанавливает монопольно низкие цены с целью вытеснения конкурентов с рынка и с целью последующего установления монопольно высоких цен, покупатели вначале выиграют, но затем понесут убытки.

Если убытки покупателей, которые они несут в результате ограничения конкуренции, вызваны необоснованно высокими ценами, то оценка убытков проводится в соответствии с методами, рассмотренными при расчете убытков, причиненных установлением (поддержанием) необоснованно высоких цен. Ограничение конкуренции также может привести к снижению доступности товаров и услуг или снижению их качества, что способно причинить убытки потребителям соответствующих товаров и услуг. В той степени, в которой эта характеристика подлежит объективному количественному измерению, общие методы расчета убытков будут применимы и в данном случае.