



**Конференция Организации
Объединенных Наций
по торговле и развитию**

Distr.: Limited
17 May 2017
Russian
Original: English

Совет по торговле и развитию
Комиссия по торговле и развитию
Межправительственная группа экспертов
по законодательству и политике
в области конкуренции
Шестнадцатая сессия
Женева, 5–7 июля 2017 года
Пункт 3 предварительной повестки дня
Программа работы, включая укрепление
потенциала и техническую помощь по вопросам
законодательства и политики в области конкуренции

**Типовой закон о конкуренции (2017 года) –
Пересмотренная статья II***

* В настоящем документе содержится предлагаемый для обсуждения проект текста пересмотренной статьи II Типового закона о конкуренции (2017 года), который представляет собой пересмотренный вариант документа TD/RBP/CONF.7/L.2. Настоящий документ официального редактирования не проходил.

GE.17-07972 (R) 060617 070617



* 1 7 0 7 9 7 2 *

Просьба отправить на вторичную переработку



Типовой закон о конкуренции (2017 года) – статья II

Определения и сфера применения

I. Определения

а) «Предприятия» означают фирмы, товарищества, корпорации, компании, ассоциации и другие юридические лица, независимо от того, созданы ли они или контролируются ли они частными лицами или государством, занимающиеся коммерческой деятельностью, включая их отделения, дочерние предприятия, филиалы или другие образования, прямо или косвенно контролируемые ими.

б) «Доминирующее положение на рынке» означает такую ситуацию, когда какое-либо предприятие, действующее либо самостоятельно, либо совместно с несколькими другими предприятиями, обладает возможностью контролировать соответствующий рынок конкретного товара или услуги либо группы товаров или услуг.

в) «Слияния и приобретения» означают ситуации, в которых между двумя или более предприятиями осуществляется юридически законная операция, посредством которой компании законным образом объединяют право собственности на активы, прежде контролировавшиеся раздельно. Эти ситуации включают поглощения, сконцентрированные совместные предприятия и иные формы приобретения контроля, такие как переплетение директоров.

г) «Соответствующий рынок» означает общие условия, в которых происходит товарообмен между продавцами и покупателями, и подразумевает определение границ, очерчивающих группы продавцов и покупателей товаров, в пределах которых существует вероятность ограничения конкуренции. Он требует определения товарных и географических границ, в пределах которых происходит взаимодействие между конкретными группами товаров, покупателей и продавцов в целях установления цены и размеров производства. Он должен включать все в разумной степени взаимозаменяемые товары или услуги и всех находящихся рядом конкурентов, к которым в ближайшее время могут обратиться потребители, если ограничение или злоупотребление приведет к достаточно значительному росту цен.

II. Сфера применения

а) Применяется ко всем определенным выше предприятиям в отношении всех их коммерческих соглашений, действий или сделок, касающихся товаров, услуг или интеллектуальной собственности.

б) Применяется в отношении всех физических лиц, которые, действуя в своем личном качестве владельца, руководителя или работника предприятия, санкционируют, осуществляют или способствуют осуществлению ограничительной практики, запрещенной законом.

в) Не применяется в отношении суверенных действий собственно государства или местных властей, а также действий предприятий или физических лиц, которые находятся под принуждением или надзором государства, либо местных властей или государственных органов, действующих в рамках делегированных им полномочий.

Комментарии к статье II и различные подходы в действующем законодательстве

I. Определения

Введение

1. В большинстве законов о конкуренции содержится раздел, посвященный определениям. В одних законах перечень определений используемых терминов предваряет текст нормативного акта; в других определение термина приводится лишь в том разделе нормативного акта, где этот термин реально используется. Во втором случае возникает вопрос о том, относится ли это определение только к соответствующему разделу или также и к остальной части закона. Ответ на этот вопрос зависит от правил толкования, используемых в той или иной правовой системе.

2. Определения облегчают прочтение закона, устраняя неясности и двусмысленность. С этой целью в них подчеркиваются те элементы, которые важны для применения терминов, имеющих в повседневной жизни неопределенный или многозначный смысл. Кроме того, они могут придавать термину такой смысл, который отличается от общепринятого, например, расширяя или сужая значение термина по смыслу закона.

3. Разрабатывая закон о конкуренции, законодатели должны помнить, что именно благодаря определениям правоприменительный орган будет применять закон в соответствии с их замыслом. Однако чрезмерное количество или чрезмерная жесткость определений может также ограничивать свободу маневра для органа и имеющиеся в его распоряжении полномочия расширять или ограничивать сферу действия законодательства в зависимости от существующих социальных или экономических условий. Существует и опасность того, что определяя ту или иную концепцию, законодатель имплицитно (или по умолчанию) создаст исключения или изъятия.

4. Юридические определения часто формулируются с ориентацией на устоявшиеся прецеденты, что позволяет избежать двусмысленности и излишней вариативности судебной практики, искажающих замысел законодательства в целом. Следование общепризнанным принципам помогает выбрать такие определения, которые прошли проверку временем и вряд ли будут оспорены в суде. Кроме того, если определение прошло апробирование и проверку временем, доказав свою применимость в прецедентном праве в условиях более зрелых режимов в области конкуренции, его охотнее возьмут на вооружение страны с более молодым законодательством в этой области.

5. Таким образом, страны с недавно созданными законодательными системами в области конкуренции могут воспользоваться определениями, разработанными в более зрелых системах и прошедшими проверку временем. Например, если сравнивать Ямайку и Барбадос, то режим конкуренции на Ямайке можно считать более зрелым и, безусловно, более старым; согласно определению «предприятия», это понятие в законодательстве Ямайки не распространяется на лицо, «работающее на основе трудового договора или занимающее пост директора или секретаря компании и действующее в этом качестве [...]». В законодательстве Барбадоса, как мы видим, определение предприятия также не распространяется на его «наемных работников» или «должностных лиц»¹.

¹ См. определение «предприятия» в the Preliminary section of the Jamaica Fair Competition Act, Act 9 of 1993 и the Barbados Fair Competition Act, 2002-19, CAP.326C.

6. В этой связи неудивительно также, что страны с более молодыми системами законодательства в области конкуренции, например Барбадос, Индия, Нигерия и Ямайка, как представляется, дают определения большего числа терминов, чем страны с более зрелыми правовыми системами, такие как Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Соединенные Штаты Америки и Европейский союз, поскольку они имеют возможность позаимствовать определения, сложившиеся в рамках практики этих стран.

7. Кроме того, в свете международных усилий, направленных на систематизацию и развитие передовых методов применения законодательства о конкуренции (например, в рамках Международной сети по вопросам конкуренции), а также обмена опытом при содействии таких международных организаций, как ЮНКТАД и Организация экономического сотрудничества и развития, неслучаен тот факт, что определения, закрепленные в законодательных актах разных стран, обычно похожи друг на друга.

8. В тех случаях, когда процесс правовых реформ является сложным и длительным, определения концепций и терминов могут содержаться не в законах о конкуренции, требующих официального принятия, а в руководящих принципах, памятках и дискуссионных документах, выпускаемых органами, занимающимися защитой конкуренции. Например, для внесения поправок в европейское законодательство о конкуренции, содержащихся в Лиссабонском договоре², требуется согласие всех государств – членов Европейского союза, а поправок в посвященные конкуренции положения постановлений Совета – квалифицированное большинство, и поэтому данный процесс может оказаться весьма политизированным и длительным. В результате многие правовые определения и концепции, касающиеся конкуренции, содержатся в документах и материалах Европейской комиссии.

9. Обнародование таких определений и концепций законодательства в области конкуренции вначале в руководящих принципах и дискуссионных документах позволяет также опробовать их, прежде чем приступать к правовой реформе. В то же время следует отметить, что определения терминов в руководящих принципах, памятках и т.д. не имеют такого же веса, как определения в законодательных актах.

Определения, содержащиеся в Типовом законе о конкуренции

10. В первом пункте статьи II Типового закона о конкуренции приводится ряд определений, обычно включаемых в законодательство о конкуренции. В то же время следует подчеркнуть, что этот перечень определений не является исчерпывающим. Напротив, невооруженным глазом видно, что по сравнению с типичным законом, посвященным защите конкуренции, в Типовом законе определений очень мало. В посвященной определениям статье Типового закона отсутствуют многие из определений, обычно встречающихся в законах о конкуренции в разных странах мира, например: определения понятий «дочерняя» или «аффилированная» компания или «соглашение».

11. Довольно ограниченный набор определений в Типовом законе можно объяснить тем, что этот документ составлялся на основе консенсуса. В Типовой закон не могло войти ни одно положение, которое могло бы встретить возражение хотя бы одного из многих государств-членов. Определяемые в Типовом законе термины имеют нечто общее. Например, в нем перечислены термины, согласованные разными занимающимися вопросами конкуренции органами; речь идет о типичных терминах, которые определяются практически во всех законах о конкуренции, и независимо от того, обозначаются ли они одними и теми же словами или нет, мы можем выделить одни и те же концепции. Например, практически во всех проанализированных нормативных актах встречается опреде-

² Договор о функционировании Европейского союза (ДФЕС).

ление, распространяющее действие основных законодательных положений на субъекты хозяйственной деятельности, а иногда и на действия государственных органов.

а) «Предприятия» означают фирмы, товарищества, корпорации, компании, ассоциации и другие юридические лица, независимо от того, созданы ли они или контролируются ли они частными лицами или государством, занимающиеся коммерческой деятельностью, включая их отделения, дочерние предприятия, филиалы или другие образования, прямо или косвенно контролируемые ими.

12. Действие законов о конкуренции обычно распространяется на весь спектр различных субъектов, описываемых в пункте 1 а) статьи II Типового закона. Для того чтобы не повторять весь этот список в основных положениях закона, крайне важно точно определить/согласовать круг его «адресатов». Определять круг субъектов, на которых распространяется действие закона о конкуренции, следует очень осмотрительно, поскольку именно от этого определения зависит субъектная сфера применения закона.

13. Встречаются разные подходы. Как уже упоминалось, некоторые правовые системы защиты конкуренции не предусматривают законодательного определения субъектов, на которых они распространяются, а исходят из того, что в своей правоприменительной практике органы по вопросам конкуренции смогут со временем выработать адекватное определение (см. пример Европейского союза ниже).

14. Когда законодатели склоняются к законодательному определению субъектов, на которых должно распространяться действие законодательства о конкуренции, им следует помнить о следующем. Простое перечисление всех видов хозяйствующих субъектов, на которых распространяется действие такого законодательства, не позволяет гибко применять положения закона к новым видам хозяйствующих субъектов, которые, возможно, были неизвестны, когда принималось это статичное определение. Поэтому представляется полезным подойти к определению «адресатов» закона о конкуренции гибко, перечислив важнейшие характеристики, в силу которых на них распространяется действие закона. Именно такой подход лег в основу Типового закона о конкуренции, в котором при определении «предприятий» в качестве его субъектов акцент делается на участии в коммерческой деятельности.

Различные подходы в действующем законодательстве – определение субъектов законодательства

Страна

Закон о конкуренции, не содержащий официального определения субъектов, на которых распространяется его действие

Европейский союз

Субъектами законодательства Европейского союза о конкуренции ЕС являются «хозяйствующие субъекты». См., например, статьи 101 и 102 ДФЕС, которые запрещают антиконкурентные соглашения, решения и согласованные действия «хозяйствующих субъектов», а также злоупотребление «хозяйствующим субъектом» своим доминирующим положением. В то же время законодательство Европейского союза о конкуренции не содержит официального определения термина «хозяйствующий субъект».

Со временем в европейском прецедентном праве сложилось функциональное понимание концепции

Страна

«хозяйствующего субъекта». Согласно законодательству Европейского союза о конкуренции, «к хозяйствующим субъектам относятся все участники экономической деятельности независимо от их юридического статуса и способа финансирования»³.

Закон о конкуренции, содержащий официальное определение субъектов, на которых распространяется его действие

Бразилия

В законе Бразилии о конкуренции говорится, что «закон применяется к физическим и юридическим лицам публичного и частного права, а также любой ассоциации юридических или физических лиц, существующей де-факто или де-юре, в том числе даже на временной основе, акционерного или иного типа, даже в том случае, если они занимаются коммерческой деятельностью в рамках разрешенной законом монопольной системы»⁴.

Перу

В Перу закон о конкуренции «применяется к физическим и юридическим лицам, коммерческим ассоциациям, автономным холдингам и другим компаниям публичного и частного права, как государственным, так и частным, коммерческим и некоммерческим, которые поставляют или приобретают на рынке товары или услуги или филиалы, партнеры или члены которых осуществляют такую деятельность. Она также распространяется на тех, кто выполняет административные, управленческие или представительские функции вышеупомянутых субъектов, в том случае, если они участвовали в планировании, совершении или исполнении административного правонарушения»⁵.

Индонезия

Субъектами индонезийского закона о конкуренции являются все хозяйствующие субъекты, к которым относятся «все физические лица или коммерческие структуры, инкорпорированные в качестве юридического лица, учрежденные и домицилированные или осуществляющие различную коммерческую деятельность в экономической области на территории Республики Индонезия либо самостоятельно, либо совместно на договорной основе»⁶.

Индия

В индийском Законе о конкуренции 2002 года «предприятие» определяется как «лицо или правительственное ведомство, которое занимается или занималось любой деятельностью, связанной с производством, хранением, поставкой, распределением, приобретением изделий или товаров или кон-

³ Case of the Court of Justice of the European Union, C-41/90 *Höfner and Elser v Macrotron GmbH* [1991] E.C.R. I-1979.

⁴ Law No. 12.529, 30 November 2011, Article 31.

⁵ Legislative Decree approving the Repression of Anti-competitive Conducts Law, Legislative Decree No. 1034, 2008, Article 2.

⁶ Law of the Republic of Indonesia, No. 5, 1999, Concerning the Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition, Article 1(5).

Страна

тролем над ними или оказанием услуг любого рода, или инвестиционной деятельностью, или осуществлением операций по приобретению, владению, страхованию или купле-продаже акций, обязательств или других ценных бумаг любой другой корпорации, будь то непосредственно или через одно или более своих подразделений, или отделений, или дочерних предприятий, независимо от того, размещается ли такое подразделение, или отделение, или дочернее предприятие в том же месте, где размещается само предприятие, или же в ином месте или в иных местах, но не включает никакой деятельности правительства, связанной с выполнением суверенных функций правительства, включая все виды деятельности, осуществляемые ведомствами центрального правительства, занимающимися вопросами атомной энергетики, валютного режима, обороны и космического пространства»⁷.

Украина

На Украине под субъектом хозяйствования понимается юридическое лицо, независимо от организационно-правовой формы и формы собственности, или физическое лицо, осуществляющее деятельность по производству, реализации или приобретению товаров и иную хозяйственную деятельность, в том числе лицо, осуществляющее контроль над другим юридическим или физическим лицом; группа субъектов хозяйствования, если один или несколько из них осуществляют контроль над другими. Субъектами хозяйствования признаются также органы государственной власти, органы местного самоуправления, а также органы административно-хозяйственного управления и контроля в части их деятельности по производству, реализации и приобретению товаров или иной хозяйственной деятельности⁸.

Армения

В законе Армении о защите экономической конкуренции говорится, что он «распространяется на действия или поведение хозяйствующих субъектов, а также государственных органов и органов местного самоуправления, которые могут привести к ограничению, предупреждению, запрещению экономической конкуренции или к акту недобросовестной конкуренции, за исключением случаев, предусмотренных законом»; см. статью 2 Закона Республики Армения о защите экономической конкуренции 2000 года с поправками, внесенными в него законом НО-137-N от 12 апреля 2011 года.

⁷ The Competition Act of India, 2002, No. 12 of 2003, Section 2.

⁸ Закон Украины «О защите экономической конкуренции», 11 января 2001 года, № 2210-III, статья 1.

Страна

Республика Корея	Действие закона о конкуренции Республики Корея распространяется на все предприятия, в том числе на наемных работников, должностных лиц или агентов, действующих в интересах «предпринимателя». Изъятия, предусмотренные для сельского, рыбного и лесного хозяйства и горнодобывающей промышленности, были отменены в пересмотренном варианте закона (статья 2.1) ⁹ .
Замбия	В Замбии закон о конкуренции распространяется на всю экономическую деятельность, которая осуществляется на ее территории или последствия которой проявляются в ее пределах, если иное не предусмотрено законом ¹⁰ . Он «имеет обязательную силу для государства, выступающего в качестве участника торговли или хозяйственной деятельности, связанной с производством, поставкой или распределением товаров или предоставлением любых услуг на рынке, который открыт для участия других предприятий ¹¹ . В статье 2 (1) закона Замбии о конкуренции «предприятие» определяется как «любая фирма, партнерство, совместное предприятие, корпорация, компания, ассоциация и другое юридическое лицо, занимающиеся коммерческой деятельностью, включая их отделения, дочерние предприятия, филиалы или иные образования, прямо или косвенно контролируемые ими».

б) «Доминирующее положение на рынке» означает такую ситуацию, когда какое-либо предприятие, действующее либо самостоятельно, либо совместно с несколькими другими предприятиями, обладает возможностью контролировать соответствующий рынок конкретного товара или услуги либо группы товаров или услуг.

15. Определение «доминирующего положения на рынке» основано на положениях раздела В i) 2) Комплекса принципов и правил. Следует отметить, что в большинстве действующих в настоящее время законов о конкуренции упоминается доминирующее положение/доминирование или значительное влияние на рынок. Оба этих термина, которые, как правило, являются взаимозаменяемыми, определяются как экономическое положение предприятия, позволяющее ему не допускать эффективной конкуренции на соответствующем рынке за счет возможности в значительной степени действовать независимо от конкурентов, клиентов и, в конечном счете, потребителей. В подобной ситуации соответствующая компания обладает способностью постоянно повышать цены выше конкурентных уровней с прибылью для себя. Более подробную информацию по данному вопросу см. в комментариях к статье IV Типового закона о конкуренции.

16. С точки зрения сферы применения содержащихся в законе о конкуренции положений о контроле за слияниями большое значение имеет определение тех видов операций, которые подпадают под контроль органа по вопросам конку-

⁹ Monopoly Regulation and Fair Trade Act (Republic of Korea), Law No.3320, 31 December 1980, Article 2.1.

¹⁰ The Competition and Consumer Protection Act, 2010, No. 24 of 2010, Section 3(1).

¹¹ The Zambia Competition and Consumer Protection Act, 2010, No. 24 of 2010, Section 3(2).

ренции. В Типовом законе «слияния и приобретения» отнесены к тем операциям, которые подлежат контролю. В то же время следует отметить, что в разных правовых режимах защиты конкуренции положения о контроле за слияниями формулируются с использованием разных терминов. Более подробную информацию по данному вопросу см. в комментариях к статье VI Типового закона о конкуренции.

с) «Слияния и приобретения» означают ситуации, в которых между двумя или более предприятиями осуществляется юридически законная операция, посредством которой компании законным образом объединяют право собственности на активы, прежде контролировавшиеся отдельно. Эти ситуации включают поглощения, сконцентрированные совместные предприятия и иные формы приобретения контроля, такие как переплетение директоров.

d) «Соответствующий рынок» означает общие условия, в которых происходит товарообмен между продавцами и покупателями, и подразумевает определение границ, очерчивающих группы продавцов и покупателей товаров, в пределах которых существует вероятность ограничения конкуренции. Он требует определения товарных и географических границ, в пределах которых происходит взаимодействие между конкретными группами товаров, покупателей и продавцов в целях установления цены и размеров производства. Он должен включать все в разумной степени взаимозаменяемые товары или услуги и всех находящихся рядом конкурентов, к которым в ближайшее время могут обратиться потребители, если ограничение или злоупотребление приведет к достаточно существенному росту цен.

Цель определения рынка

17. В законодательстве о защите конкуренции вопросам влияния на рынок уделяется первостепенное внимание. Положение компании на рынке позволяет получить представление о ней по многим аспектам, в том числе о ее способности повышать цены, а также ограничивать выбор и объемы производства и тем самым подрывать благосостояние потребителей. Доминирование на рынке позволяет компании также вытеснять с него конкурентов и тем самым влиять на уровень конкуренции на нем. Поэтому для того, чтобы убедиться в способности компании беспрепятственно действовать на рынке, необходимо оценить масштабы ее влияния на рынок; для чего сначала необходимо понять, что представляет из себя рынок, кто – покупатели, продавцы, конечные потребители – действует на нем и какие товары и их заменители предлагаются потребителям на данном рынке. Идентификация или, пользуясь языком законодательства о конкуренции, определение соответствующего рынка помогает «оценить границы конкуренции между компаниями»¹² и «идентифицировать арену конкурентной борьбы, участников рынка, их удельный вес на рынке и степень рыночной концентрации»¹³.

18. Из усилий различных учреждений в деле определения степени влияния на рынок можно сделать ключевой вывод о том, что определение соответствующего рынка не является конечной целью; это открывает доступ к другим инструментам законодательства о конкуренции, при помощи которых можно оценить уровень конкуренции на рынке. Например, в случае слияния компаний

¹² European Commission's Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law, O.J. 1997 C372/5, [1998] 4 CMLR 177.

¹³ United States of America, Federal Trade Commission and Department of Justice, Joint Draft Revised Horizontal Merger Guidelines, Released for Public Comment on 20 April 2010. Имеется на веб-сайте <http://www.ftc.gov/os/2010/04/100420hmg.pdf>.

определение соответствующего рынка позволяет предсказать, каким будет уровень конкуренции на рынке после слияния. В делах, связанных со злоупотреблением доминирующим положением, это помогает оценить способность компании действовать на рынке безо всяких ограничений; а в случае существования признаков антиконкурентного соглашения определение соответствующего рынка необходимо для того, чтобы оценить, насколько ограничительно такое соглашение может действовать на конкуренцию. Таким образом, идентификация соответствующего рынка напрямую связана с такими концепциями, как «влияние на рынок», «область эффективной конкуренции», «размер рынка», «товарный рынок», «географические границы рынка» и «степень концентрации».

Методика определения рынка

19. Как отмечалось выше, соответствующий рынок является той средой, в которой происходит реальная конкурентная борьба. Для целей определения соответствующего рынка подпункт d) пункта 1) статьи II Типового закона о конкуренции требует установить, какие конкретные товары являются предметом конкурентной борьбы, а также на какой географической территории ведется такая борьба. Обычно проводится различие между соответствующим товарным рынком и соответствующим географическим рынком. В основе критериев, определяющих оба этих параметра соответствующего рынка, лежит концепция замещаемости спроса.

Соответствующий товарный рынок

20. Для того чтобы определить соответствующий товарный рынок, необходимо установить, существует ли возможность замещения определенных товаров с точки зрения спроса. На практике при определении соответствующего рынка товаров/услуг используются два тесно связанных между собой и взаимодополняющих критерия, а именно: разумная взаимозаменяемость при использовании и перекрестная эластичность спроса. В связи с применением первого критерия обычно учитываются два фактора, а именно: является ли конечное использование товара и его заменителей в целом аналогичным, и являются ли физические характеристики (или технические параметры) достаточно сходными, чтобы потребители могли легко переходить с одного товара на другой. Что же касается проверки перекрестной эластичности, то здесь центральную роль играет ценовой фактор. В этой связи возникает необходимость проанализировать пропорциональный прирост спроса на один товар в результате пропорционального роста цены на другой товар. На рынке с высокой перекрестной эластичностью даже небольшое повышение цены на один товар заставляет потребителей переходить на другой товар, и это свидетельствует о том, что данные товары конкурируют на одном и том же рынке, тогда как низкая перекрестная эластичность свидетельствует об обратном, т.е. о том, что у каждого из этих товаров есть свой рынок.

21. Иными словами, уместно поставить вопрос о том, перейдут ли потребители конкретных товаров на доступный заменитель в ответ на гипотетически небольшое (порядка 5–10%), но постоянное относительное повышение цен на рассматриваемые товары в рассматриваемых районах. Этот критерий получил название критерия гипотетической монополии или небольшого, но существенного и не кратковременного повышения цен.

22. Например, для того чтобы определить, принадлежат ли яблоки и груши к одному и тому же соответствующему товарному рынку, органу по вопросам конкуренции потребуется выяснить, будут ли потребители покупать груши вместо яблок, если цена на яблоки повысится на постоянной основе на 5%. Если он придет к выводу о том, что потребители действительно переключатся на груши, то это будет означать, что яблоки и груши относятся к одному и тому же соответствующему товарному рынку. Если же он установит, что потребители будут

по-прежнему покупать яблоки, несмотря на повышение цен, то это будет означать, что соответствующим товарным рынком является только рынок яблок.

23. Хотя при определении соответствующего рынка замещаемость спроса является важнейшим критерием, при определенных обстоятельствах органу по вопросам конкуренции может потребоваться оценить также и замещаемость предложения. Замещаемость предложения означает ситуацию, когда потребители не рассматривают определенные товары в качестве заменителей, но производители могут легко переключиться с производства этих товаров на выпуск заменителей. Например, потребители могут не считать бутилированную газированную и негазированную воду в качестве взаимозаменяемых продуктов. Однако производители могут легко перейти с производства одной воды на другую в зависимости от изменения спроса или цены. Поэтому уместно определить соответствующий рынок как рынок бутилированной воды, включая как газированную, так и негазированную воду.

Соответствующий географический рынок

24. Вторым элементом, который необходимо учитывать при определении соответствующего рынка, является географический рынок. В широком смысле его можно охарактеризовать как район, в котором продавцы конкретного товара или услуги осуществляют свои операции. Можно определить его также и как район, в котором продавцы конкретного товара или услуги могут вести свои операции без серьезных помех¹⁴. Соответствующий географический рынок может быть региональным, национальным или международным по охвату. К региональным рынкам могут относиться города или даже отдельные части городов, группы городов, провинции или федеральные штаты, а также регионы, состоящие из нескольких провинций/федеральных штатов.

25. При определении соответствующего географического рынка учитываются также факторы спроса. Под соответствующим географическим рынком понимается район, где разумный потребитель или покупатель обычно удовлетворяет свой спрос. С точки зрения определения географического охвата розничного продовольственного рынка актуален, например, следующий вопрос: переориентируются ли потребители с близлежащего магазина на магазин в другом районе города в случае повышения в нем цен на 5% на постоянной основе?

26. При определении соответствующего географического рынка следует принимать во внимание целый ряд факторов, включая неблагоприятные ценовые факторы, возникающие в связи с расходами на транспортировку, степень неудобства при приобретении товаров или услуг, возможности выбора для потребителей и функциональный уровень работы предприятий.

Различные подходы в действующем законодательстве – определение соответствующего рынка

Страна

Китай	Согласно статье 12 Антимонопольного закона Китайской Народной Республики в Китае под соответствующим рынком понимается «товарный или территориальный рынок, на котором хозяйствующие субъекты конкурируют друг с другом на протяжении определенного периода времени в отношении конкретных товаров или услуг».
-------	--

¹⁴ В результате заключения антиконкурентного соглашения производители могут отказаться от работы в конкретных районах. Однако это не оправдывает узкого определения географического рынка (замечание представлено правительством Соединенного Королевства).

Страна

Кроме того, согласно статье 3 «Руководящих принципов определения соответствующего рынка», изданных Антимонопольным комитетом, «соответствующий рынок» имеет также временной или инновационный аспекты, если речь идет об интеллектуальной собственности.

Индия

В статье 2 (пункты г), s) и t)) индийского Закона о конкуренции 2002 года соответствующий рынок определяется следующим образом:

г) «соответствующий рынок» означает рынок, который может определяться Комиссией применительно к соответствующему товарному рынку или соответствующему географическому рынку или применительно к обоим этим рынкам;

s) «соответствующий географический рынок» означает рынок, охватывающий район, в котором условия конкуренции в случае поставки товаров или оказания услуг или спроса на товары или услуги явно однородны и отличаются от условий, преобладающих в соседних районах;

t) «соответствующий товарный рынок» означает рынок, охватывающий все те товары или услуги, которые рассматриваются потребителем как взаимозаменяемые или являющиеся субститутами в силу характеристик товаров или услуг, цен на них и предполагаемого использования [...]. В отношении «соответствующего товарного рынка» в индийском Законе о конкуренции учитываются следующие факторы (см. пункт 7 статьи 19):

- a) физические характеристики или конечное использование товаров;
- b) цена на товары или услуги;
- c) предпочтения потребителей;
- d) невозможность внутрифирменного производства;
- e) наличие специализированных производителей;
- f) классификация продукции.

Для целей определения «соответствующего географического рынка» в индийском Законе о конкуренции учитываются следующие факторы (см. пункт 6 статьи 19):

- a) нормативные торговые барьеры;
- b) местные спецификационные требования;
- c) национальная закупочная политика;
- d) надлежащие системы распределения;
- e) транспортные издержки;
- f) язык;
- g) предпочтения потребителей;
- h) потребность в надежном или регулярном снабжении или быстром послепродажном обслуживании.

Страна

Казахстан В пункте 14 статьи 6 Закона Республики Казахстан № 112-IV о конкуренции от 25 декабря 2008 года «товарный рынок» определяется как «сфера оборота товара или взаимозаменяемых товаров, определяемая исходя из экономической, территориальной и технологической возможности потребителя приобрести товар».

Кроме того, в пункте 3 статьи 6 взаимозаменяемые товары определяются как «группа товаров, которые могут быть сравнимы по их функциональному назначению, применению, качественным и техническим характеристикам, цене, а также по другим параметрам таким образом, что потребитель заменяет их друг другом в процессе потребления (производства)».

Украина Закон Украины № 2210-III «О защите экономической конкуренции» от 11 января 2001 года, статья 1.

«Рынок товара (товарный рынок) – сфера обращения товара (взаимозаменяемых товаров), на который (которые) в течение определенного времени и в пределах определенной территории есть спрос и предложение».

II. Сфера применения

а) Применяется ко всем определенным выше предприятиям в отношении всех их коммерческих соглашений, действий или сделок, касающихся товаров, услуг или интеллектуальной собственности.

б) Применяется в отношении всех физических лиц, которые, действуя в своем личном качестве владельца, руководителя или работника предприятия, санкционируют, осуществляют или поощряют ограничительную практику, запрещенную законом.

с) Не применяется в отношении суверенных действий собственно государства или местных властей, а также действий предприятий или физических лиц, которые находятся под принуждением или надзором государства, либо местных властей или государственных органов, действующих в рамках делегированных им полномочий.

Введение

27. В соответствии с передовой практикой в деле разработки законодательства о конкуренции в Типовом законе о конкуренции рекомендуется, чтобы такое законодательство имело общую применимость, т.е. применялось ко всем отраслям, соглашениям и субъектам, имеющим отношение к коммерческому обмену товарами и услугами. В то же время очевидно, что иногда могут существовать экономические, юридические, а порой и политические причины для ограничения общей применимости законодательства о конкуренции, с учетом которых определяется его охват.

28. Сфера действия законодательства о конкуренции обычно предопределяется проводимой политикой с учетом исторических и культурных особенностей и отражает экономические задачи, намеченные правительством (иногда под воздействием заинтересованных групп или других сторон, влияющих на проводимую политику). По мере возникновения правоприменительных проблем сфера действия законодательства может со временем меняться. Рассматриваемые ниже вопросы могут влиять на сферу действия законодательства в области конкуренции.

29. В основе подхода директивных органов и законодателей к правилам, регулирующим работу отдельных секторов экономики, лежат политические представления о том, как должна функционировать система управления в идеале. Например, отмечалось, что одним из главных результатов антitrustовского подхода Соединенных Штатов к неоправданной концентрации в индустрии средств массовой информации стало признание необходимости обеспечения плюрализма и разнообразия мнений, представляющих собой отличительную черту хорошо функционирующей демократии¹⁵. Так, в 1970-х годах, когда над многими городами, в которых рынок печатных изданий был поделен между двумя газетами, нависла угроза потери второго «печатного голоса», в стране был принят Закон о сохранении газет. Этот закон выводил некоторые совместные операции газет из под сферы действия антitrustовского законодательства в интересах сохранения попавших в трудное экономическое положение печатных изданий в небольших городах¹⁶.

30. Во многих регионах факторы географического, экономического, демографического и политического порядка влияют на законодательство и политику в области конкуренции, отражаются на них и формируют их.

31. В качестве примера можно привести пересмотренный Чагуарамасский договор, который определяет законодательство в области конкуренции в странах Карибского сообщества (КАРИКОМ). С учетом того, что Карибское сообщество представляет собой «сообщество суверенных государств», его положения позволяют каждому государству-члену ограничивать или расширять сферу действия законов о конкуренции применительно к некоторым видам экономической деятельности в зависимости от уровня экономического развития каждого государства-члена¹⁷.

32. Следует отметить, что новые законы о конкуренции, как правило, являются довольно общими, а затем по мере того, как они проходят проверку в различных областях экономики, судебные органы или законодатели вносят в них уточнения или поправки под влиянием различных заинтересованных групп и предпринимателей, лоббирующих свои интересы. Например, в 1970-х годах канадское законодательство о конкуренции не распространялось на сектор услуг, коммерческие банки, профессиональные органы и авиакомпании. В Соединенных Штатах в 1970-х годах из сферы действия антitrustовского законодательства также было выведено по меньшей мере 16 разных секторов, таких как страхование, транспорт, энергетика и профессиональный бейсбол. В Европе на страховой сектор до последнего времени распространялись два индивидуальных изъятия, которые впоследствии были заменены очень широким блоковым изъятием; и те, и другие были разработаны в 1990-х годах с учетом «особых потребностей в сотрудничестве», связанных со «спецификой» сектора страхования¹⁸. С точки зрения общей процедуры законодатели, прежде чем утвердить какие-либо изъятия, как правило, проводят широкие консультации с заинтересованными сторонами в секторах, на которые будет распространяться действие закона, а также с группами по защите прав потребителей. Кроме того, хотя лоббирование иногда может подталкивать законодателей или политиков к пересмотру и сужению сферы действия закона, очевидно и то, что усилия разных групп, лоббирующих свои интересы в постоянно меняющихся экономических условиях, могут заставить законодателей пересмотреть изъятия, распространяющиеся на отдельные секторы и виды экономической деятельности.

¹⁵ Аналогичные соображения учитываются и при разработке законов о конкуренции в Германии и Соединенном Королевстве.

¹⁶ См. UNCTAD (2002). Application of Competition Law: Exemptions and Exceptions. UNCTAD/DITC/CLP/Misc.25.

¹⁷ См. главу VIII пересмотренного Чагуарамасского договора о создании Карибского сообщества, включая единый рынок и экономическое пространство КАРИКОМ.

¹⁸ http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/insurance.html.

33. Многие законодательные режимы в области защиты конкуренции создаются без всякого представления о том, как они будут развиваться в будущем. В большинстве случаев стимулом к совершенствованию законодательства является судебная практика, высвечивающая связанные с ним проблемы, реагируя на которые законодатели исправляют ошибки или недочеты, допущенные при разработке нормативных актов. Иногда систему, изначально предназначенную для целенаправленного применения и обеспечения соблюдения требований закона, многие заинтересованные стороны позднее начинают считать устаревшей; многие ошибочные суждения становятся очевидными лишь по прошествии времени.

34. Например, на протяжении 40 лет Европейская комиссия применяла уведомительно-разрешительную систему к соглашениям, подпадающим под действие пункта 1 прежней статьи 81 Договора о ЕС¹⁹. В соответствии с системой подзаконных актов, созданной в 1962 году, заключенное сторонами соглашение, подпадающее под действие пункта 1 бывшей статьи 81 Договора о ЕС, являлось ничтожным и его исполнение не могло быть принудительно обеспечено в судебном порядке, если Европейская комиссия не получила соответствующего уведомления и не распространила на него изъятие, предусмотренное в пункте 3 прежней статьи 81 Договора о ЕС. Поскольку Комиссия обладала единоличным исключительным правом предоставлять изъятия, а компании, не зная, могут ли они рассчитывать на принудительное обеспечение исполнения соглашений, попадали в уязвимое экономическое положение, в Комиссию поступало колоссальное число уведомлений о соглашениях. В период между 1962 и 1968 годом Комиссия получила уведомления о свыше 36 000 соглашениях, что легло тяжелейшим бременем на ее ресурсы и заставило ее изменить свои контрольные и правоприменительные приоритеты, в результате чего многие серьезные правонарушения остались без внимания со стороны Европейской комиссии. Как бы то ни было, система имела некоторые преимущества, поскольку она привнесла в жизнь Европейского сообщества единообразие, определенность и «культуру конкуренции». Тем не менее в 1999 году Комиссия приняла «Белую книгу» с программой модернизации правовых норм защиты конкуренции в Европейском сообществе, в которой иллюстрировались многочисленные недостатки уведомительно-разрешительной системы, наделявшей Комиссию единоличными исключительными полномочиями обеспечивать применение прежней статьи 81 Договора о ЕС. В этом документе предлагались также изменения и коррективы, в которых нуждалась система. Взгляды, сформулированные в «Белой книге», легли в основу постановления Европейского союза о модернизации, упразднившего практику предоставления индивидуальных разрешений Комиссией²⁰. Можно сказать, что сложившиеся сегодня в Европейском союзе децентрализованный правоприменительный режим и нормативная система изъятий для соглашений, подпадающих под статью 81, стали результатом сорокалетней истории проб и ошибок.

35. Сфера применения также определяет, в какой степени законодательство о конкуренции распространяется на антиконкурентные действия и меры со стороны государств. От того, какую роль государство играет на рынке, в значительной степени зависит то, каким образом функционирует конкуренция. Естественно, могут быть веские основания для вмешательства государства, такие как достижение важных государственных целей (например, установление трудовых и экологических стандартов или обеспечение всеобщего доступа к общественным благам и услугам) и исправление недостатков в функционировании рыночных механизмов. Тем не менее в большинстве развитых стран, а также во многих странах с переходной экономикой и развивающихся странах растет осознание потенциальных негативных последствий, вызванных неоправданными или чрезмерными государственными ограничениями. В частности, в развиваю-

¹⁹ Теперь это статья 101 ДФЕС.

²⁰ White Paper on Modernization of the Rules Implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty, Commission Programme No. 99/027, COM(99) 101 final, 28 April 1999.

щихся странах и странах с переходной экономикой именно государственные ограничения, а не ограничения со стороны частного сектора могут представлять наиболее сложные проблемы для конкуренции²¹.

Различные аспекты сферы применения

36. Среди различных аспектов, определяющих сферу применения законодательства в области конкуренции, можно выделить следующие: На кого распространяется действие закона (субъектная сфера применения)? Какие виды деятельности регулируются законом, например коммерческая деятельность в противовес некоммерческой деятельности и суверенным актам государства (объектная сфера применения)? Где действует закон (территориальная сфера применения)? Когда применяется закон (временная сфера применения)? Когда речь идет о региональных правовых режимах защиты конкуренции, возникает дополнительный вопрос о том, где проходит юрисдикционная грань между сферами применения регионального и национального законодательства о конкуренции.

Субъектная сфера применения

37. Как отмечалось выше, субъектная сфера применения закона о конкуренции зависит от определения его «адресатов». Судя по всему, общим для законодательства многих стран является акцент на том влиянии, которое тот или иной вид деятельности оказывает на рынок, а не на том, какой субъект ее осуществляет – юридическое лицо, государственный орган или физическое лицо. Поэтому главный вопрос заключается в определении того, занимается ли субъект «экономической деятельностью», «коммерческим обменом товарами и услугами» или «деятельностью, приносящей прибыль», а не в выяснении его юридического статуса, структуры собственности или финансирования. Это особенно важно в тех случаях, когда деятельность неинкорпорированных хозяйствующих субъектов имеет большое экономическое значение, например в неформальном секторе.

38. Кроме того, в Типовом законе о конкуренции говорится, что закон «применяется в отношении всех физических лиц, которые, действуя в своем личном качестве владельца, руководителя или работника предприятия, санкционируют, осуществляют или способствуют осуществлению ограничительной практики, запрещенной законом». Такой же подход используется и в европейском законодательстве о конкуренции, согласно которому физические лица могут относиться к категории предприятий без регистрации в качестве единоличной компании в том случае, если они являются независимыми хозяйствующими субъектами на рынках товаров или услуг²². Исходя из этого, адвокаты, врачи и архитекторы относятся к категории предприятий по смыслу европейского законодательства о конкуренции.

39. Сфера применения была уточнена также для того, чтобы исключить из нее суверенные действия местных органов власти, которым были делегированы полномочия на регулирование, и защитить действия частных лиц, которые находятся под принуждением или надзором правительства. Однако следует отметить, что в разделе В 7) Комплекса принципов и правил Организации Объединенных Наций по вопросам конкуренции (Комплекса принципов и правил) и в большинстве стран, имеющих современное законодательство о конкуренции, закон применяется к государственным предприятиям наравне с частными

²¹ См. Fox E & Healey D, 'When the State Harms Competition – The Role for Competition Law' (2014) 79 Antitrust L. J 769.

²² Например, в отношении итальянских таможенных агентов, см. дело, рассматривавшееся в Суде Европейского союза, C-35/96 *Commission v Italy* [1998] E.C.R. I-3851.

фирмами. Положения Комплекса принципов и правил применяются ко всем предприятиям независимо от сторон, участвующих в сделках, актах или действиях²³. В разделе В i) 3 Комплекса принципов и правил «предприятия» определяются как «фирмы, товарищества, корпорации, компании, ассоциации и другие юридические лица, независимо от того, созданы ли они или контролируются ли они частными лицами или государством, занимающиеся коммерческой деятельностью, включая их отделения, дочерние предприятия, филиалы или другие образования, прямо или косвенно контролируемые ими». В настоящее время большинство законов о конкуренции распространяется на экономическую деятельность государственных предприятий²⁴. Как указано в Комплексе принципов и правил, основным фактором при определении того, подпадает ли государственное или частное предприятие под сферу действия закона, является его участие в коммерческой деятельности. В законах о конкуренции Бразилии и Перу прямо говорится, что их действие распространяется на все физические или юридические лица, как государственные, так и частные. В Руководящих принципах ОЭСР предусматривается, что «в силу своего привилегированного положения государственные предприятия могут оказывать отрицательное влияние на конкуренцию, и поэтому важно обеспечить, чтобы на них распространялись такие же правила в области конкуренции, что и на частные предприятия, насколько это возможно с учетом их обязанностей в качестве поставщиков услуг общего пользования»²⁵. Однако при определенных обстоятельствах правила в области конкуренции могут не распространяться на государственные предприятия. Это может иметь место в тех случаях, когда они выступают в качестве поставщиков услуг общего пользования или находятся в стратегических секторах (таких, как почтовая служба, энергетика, здравоохранение и т.д.). Например, в Европейском союзе правила в области конкуренции не распространяются на такие секторы, как оборона и служба управления воздушным движением. В Кении положения статьи 5 1) Закона о конкуренции распространяются на «всех субъектов, включая правительство, государственные предприятия и местные органы власти, в отношении их участия в торговле»²⁶. В Испании согласно статье 4 2) Закона о конкуренции предусматривается его полное применение к ситуациям ограниченной конкуренции, возникшим в результате осуществления административных полномочий или вызванным действиями государственных органов или государственных компаний, если только соответствующая практика не является следствием применения законодательства. В Алжире сфера применения законодательства о конкуренции распространяется на действия государственных органов в тех случаях, когда они не действуют в порядке осуществления исключительных прав, вытекающих из их официальных полномочий, или в качестве поставщиков услуг общего пользования.

40. Однако даже в тех случаях, когда законодательство о конкуренции применяется, государственные предприятия, конкурирующие с частными предприятиями, имеют конкурентные преимущества в силу их связей с правительством, в результате чего устанавливаемые цены не в полной мере отражают стоимость ресурсов. С другой стороны, государственные предприятия могут оказаться в неблагоприятном положении по сравнению с частными предприятиями в связи, например, с более значительной подотчетностью, необходимостью выполнения обязательств в качестве поставщиков услуг общего пользования и ограниченной управленческой самостоятельностью. В целях обеспечения равных условий для государственных и частных предприятий все большее число стран, включая некоторые развивающиеся страны, применяет принцип нейтральности в обла-

²³ См. ЮНКТАД (2000 год). Комплекс согласованных на многосторонней основе справедливых принципов и правил для контроля за ограничительной деловой практикой. Раздел В 7). TD/RBP/CONF/10/Rev.2.

²⁴ См. UNCTAD (2015). Competition Law and the State: Competition laws' prohibitions of anti-competitive State acts and measures (Vol. 2). UNCTAD/DITC/CLP/2015/6.

²⁵ OECD (2009). Policy Roundtable on State Owned Enterprises and the Principle of Competitive Neutrality. DAF/COMP(2009)37: 9.

²⁶ См. Competition Act No. 12 of 2010.

сти конкуренции²⁷. «Этот принцип функционирует в том случае, если ни один из хозяйствующих субъектов, действующих на экономическом рынке, не находится в необоснованно более или менее выгодном положении с точки зрения конкуренции»²⁸. Эффективное управление, повышение независимости в принятии решений, обеспечение подотчетности и раскрытие информации, а также применение законодательства о конкуренции в равной мере ко всем предприятиям являются одними из факторов, способствующих формированию равных условий для государственных и частных предприятий. В Австралии были разработаны руководящие рекомендации на национальном и субнациональном уровнях, призванные помочь руководителям в использовании финансовых и управленческих инструментов, обеспечивающих применение принципа нейтральности в области конкуренции. Созданное при правительстве Австралии Управление по рассмотрению жалоб о нарушении принципа нейтральности в области конкуренции выступает в качестве механизма для получения жалоб, проведения расследований и представления рекомендаций правительству по вопросам применения данного принципа в отношении государственных предприятий²⁹.

Объектная сфера применения

41. Нормы по защите конкуренции призваны не допускать деловой практики, пагубно сказывающейся на многих видах хозяйственной деятельности вне зависимости от того, в каком секторе или в какой отрасли она применяется. Поэтому законы о конкуренции распространяются на широкий спектр различных видов деятельности, включая, например, спорт, телерадиовещание, международные финансовые переводы, разработку и сбыт программного обеспечения, доступ к телекоммуникационным сетям и почтовое сообщение. В этих и в других секторах законы о конкуренции призваны предупреждать антиконкурентные соглашения, злоупотребление монопольным положением, антиконкурентные слияния и даже ограничение конкуренции на общенациональном или государственном уровне³⁰.

42. Что касается ограничения конкуренции на государственном уровне, то вполне могут существовать законные основания для вмешательства государства в функционирование рынков. Как отмечалось выше, государства должны иметь возможности осуществлять регулирование в интересах общества. Соответственно, в Типовом законе о конкуренции рекомендуется, чтобы законодательство в области конкуренции не применялось «в отношении суверенных действий собственно государства или местных властей, а также действий предприятий или физических лиц, которые находятся под принуждением или надзором государства, либо местных властей или государственных органов, действующих в рамках делегированных им полномочий».

43. Так, в законодательстве о конкуренции ряда стран предусматривается, что участники рынка, которые совершают антиконкурентные действия и утверждают, что государство спровоцировало или санкционировало совершение таких действий, подпадают под изъятия, предусмотренные в отношении действий самого государства. Это позволяет государству привлекать частные стороны к предоставлению услуг общего пользования. В Сербии и Турции, например, такого рода изъятия применяются в тех случаях, когда государство просто поощряет соответствующие действия. В отличие от этого, в других, более зрелых правовых системах такие изъятия носят более узкий характер. Безусловно,

²⁷ См. UNCTAD (2014). *Competitive neutrality and its application in selected developing countries*. UNCTAD/DITC/CLP/2014/Misc.1.

²⁸ OECD (2012). *Competitive Neutrality: Maintaining a level playing field between public and private business*: 15.

²⁹ OECD (2014). *Competitive Neutrality: National Practices in Partner and Accession Countries*. DAF/CA/SOPP92013)1/FINAL: 10.

³⁰ Whish R & Bailey D (2015). *Competition Law*. Oxford University Press (8th ed.): 3.

узкие изъятия в большей степени отвечают интересам рынка, чем интересам государства. В Европейском союзе изъятия, предусмотренные в отношении действий самого государства, распространяются на действия, вытекающие из национального законодательства, при этом, однако, они не распространяются на антиконкурентные действия, поощряемые государством, если частная сторона свободна в принятии решения действовать на конкурентной основе³¹. В Соединенных Штатах подобные изъятия предусмотрены в тех случаях, когда государство провозглашает четкую политику, разрешающую антиконкурентные действия, и обеспечивает активный надзор за антиконкурентным поведением³².

44. Действия самого правительства (на государственном или местном уровне), нарушающие свободу конкуренции, часто рассматриваются как законодательные и политические меры, не подпадающие под законодательство в области конкуренции. В Индии, например, в статье 2 Закона о конкуренции прямо предусмотрено, что его положения не распространяются на суверенные функции правительства. В то же время деятельность индийского правительства по эксплуатации железных дорог была признана в качестве коммерческой деятельности, а не суверенной функции правительства³³. В некоторых правовых системах, прежде всего в Европейском союзе, используются инструменты последующего контроля за антиконкурентными мерами государства, например, с тем чтобы потребовать от предприятий государственного сектора прекратить действия, оказывающие пагубное воздействие на конкуренцию³⁴. Кроме того, в достаточном количестве стран с более молодым законодательством в области конкуренции, таких как Китай и Российская Федерация, законы о конкуренции все больше охватывают антиконкурентные меры государства. В некоторых странах законодательство в области конкуренции в настоящее время распространяется на широкий круг государственных мер, включая предоставление определенным хозяйствующим субъектам исключительных прав или привилегий, законодательные или регулирующие меры, оказывающие деформирующее воздействие на конкуренцию, свободный рынок товаров и произвольную практику осуществления государственных закупок, а также другие злоупотребления административной властью. Это связано с растущим во всем мире осознанием той роли, которую государство играет на рынке, о чем говорилось выше.

Различные подходы в действующем законодательстве – запрет на антиконкурентные действия государства³⁵

Предоставление особых или исключительных прав или привилегий государственным предприятиям

Европейский союз

В отношении государственных предприятий государства – члены Европейского союза не могут принимать какие-либо меры, противоречащие положениям Договора, касающимся конкуренции.

³¹ Case T-513/93, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali v. Comissison* [2000] E.C.R. II-01807.

³² См., например, *North Carolina State Board of Dental Examiners v. FTC*, 135 S. Ct. 1101 (2015).

³³ *Union of India v. Competition Commission of India*, W.P.(C) No. 993/2011 (2012), para. 27.

³⁴ См. статью 106 ДФЕС.

³⁵ См. UNCTAD (2015) (сноска 24).

Предоставление особых или исключительных прав или привилегий государственным предприятиям

Литва	<p>Так, согласно статье 106 (1) ДФЕС, в отношении государственных предприятий и предприятий, которым государства-члены предоставляют особые или исключительные права, государства-члены не должны принимать или оставлять в силе какие-либо меры, противоречащие нормам, содержащимся в Договоре, в частности нормам, предусмотренным в статье 18 и статьях 101–109 (положения, касающиеся недискриминации и конкуренции).</p> <p>В статье 4 (2) закона Литовской Республики «О конкуренции» № VIII-1099 от 23 марта 1999 года с изменениями, внесенными законом № XI-1347 от 22 марта 2012 года, органам государственного управления запрещается предоставлять привилегии каким-либо отдельным хозяйствующим субъектам или их группам или проявлять дискриминацию по отношению к ним:</p> <p>«Органам государственного управления запрещается принимать нормативно-правовые акты или иные решения, которые предусматривают предоставление привилегий каким-либо отдельным хозяйствующим субъектам или их группам или носят дискриминационный характер по отношению к ним и которые приводят или могут привести к возникновению различий в условиях конкуренции для хозяйствующих субъектов, конкурирующих на соответствующем рынке, за исключением случаев, когда невозможно избежать различий в условиях конкуренции в связи с соблюдением требований законов Литовской Республики».</p>
-------	--

Государственные закупки

Российская Федерация	<p>В статье 17 федерального закона № 135-ФЗ от 26 июля 2006 года «О защите конкуренции» (с изменениями, внесенными в 2011 году) запрещается антиконкурентная практика и процедуры, касающиеся запроса предложений и определения победителей при проведении торгов:</p> <p>«1. При проведении торгов, запроса котировок цен на товары (далее – запрос котировок), запроса предложений запрещаются действия, которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции, в том числе:</p> <p>[...]</p> <p>2) создание участнику торгов, запроса котировок, запроса предложений или нескольким участникам торгов, запроса котировок, запроса предложений преимущественных условий участия в торгах, запросе котировок, запросе предложений, в том числе путем доступа к информации, если иное не установлено федеральным законом;</p> <p>[...]</p>
----------------------	--

Предоставление особых или исключительных прав или привилегий государственным предприятиям

3. [...] запрещается ограничение конкуренции... путем включения в состав лотов товаров, работ, услуг, технологически и функционально несвязанных с товарами, работами, услугами, поставки, выполнение, оказание которых являются предметом торгов, запроса котировок, запроса предложений».

Свободное перемещение товаров

Китай

Антимонопольный закон Китая прямо запрещает административным и другим государственным органам ограничивать ввоз товаров из других провинций или применять в отношении них дискриминационные меры.

В частности, в статье 33 предусматривается, что административные органы и другие организации, уполномоченные в соответствии с законом или нормативными положениями заниматься управлением государственными делами, не могут злоупотреблять своими административными полномочиями с целью ограничить свободный поток товаров между различными регионами путем принятия таких мер, как:

- 1) установление дискриминационных сборов, дискриминационных ставок сборов или дискриминационных цен для товаров неместного производства;
- 2) установление технических требований или стандартов для испытаний в отношении неместных товаров, отличных от требований и стандартов, действующих в отношении аналогичной местной продукции, или принятие дискриминационных технических мер, таких как проведение повторных испытаний или повторной сертификации неместных товаров, с целью затруднить их доступ на местный рынок;
- 3) введение особой процедуры административного лицензирования в отношении неместных товаров с целью ограничить их доступ на местный рынок;
- 4) установление барьеров или принятие других мер с целью воспрепятствовать ввозу неместных товаров или вывозу местных товаров; или
- 5) другие меры, которые могут ограничить свободный поток товаров между регионами.

В статье 30 постановления о борьбе с монополиями ценами, которое было принято Государственным комитетом по делам развития и реформы в 2011 году во исполнение Антимонопольного закона, также предусмотрены такие запреты.

Предоставление особых или исключительных прав или привилегий государственным предприятиям

Казахстан

В законе Казахстана «О конкуренции» в качестве одной из его целей провозглашается «свободное перемещение товаров и свобода экономической деятельности» и запрещаются антиконкурентные действия государственных органов:

«Целями настоящего Закона являются защита конкуренции, создание условий для эффективного функционирования товарных рынков, обеспечение единства экономического пространства, свободного перемещения товаров и свободы экономической деятельности в Республике Казахстан» (пункт 2 статьи 1).

Кроме того, статья 33 гласит следующее:

«Запрещаются и признаются недействительными полностью или частично в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан, антиконкурентные действия государственных органов, выразившиеся в принятии актов либо решений, письменных или устных указаний, заключении соглашений или совершении иных действий, которые привели или могут привести к ограничению или устранению конкуренции или ущемлению законных прав потребителей, за исключением случаев, когда такие действия предусмотрены законами Республики Казахстан.

[...]

2. Антиконкурентными действиями государственных органов в том числе признаются:

[...]

3) установление запретов или введение ограничений в отношении свободного перемещения товаров, иных ограничений прав субъекта рынка на реализацию товаров;

[...]

8) ограничение доступа на товарный рынок, выхода из товарного рынка или устранение с него субъектов рынка».

Злоупотребление государственной властью

Китай

Антимонопольный закон Китая запрещает любым административным органам или организациям, уполномоченным в соответствии с законом или нормативными положениями, заниматься антиконкурентной практикой. Следует отметить, что в Китае органы по вопросам конкуренции не обладают полномочиями для принятия мер по обеспечению соблюдения этого закона; они могут представлять рекомендации учреждениям, которые являются вышестоящими по отношению к субъектам, наруша-

Предоставление особых или исключительных прав или привилегий государственным предприятиям

ющим закон, и которые могут требовать от последних изменить свое по ведение. Соответствующие положения гласят:

«Статья 32. Административные органы и другие организации, уполномоченные в соответствии с законом или нормативными положениями заниматься управлением государственными делами, не могут злоупотреблять своими административными полномочиями и требовать, в том числе в скрытой форме, от юридических или физических лиц торговать только товарами предприятий, указанных ими, или приобретать или использовать только их товары.

Статья 34. Административные органы и другие организации, уполномоченные в соответствии с законом или нормативными положениями заниматься управлением государственными делами, не могут злоупотреблять своими административными полномочиями с целью отстранить неместные предприятия от участия или ограничить их участие в местных торгах или в процедуре подачи заявок для участия в них путем установления дискриминационных квалификационных требований или критериев оценки или путем отказа от публикации информации в соответствии с законом.

Статья 35. Административные органы и другие организации, уполномоченные в соответствии с законом или нормативными положениями заниматься управлением государственными делами, не могут злоупотреблять своими административными полномочиями с целью не допустить или ограничить инвестиции неместных предприятий на подведомственной им территории или не допустить или ограничить создание на ней отделений неместных предприятий путем установления для них режима, отличного от режима, действующего в отношении местных предприятий, или с помощью других средств.

Статья 36. Административные органы и другие организации, уполномоченные в соответствии с законом или нормативными положениями заниматься управлением государственными делами, не могут злоупотреблять своими административными полномочиями с целью вынудить предприятия заниматься монопольной деятельностью, запрещенной настоящим законом.

Статья 37. Административные органы не могут злоупотреблять своими административными полномочиями с целью разработки нормативных положений, направленных на устранение или ограничение конкуренции».

Предоставление особых или исключительных прав или привилегий государственным предприятиям

Украина

В законодательстве Украины о конкуренции органам власти, органам местного самоуправления и органам административно-хозяйственного управления запрещается совершать определенные действия, которые могут приводить к недопущению, устранению, ограничению или искажению конкуренции.

Статья 15 гласит следующее:

«1. Антиконтурными действиями органов власти, органов местного самоуправления, органов административно-хозяйственного управления и контроля (коллегиального органа или должностного лица является принятие любых актов, предоставление письменных или устных указаний, заключение соглашений или любые другие действия или бездействие органов власти, органов местного самоуправления, органов административно-хозяйственного управления и контроля, которые привели или могут привести к недопущению, устранению, ограничению или искажению конкуренции.

2. Антиконтурными действиями органов власти, органов местного самоуправления и органов административно-хозяйственного управления и контроля, в частности, признаются:

- запрещение или недопущение создания новых предприятий или осуществления предпринимательства в других организационных формах в любой сфере деятельности, а также установление ограничений на осуществление отдельных видов деятельности, на производство, приобретение или реализацию определенных видов товаров; [...]

Статья 17 гласит следующее:

«Запрещаются действия или бездействие органов власти, органов местного самоуправления и органов административно-хозяйственного управления и контроля (коллегиального органа или должностного лица), которые заключаются в склонении хозяйствующих субъектов, органов власти, органов местного самоуправления и органов административно-хозяйственного управления и контроля к нарушению законодательства о защите экономической конкуренции, создании условий для совершения таких нарушений или их легитимации».

Литва

Согласно статьи 4 закона Литвы о конкуренции, органы государственного управления, осуществляя регулирование экономической деятельности, обязаны следить за обеспечением условий для добросовестной конкуренции.

Предоставление особых или исключительных прав или привилегий государственным предприятиям

Полномочия органов по вопросам конкуренции оспаривать антиконкурентные действия и меры государства

Испания

В соответствии с законодательством Испании о конкуренции Национальная комиссия по вопросам конкуренции имеет право обратиться к административному органу с требованием исправить свое поведение, а если административный орган не реагирует удовлетворительным образом, то возбудить дело против него в судебном порядке.

Закон о конкуренции 15/2007 от 3 июля 2007 года (Официальный вестник № 159 от 4 июля 2007 года) предусматривает, что:

«Национальная комиссия по вопросам конкуренции уполномочена обращаться в компетентные судебные органы с исками в отношении административных актов и положений, создающих препятствия для поддержания эффективной конкуренции на рынках».

Мексика

В Мексике Комиссия по вопросам конкуренции может выносить не имеющие обязательной силы заключения относительно программ и политики государственных органов. В соответствии со статьей 12 Федерального закона об экономической конкуренции от 2014 говорится, что:

«Комиссия обладает следующими функциями:

[...]

XII. при необходимости или по просьбе федеральной исполнительной власти или заинтересованной стороны выносить либо непосредственно, либо через секретариат заключения в отношении внесения изменений в программы и политику государственных органов, если они могут оказывать неблагоприятное воздействие на свободный состязательный процесс и экономическую конкуренцию в соответствии с применимым законодательством, при этом такие заключения не обладают обязательной юридической силой. Вышеупомянутые заключения подлежат опубликованию;

[...]»

45. Как указывалось выше, согласно общему правилу нормы законодательства о конкуренции должны на единообразной и недискриминационной основе применяться ко всем участникам коммерческой деятельности и ко всем экономическим секторам. Это необходимо по двум основным причинам. Во-первых, это способствует обеспечению последовательности и предсказуемости в применении законодательства, а единообразное, справедливое и недискриминационное применение законодательства способствует укреплению доверия и подотчетности благодаря повышению предсказуемости и укреплению доверия граждан к институтам, отвечающим за обеспечение его применения. Во-вторых, в силу взаимосвязанного характера экономической деятельности условия конкуренции на одном рынке будут влиять, например, на цены или объемы произ-

водства на другом рынке, либо поскольку предлагаемые товары или услуги являются взаимозаменяемыми или взаимодополняющими, либо поскольку они используются в качестве производственного сырья на другом рынке. Даже в отсутствие очевидной связи между ресурсами одного и другого рынков отголоски диспропорций на одном из них могут докатиться и до другого, причем их ощущают на себе многие секторы экономики, например из-за неодинаковых возможностей вести конкурентную борьбу за рабочую силу или капитал. Единообразное применение законодательства позволит добиться сбалансированного результата с точки зрения его экономических последствий³⁶.

46. Тем не менее законодатели имеют свои приоритеты, которые могут вступать в противоречие с целями законодательства о конкуренции; эти приоритеты могут отражать цели экономического развития, а также необходимость контроля за импортом, предоставления специальных экономических преференций местному сельскохозяйственному сектору или введения инвестиционных ограничений в отношении иностранных компаний. Руководствуясь некоторыми из таких приоритетов, законодатели часто предусматривают в законах о конкуренции исключения и изъятия. В целом можно выделить два метода ограничения объектной сферы применения законодательства о конкуренции.

47. Выведение отдельных видов коммерческой практики/соглашений из сферы действия законодательства о конкуренции можно проиллюстрировать на отдельных примерах. Так, некоторые страны не распространяют действие такого законодательства на экспортные картели на том основании, что они в краткосрочном плане не причиняют вреда отечественной экономике. В то же время следует отметить, что экспортные картели могут отрицательно сказываться на конкурентоспособности отечественной промышленности в долгосрочной перспективе и что они, безусловны, нежелательны с глобальной точки зрения. На некоторые виды соглашений может не распространяться действие не только законодательных, но и подзаконных актов, принятых органами по вопросам конкуренции: в качестве примера можно привести блоковые изъятия, предусмотренные в европейском законодательстве о конкуренции. Кроме того, в ряде законов о конкуренции содержатся конкретные положения, посвященные интеллектуальной собственности. В то же время практически все антitrustовские законы рассматривают технологические лицензии в качестве «соглашений» и распространяют на них механизмы контроля на предмет ограничений или злоупотреблений так же, как и на любые другие соглашения, кроме тех случаев, когда исключительный режим, предоставленный государством изобретателю, может оправдывать некоторые ограничения, которые не были бы приемлемыми в другой ситуации.

48. В некоторых странах в связи с использованием прав интеллектуальной собственности возникли некоторые проблемы в сфере конкуренции. Поскольку пользование авторскими правами, патентами и товарными знаками порождает проблемы в сфере конкуренции, Испания, Соединенное Королевство, а также Европейский союз сочли необходимым выработать конкретные нормы, определяющие место прав интеллектуальной собственности в области конкуренции. В Соединенных Штатах также приняты руководящие принципы, помогающие предвидеть, будут ли правоприменительные органы оспаривать ту или иную практику как антиконкурентную. Некоторые формулировки, при помощи которых определяется взаимосвязь между правами интеллектуальной собственности и законодательством в области конкуренции, приводятся в таблице ниже.

³⁶ См. UNCTAD (2002). Application of Competition Law: Exemptions and Exceptions. UNCTAD/DITC/CLP/Misc.25: 5.

Различные подходы в действующем законодательстве – связь между законодательством в области конкуренции и интеллектуальной собственностью

Страна

Канада	В пункте 5 статьи 79 Закона о конкуренции Канады говорится, что «для целей настоящей статьи любые действия, осуществляемые исключительно для того, чтобы воспользоваться какими-либо правами или выгодами, предусмотренными в Законе об авторских правах, Законе о промышленных образцах, Законе о топологии интегральных схем, Законе о патентах, Законе о товарных знаках или любых других законах, принятых парламентом и касающихся интеллектуальной или промышленной собственности, не являются антиконкурентными».
Китай	В статье 55 Антимонопольного закона Китая говорится, что он не распространяется на предприятия, которые осуществляют свои права интеллектуальной собственности в соответствии с законами и административными положениями, касающимися прав интеллектуальной собственности; однако его действие распространяется на предприятия, которые устраняют или ограничивают конкуренцию на рынке в результате злоупотребления их правами интеллектуальной собственности.
Ямайка	В пункте с) статьи 3 Закона о добросовестной конкуренции Ямайки говорится, что никакие положения закона не распространяются на случаи «заключения соглашений, если в них содержатся положения, относящиеся к использованию, лицензированию или предоставлению прав, вытекающих из авторских прав, патентов или товарных знаков или существующих на их основании».
Индия	<p>В пункте 5 статьи 3 принятого в 2007 году Закона о внесении поправок в индийское законодательство о конкуренции говорится применительно к статьям, в которых устанавливаются запреты на соглашения, злоупотребление доминирующим положением и объединения, что ничто в этих статьях не ограничивает прав лиц противодействовать нарушению или устанавливать условия для защиты прав, принадлежащих им на основании:</p> <p>a) Закона об авторских правах 1957 года (14/1957);</p> <p>b) Закона о патентах 1970 года (39/1970);</p> <p>c) Закона о торговых марках и товарных знаках 1958 года (43/1958) или Закона о товарных знаках 1999 года (47/1999);</p> <p>d) Закона о наименованиях мест происхождения товаров (их регистрации и защите) 1999 года (48/1999);</p>

Страна

	<p>e) Закона о промышленных образцах 2000 года (16/2000);</p> <p>f) Закона о топологии интегральных схем 2000 года (37/2000).</p>
Израиль	<p>В израильском Законе об ограничительной торговой практике 1988 года некоторые соглашения об интеллектуальной собственности не рассматриваются как ограничительные. Статья 3 закона гласит:</p> <p>«Соглашение, предусматривающее ограничения, все из которых касаются права использования любого из перечисленных далее активов: патентов, знаков обслуживания, товарных знаков, авторских прав, прав исполнителей или разработчиков – при условии соблюдения следующих двух условий:</p> <p>a) соглашение заключается собственником вышеупомянутого актива и стороной, получающей право на использование вышеупомянутого актива;</p> <p>b) если вышеупомянутый актив в соответствии с законом подлежит регистрации, он должен быть надлежащим образом зарегистрирован».</p>
Украина	<p>В законе Украины «О защите экономической конкуренции» особые исключения предусмотрены для согласованных действий в отношении прав интеллектуальной собственности. В частности, статья 9 гласит:</p> <p>«1. Положения статьи 6 настоящего Закона не применяются к соглашениям о передаче прав интеллектуальной собственности или использовании объекта права интеллектуальной собственности в той части, в которой они ограничивают в осуществлении хозяйственной деятельности сторону соглашения, которой передается право, если эти ограничения не выходят за рамки законных прав субъекта права интеллектуальной собственности.</p> <p>2. Считается, что не выходят за пределы прав, указанных в части первой настоящей статьи, ограничения в отношении объема прав, которые передаются, срока и территории действия разрешения на использование объекта права интеллектуальной собственности, а также вида деятельности, сферы использования, минимального объема производства».</p>

49. Во-вторых, изъятие может распространяться на конкретные экономические секторы. Очень часто действие законодательства о конкуренции не распространяется на сельскохозяйственный сектор. К числу секторов, в которых некоторые виды экономической деятельности не подпадают под антitrustовский контроль, относятся рынок труда и транспортный сектор. Помимо этого, общие нормы законодательства о конкуренции могут не распространяться на секторы, которые регулируются в особом порядке. Речь, в частности, идет о сетевых отраслях – энергетике, водоснабжении и связи. В то же время следует отметить, что в одних странах регулируемые отрасли полностью выводятся из

сферы действия законодательства о конкуренции, а в других такое законодательство занимает подчиненное место по отношению к специальным отраслевым нормам регулирования. Более подробная информация о связи между законодательством в области конкуренции и секторальным регулированием содержится в комментариях к статье VII Типового закона ЮНКТАД.

Различные подходы в действующем законодательстве – секторы, выведенные из сферы действия законодательства о конкуренции

Страна

Китай	Согласно статье 56 Антимонопольного закона Китайской Народной Республики его действие не распространяется на союзы или согласованные действия сельскохозяйственных производителей и сельских хозяйственных организаций, занимающихся такими видами экономической деятельности, как производство, переработка, реализация, транспортировка и хранение сельскохозяйственной продукции.
Ямайка и Барбадос	<p>Что касается политики Ямайки и Барбадоса в сфере труда, то действующее законодательство выводит из сферы действия законов о конкуренции «ведение от имени наемных работников коллективных переговоров по согласованию условий трудовой деятельности»³⁷.</p> <p>В связи с законодательными актами обеих стран следует отметить такой ключевой момент, как нестатичный характер положений, посвященных изъятиям, что, как представляется, оставляет возможность для установления со временем новых изъятий и исключений применительно к «другим таким коммерческим предприятиям или видам деятельности на основании распоряжения министра, подлежащего утверждению» (см. пункт h) статьи 3 соответствующих законодательных актов).</p>
Израиль	<p>Что касается сельского хозяйства и транспорта, то в израильском Законе об ограничительной торговой практике предусмотрены изъятия для:</p> <ul style="list-style-type: none"> • соглашений, вводящих ограничения на отечественную сельскохозяйственную продукцию, в том числе на фрукты, овощи, зерно, молоко, яйца, птицу, скот, рыбу и мед (см. пункт 4 статьи 3);

³⁷ Jamaica Fair Competition Act, Act 9 of 1993, Section 3, и the Barbados Fair Competition Act, 2002-19, CAP.326C, Section 3.

Страна

Канада	<ul style="list-style-type: none"> • соглашений, вводящих ограничения на международные воздушные или морские перевозки или на смешанные морские, воздушные и наземные перевозки, при условии, что все их стороны являются воздушными или морскими перевозчиками или входят в международную ассоциацию морских или воздушных перевозчиков с одобрения министра транспорта (см. статью 7). <p>Что касается финансового сектора и транспорта, то пункт 9 статьи 90 канадского закона о конкуренции гласит следующее:</p> <p>«Суд не выносит постановлений в соответствии с пунктом 1³⁸ в отношении:</p> <ul style="list-style-type: none"> а) соглашения или договоренности между федеральными финансовыми учреждениями по смыслу пункта 3 статьи 49, в отношении которых министр финансов удостоверил уполномоченному i) наименования сторон соглашения или договоренности и ii) просьбу министра финансов о заключении или одобрении соглашения или договоренности для целей финансовой политики; б) соглашения или договоренности, представляющих собой слияние или предлагаемое слияние в соответствии с Законом о банках, Законом о кооперативных кредитных ассоциациях, Законом о страховых компаниях или Законом о доверительно-ипотечных компаниях, в отношении которых министр финансов удостоверил уполномоченному i) наименования сторон соглашения или договоренности и ii) заключение министра финансов о том, что соответствующее слияние отвечает или будет отвечать общественным интересам, принимая во внимание любые условия, которые могут быть применены в соответствии с этими законами; или с) соглашения или договоренности, представляющих собой слияние или предлагаемое слияние, которое было одобрено в соответствии с пунктом 7 статьи 53.2 Закона Канады о транспорте и в отношении которого министр транспорта удостоверил уполномоченному наименования сторон соглашения или договоренности».
--------	--

³⁸ В пункте 1 статьи 90 говорится, что «если по ходатайству уполномоченного суд установит, что существующее или предлагаемое соглашение или договоренность между лицами, из которых двое или несколько являются конкурентами, препятствует или ограничивает или, вероятно, может препятствовать или ограничивать конкуренцию на рынке, суд может вынести постановление: а) запрещающее какому-либо лицу, являющемуся или не являющемуся стороной соглашения или договоренности, совершать какие-либо действия в рамках соглашения или договоренности; или б) предписывающее какому-либо лицу, являющемуся или не являющемуся стороной соглашения или договоренности, предпринять с согласия этого лица и уполномоченного какие-либо другие действия».

Территориальная сфера применения

50. Хотя законодатели и пользуются определенной свободой в разработке содержания законодательства, его территориальная сфера применения должна, тем не менее, учитывать ограничивающие принципы международного публичного права. В соответствии с этими принципами государства, как правило, имеют право осуществлять свою предметную юрисдикцию для регулирования: а) действий на своей территории (принцип территориальности); или б) действий своих субъектов, в том числе деятельности корпораций, domiciliрованных или зарегистрированных в соответствии с их законами о компаниях/корпорациях (принцип государственной принадлежности). В то же время в сфере законодательства по вопросам конкуренции сегодня признается, что принцип территориальности не запрещает государству осуществлять предметную юрисдикцию в отношении действий, которые совершаются в зарубежных странах, но последствия которых ощущаются на территории данного государства (экстерриториальное применение законодательства о конкуренции). Это означает, что государство может применять свои законодательные нормы в области конкуренции к слияниям зарубежных компаний, а также к картельным соглашениям, заключенным за пределами его территории, если они влияют на уровень цен соответствующих товаров на внутреннем рынке.

51. Помимо этих норм международного публичного права (и принципов регионального законодательства в области конкуренции, применяемых в рамках коллективных режимов защиты конкуренции, например в Европейском союзе) не существует никаких других международно-признанных юрисдикционных норм на этот счет. Таким образом, вопрос о применении теми или иными государствами своих законов о конкуренции к действиям, совершаемым за рубежом, решается исключительно на основании внутреннего права в рамках общих принципов международного публичного права. Это означает, что государства могут также отказаться от экстерриториального применения своих законов о конкуренции.

Различные подходы в действующем законодательстве – территориальная сфера применения

Страна

Соединенные Штаты	Соединенные Штаты стали первой страной, подавшей пример экстерриториального применения своего антitrustовского законодательства, сформулировав доктрину «последствий» в деле <i>Соединенные Штаты против «Алюминум ко. оф Америка»</i> ³⁹ . Эта доктрина была впоследствии уточнена в Законе о совершенствовании внешнеторгового антitrustовского законодательства, который регулирует экспортную деятельность и который заложил основы для экстерриториального применения положений закона Шермана в части предметной юрисдикции. В соответствии с этим законом суды Соединенных Штатов обладают полномочиями рассматривать дела, связанные с экспортной деятельностью, если она влечет за собой «прямые, существенные и разумно предсказуемые последствия» для:
-------------------	--

³⁹ *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, p. 443-45 (2d Cir. 1945).

Страна

- a) внутренней торговли, например в случае, когда рассматриваемая экстерриториальная деятельность или иностранное соглашение ведут к повышению цен в Соединенных Штатах; или
- b) экспортной деятельности или торговли компании Соединенных Штатов, например в случае, когда рассматриваемая деятельность или соглашение ограничивают доступ экспортной продукции из Соединенных Штатов на соответствующий рынок (см. 15 U.S.C section 6a).
- Европейский союз
- В Европейском союзе отсутствуют нормативные акты, регулирующие экстерриториальное применение его законодательства в области конкуренции по отношению к компаниям из стран, не входящих в Европейский союз. Тем не менее факт экстерриториального применения европейского законодательства о конкуренции не вызывает сомнений, поскольку существуют многочисленные прецеденты, демонстрирующие, как такое законодательство может применяться к деятельности или компаниям за пределами Европейского союза. Как представляется, в Европейском союзе сформировались три отдельных принципа.
- a) Доктрина «хозяйствующего субъекта» позволяет распространять предметную юрисдикцию на материнскую компанию из не входящей в Европейский союз страны, которая контролирует поведение своей дочерней компании в Европейском союзе⁴⁰.
- b) Доктрина «осуществления» позволяет распространять юрисдикцию Европейского союза на заключенные за его пределами соглашения, если они осуществляются на территории Европейского союза и оказывают влияние на торговлю между государствами-членами⁴¹.
- c) Доктрина «последствий» (хотя ее и нельзя назвать официальной доктриной Суда Европейского союза), судя по всему, получила широкое применение на уровне Комиссии⁴². Эта доктрина наделяет Европейское сообщество предметной юрисдикцией в отношении экстерриториальной деятельности, последствия которой ощущаются на территории Европейского союза.

⁴⁰ Case of the Court of Justice of the European Union 48/69 *Imperial Chemical Industries Limited v. Commission* [1972] E.C.R. 619, para. 64.; Case of the Court of Justice of the European Union 6/72, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v. Commission* [1973] ECR 219, para 15.

⁴¹ Joined Cases of the Court of Justice of the European Union 89, 104, 114, 116, 117 and 125 to 129/85 “*Woodpulp*” *A. Ahlström Osakeyhtiö and others v. Commission* [1988] E.C.R. 5193, paras. 16-18.

⁴² См., например, Commission decision of 24 July 1969, *Dyestuffs*, O.J. 1969 L195/11, para.28. См. также the Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty, O.J. 2004 C101/81, para. 100.

Страна

Германия	Согласно пункту 2 статьи 130 Закона Германии о борьбе с ограничениями конкуренции он распространяется на все ограничения конкуренции, последствия которых подпадают под действие закона, даже если эти ограничения сами не подпадают под его действие.
Сингапур	Сингапур относится к тем странам, которые законодательно закрепили экстерриториальный характер своего законодательства о конкуренции. Пункт 1 статьи 33 сингапурского Закона о конкуренции 2004 года распространяет действие правовых норм по защите конкуренции на соглашения или действия, заключенные или совершенные за пределами Сингапура или находящимися за его пределами сторонами.
Индия	Статья 32 индийского Закона о конкуренции 2002 года распространяется на действия, совершаемые за пределами Индии, но отражающиеся на конкуренции в стране. Комиссии по монополиям и ограничительной торговой практике предоставлены полномочия расследовать случаи заключения соглашений или создания объединений за рубежом и действия их участников, а также предприятий, злоупотребляющих своим доминирующим положением за рубежом, и выносить по ним решения. Этими полномочиями она пользуется в тех случаях, когда соглашение, доминирующее положение или объединение причиняют или могут причинить ощутимый вред конкуренции на соответствующем рынке Индии.
Малайзия	Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о конкуренции 2010 года действие закона распространяется на любую коммерческую деятельность как на территории Малайзии, так и за ее пределами при условии соблюдения требований пункта 2. В отношении применения закона за пределами Малайзии в пункте 2 говорится, что его действие распространяется на любую коммерческую деятельность за пределами Малайзии, которая оказывает влияние на конкуренцию на любом из рынков Малайзии.

Временная сфера применения

52. Под временной сферой применения закона понимается период времени, в течение которого этот закон является применимым. С точки зрения политики важнейшим в плане времени действия закона о конкуренции является момент вступления в силу нового режима. В зависимости от более широких государственных задач важно понять, должен ли закон вводиться в действие незамедлительно или же его вступлению в силу должен предшествовать период подготовки, разъяснительной работы и общего перехода. Такой переходный период позволит гражданам в целом и предпринимателям в частности ознакомиться с правовым режимом и понять, как он отразится на их экономической деятельности. В целом с точки зрения методики нормотворчества, для обеспечения по-

этапного введения в действие нового закона могут использоваться переходные положения, исключаящие оговорки, аннулирующие положения, положения об истечении срока действия и другие инструменты, ограничивающие общую применимость или отсрочивающие вступление в силу закона или его отдельных положений.

53. Например, в главе VIII пересмотренного Чагуарамасского договора, посвященной законодательству КАРИКОМ в области конкуренции и защиты прав потребителей, прямо признается, что каждому государству-члену в контексте более широкого законодательного процесса потребуется подготовительный и переходный период, с тем чтобы привести свое законодательство в соответствие и согласовать его с пересмотренным Договором. Пункт 1 b) статьи 170 Договора является одним из тех положений, которые требуют от государств-членов принятия имплементирующих мер. В частности, в нем говорится, что государства-члены:

«принимают необходимые законодательные меры для обеспечения согласованности и соблюдения правил конкуренции и введения штрафных санкций за антиконкурентную деловую практику; обеспечивают распространение соответствующей информации для облегчения выбора потребителям;

разрабатывают и применяют институциональные механизмы и административные процедуры для обеспечения применения законодательства о конкуренции; и

принимают действенные меры для обеспечения доступности компетентных правоприменительных органов, в том числе судов, для граждан других государств-членов на равноправной, прозрачной и недискриминационной основе».

54. Помимо этого, прежде чем принимать закон о конкуренции, необходимо провести общую оценку и анализ действующих и возможных будущих нормативно-правовых режимов, с тем чтобы выяснить, противоречат ли эти нормы правовому режиму в области защиты конкуренции или дополняют его.

Юрисдикционная грань между региональным и национальным законодательством в области конкуренции

55. Ряд региональных и наднациональных организаций приняли правила в области конкуренции, дополняющие национальное законодательство о конкуренции своих государств-членов. В этой связи встает вопрос о том, какие ситуации регулируются региональными правилами конкуренции, а какие – национальными законами о конкуренции. Кроме того, чтобы избежать юрисдикционных коллизий, необходимо четко разграничить соответствующие правоприменительные полномочия региональных и национальных органов по вопросам конкуренции.

56. На эти два вопроса региональные организации отвечают по-разному.

Различные подходы в действующем законодательстве – сфера применения региональных и национальных правил в области конкуренции

Региональная организация

Европейский союз	<p>Основные положения европейского законодательства о конкуренции напрямую применяются во всех государствах – членах Европейского союза, когда соответствующее поведение может отразиться на торговле между государствами-членами.</p> <p>См., например, постановление Совета (ЕС) № 1/2003 от 16 декабря 2002 года о применении правил в области конкуренции, содержащихся в статьях 81 и 82 Договора, а также постановление Совета (ЕС) № 139/2004 от 20 января 2004 года о контроле за концентрацией предприятий.</p> <p>Для компетенции Европейской комиссии как органа, которому поручено обеспечение применения европейского законодательства о конкуренции, критерий воздействия в масштабах Европейского союза также имеет решающее значение. Если антиконкурентное поведение не оказывает воздействия в масштабах Европейского союза, то такие действия относятся к ведению национальных органов по вопросам конкуренции. Если же последствия антиконкурентного поведения ощущаются в масштабах Европейского союза, Европейская комиссия и национальные органы по вопросам конкуренции обладают параллельной компетенцией. В изданном Комиссией уведомлении, посвященном сотрудничеству в рамках сети органов по вопросам конкуренции, излагаются принципы разграничения юрисдикции в подобных случаях. В вопросах контроля за слияниями Европейская комиссия обладает исключительной юрисдикцией в случае слияний, последствия которых ощущаются в масштабах Европейского союза.</p>
Центральноафриканское экономическое и валютное сообщество (ЦАЭВС) ⁴³	<p>По аналогии с моделью Европейского союза законодательство ЦАЭВС в области конкуренции распространяется на антиконкурентную практику, влияющую на торговлю между государствами-членами. За осуществлением законодательства сообщества следит Орган по надзору за конкуренцией, состоящий из Исполнительного секретариата и Регионального совета по вопросам конкуренции.</p>
Общий рынок стран восточной и южной части Африки (КОМЕСА) ⁴⁴	<p>В декабре 2004 года Совет министров КОМЕСА принял Положения и правила о конкуренции (Положения).</p>

⁴³ См. доклад секретариата ЮНКТАД «Распределение полномочий между наднациональными органами и национальными органами по вопросам конкуренции при применении норм в области конкуренции», 23 мая 2008 года, TD/B/COM.2/CLP/69.

⁴⁴ Там же.

КОМЕСА поощряет свои государства-члены к принятию внутренних законов о конкуренции. Региональное законодательство касается вопросов трансграничной конкуренции, затрагивающих общий рынок. В этом отношении режим конкуренции в КОМЕСА аналогичен режиму в Европейском союзе. Положения КОМЕСА охватывают слияния и приобретения, а также антиконкурентную деловую практику, включая злоупотребление доминирующим положением. Кроме того, они охватывают вопросы защиты прав потребителей, что является некоторым отклонением от общепринятых моделей региональных/наднациональных правил в области конкуренции.

Положениями КОМЕСА предусматривается создание двух учреждений для обеспечения их применения – Комиссии КОМЕСА по вопросам конкуренции и Совета уполномоченных.

Что касается разделения полномочий, то Комиссия имеет в делах о конкуренции наднациональный статус по отношению к национальным органам по вопросам конкуренции. Когда Комиссия получает заявление о возбуждении расследования, касающегося антиконкурентного поведения в каком-либо государстве-члене, она может урегулировать это дело различными способами. Она может предписать соответствующему предприятию предпринять конкретные действия. Если предприятие не выполняет такого предписания в установленный срок, Комиссия может обратиться в соответствующий национальный суд на предмет вынесения соответствующего постановления.

Андское сообщество⁴⁵

В марте 2005 года Андское сообщество одобрило решение 608 о правилах защиты и поощрения конкуренции в сообществе, которое применяется в отношении антиконкурентной практики и злоупотреблений доминирующим положением. Статьей 5 решения 608 охватываются:

- a) антиконкурентная практика, применяемая и имеющая последствия на территории одного или более государств-членов, за исключением тех видов практики, которые применяются и последствия которых проявляются на территории одной и той же страны; и
- b) антиконкурентная практика, применяемая в стране, не входящей в сообщество, и затрагивающая две или более стран – членов сообщества.

⁴⁵ Там же.

Региональная организация

Это означает, что законодательство сообщества может применяться только в тех случаях, когда дело касается двух или более стран. Во всех других случаях полномочиями обладают национальные органы по вопросам конкуренции.

Секретариат Андского сообщества является расследующим органом сообщества. Расследования проводятся совместно региональными и назначенными национальными органами под надзором Андского сообщества. Третейским органом Андского сообщества является Комитет по защите свободной конкуренции, в состав которого входят высокопоставленные представители государств-членов. Судебным органом сообщества является Трибунал Андского сообщества.

Что касается распределения полномочий, то компетенцией обладают как национальные органы, так и учреждения сообщества. В тех государствах-членах, где отсутствует законодательство в области конкуренции, полномочия на применение законодательства сообщества предоставляются специально назначенному органу. В Многонациональном Государстве Боливия и Эквадоре, которые не имеют законов о конкуренции, применяется решение 608. Уполномоченными органами являются министерство торговли и экспорта Многонационального Государства Боливия и министерство промышленности и конкурентоспособности Эквадора.
