



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

Distr.: Limited
26 May 2015
Russian
Original: English

**Седьмая Конференция Организации
Объединенных Наций по рассмотрению
всех аспектов Комплекса согласованных
на многосторонней основе справедливых
принципов и правил для контроля
за ограничительной деловой практикой**

Женева, 6–10 июля 2015 года

Пункт 6 а) предварительной повестки дня

**Обзор опыта применения и осуществления
Комплекса**

**Типовой закон о конкуренции (2015 год) –
Пересмотренная статья IV***

* Настоящий документ является пересмотренным вариантом документа TD/RBP/CONF.7/L.4.

GE.15-08180 (R) 120615 150615



* 1 5 0 8 1 8 0 *

Просьба отправить на вторичную переработку 



Типовой закон о конкуренции (2015 год) – Статья IV

Действия или поведение, представляющие собой злоупотребление доминирующим положением на рынке

I. Запрещение действий или поведения, включающих злоупотребление доминирующим положением на рынке или приобретение такого положения и злоупотребление им

Запрещение действий или поведения, включающих злоупотребление доминирующим положением на рынке или приобретение такого положения и злоупотребление им:

a) когда предприятие, действуя либо самостоятельно, либо совместно с несколькими другими предприятиями, обладает возможностью контролировать соответствующий рынок конкретного товара или услуги либо группы товаров или услуг;

b) когда такие действия или поведение доминирующего предприятия ограничивают доступ к соответствующему рынку или иным образом неправомерно сдерживают конкуренцию, что оказывает или может оказать отрицательное влияние на торговлю или экономическое развитие.

II. Действия или поведение, представляющие собой злоупотребление доминирующим положением на рынке:

a) хищническое поведение по отношению к конкурентам, например использование цен ниже себестоимости для устранения конкурентов;

b) установление дискриминационных (т.е. необоснованно дифференцированных) цен или условий при поставке или закупке товаров или услуг, в том числе посредством использования в сделках между дочерними предприятиями ценовой политики, предполагающей установление завышенной или заниженной цены на покупаемые или поставляемые товары или услуги по сравнению с ценами аналогичных или сопоставимых сделок с предприятиями, не являющимися дочерними;

c) фиксирование цен, по которым проданные товары, включая импортированные и экспортированные товары, могут перепродаваться;

d) установление ограничений на импорт товаров, которые на законных основаниях были отмечены за границей товарным знаком, идентичным или подобным товарному знаку, который защищен применительно к идентичным или подобным товарам в импортирующей стране, в тех случаях, когда такие товарные знаки имеют одно и то же происхождение, т.е. принадлежат одному владельцу или используются предприятиями, являющимися взаимозависимыми с экономической, организационной, управленческой или юридической точек зрения, и когда цель таких ограничений состоит в поддержании искусственно завышенных цен;

e) если речь не идет о достижении таких законных коммерческих целей, как обеспечение качества, безопасности, надлежащего распределения или предоставления услуг;

- i) частичный или полный отказ вести дела на обычных коммерческих условиях предприятия;*
- ii) установление зависимости между поставками конкретных товаров или услуг и согласием на ограничения в отношении распределения или производства конкурирующих или других товаров;*
- iii) установление ограничений в отношении того, где, или кому, или в какой форме, или в каких количествах поставляемые или иные товары могут быть перепроданы или экспортированы;*
- iv) установление зависимости между поставками конкретных товаров или услуг и закупкой других товаров или услуг у поставщика или назначенного им лица.*

III. Разрешения или изъятия

В отношении действий, практики или сделок, не запрещенных полностью законом, могут быть предоставлены разрешения или изъятия, если о них направляются уведомления, как это предусмотрено в статье 7, до того, как они вступают в силу, если все соответствующие факты достоверно сообщаются компетентным органам, если затрагиваемым сторонам предоставляется возможность быть выслушанными и если после этого признается, что предлагаемое поведение, которое при необходимости изменяется или регулируется, будет соответствовать целям закона.

Комментарии к статье IV и различные подходы в действующем законодательстве

I. Запрещение действий или поведения, включающих злоупотребление доминирующим положением на рынке или приобретение такого положения и злоупотребление им

Запрещение действий или поведения, включающих злоупотребление доминирующим положением на рынке или приобретение такого положения и злоупотребление им:

a) когда предприятие, действуя либо самостоятельно, либо совместно с несколькими другими предприятиями, обладает возможностью контролировать соответствующий рынок конкретного товара или услуги либо группы товаров или услуг;

b) когда такие действия или поведение доминирующего предприятия ограничивают доступ к соответствующему рынку или иным образом неправомерно сдерживают конкуренцию, что оказывает или может оказать отрицательное влияние на торговлю или экономическое развитие.

Введение

1. Злоупотребление доминирующим положением является одним из наиболее спорных вопросов в области законодательства о конкуренции. Вопрос о том, когда можно считать какую-либо компанию доминирующей и какие действия могут представлять собой злоупотребление доминирующим положением, по-разному толкуется в различных странах, и ответ на него может зависеть от

целей каждого регулирующего конкуренцию режима (благополучие потребителей, эффективность, защита процесса конкуренции) и от включения в анализ конкуренции или исключения из него других ценностей, таких как добросовестность. В настоящей статье излагаются общие критерии для определения наличия доминирования. В ней содержится также неполный перечень действий, которые можно рассматривать как антиконкурентные.

2. Доминирование означает значительное влияние на рынок. С экономической точки зрения доминирование – это способность какого-либо предприятия (или группы совместно действующих предприятий) повышать и с выгодой для себя поддерживать цены на более высоком уровне, чем тот, который установился бы в результате конкуренции, на протяжении значительного периода времени. Простое занятие доминирующего положения не считается чем-то антиконкурентным, как не считается таковым и приобретение доминирующего положения в результате честной конкуренции. Однако использование такого положения или злоупотребление им может вести к: а) сокращению производства и росту цен; б) снижению качества и сокращению ассортимента услуг/товаров; или с) ограничению инновационной деятельности, и такие явления будут рассматриваться как антиконкурентные.

3. В законах о конкуренции весьма по-разному толкуется вопрос о том, должна ли какая-либо компания рассматриваться как доминирующая. В ряде законов о конкуренции не содержится конкретного определения доминирования и делается упор на экономическую оценку органа по вопросам конкуренции. Органу по вопросам конкуренции в каждом конкретном случае придется оценивать ряд факторов, влияющих на определение наличия доминирования. Одним из признаков, дающих основание сделать вывод о том, что какое-либо предприятие доминирует на соответствующем рынке, является высокая рыночная доля. Тем не менее во многих юрисдикционных системах одного обладания высокой рыночной долей недостаточно для установления факта доминирования ввиду того, что некоторые рынки характеризуются высоким уровнем конкуренции, несмотря на относительно небольшое количество действующих на них субъектов. Должны приниматься во внимание и другие признаки, такие как барьеры, препятствующие выходу на рынок, фактические и потенциальные конкуренты, устойчивый характер обладания высокой рыночной долей, влияние покупателей, экономия, обусловленная масштабами и охватом, доступ к рынкам сырья и его первичной переработки и вертикальная интеграция, зрелость/активность рынка, доступ к важным вводимым ресурсам и финансовые ресурсы предприятия и его конкурентов.

4. В других юрисдикционных системах предусмотрена упрощенная процедура доказывания доминирования: в них в качестве отправного пункта при определении факта доминирования используется критерий "безопасной гавани", основанный на пороговых значениях рыночной доли. Если какое-либо предприятие не обладает определенной минимальной рыночной долей, оно не рассматривается как доминирующее. Если же оно обладает такой долей, то орган по вопросам конкуренции анализирует другие упомянутые выше факторы для определения того, является ли данное предприятие доминирующим.

5. Есть и такие юрисдикционные системы, в которых считается, что предприятие является доминирующим, если его рыночная доля превосходит определенный пороговый уровень. В рамках таких юрисдикционных систем бремя доказывания отсутствия рыночной власти возлагается на ответчика, если было доказано, что предприятие имеет предусмотренную рыночную долю. Если

предприятие-ответчик не справится с этим бременем, то оно будет рассматриваться как доминирующее.

6. Использование пороговых значений рыночной доли либо для выявления оснований *prima facie* для судебного разбирательства и, следовательно, для переноса бремени доказывания, либо для исключения факта доминирования повышает эффективность правоприменительных действий органа по вопросу конкуренции и обеспечивает юридическую определенность для предпринимателей. Тем не менее использование таких значений сопряжено с риском недооценки или переоценки рыночной доли в определенных случаях, что может привести к применению излишне или недостаточно строгих правоприменительных мер. Таким образом, в законе о конкуренции нежелательно безоговорочно устанавливать, что предприятие является доминирующим, если оно достигло определенных пороговых значений рыночной доли.

7. К другим факторам, которые следует учитывать при определении того, является ли какое-либо предприятие доминирующим, относятся конкуренция за выход на рынок и конкуренция со стороны импорта. Если одно или несколько предприятий легко выходят на рынок, то любая попытка уже работающего на рынке предприятия повысить цену или сократить производство будет подрываться новыми рыночными субъектами. Легкость выхода на рынок определяется высотой барьеров, препятствующих такому выходу. Конкретный анализ барьеров, препятствующих выходу на рынок, содержится во вставке 4.1 ниже. Конкуренция со стороны импорта может рассматриваться как особая форма выхода на рынок, когда иностранные предприятия начинают продавать конкурирующие товары на внутреннем рынке. Таким образом, импорт может являться важным источником конкуренции и должен приниматься во внимание при оценке доминирующего положения.

Вставка 4.1

Барьеры на пути выхода на рынок согласно законодательству и политике в области конкуренции

Барьеры на пути выхода на рынок представляют собой ряд факторов, которые могут блокировать или сдерживать выход на рынок новых фирм даже в тех случаях, когда уже действующие на нем фирмы получают сверхприбыль. Барьеры для выхода на рынки могут в значительной степени варьироваться в зависимости от степени зрелости или уровня развития рынка. Можно выделить различные категории барьеров.

Структурные барьеры вытекают из ключевых характеристик отрасли, таких как технологии, издержки производства и спрос. Вокруг вопроса о том, какие факторы представляют собой структурные барьеры, ведутся определенные споры. Из наиболее широкого определения вытекает, что барьеры на пути выхода на рынок обусловлены дифференциацией продукции, абсолютными преимуществами действующих на рынке фирм с точки зрения издержек и эффектом экономии за счет эффекта масштаба. Дифференциация продукции создает преимущества для уже обосновавшихся на рынке фирм в силу того, что "новички" вынуждены иметь дело с устоявшейся репутацией торговой марки существующей продукции. Абсолютные преимущества с точки зрения издержек означают, что "новичок" выходит на рынок при более высоких удельных издержках на любом уровне производства – возможно из-за технологического отставания. Эффект экономии за счет эффекта масштаба приводит к ограничению числа фирм, которые могут действовать на рынке данного размера при минимальных издержках. Более узкое определение структурных барьеров на пути

выхода на рынок было сформулировано Джорджем Стиглером и приверженцами чикагской школы антitrustовского анализа. По их мнению, барьеры на пути выхода на рынок возникают только в тех случаях, когда "новичок" вынужден идти на расходы, которые не несут действующие на рынке фирмы. Таким образом, согласно данному определению эффект масштаба и расходы на рекламу барьерами не являются (поскольку они представляют собой издержки, которые уже действующие на рынке фирмы были вынуждены понести для обеспечения своих позиций на рынке). Другие экономисты подчеркивают также важное значение невозвратных издержек как барьера для выхода на рынок. Поскольку "новички" вынуждены нести подобные расходы, а обосновавшиеся на рынке фирмы уже произвели их ранее, на пути выхода на рынок воздвигается барьер. Кроме того, невозвратные издержки сужают возможности для ухода с рынка и тем самым порождают дополнительные риски для потенциальных "новичков".

Под стратегическими барьерами понимается поведение фирм, обосновавшихся на рынке. В частности, такие фирмы могут предпринимать шаги по наращиванию структурных барьеров или угрожать "новичкам" ответными мерами, если они все же проникнут на рынок. Однако такие угрозы должны быть убедительными в том смысле, что фирмы, уже обосновавшиеся на рынке, должны иметь стимул к их осуществлению. Стратегическое сдерживание новых фирм нередко связано с определенными упреждающими действиями обосновавшихся на рынке фирм. Одним из примеров может служить упреждающее наращивание потенциала, когда действующая на рынке фирма осуществляет чрезмерные вложения в производственные мощности, угрожая развязыванием ценовой войны в случае реальной попытки новых фирм выйти на рынок. Ограничение доступа к необходимой инфраструктуре, например транспортной или портовой, также может являться стратегическим барьером на пути выхода на рынок.

Законодательные барьеры на пути выхода на рынок могут возникать в силу положений национальных правовых систем. В качестве примера законодательных барьеров на пути выхода на рынок можно привести тарифы и квоты, нормативные акты, касающиеся интеллектуальной собственности и товарных знаков, эксклюзивные права, которые на основании закона предоставляются некоторым предприятиям/узаконенное монополистическое влияние, а также другие административные препятствия на пути выхода на рынок.

8. Несмотря на определение доминирования, используемое в каком-либо законе о конкуренции, оценка того, является ли какое-либо предприятие доминирующим, в значительной степени зависит от определения соответствующего рынка. Эмпирическим методом установлено, что чем уже определяется соответствующий рынок, тем выше вероятность того, что значительным рыночным влиянием на этом рынке обладает один единственный субъект. Определение соответствующего рынка более подробно рассматривается в комментариях к статье II Типового закона о конкуренции.

9. В некоторых юрисдикционных системах под доминирующим положением понимается не только положение одного предприятия, действующего самостоятельно, но и ситуация, когда два или несколько предприятий, действующих совместно, обладают рыночным влиянием или имеют стимул действовать согласованно, чтобы совместно контролировать рынок (коллективное доминирование). Это касается высококонцентрированных рынков, где два или более предприятий контролируют значительную долю рынка, создавая и используя условия, при которых они могут доминировать или осуществлять операции по-

добно тому, как это делал бы монополист. Этот критерий был принят Европейской комиссией и Судом первой инстанции Европейских сообществ¹ при вынесении решения по делу "Ветро пьяно в Италии"², а вскоре и решения по делу о слиянии компаний "Нестле" и "Перье"³. Совокупный эффект от использования той или иной конкретной практики, например связывающих соглашений, вполне может представлять собой злоупотребление доминирующим положением.

Различные подходы в действующем законодательстве: установление факта доминирования

Регион/страна

Африка

Южная Африка	<p>Статья 7 Закона о конкуренции (№ 89, 1998 год) устанавливает, что компания считается доминирующей на рынке при следующих условиях: а) ей принадлежит не менее 45% этого рынка; б) ей принадлежит не менее 35%, но менее 45% этого рынка, если только она не сможет доказать, что не обладает рыночным влиянием; или с) ей принадлежит менее 35% этого рынка, но она обладает влиянием на него.</p> <p>Согласно статье 8 этого закона, компании, занимающей доминирующее положение на рынке, запрещается:</p> <ul style="list-style-type: none"> а) устанавливать чрезмерно высокие цены в ущерб потребителям; б) отказывать конкурентам в доступе к жизненно важным для них объектам или услугам, когда предоставление такого доступа экономически целесообразно; с) предпринимать ограничительные действия, за исключением действий, перечисленных в подпункте d), если неблагоприятные последствия таких действий для конкуренции перевешивают выгоду от них в плане технологического развития, повышения эффективности или усиления конкуренции; д) предпринимать любые из следующих ограничительных действий, если только соответствующая компания не докажет, что выгоды от таких действий в плане технологического развития, повышения эффективности или усиления конкуренции перевешивают их негативные последствия для конкуренции: <ul style="list-style-type: none"> і) требовать, чтобы поставщик или клиент не имел дел с конкурентами или побуждать его к этому;
--------------	--

¹ В настоящее время Генеральный суд Европейского союза.

² Комментарий, переданный Комиссией ЕС. Решение по делу "Ветро пьяно в Италии" от 10 марта 1992 года.

³ Информация, представленная Европейской комиссией. Решение по делу "Нестле–Перье" от 22 июля 1992 года.

- ii) отказывать конкуренту в поставке дефицитных товаров, когда такая поставка является экономически целесообразной;
- iii) продавать товары или услуги при условии приобретения покупателем других товаров или услуг, не связанных с предметом контракта, или вынуждать покупателя соглашаться на условия, не связанные с предметом контракта;
- iv) продавать товары или услуги по цене ниже предельных или средних переменных издержек на их производство;
- v) скупать запасы дефицитных промежуточных товаров или ресурсов, необходимых конкуренту.

Замбия

Статья 15 части III замбийского Закона о конкуренции и защите прав потребителей (№ 24, 2010 год) устанавливает, что "доминирующее положение в части поставок товаров или услуг считается существующим, если а) не менее 30% таких товаров или услуг поставляются или приобретаются одним предприятием; и b) не менее 60% таких товаров или услуг поставляются или приобретаются не более чем тремя предприятиями".

В статье 16 этого закона, запрещающей злоупотреблять доминирующим положением, говорится, что "предприятие воздерживается от любых действий или поведения, если в результате приобретения доминирующего положения на рынке или злоупотребления таким положением эти действия или поведение могут воспрепятствовать доступу на рынок или иным образом необоснованно ограничивать конкуренцию или если они неблагоприятно влияют или могут неблагоприятно повлиять на торговлю или экономику в целом". Для целей данной части Закона под "злоупотреблением доминирующим положением" понимается:

- a) прямое или косвенное навязывание несправедливых покупных или продажных цен или других несправедливых условий торговли;
- b) такое ограничение объемов производства, возможностей для сбыта продукции, доступа к рынкам, инвестиций или технологического или технического прогресса, при котором страдает конкуренция;
- c) заключение аналогичных сделок с другими торговыми партнерами на неодинаковых условиях;
- d) заключение контрактов при условии принятия другими сторонами дополнительных условий, которые по своему характеру или согласно обычной коммерческой практике не имеют отношения к предмету контракта;
- e) отказ предоставить любому лицу доступ к жизненно важному для него объекту или услуге;

Регион/страна

f) установление чрезмерно высоких цен в ущерб потребителям; и

g) продажа товаров по ценам ниже предельных или переменных затрат на их производство.

Азиатско-Тихоокеанский регион

Китай

В соответствии со статьей 17 китайского Закона о борьбе с монополиями доминирующее положение на рынке определяется как положение на рынке тех бизнес-операторов, которые имеют возможность контролировать цены или предложение товаров или другие условия торговли на соответствующем рынке или препятствовать выходу на рынок других бизнес-операторов или затруднять такой выход.

В статье 18 этого закона называются шесть основных факторов, которые необходимо учитывать при определении того, является ли положение на рынке того или иного бизнес-оператора доминирующим. Этими факторами являются:

a) рыночная доля бизнес-оператора и его конкурентное положение на соответствующем рынке;

b) способность бизнес-оператора контролировать рынок сбыта или рынок сырьевых материалов;

c) финансовое и технологическое состояние бизнес-оператора;

d) степень зависимости от бизнес-оператора других бизнес-операторов при осуществлении сделок;

e) степень сложности выхода на соответствующий рынок других бизнес-операторов;

f) другие факторы, имеющие значение для установления факта доминирующего положения бизнес-оператора на рынке.

Статья 19 (1) устанавливает опровержимую презумпцию доминирования для бизнес-операторов, удовлетворяющих любому из следующих условий:

a) одному бизнес-оператору принадлежит не менее половины соответствующего рынка;

b) двум бизнес-операторам вместе взятым принадлежит не менее двух третей соответствующего рынка;

c) трем бизнес-операторам принадлежит в общей сложности не менее трех четвертей соответствующего рынка.

Однако, согласно положениям статьи 19, если какому-либо бизнес-оператору принадлежит менее одной десятой части рынка, этот бизнес-оператор не может считаться занимаю-

	<p>щим доминирующее положение на рынке. Кроме того, бизнес-оператор, подпадающий под определение бизнес-оператора, занимающего доминирующее положение на рынке, не будет считаться таковым, если он представит доказательства обратного.</p>
Индия	<p>В статье 4 индийского Закона о конкуренции 2002 года доминирующее положение определяется как такое положение предприятия на соответствующем рынке в Индии, которое позволяет ему "не считаться с конкуренцией на этом рынке или влиять на конкурентов, потребителей или соответствующий рынок в своих интересах". Комиссия по вопросам конкуренции Индии, рассматривая вопрос о том, занимает ли то или иное предприятие доминирующее положение, должным образом учитывает все эти факторы и каждый из них в отдельности. В этой же статье говорится, что ни одно предприятие или группа не может злоупотреблять своим доминирующим положением. Предприятие злоупотребляет своим доминирующим положением, если оно прямо или косвенно навязывает несправедливые или дискриминационные условия или несправедливые или дискриминационные цены, в том числе прибегает к практике хищнического ценообразования при покупке или продаже товаров или услуг.</p>
Монголия	<p>Согласно монгольскому Закону о конкуренции 2010 года считается, что хозяйствующий субъект занимает доминирующее положение, когда он, действуя на рынке тех или иных товаров или услуг, самостоятельно или совместно с другими субъектами или связанными с ним структурами контролирует не менее одной трети производства этих товаров или услуг или торговли ими (статья 5.2). Кроме того, согласно статье 5.3 этого закона, в зависимости от степени массовости того ли иного продукта, географии рынка, степени его концентрации и позиций на рынке, занимающим доминирующее положение может считаться и хозяйствующий субъект, не удовлетворяющий требованиям, оговоренным в статье 5.2, но способный ограничивать возможности для выхода на рынок других хозяйствующих субъектов или вытеснить их с рынка.</p>
Европа (Европейский союз)	
Чешская Республика	<p>Согласно статье 10 (1) чешского Сводного закона о защите конкуренции 2001 года считается, что предприятие или несколько предприятий, действующих совместно (совместное доминирование), занимают доминирующее положение на соответствующем рынке, если их рыночное влияние позволяет им действовать в значительной степени независимо от других предприятий или потребителей. Согласно статье 10 (3), если не доказано иное, считается, что предприятие или предприятия, совместно доминирующие на</p>

Регион/страна

	рынке, не занимают доминирующего положения, если его/их доля на соответствующем рынке за рассматриваемый период не превышает 40%.
Эстония	В Эстонии под доминированием понимается способность предприятия действовать в значительной степени независимо от конкурентов, поставщиков и покупателей. Считается, что предприятие или несколько предприятий доминируют на том или ином рынке, если на их долю приходится более 40% оборота этого рынка. Доминирующими считаются также предприятия, обладающие специальными или эксклюзивными правами или контролирующие жизненно важные объекты или услуги (см. пункт 13 эстонского Закона о конкуренции 2001 года).
Европейский союз	<p>Статья 102 Договора о функционировании Европейского союза запрещает злоупотреблять доминирующим положением, но не содержит определения доминирующего положения. Европейские учреждения при принятии своих решений определяют доминирующее положение как такое экономически прочное положение предприятия, которое позволяет ему не допускать эффективной конкуренции на соответствующем рынке и действовать в значительной степени независимо от конкурентов, клиентов и, в конечном счете, потребителей⁴. В Руководстве Европейской комиссии по приоритетам при применении статьи 82 Договора об учреждении Европейского сообщества (теперь это статья 102 Договора о функционировании Европейского союза) в случае неправомерных ограничительных действий со стороны доминирующих предприятий определяются критерии, которые должны учитываться Европейской комиссией при установлении факта доминирования. Эти критерии включают:</p> <ul style="list-style-type: none"> а) ограничения, обусловленные текущими поставками, осуществляемыми конкурирующими предприятиями, и их положением на рынке (рыночные позиции доминирующего предприятия и его конкурентов); б) ограничения, обусловленные реальной угрозой будущей экспансии нынешних конкурентов или угрозой выхода на рынок потенциальных конкурентов (экспансия и выход на рынок); в) ограничения, обусловленные сильными переговорными позициями клиентов предприятия (компенсирующее влияние покупателей).

⁴ См. Court of Justice of the European Union case 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission of the European Communities* (1978), European Court Reports (ECR) 207, para. 65; Court of Justice of the European Union case 85/76 *Hoffmann-La Roche and Company v. Commission of the European Communities* (1979), ECR 461, para. 38.

Необходимо подчеркнуть, что рыночные доли являются полезным исходным показателем рыночной структуры и относительной значимости различных предприятий, действующих на рынке. Однако Европейская комиссия будет толковать рыночные доли с учетом соответствующих рыночных условий, и в частности с учетом динамики рынка и степени дифференцированности продуктов.

Германия

Согласно статье 19 Закона о борьбе с ограничением конкуренции предприятие считается доминирующим, когда оно, выступая в качестве поставщика или покупателя определенных товаров или коммерческих услуг на соответствующем товарном или географическом рынке, не имеет конкурентов или не испытывает сколько-нибудь серьезной конкуренции или занимает, в отличие от конкурентов, главенствующее положение на рынке. При этом учитываются его рыночная доля, финансовые возможности, доступ к поставщикам или рынкам, связи с другими предприятиями, правовые и другие барьеры на пути выхода на рынок других предприятий, фактическая или потенциальная конкуренция со стороны предприятий, созданных в рамках или вне сферы применения указанного закона, его способность переключаться на поставку или покупку других товаров или коммерческих услуг, а также наличие у конкурентов возможности использовать услуги других предприятий. Два или несколько предприятий считаются доминирующими на рынке в тех случаях, когда между ними нет серьезной конкуренции в отношении той или иной категории товаров или коммерческих услуг и когда они совместно удовлетворяют изложенным выше критериям. Предприятие считается доминирующим на рынке, если оно контролирует не менее одной трети этого рынка. Группа предприятий считается доминирующей на рынке, если она

а) состоит из трех или меньшего числа предприятий, совокупная рыночная доля которых достигает 50%, или б) состоит из пяти или меньшего числа предприятий, совокупная рыночная доля которых достигает двух третей, если только эти предприятия не докажут, что с учетом ситуации на рынке можно ожидать серьезной конкуренции между ними или что данная группа предприятий не занимает главенствующего положения на рынке по отношению к остальным конкурентам.

Литва

В соответствии с литовским Законом о конкуренции 1999 года, последняя по времени поправка в который была внесена в 2012 году, под доминирующим положением понимается такое положение одной или нескольких хозяйствующих субъектов на том или ином рынке, при котором они не сталкиваются с конкуренцией или имеют возможность в одностороннем порядке оказывать, путем эффективного ограничения конкуренции, решающее влияние на этот рынок. Считается, что доминирование имеет место в

Регион/страна

тех случаях, когда рыночная доля составляет 40 или более процентов. Совместное доминирование предполагается в тех случаях, когда три крупнейших фирмы, действующих на том или ином рынке, в совокупности контролируют не менее 70% этого рынка. Для розничных рынков пороговая величина рыночной доли, при которой факт доминирования считается установленным, меньше – 30% для отдельных хозяйствующих субъектов и 55% для трех или менее хозяйствующих субъектов вместе взятых (статья 3 (2)).

Польша В соответствии со статьей 4 (10) польского Закона о конкуренции и защите прав потребителей от 16 февраля 2007 года под доминирующим положением предприятия понимается такое его положение на рынке, которое позволяет ему не допускать реальной конкуренции на этом рынке и, соответственно, дает ему возможность действовать в значительной степени независимо от его конкурентов, договаривающихся сторон и потребителей. Считается, что предприятие доминирует на рынке, если его рыночная доля превышает 40%.

Испания Испанское законодательство о конкуренции не содержит определения доминирования. Согласно практике испанского органа по вопросам конкуренции компания считается доминирующей, если она может действовать в значительной степени независимо от своих поставщиков, клиентов или конкурентов и потому имеет возможность корректировать цены или любые другие характеристики товаров или услуг в своих интересах.

Европа (страны, не являющиеся членами Европейского союза)

Российская Федерация В статье 5 (1) Федерального закона о защите конкуренции 2006 года с поправками, внесенными в 2011 году, доминирующее положение определяется как положение хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту или таким хозяйствующим субъектам возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем рынке и/или устранять с этого рынка других хозяйствующих субъектов и/или затруднять их доступ на этот рынок. Согласно указанной статье существует опровержимая презумпция доминирования, если рыночная доля той или иной компании превышает 50%.

Согласно статье 5 (2) не может быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара не превышает 35%, за исключением случаев, указанных в пунктах 3, 6 и 6.1 этой статьи. В соответствии с пунктом 6.1 положение хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара составляет менее 35%, признается доминирующим при соблюдении следующих условий:

Регион/страна

a) хозяйствующий субъект имеет возможность в одностороннем порядке определять уровень цены товара и оказывать решающее влияние на общие условия реализации товара на соответствующем рынке;

b) доступ на соответствующий рынок новых конкурентов затруднен, в том числе вследствие наличия экономических, технологических, административных или иных ограничений;

c) реализуемый или приобретаемый хозяйствующим субъектом товар не может быть заменен другим товаром при потреблении, в том числе при потреблении в производственных целях;

d) изменение цены товара не обуславливает соответствующее такому изменению снижение спроса на него.

Латинская Америка

Бразилия	В пункте 2 статьи 36 бразильского Закона № 12.529 от 30 ноября 2011 года говорится, что положение компании или группы компаний считается доминирующим, если такая компания или группа компаний имеет возможность в одностороннем порядке или совместно менять рыночные условия или когда она контролирует не менее 20% соответствующего рынка (этот показатель может быть изменен бразильским органом по вопросам конкуренции применительно к тем или иным конкретным секторам экономики).
Колумбия	В статье 45 Указа № 2153 (1992 год) доминирующее положение определяется как "возможность определять, прямо или косвенно, положение дел на рынке". Факт доминирования устанавливается в каждом конкретном случае отдельно. Законом не предусмотрено никаких пороговых значений рыночной доли.
Коста-Рика	В статье 15 колумбийского Закона № 7472 говорится, что при определении того, обладает ли хозяйствующий субъект "значительным влиянием" на том или ином рынке, должны учитываться следующие факторы: <p>a) его участие в операциях на этом рынке и наличие у него возможности в одностороннем порядке устанавливать цены или существенно ограничивать предложение на нем, а также отсутствие у других хозяйствующих субъектов возможности сейчас или в будущем противостоять такому рыночному влиянию;</p>

Регион/страна

b) наличие препятствий для доступа на рынок и факторов, которые, предположительно, могут способствовать устранению этих препятствий и выходу на рынок других конкурентов;

c) наличие у него конкурентов и степень их влияния;

d) наличие у данного хозяйствующего субъекта и его конкурентов доступа к источникам ресурсов;

e) поведение хозяйствующего субъекта в последнее время.

Никарагуа

В статье 21 никарагуанского Закона № 601 о поощрении конкуренции говорится, что при определении того, занимает ли тот или иной хозяйствующий субъект доминирующее положение на рынке, должны учитываться в том числе следующие факторы:

a) наличие препятствий, будь то экономических и/или правовых, для доступа на рынок товаров или услуг и факторов, которые, предположительно, могут способствовать устранению этих препятствий и выходу на рынок других конкурентов;

b) наличие у данного хозяйствующего субъекта и его конкурентов доступа к источникам ресурсов;

c) поведение хозяйствующего субъекта в последнее время в отношении спроса и предложения на соответствующем рынке;

d) степень взаимозаменяемости брендов, продуктов или патентов на соответствующем рынке и возможность конкуренции между ними;

e) экономический, финансовый и технологический потенциал конкурирующих хозяйствующих субъектов, участвующих в сделке.

Северная Америка

Канада

Согласно статье 79 (1) канадского Закона о конкуренции для применения санкций в связи со злоупотреблением доминирующим положением суд должен сначала установить, что: a) одно или несколько лиц в значительной степени или полностью контролируют на всей территории Канады или на какой-либо ее части определенный вид предпринимательской деятельности; b) что такое лицо или несколько лиц занимались или занимаются антиконкурентной деятельностью; и что c) результатом этой деятельности было, является или может стать недопущение или существенное ограничение конкуренции на соответствующем рынке.

Регион/страна

Соединенные Штаты Америки	<p>В обновленных руководящих принципах канадского Бюро по вопросам конкуренции, касающихся правоприменительных действий в случае злоупотребления доминирующим положением (статьи 78 и 79 Закона о конкуренции), разъясняется, что синонимом рыночного влияния является значительный или полный контроль.</p> <p>В Соединенных Штатах понятие "монопольное влияние" в законодательстве не определяется, однако суды под таким влиянием традиционно понимают "возможность контролировать цены на рынке или устранять конкуренцию" (<i>United States v. E.I. du Pont de Nemours and Company</i>, 351 U.S. 377, 391 (1956)). При этом рыночная доля является не единственным фактором, учитываемым при установлении факта монопольного влияния.</p>
---------------------------	---

II. Действия или поведение, квалифицируемые как злоупотребление доминирующим положением

10. Как отмечалось ранее, законодательство в области конкуренции не запрещает занимать доминирующее положение/оказывать значительное влияние на рынок, что означает, что само по себе доминирующее положение не противоречит конкуренции и что доминирующее предприятие имеет право конкурировать, используя свои преимущества. Запрет на злоупотребление доминирующим положением вступает в действие тогда, когда доминирующее предприятие использует свое влияние на рынок в ущерб конкуренции.

11. Обычно предприятие злоупотребляет своим доминирующим положением, когда оно осуществляет действия, которые увеличивают его экономическое влияние и не учитывают интересов потребителей и/или рынка. Примером злоупотребления доминирующим положением могут служить действия, создающие барьеры для конкурентов, но не обеспечивающие потребителям преимуществ, компенсирующих вред от таких барьеров. В целях защиты мелких конкурентов от недобросовестного вытеснения с рынка более эффективными доминирующими предприятиями в некоторых юрисдикционных системах используется более широкое определение злоупотребления доминирующим положением.

12. Составить исчерпывающий перечень действий, которые могут представлять собой злоупотребление доминирующим положением, невозможно. Понятие "злоупотребление доминирующим положением" охватывает все действия, подпадающие под определение, приведенное в предыдущем пункте. Тем не менее в качестве практического руководства для правоприменительных органов в некоторых законах о конкуренции приводятся неисчерпывающие перечни действий, которые считаются злоупотреблением и запрещаются. К таким видам поведения может быть отнесен весь диапазон бизнес-стратегий, направленных на создание препятствий для выхода на рынок новых предприятий. В статье IV (2) Типового закона о конкуренции приводится ряд примеров злоупотреблений доминирующего предприятия, которые комментируются ниже. Следует отметить, что порядок перечисления примеров в этой статье вовсе не обязательно отражает степень их распространенности и серьезности с точки

зрения антиконкурентного воздействия. Следует также подчеркнуть, что такие действия, как "искусственное поддержание перепродажных цен" и "параллельный импорт" в настоящее время квалифицируются как вертикальные ограничения, а не как злоупотребление доминирующим положением. Хотя указанные действия выглядят как антиконкурентные, на самом деле они могут и не быть таковыми. Орган по вопросам конкуренции должен в каждом конкретном случае проводить анализ влияния каждого такого вида практики.

13. Аналитическая база, используемая органами по вопросам конкуренции для оценки того, представляют ли какие-либо действия доминирующих предприятий злоупотребление их рыночным влиянием, находится в процессе постоянной эволюции. В настоящее время все большее число органов по вопросам конкуренции строит свои решения относительно того, можно ли считать ту или иную практику доминирующего предприятия злоупотреблением на основе надежных экономических оценок (подход, основанный на анализе воздействия). Режимы, установленные рядом законов о конкуренции, традиционно предусматривают применение формального подхода, согласно которому орган по вопросам конкуренции должен оценивать, соответствует ли рассматриваемое поведение одному из примеров поведения, квалифицируемого как злоупотребление, без проведения всесторонней экономической оценки.

а) Хищническое поведение по отношению к конкурентам, например использование цен ниже себестоимости для устранения конкурентов;

14. Одной из наиболее распространенных форм хищнического поведения является хищническое ценообразование, под которым обычно понимаются действия предприятия по установлению цен на свои товары на уровне ниже их себестоимости. В ряде юрисдикционных систем достаточным основанием для квалификации поведения компании как хищнического является факт ее причастности к установлению цен на низком уровне в рамках стратегии, направленной на ликвидацию конкурентов, независимо от того, как такие цены соотносятся с себестоимостью. Предприятия могут вести себя таким образом с целью вытеснения конкурирующих предприятий из бизнеса в интересах сохранения или укрепления доминирующего положения. Чем диверсифицированнее деятельность предприятия с точки зрения товаров и рынков и чем большими финансовыми ресурсами оно располагает, тем шире его возможности в части хищнического поведения.

15. Что касается величины издержек, которая используется для установления факта хищнического ценообразования, то в различных юрисдикционных системах она разная. В большинстве юрисдикционных систем считается, что хищническое установление цен имеет место тогда, когда цена товаров устанавливается на уровне ниже средних переменных затрат, при этом существуют разногласия в отношении того, имеет ли место хищническое ценообразование, когда цена устанавливается ниже уровня средних валовых затрат. Для установления факта злоупотребления доминирующим положением в форме хищнического установления цен в некоторых юрисдикционных системах требуется, чтобы у ответчика была разумная перспектива или "опасная вероятность" возврата денег, потерянных в результате установления цен на уровне ниже себестоимости. В противном случае практика занижения цен фактически может способствовать

повышению благосостояния потребителей⁵. В других юрисдикционных системах считается, что факт хищнического ценообразования может быть установлен и в отсутствие такой разумной перспективы или опасной вероятности⁶. Достаточно уже того, что ответчик продает товары без привязки их цен к себестоимости.

16. Поскольку установление низких цен обычно соответствует интересам потребителей, у стран может не быть стимула квалифицировать соответствующую практику ценообразования как хищническую. В зависимости от структуры своих рынков они должны уравнивать плюсы и минусы такой практики. Развивающиеся страны, как правило, более склонны подвергать осуждению практику хищнического установления цен, поскольку рынки этих стран могут быть более концентрированными, поскольку барьеры на пути проникновения на них являются значительными и поскольку устранение мелких конкурентов может быть более проблематичным. С другой стороны, потребители и мелкие предприятия в развивающихся странах получают больше выгод от низких цен, что делает соответствующие органы этих стран менее склонными к вмешательству. Соответственно, равновесие необходимо устанавливать отдельно в каждом конкретном случае.

17. Хищническое поведение не ограничивается лишь ценообразованием. В качестве хищнического поведения может быть квалифицировано также применение других средств, таких как приобретение товаров или услуг в целях приостановления деятельности конкурента. При определенных обстоятельствах в качестве такого поведения можно также квалифицировать отказ предприятия, занимающего доминирующее положение, поставлять материалы, крайне необходимые для производственной деятельности другого предприятия, которое способно составить конкуренцию данному предприятию.

Различные подходы в действующем законодательстве: хищническое поведение

Регион/страна

Азиатско-Тихоокеанский регион

Австралия Хищническому ценообразованию посвящены два положения австралийского Закона о конкуренции и защите прав потребителей (2010 года). Согласно статье 46 (1AAA) этого закона, если корпорация в течение достаточно длительного времени поставляет товары или услуги по ценам ниже ее затрат на производство этих товаров или услуг, то она, возможно, нарушает положения пункта 1 этой статьи, который касается злоупотребления рыночным влиянием, даже если она не может и, возможно, никогда не сможет возместить потери, связанные с поставкой таких товаров или услуг.

В статье 46 (1AA) говорится, что корпорация, на долю которой приходится значительная часть рынка, не должна в течение

⁵ *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, Supreme Court of the United States, 509 U.S. 209, 113 S.Ct. 2578, 125 L.Ed2d 168 (1993).

⁶ *Tetra Pak International SA v. Commission* case T-83/91, [1994] ECR II-755. CFI aff'd Case C-333/94P [1996] ECR I-5951, Court of Justice of the European Union.

Регион/страна

длительного времени поставлять или предлагать к поставке товары или услуги по ценам ниже их себестоимости в целях:

а) устранения конкурента или юридического лица, связанного с этой корпорацией, на данном или любом другом рынке или причинения существенного ущерба его интересам; или

б) недопущения выхода того или иного лица на данный или любой другой рынок; или

с) недопущения того, чтобы то или иное лицо занималось конкурирующей деятельностью на данном или любом другом рынке, или создания препятствий для этого.

Китай Статья 17 китайского Закона о борьбе с монополиями от 30 августа 2007 года запрещает бизнес-оператору, занимающему доминирующее положение на рынке, продавать свои продукты по ценам ниже себестоимости без достаточных на то причин.

Монголия Статья 7.1.4 монгольского Закона о конкуренции 2010 года запрещает хозяйствующему субъекту, занимающему доминирующее положение на рынке, продавать свои продукты по ценам ниже их себестоимости в целях недопущения выхода на рынок других хозяйствующих субъектов или вытеснения их с рынка.

Европа (Европейский союз)

Европейский союз Согласно статье 102 Договора о функционировании Европейского союза прямое или косвенное установление несправедливых закупочных или продажных цен или других несправедливых условий торговли квалифицируется как злоупотребление доминирующим положением. В Руководстве Европейской комиссии по приоритетам при применении статьи 82 Договора об учреждении Европейского сообщества (теперь это статья 102 Договора о функционировании Европейского союза) в случае неправомερных ограничительных действий доминирующих предприятий разъясняется, как Европейская комиссия должна оценивать ограничительную практику ценового характера, включая хищническое ценообразование. Европейская комиссия обычно вмешивается, когда имеются доказательства того, что доминирующее предприятие ведет себя хищническим образом, сознательно неся потери или отказываясь от прибыли в краткосрочной перспективе в целях вытеснения с рынка одного или нескольких своих фактических или потенциальных конкурентов и усиления или сохранения своего влияния на рынок в ущерб интересам потребителей.

Венгрия Статья 21 h) венгерского Закона о конкуренции LVII 1996 года с поправками, внесенными последний раз в 2010 году, запрещает компаниям устанавливать чрезмерно низкие цены, не обусловленные их более высокой эффективностью по сравнению с конкурентами и способные привести к вытеснению конкурентов с соответствующего рынка или воспрепятствовать их

Регион/страна

выходу на рынок.

Латинская Америка

- Бразилия** Согласно пункту 3 статьи 36 подраздела XV бразильского Закона № 12.529 от 30 ноября 2011 года предприятию, занимающему доминирующее положение на рынке, запрещается продавать товары или услуги по неразумно низким ценам, не окупающим затрат на их производство.
- Колумбия** Согласно декрету № 2153 (1992 год) хищническое ценообразование считается злоупотреблением, если предприятие, практикующее такое ценообразование, занимает доминирующее положение на рынке. В статье 50 этого декрета четко указано, что снижение цен до уровня ниже себестоимости в целях устранения конкурентов или недопущения их выхода на рынок или расширения их деятельности будет квалифицироваться как злоупотребление, если установлен факт доминирования.

Северная Америка

- Соединенные Штаты** Верховный суд Соединенных Штатов постановил, что для установления факта хищнического ценообразования необходимо наличие двух элементов. Во-первых, "обжалуемые" цены должны быть "ниже соответствующих издержек"; и, во-вторых, должна существовать "опасная вероятность" возврата конкурентом, устанавливающим цены на уровне ниже себестоимости, своих инвестиций в такие цены (*Brooke Group Ltd. v. Brown and Williamson Tobacco Corporation*, 509 U.S. (1993). См. также *Cargill Inc. v. Monfort of Colorado Inc.*, 479 U.S. 104, 117 (1986)). Верховный суд отметил, что важно проводить различие между снижением цен, способствующим конкуренции, и антиконкурентным хищническим ценообразованием, поскольку "снижение цен в целях расширения бизнеса зачастую составляет саму суть конкуренции" (*Matsushita Electric Industrial Company v. Zenith Radio Corporation*, 475 U.S. 574, 594 (1986)).

b) Установление дискриминационных (т.е. неоправданно дифференцированных) цен или условий при поставке или покупке товаров или услуг, в том числе посредством использования в сделках между дочерними предприятиями ценовой политики, предусматривающей установление завышенных или заниженных цен на приобретаемые или поставляемые товары или услуги по сравнению с ценами аналогичных или сопоставимых сделок с предприятиями, не являющимися дочерними;

18. Ценовая дискриминация – поведение, заключающееся в том, что предприятие продает какие-либо товары или услуги по разным ценам, несмотря на их одинаковую себестоимость, – редко является антиконкурентной, однако может иметь своей стратегической целью неправомерное вытеснение конкурентов с рынка. Установление низких цен для потребителей может быть признаком конкуренции. Поэтому ценовая дискриминация редко является антиконкурентной с точки зрения экономики. Однако дифференциация цен может

квалифицироваться в качестве дискриминационной меры, если она не оправдана экономически. Например, скидки для постоянных клиентов могут не иметь объективной коммерческой подоплеки, тогда как скидки на крупные партии могут объясняться стремлением получить прибыль за счет эффекта масштаба. Следует, однако, подчеркнуть, что разные цены могут быть обусловлены рыночными условиями, в которых работает доминирующая компания, и объясняться, например, тем, что переговоры проходили в различных рыночных контекстах, или тем, что клиент просто-напросто сильнее торговался. Таким образом, органам по вопросам конкуренции необходимо тщательно оценивать воздействие ценовой дифференциации на конкуренцию в каждом конкретном случае.

19. Скидки для постоянных клиентов являются одним из видов ценовой дискриминации, когда продавец предоставляет покупателям скидку, если они приобретают у него значительную часть реализуемых им товаров в течение определенного периода времени. Такие скидки могут быть эффективными и способствовать росту благосостояния потребителей. Однако в некоторых случаях они могут также наносить ущерб конкуренции, например, когда такие скидки предоставляются предприятиями с сильными рыночными позициями. Связь между условиями получения скидки и вознаграждением в виде низкой цены может служить предпосылкой антиконкурентной практики, направленной на вытеснение конкурентов. Антиконкурентный эффект может быть обусловлен установлением предельно низкой цены (аналогичной хищнической) или использованием гарантированных продаж с целью вытеснения конкурентов с рынков (по аналогии с практикой пакетных продаж)⁷.

20. Ценовая дискриминация охватывает также случаи, когда предприятие продает свой товар по одной и той же цене, несмотря на разные издержки, связанные с его поставкой каждому клиенту. Примером такого вида ценовой дискриминации служат, в частности, "цены на товар с доставкой", т.е. продажи по единой цене независимо от места нахождения покупателя (какими бы ни были расходы продавца на транспортировку), и "продажи из базового пункта", когда какое-либо место обозначается как базовый пункт (и продавец взимает плату за транспортировку из этого пункта независимо от фактического пункта отгрузки и соответствующих расходов).

21. Запрет на дискриминацию распространяется также на условия поставки или покупки товаров или услуг. Например, предоставление кредитов или оказание вспомогательных услуг при поставке товаров и услуг на дифференцированных условиях также могут носить дискриминационный характер.

Различные подходы в действующем законодательстве: ценовая дискриминация

Регион/страна

Австралия	Ценовая дискриминация была запрещена статьей 49 Закона о торговых практиках 1974 года. Однако с принятием в 1995 году Закона о реформе политики в области конкуренции
-----------	---

⁷ R O'Donoghue and AJ Padilla, 2013, *The Law and Economics of Article 102 TFEU* [Treaty on the Functioning of the European Union], Hart Publishing, Oxford, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.

Регион/страна

	<p>этот запрет был снят. Ныне действующий Закон о конкуренции и защите прав потребителей 2010 года не устанавливает прямого запрета на такую дискриминацию. Тем не менее при определенных обстоятельствах ценовая дискриминация может являться нарушением статьи 46 этого закона, которая запрещает злоупотреблять рыночным влиянием.</p>
Колумбия	<p>Согласно статье 50 Указа 2153 (1992 год) следующие действия дискриминационного характера считаются противоправными, если они предпринимаются хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение на рынке: заключение одинаковых сделок на разных условиях, ставящих одних потребителей или поставщиков в невыгодное положение по сравнению с другими потребителями или поставщиками; продажа или оказание услуг в одной части страны по ценам, отличающимся от цен на такие услуги, предлагаемых в другой части страны, если это имеет своей целью или результатом ограничение или устранение конкуренции в этой части страны и если такие цены не соответствуют издержкам, связанным с проведением соответствующих операций; продажа товаров или услуг одному покупателю на условиях, отличных от условий, предлагаемых другому покупателю, в целях ограничения или устранения конкуренции.</p>
Перу	<p>В законодательстве Перу дискриминационное ценообразование рассматривается в качестве одного из примеров незаконных действий, однако скидки и бонусы, которые соответствуют общепринятой торговой практике и предоставляются в силу особых обстоятельств (предоплата, большие количества или объемы и т.д.) и на одинаковых условиях всем потребителям, не считаются злоупотреблением доминирующим положением (статья 10.2 b) Законодательного декрета 1034 об утверждении Закона о пресечении антиконкурентных действий).</p>
Южная Африка	<p>Ценовая дискриминация со стороны доминирующей фирмы запрещена статьей 9 Закона о конкуренции (№ 89, 1998 год). Согласно положениям этой статьи ценовая дискриминация со стороны доминирующей компании, выступающей в качестве продавца товаров или услуг, не допускается, если:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) ее результатом может стать исключение или существенное ослабление конкуренции; b) она связана с продажей в рамках аналогичных сделок товаров или услуг одного и того же сорта и качества разным покупателям; и c) покупатели ставятся в неравные условия в части: <ul style="list-style-type: none"> i) цены на товары или услуги; ii) любых скидок, льгот или кредитов, предоставляемых в связи с поставкой товаров или услуг;

Регион/страна

iii) оказания услуг в связи с продажей товаров или услуг;

iv) оплаты услуг, предоставляемых в связи с продажей товаров или услуг.

Однако дифференциация покупателей по смыслу подпункта с) не является ценовой дискриминацией и не запрещается, если доминирующая фирма докажет, что такая дифференциация:

a) диктуется необходимостью учета различий в затратах или вероятных затратах на производство, распределение, реализацию, рекламу или поставку, обусловленных тем, что товары или услуги поставляются разным покупателям в разные места, разным способом и в разных объемах;

b) является результатом добросовестных действий, направленных на установление цен или условий, аналогичных ценам или условиям, предлагаемым конкурентами;

c) является реакцией на изменение условий, влияющих на рынок соответствующих товаров или услуг и, в частности, связана с:

i) ухудшением или неизбежным ухудшением состояния скоропортящихся товаров;

ii) моральным устареванием товаров;

iii) распродажей имущества в рамках ликвидационных процедур или процедур принудительного изъятия;

iv) распродажей товаров в связи с прекращением предпринимательской деятельности в соответствующем сегменте рынка.

<p>c) <i>Искусственное установление перепродажных цен на товары, включая импортные и экспортные товары;</i></p>

22. Искусственное установление перепродажных цен на товары, к которому чаще всего прибегают производители и оптовые торговцы, обычно называют "искусственным поддержанием перепродажных цен". В законодательстве о конкуренции ряда стран такая практика признается незаконной *per se*, тогда как законодательство других стран требует квалифицировать ее исходя из здравого смысла, поскольку она может также способствовать усилению конкуренции. Так, например, она может служить способом поощрения инвестиций в сферу услуг, а также может использоваться розничными торговцами для продвижения своих товаров и борьбы с теневой торговлей. Вместе с тем практика искусственного поддержания перепродажных цен может также служить интересам картелей, помогая их членам выявлять производителей, сбивающих цены.

23. В этой связи следует подчеркнуть, что в законодательстве ряда стран искусственное поддержание розничных цен рассматривается не как один из видов злоупотребления доминирующим положением, а как частный случай антиконкурентных вертикальных соглашений.

Различные подходы в действующем законодательстве: искусственное поддержание перепродажных цен

Регион/страна

Африка

Южная Африка Статья 5 (2) Закона о конкуренции (№ 89, 1998 год) запрещает практику искусственного поддержания минимальных перепродажных цен. Однако согласно статье 5 (3) поставщик или производитель может рекомендовать торговому посреднику минимальную перепродажную цену на тот или иной товар или услугу при условии, что:

- а) он дает ясно понять, что эта рекомендация не является обязательной к исполнению;
- б) на этикетке с ценой товара, если таковая имеется, будет указано, что эта цена является "рекомендованной".

Азия

Китай Согласно статье 14 китайского Закона о борьбе с монополиями запрещаются любые соглашения или договоренности между бизнес-операторами и их торговыми партнерами, касающиеся фиксации цены на товары, предназначенные для перепродажи третьим сторонам, или ограничения минимальной цены на такие товары, предназначенные для перепродажи третьим сторонам, а также другие монопольные соглашения, квалифицированные в качестве таковых антимонопольным органом при Госсовете Китая.

Европа

Европейский союз В законодательстве Европейского союза в области конкуренции искусственное поддержание перепродажных цен квалифицируется не как один из видов злоупотребления доминирующим положением, а как антиконкурентный элемент вертикальных соглашений. Согласно статье 4 а) принятых в 2010 году положений, касающихся групповых исключений для определенных категорий вертикальных соглашений, такая практика подпадает под строгие ограничения, исключающие возможность применения групповых исключений в отношении соответствующих вертикальных соглашений. Искусственное установление перепродажной цены определяется как практика, ограничивающая право покупателя самостоятельно устанавливать продажную цену (без ущерба для права поставщика устанавливать максимальную продажную цену или рекомендовать продажную

Регион/страна

цену при условии, что эта цена не является фиксированной или минимальной продажной ценой, установленной под давлением какой-либо из сторон или в результате предоставления какой-либо из сторон соответствующих стимулов).

Швеция

В Швеции избран экономический подход к квалификации практики искусственного поддержания перепродажных цен. В тех случаях, когда искусственное установление минимальной цены оказывает заметное негативное влияние на конкуренцию, такая практика считается антиконкурентной и подпадает под запрет, установленный Законом о конкуренции 2008 года. Согласно статье 7 главы 2 этого закона, "запрещается любое злоупотребление предприятием или несколькими предприятиями своим доминирующим положением на рынке". Такое злоупотребление может состоять в прямом или косвенном навязывании несправедливой покупной или продажной цены или других несправедливых торговых условий. При этом, как правило, не запрещается установление максимальной цены.

Латинская Америка

Бразилия

Согласно статье 36 раздела IX бразильского Закона о конкуренции (№ 12.529 от 30 ноября 2011 года) навязывание дистрибьюторам, розничным продавцам или представителям перепродажных цен, скидок, условий оплаты, минимальных или максимальных объемов, величины торговой наценки или любых других рыночных условий, касающихся их деловых отношений с третьими сторонами, считается нарушением экономического порядка, если такая практика имеет своей целью или результатом ограничение конкуренции, установление контроля над соответствующим рынком, произвольное увеличение прибыли или извлечение иной выгоды из доминирующего положения, как это определяется во вводной части данной статьи.

Северная Америка

Канада

В прошлом канадский Закон о конкуренции предусматривал уголовную ответственность за искусственное поддержание перепродажных цен. Однако в 2009 году соответствующее положение этого закона было заменено гражданско-правовым положением, которое позволяет канадскому Суду по делам о конкуренции запрещать соответствующую практику только в том случае, если она негативно влияет на конкуренцию (статья 76 Закона о конкуренции). Это положение касается не только компаний, занимающих доминирующее положение, но и любых лиц, которые а) занимаются производством или поставками каких-либо продуктов; б) занимаются кредитованием с использованием кредитных карточек или иным образом участвуют в операциях, связанных с кредитными карточками; и с) обладают эксклюзивными правами или привилегиями, вытекающими из па-

Регион/страна

Соединенные Штаты	<p>тентов, товарных знаков, авторских прав или прав на зарегистрированные промышленные образцы или зарегистрированные топологии интегральных схем.</p> <p>Верховный суд Соединенных Штатов определил, что искусственное поддержание минимальной перепродажной цены является незаконным <i>per se</i> согласно статье 1 Закона Шермана, однако такая квалификация предполагает наличие соглашения, обязывающего дистрибьютера соблюдать оговоренные цены (см. <i>Business Electronics Corporation v. Sharp Electronics Corporation</i>, 485 U.S. 717, 720, 724 (1988)). Что касается искусственного ограничения максимальной перепродажной цены, то Верховный суд недавно постановил, что, поскольку такая практика может вести к снижению цен, она не является правонарушением <i>per se</i>. По мнению суда, при квалификации такой практики следует исходить из здравого смысла, т.е. в каждом конкретном случае следует определять, наносит ли соответствующее соглашение ущерб конкуренции (см. <i>Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc. dba Kay's Kloset</i>, 551 U.S. 877 (2007)).</p>
-------------------	---

d) Ограничения на импорт товаров, которые на законных основаниях были отмечены за границей товарным знаком, идентичным или подобным товарному знаку, который защищен применительно к идентичным или подобным товарам в импортирующей стране, в тех случаях, когда данные товарные знаки имеют одно и то же происхождение, т.е. принадлежат одному владельцу или используются предприятиями, являющимися взаимозависимыми с экономической, организационной, управленческой или юридической точек зрения, и когда цель таких ограничений состоит в поддержании искусственно завышенных цен;

24. Наиболее распространенной формой ограничений, о которых говорится в главе IV (II) d) Типового закона о конкуренции является параллельный импорт. Те, кто стремится дискредитировать параллельный импорт, называют его также "серым" импортом. Такой импорт можно определить как импорт товаров, произведенных в соответствии с режимом охраны прав интеллектуальной собственности (например, товарного знака, патента или авторского права), которые выпускаются в обращение обладателем прав интеллектуальной собственности (ПИС) или с его согласия на одном рынке, а затем импортируются на другой рынок без разрешения местного обладателя таких прав. Обычно таким обладателем является лицензированный местный дилер, который может стремиться предотвратить параллельный импорт во избежание конкуренции внутри бренда. Еще одним примером практики, регулируемой вышеупомянутым положением Типового закона о конкуренции, может служить использование различных товарных знаков для одного товара в различных странах с целью закамфлировать "международное исчерпание прав" и предотвратить перекрестный импорт⁸.

⁸ Такая практика лежала в основе решения Суда Европейского союза 3/78 (1978) ECR 1823. В иске компании "Центрафарм Б.В." против компании "Америкэн хоум

25. Способность правообладателя на законных основаниях не допустить параллельный импорт с конкретного рынка зависит от законодательства в области прав интеллектуальной собственности и конкуренции импортирующего государства. Режим прав интеллектуальной собственности, регулирующий истечение срока действия таких прав на национальном уровне, предоставляет право препятствовать параллельному импорту, а положения о "международном исчерпании прав" легализуют такой импорт. В соответствии с национальным режимом, регулирующим истечение срока действия ПИС, эксклюзивные дистрибьюторские права прекращают действовать после первой продажи в какой-либо стране, однако это не влияет на существование эксклюзивных дистрибьюторских прав в другой стране, что дает местным обладателям ПИС в этой или другой стране право противодействовать параллельному импорту из страны первой продажи. Согласно положениям о "международном исчерпании прав" дистрибьюторские права прекращают действовать после первой продажи в любой точке мира, и после этого параллельный импорт исключен быть не может⁹. И наконец, согласно режиму, регулирующему истечение срока действия прав на региональном уровне, эксклюзивные дистрибьюторские права прекращают действовать после первой продажи охраняемых товаров в конкретном регионе, после чего параллельный импорт в данном регионе разрешается, но не из-за пределов этого региона. В этом контексте необходимо отметить, что все эти режимы соответствуют минимальным стандартам, установленным в статье 6 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС).

26. Сторонники запрещения параллельного импорта утверждают, что местный владелец ПИС, действующий в качестве розничного продавца с эксклюзивной территорией, более склонен инвестировать в систему обслуживания клиентов, предпродажное консультирование и т.д., если он знает, что ни один из его конкурентов не сможет поживиться за его счет. По их мнению, это оправдывает запрет на параллельный импорт.

27. Противников запрещения параллельного импорта в большей степени беспокоит негативное воздействие этого запрещения на внутрибрендовую конкуренцию. Поэтому региональные объединения, преследующие цель рыночной интеграции, такие как Европейский союз, допускают параллельный импорт в рамках их общего рынка. В этом контексте параллельный импорт является важным средством обеспечения равновесия между защитой эксклюзивных прав и свободным перемещением товаров.

продукте корпорейшн" (АХП), "Центрафарм" утверждала, что как параллельный импортер она имела право без какого-либо разрешения от АХП продавать в Нидерландах под товарным знаком "Seresta" некоторые лекарственные средства, поступившие от АХП. Последняя предложила эти лекарственные средства для продажи в Соединенном Королевстве под названием "Serenid D". АХП утверждала, что были нарушены ее ПИС, тогда как "Центрафарм" доказывала, что оба лекарственных средства были идентичными, и, таким образом, действие ПИС АХП закончилось в момент поступления лекарства на рынок Соединенного Королевства. Суд постановил, что использование права интеллектуальной собственности может представлять собой скрытое ограничение торговли на общем рынке, если можно доказать, что практика использования различных знаков для одного и того же товара или недопущения использования названия товарного знака на переупакованных товарах применялась с целью разделения рынков и поддержания искусственно завышенных цен.

⁹ См. "Parallel imports in pharmaceuticals: Implications on competition and prices in developing countries". Имеется по адресу http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/studies/pdf/ssa_maskus_pi.pdf (по состоянию на 19 мая 2015 года).

28. Таким образом законодательный режим параллельного импорта зависит от того, какой из этих двух точек зрения отдается предпочтение. Следует, однако, отметить, что в юрисдикционных системах, разрешающих параллельный импорт, попытки подорвать такой импорт обычно не квалифицируются как конкретный вид злоупотребления доминирующим положением, но могут быть отнесены к категории антиконкурентных вертикальных ограничений.

Различные подходы в действующем законодательстве: ограничения в отношении импорта товаров

Регион/страна

Коста-Рика	Режим прав интеллектуальной собственности в Коста-Рике допускает возможность параллельного импорта, если он осуществляется в соответствии с концепцией "международного исчерпания прав", не оказывает неоправданного негативного влияния на осуществление патентных прав и не наносит ущерба законным интересам правообладателя или владельца соответствующей лицензии (статья 16.2 Закона № 6867 о патентах, промышленных образцах и полезных моделях с поправками, внесенными последний раз в 2008 году).
Европейский союз	В соответствии с принципом одновременного истечения срока действия прав интеллектуальной собственности во всем Европейском союзе обладателям таких прав не разрешается ограничивать параллельный импорт в рамках Европейского союза. На это постоянно ссылается Суд Европейского союза с момента принятия его исторического решения по делу <i>"Дойче граммофон/Метро"</i> ¹⁰ . "Запрещение обладателем законно признанного исключительного дистрибьютерского права продажи на национальной территории товаров, выпущенных им или с его согласия на рынок другого государства-члена на том основании, что такие товары не продавались на национальной территории, противоречит нормам, касающимся свободного перемещения товаров и услуг в рамках общего рынка. Такой запрет, который может узаконить практику изоляции национальных рынков, противоречит основной цели договора, состоящей в объединении рынков и создании единого рынка".
Япония	В Японии в ряде случаев принимались меры к пресечению недобросовестных действий по недопущению параллельного импорта фирменной фарфоровой посуды, пианино, мороженого и автомобилей.
Новая Зеландия	Параллельный импорт является законным, если он удовлетворяет условиям, изложенным в статье 12 (5A) Закона об авторских правах (№ 143, 1994 год). Соответствующее положение этого закона гласит:

¹⁰ Court of Justice of the European Union, 78/70 (1971) ECR 487.

Регион/страна

"Предмет, который то или иное лицо импортирует или намеревается импортировать в Новую Зеландию, не считается незаконной копией по смыслу пункта (3) b), если:

a) он был произведен обладателем соответствующего авторского или другого эквивалентного права интеллектуальной собственности в той стране, где он был произведен; или с его согласия; или

b) в тех случаях, когда ни одно лицо не обладает авторским или другим эквивалентным правом интеллектуальной собственности на соответствующий продукт в стране, где он был изготовлен, имеет место любая из следующих ситуаций:

i) срок действия авторского права (или другого эквивалентного права интеллектуальной собственности) на соответствующий продукт в этой стране истек;

ii) лицо, которое могло бы стать обладателем соответствующего авторского права (или любого другого эквивалентного права интеллектуальной собственности) в данной стране, не предприняло тех или иных предусмотренных законом действий для регистрации своего авторского права (или другого эквивалентного права интеллектуальной собственности) на соответствующий продукт в этой стране;

iii) предмет, о котором идет речь, является трехмерной копией художественного произведения, которое было воспроизведено в промышленных масштабах в этой стране способом, указанным в статье 75 (4);

iv) предмет, о котором идет речь, был сделан в этой стране обладателем авторского права на соответствующий продукт в Новой Зеландии или с его согласия.

Южная
Африка

Согласно статье 56 (2) е) Закона о патентах (№ 57, 1978 год) с поправками, внесенными в 2002 году, обладателю патента на тот или иной продукт может быть предписано выдать лицензию на производство и продажу этого продукта, если спрос на него удовлетворяется за счет импорта или если цена, установленная обладателем патента, его агентом или владельцем соответствующей лицензии на запатентованный продукт, является чрезмерной по сравнению с ценой на него в странах, где запатентованный продукт производится обладателем патента или владельцем соответствующей лицензии, выданной таким обладателем или его предшественником или правопреемником.

Регион/страна

Зимбабве	Согласно статье 24А Закона о патентах параллельный импорт разрешается, если затраты на импорт соответствующего продукта меньше затрат на его покупку у обладателя патента" ¹¹ .
----------	--

e) Если не преследуются такие законные коммерческие цели, как обеспечение качества, безопасности, надлежащего распределения или предоставления услуг:

i) частичный или полный отказ вести дела на обычных коммерческих условиях предприятия;

29. Как правило, фирмы могут свободно заключать контракты с партнерами по своему выбору и соответственно отказываться иметь дело с другими предприятиями. В разных юрисдикционных системах признается, что обязанность вести дела может стать причиной сокращения объемов инвестиций и масштабов инноваций. Однако при некоторых обстоятельствах отказ вести дела может использоваться в качестве средства вытеснения конкурентов или предоставления конкурентных преимуществ другому предприятию. Вероятность такого развития событий особенно велика в тех случаях, когда существенно важный объект принадлежит доминирующему предприятию, т.е. когда такое предприятие владеет объектами, которые совершенно необходимы для бизнеса его конкурентов и которые невозможно продублировать по коммерчески приемлемой стоимости. В таких случаях негативные последствия вытеснения конкурентов не могут перевешиваться позитивным эффектом в виде поощрения инвестиций и инноваций.

30. Однако следует иметь в виду, что отказ вести дела сам по себе не является антиконкурентным актом и представляет собой неотъемлемый элемент конкурентных рынков. В целом фирмы должны иметь свободу действий в выборе партнеров, а также в предоставлении льготного режима традиционным покупателям, ассоциированным предприятиям и агентам, которые своевременно оплачивают покупаемые товары или будут поддерживать качество, репутацию и т.д. товара фирмы-изготовителя. Это касается также случая, когда предприятие заблаговременно оповещает об обстоятельствах, в которых оно будет отказываться продавать свои товары.

Различные подходы в действующем законодательстве: отказ вести дела

Регион/страна

Бразилия	Согласно статье 36 раздела XI Закона № 12.529 (2011 год) отказ продавать товары или оказывать услуги на условиях их оплаты, соответствующих нормальной деловой практике и обычаям, является нарушением экономического порядка.
----------	--

¹¹ World Intellectual Property Organization, Exceptions and Limitations to Patent Rights: Exhaustion of Patent Rights, 6 October 2014 (SCP/21/7), см. http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_21/scp_21_7.pdf (по состоянию на 19 мая 2015 года).

 Регион/страна

Китай	Согласно статье 17 (3) китайского Закона о борьбе с монополиями бизнес-оператор, занимающий доминирующее положение на рынке, злоупотребляет таким положением, если он отказывается без достаточных на то причин вести дела с тем или иным контрагентом.
Европейский союз	Согласно Руководству Европейской комиссии по приоритетам при применении статьи 82 Договора об учреждении Европейского сообщества (теперь эта статья 102 Договора о функционировании Европейского союза) в случае противоправных ограничительных действий доминирующего предприятия Европейская комиссия будет считать практику отказа в поставках или ограничения маржи как недопустимую и требующую принятия безотлагательных мер при соблюдении трех условий: если отказ касается товаров или услуг, объективно необходимых для того, чтобы иметь возможность эффективно конкурировать на потребительском рынке; если он может привести к эффективному устранению конкуренции на потребительском рынке; и если он может причинить ущерб интересам потребителей.
Южная Африка	Согласно статье 8 b) Закона о конкуренции (№ 89, 1998 год) фирме, занимающей доминирующее положение, запрещается отказывать конкурентам в доступе к жизненно важным для них объектам или услугам, когда такой отказ не является оправданным с экономической точки зрения. Кроме того, согласно статье 8 d) ii) этого закона фирме, занимающей доминирующее положение, запрещается отказывать в поставках конкурентам дефицитных товаров или услуг, когда такой отказ не является оправданным с экономической точки зрения, если только эта фирма не докажет, что польза от таких действий с технологической точки зрения, с точки зрения повышения эффективности и т.д. перевешивает их негативные последствия для конкуренции.
Соединенные Штаты	"Тот факт, что мы придаем такое значение праву отказываться вести дела с другими фирмами, не означает, что это право является безоговорочным (<i>Aspen Skiing Company. v. Aspen Highlands Skiing Corporation</i> , 472 U.S. 585, 601, 105 S. Ct 2847, 86 L.Ed.2d 467 (1985)). При определенных обстоятельствах отказ сотрудничать с конкурентами может представлять собой антиконкурентное поведение, нарушающее положения [статьи 2]. Мы проявляем большую осторожность в вопросе признания целесообразности таких исключений ввиду неопределенности преимуществ принудительного дележа и трудностей, связанных с выявлением и пресечением антиконкурентного поведения со стороны какой-либо одной фирмы. (...)

Регион/страна

Мы никогда не признавали такую доктрину [жизненно важных объектов или услуг] (...) и мы не считаем необходимым признавать или отвергать ее здесь. Для наших нынешних целей достаточно отметить, что обязательным требованием для ссылки на эту концепцию является невозможность получения доступа к жизненно важным объектам или услугам; в тех случаях, когда такой доступ имеется, эта концепция ничего не дает¹².

e) Если не преследуются такие законные коммерческие цели, как обеспечение качества, безопасности, надлежащего распределения или предоставления услуг:

[...]

ii) установление зависимости между поставками конкретных товаров или услуг и согласием на ограничения в отношении распределения или производства конкурирующих или других товаров;

31. Вышеупомянутое поведение зачастую является одним из аспектов соглашений об исключительных правах, и его можно охарактеризовать как коммерческую практику, в рамках которой предприятие получает эксклюзивные права, зачастую в пределах оговоренной территории, на покупку, продажу или перепродажу товаров или услуг другого предприятия. В качестве одного из условий предоставления таких прав продавец часто требует от покупателя не заниматься торговлей конкурирующими товарами или изготовлением таких товаров.

32. В рамках такого рода договоренностей дистрибьютор частично отказывается от своей коммерческой свободы в обмен на защиту от продажи конкретного товара конкурентами. Условия соглашения обычно отражают соотношение сил между участвующими в нем сторонами.

33. Результаты таких ограничений аналогичны результатам, достигаемым путем вертикальной интеграции в рамках хозяйствующего субъекта: каналы распределения контролируются поставщиком, однако, как в ранее приведенном случае, предприятие-поставщик и дистрибьютор не находятся в общей собственности.

34. Следует отметить, что во многих законах о конкуренции эксклюзивные соглашения о распределении товаров рассматриваются не только в связи с запрещением злоупотребления доминирующим положением, но также в контексте антиконкурентных вертикальных соглашений.

¹² Касательно односторонних отказов вести дела см. *United States v. Colgate and Company*, Supreme Court of the United States, 1919, 250 U.S. 300, 39 S. Ct. 465, 53 1.Ed. 992, 7 A.L. R. 443. См. также *Eastman Kodak v. Image Technical Services Inc.*, 504 U.S. 451 (1992) (в этом решении указывается, что монополистическое право на отказ вести дела с конкурентами не является абсолютным и что соответствующий судебный орган должен иметь возможность решать, не являются ли основания, на которые ссылается ответчик, лишь предлогом).

e) Если не преследуются такие законные коммерческие цели, как обеспечение качества, безопасности, надлежащего распределения или предоставления услуг:

[...]

ii) установление ограничений в отношении того, где или кому, или в какой форме, или в каких количествах поставляемые или иные товары могут быть перепроданы или экспортированы;

35. Соглашения между поставщиком и его дистрибьютором зачастую предусматривают выделение конкретной территории (распределение территорий) или конкретного вида потребителей (распределение клиентов), т.е. определяют, где и с кем дистрибутор может вести дела. Например, деятельность дистрибьютора может ограничиваться продажей соответствующего товара крупными партиями с оптовых предприятий или лишь прямой продажей товаров предприятиям розничной торговли. Цель таких ограничений обычно заключается в сведении к минимуму внутрибрендовой конкуренции путем блокирования параллельной торговли третьих сторон. Последствия таких ограничений проявляются в ценах и условиях продажи, особенно в отсутствие сильной межбрендовой конкуренции на данном рынке. Тем не менее ограничения на внутрибрендовую конкуренцию могут не иметь отрицательных последствий или даже могут способствовать конкуренции, если на соответствующем рынке наблюдается значительная конкуренция между брендами.

36. Территориальное распределение может носить форму выделения дистрибьютору определенной территории при том понимании, что он не будет продавать соответствующие товары клиентам, находящимся за пределами этой территории, а также клиентам, которые могут, в свою очередь, продать эти товары в другой район страны.

37. О распределении клиентов можно говорить в тех случаях, когда поставщик требует от покупателя продавать товары лишь определенной категории клиентов, например только предприятиям розничной торговли. Причиной установления такого требования является желание производителя поддержать или повысить престиж или качество товара или желание поставщика сохранить за собой возможность продажи крупных партий товаров крупным покупателям, например продажи транспортных средств операторам транспортных парков или продажи товаров правительству. Распределение клиентов может быть также направлено на то, чтобы конечная продажа велась только определенным кругом торговых предприятий, например одобренными розничными торговцами, отвечающими определенным требованиям. Такие ограничения могут преследовать цель лишить розничных торговцев, торгующих по сниженным ценам, или независимых розничных торговцев источников поставок в целях поддержания перепродажных цен или ограничения числа продающих товар предприятий и предприятий обслуживания.

38. Договоренности о территориальном распределении или распределении клиентов используются для обеспечения выполнения соглашений об исключительном праве на сбыт, позволяющих поставщикам, занимающим доминирующее положение в области поставок соответствующих товаров, изолировать отдельные рынки друг от друга и устанавливать на них различные цены в зависимости от возможностей каждого рынка. Кроме того, избирательная система распределения зачастую используется для того, чтобы не допустить перепрода-

жи путем экспорта за пределы установленной территории из-за опасений по поводу возможной ценовой конкуренции в тех районах, где цены установлены на наиболее высоком уровне.

39. В этом контексте следует еще раз отметить, что во многих законах о конкуренции вопросы, касающиеся эксклюзивных или избирательных систем распределения, рассматриваются не только в связи со злоупотреблением доминирующим положением, но и в связи с запрещением антиконкурентных вертикальных соглашений.

e) Если не преследуются такие законные коммерческие цели, как обеспечение качества, безопасности, надлежащего распределения или предоставления услуг:

[...]

iv) установление зависимости между поставками конкретных товаров или услуг и закупкой других товаров или услуг у поставщика или назначенного им лица.

40. Обычно такое поведение определяется как "практика связанных и пакетных продаж". При пакетных продажах к продаже предлагаются сразу два или несколько товаров (например, товары А и В). Чистое пакетирование предполагает исключительно совместную продажу товаров (например, А+В). Смешанное пакетирование предусматривает как совместную продажу товаров (А+В), так и их раздельную продажу (А, В), и в этом случае первый товар предлагается по сниженной цене – с "пакетной скидкой". Практика связанных продаж сходна с практикой пакетных продаж и применяется тогда, когда запрашиваемый товар предлагается только вместе с "навязываемым" товаром, который может также продаваться отдельно (А + В, В). Навязываемый товар может быть либо вовсе не связан с запрашиваемым товаром, либо представлять собой сходный товар. Договоренности о связанных продажах часто используются как средство стимулирования продажи менее ходовых товаров, особенно тех, которые сталкиваются с более активной конкуренцией со стороны товаров-субститутов. Занимая доминирующее положение на рынке запрашиваемого товара, поставщик может требовать в качестве условия его продажи согласия на покупку других товаров.

41. Практика связанных и пакетных продаж может вредить конкуренции, способствуя ее ограничению и сохранению или усилению рыночного влияния. В большинстве юрисдикционных систем орган по вопросам конкуренции должен продемонстрировать антиконкурентное воздействие таких продаж, а на доминирующую компанию возлагается бремя доказывания того, что ее поведение оправдано соображениями эффективности.

Различные подходы в действующем законодательстве: практика связанных и пакетных продаж

Регион/страна

Африка

Южная Африка Согласно статье 8 d) iii) Закона о конкуренции № 89 (1998 год) доминирующим фирмам запрещается продавать товары или услуги на условиях приобретения покупателем других товаров или услуг, не связанных с предметом контракта, или навязывать покупателю условия, не связанные с предметом контракта.

Азия

Китай Согласно статье 17 (5) китайского Закона о борьбе с монополиями бизнес-операторам, занимающим доминирующее положение на рынке, запрещается злоупотреблять таким положением, и в частности прибегать к практике связанных продаж или необоснованного навязывания торговым партнерам тех или иных условий.

Европа

Европейский союз В соответствии с пунктом d) статьи 102 Договора о функционировании Европейского союза запрещаются любые злоупотребления, состоящие в заключении контрактов на условиях принятия другой стороной дополнительных обязательств, которые по своему характеру или согласно сложившейся коммерческой практике не имеют отношения к предмету таких контрактов. В статьях 47–50 Руководства Европейской комиссии по приоритетам при применении статьи 82 Договора об учреждении Европейского сообщества (теперь это статья 102 Договора о функционировании Европейского союза) в случае противоправных ограничительных действий со стороны доминирующих предприятий говорится, что в случае использования доминирующим предприятием практики связанных продаж, Комиссия будет принимать меры в соответствии со статьей 102 Договора о функционировании Европейского союза при выполнении следующих условий: если товары или услуги, предлагаемые в нагрузку, не аналогичны товарам или услугам, являющимся предметом контракта; и если практика связанных продаж может с высокой долей вероятности привести к ограничению конкуренции.

Латинская Америка

Бразилия Статья 36 раздела XVIII Закона № 12529 (2011 год) устанавливает, что продажа товаров на условиях приобретения или использования других товаров или услуг или предоставление услуг на условиях приобретения или использования других услуг или товаров является нарушением эко-

 Регион/страна

номического порядка.

Северная Америка

Соединенные
Штаты Америки

Верховный суд Соединенных Штатов определил соглашение о связанных продажах как соглашение, в соответствии с которым какая-либо сторона продает один товар на условиях приобретения покупателем еще и другого товара (товар в нагрузку) или по крайней мере на условиях его согласия не приобретать этот товар у другого поставщика¹³.

Такие соглашения считаются незаконными в тех случаях, когда продавцы, пользуясь своим влиянием на рынке того или иного товара, вынуждают покупателей приобретать и другие товары¹⁴. В соответствии со статьей I Закона Шермана ответственность за связанные продажи возникает в тех случаях, когда:

- a) речь идет о двух разных товарах;
- b) ответчик не оставляет клиентам выбора, вынуждая их приобретать навязываемый товар ради получения того товара, который им нужен;
- c) такая практика затрагивает значительную часть торговли между штатами;
- d) ответчик обладает значительным влиянием на рынке основного товара¹⁵.

Верховный суд Соединенных Штатов в своем решении по делу *Госпиталь округа Джефферсон против Хайда* (466 U.S., at 12, 104 S. Ct. 1551) отметил, что основной характеристикой незаконного "связанного" соглашения является использование продавцом своего контроля над рынком того или иного товара для принуждения покупателя к приобретению в нагрузку другого товара, который покупатель либо не хочет покупать вообще, либо предпочел бы купить в другом месте и на других условиях. Однако с годами позиция Суда претерпела значительные изменения. В своих более поздних решениях Суд, более не полагаясь на гипотезы, исходил из факта наличия или отсутствия влияния продавца на рынок основного реализуемого им товара¹⁶.

¹³ *Northern Pacific Railway Company v. United States*, 356 U.S. 1, 5–6, 78 S. Ct. 514, 518, 2 L.Ed.2d 545 (1958).

¹⁴ См. *Northern Pacific Railway Company v. United States*, 356 U.S. 1, 6 (1958); *Times-Picayune Publishing Company v. United States*, 345 U.S. 594, 605 (1953).

¹⁵ *Eastman Kodak Company v. Image Technical Services Inc.*, 504 U.S. 451, 461–62 (1992).

¹⁶ См. *Illinois Tool Works, Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28, 34–35, 126 S. Ct. 1281, 1286, 164 L. Ed. 2d 26 (2006).

Регион/страна

В указанном выше решении (466 U.S. 2, 104 S. Ct. 1551, 80 L.Ed.2d 2 (1984)) Верховный суд повторил известный тезис о том, что, если правительство выдало продавцу патент или предоставило ему аналогичные исключительные права в отношении того или иного товара, то справедливо предположить, что его рыночное влияние будет предопределяться невозможностью приобрести данный товар у кого-либо еще (*Id.*, at 16, 104 S. Ct. 1551). Такая презумпция рыночного влияния, используемая в антитрестовском контексте, когда продавец продает запатентованный товар на условиях приобретения покупателем другого товара, вытекает из основанной на судебных решениях доктрины злоупотребления патентными правами (см. *United States v. Loew's Inc.*, 371 U.S. 38, 46, 83 S. Ct. 97, 9 L.Ed.2d 11 (1962)). В 1988 году Конгресс по существу развенчал эту доктрину, приняв поправки к Закону о патентах, отменяющую презумпцию рыночного влияния в делах о злоупотреблении патентными правами (см. 102 Stat. 4676, codified at 35 U.S.C. paragraph 271 d)). В деле *Иллинойс тул уоркс инк. против Индепендент Инк.* перед Верховным судом был поставлен вопрос о том, не следует ли сохранить презумпцию рыночного влияния при продаже запатентованных товаров в делах о нарушении антитрестовского законодательства, несмотря на ее отмену в патентном праве. Суд пришел к выводу, что тот факт, что товар, в нагрузку к которому предлагаются другие товары, является запатентованным, не является достаточным основанием для такой презумпции¹⁷.

III. Разрешение или изъятие

Те или иные действия, практика или сделки, не запрещенные полностью законом, могут быть санкционированы, если о них сообщается, как это предусмотрено возможными элементами статьи 7, до их осуществления, если вся соответствующая фактологическая информация добросовестно доводится до сведения компетентных органов, если затрагиваемым сторонам предоставляется возможность высказать свои мнения и если после этого будет признано, что предлагаемое поведение, которое при необходимости может быть изменено или может регулироваться, будет соответствовать целям закона.

¹⁷ *Illinois Tool Works, Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28, 31, 126 S. Ct. 1281, 1284, 164 L. Ed. 2d 26 (2006).

42. В рамках некоторых законодательных режимов, регулирующих вопросы конкуренции, орган по вопросам конкуренции может санкционировать поведение, не являющееся антиконкурентным *per se*, если потенциальные выгоды, которые оно сулит в плане повышения эффективности, перевешивают его неблагоприятные последствия для конкуренции. В европейском законодательстве в области конкуренции такой подход до 2004 года применялся к антиконкурентным соглашениям и практике согласованных действий. Европейская комиссия не только была уполномочена делать "групповые изъятия", уточняющие условия, при которых определенные категории контрактов не должны были рассматриваться как антиконкурентные, но и на индивидуальной основе давала санкции на заключение тех или иных контрактов и осуществление тех или иных согласованных действий по ходатайству заинтересованных компаний. В 2004 году она лишилась такой возможности, и в настоящее время компании сами должны определять, соответствует ли их поведение требованиям законодательства в области конкуренции.

43. На новый порядок, предусматривающий самостоятельную оценку компаниями своих действий, перешли не все страны, законы о конкуренции которых разрабатывались с оглядкой на законодательство Европейского союза. Так, например, органы по вопросам конкуренции ряда африканских стран по-прежнему уполномочены делать индивидуальные изъятия в отношении соответствующих соглашений и практики. Дополнительная информация по данному вопросу содержится в комментариях к статьям III и V.

44. Разрешения и изъятия традиционно касаются только антиконкурентных соглашений и практики согласованных действий. Однако нельзя исключать того, что в некоторых странах это допускается и в отношении действий, квалифицируемых как злоупотребление доминирующим положением.

45. Так, например, в статье 16 (4) Закона о добросовестной конкуренции, принятого в 2002 году на Барбадосе, говорится, что действия того или иного предприятия не будут считаться злоупотреблением доминирующим положением, если Комиссия по вопросам добросовестной конкуренции придет к выводу, что:

а) такие действия направлены исключительно на совершенствование процесса производства или распределения товаров или на стимулирование технического или экономического прогресса и выгоду от них получит не только это предприятие, но и потребители;

б) выгода или потенциальная выгода от таких действий является результатом высокой конкурентоспособности предприятия;

с) предприятие добивается осуществления своих прав, гарантированных авторским правом, патентом или правом на промышленный образец или товарный знак, если только Комиссия не установит, что осуществление этих прав:

i) имеет своим результатом существенное ослабление конкуренции на том или ином рынке;

ii) препятствует передаче и распространению технологий. Во Франции статья L.420-4 французского Торгового кодекса предусматривает изъятия в отношении правонарушений, состоящих в злоупотреблении доминирующим положением и осуществлении противоправных действий в отношении экономически зависимых предприятий. Такие изъятия касаются деловой практики или действий, способствующих экономическому

прогрессу, и в частности созданию или сохранению рабочих мест, и приносящих выгоду как соответствующим предприятиям, так и потребителям, но при этом не позволяющих таким предприятиям устранять конкуренцию на значительной части рынка соответствующих товаров или услуг. Применительно к сельскохозяйственным рынкам такая практика может включать согласование объемов и качества товаров в рамках одних и тех же брендов или торговых наименований, а также согласование торговой политики.
