



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

Distr.: Limited
18 September 2020
Russian
Original: English

**Восьмая Конференция Организации
Объединенных Наций по рассмотрению
всех аспектов Комплекса согласованных
на многосторонней основе справедливых
принципов и правил для контроля
за ограничительной деловой практикой**
Женева, 19–23 октября 2020 года
Пункт 16 предварительной повестки дня
Прочие вопросы

**Типовой закон о конкуренции (2020 года),
пересмотренная статья IV***

* Настоящий документ является пересмотренным вариантом документа TD/RBP/CONF.8/L.2.

GE.20-12137 (R) 021020 141020



* 2 0 1 2 1 3 7 *

Просьба отправить на вторичную переработку



Типовой закон о конкуренции (2010 года): 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. неоправданно 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 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;

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. Разрешение или изъятие

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

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 в) ограничению инновационной деятельности, и такие явления будут рассматриваться как антиконкурентные.

3. Вопрос о том, должна ли какая-либо компания рассматриваться как доминирующая толкуется в законах по-разному. 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 (в силу того, что 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, может также 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 подобно 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

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 не 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.

Согласно статье 8 этого закона (с поправками 2018 года), компании, занимающей доминирующее положение на рынке, запрещается:

- а) устанавливать чрезмерно высокие цены в ущерб потребителям или клиентам;
- 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:
 - i) требовать, чтобы поставщик или клиент не имел дел с конкурентами или побуждать его к этому;
 - ii) отказывать конкуренту в поставке дефицитных товаров или услуг, 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;

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.

- iv) продавать товары или услуги по хищническим ценам;
- v) скупать запасы дефицитных промежуточных товаров или ресурсов, необходимых конкуренту;
- vi) вытеснять конкурентов за счет ограничения прибыльности их деятельности.

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 б) 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;
- f) установление чрезмерно высоких цен в ущерб потребителям;
- 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 хозяйствующих субъектов, которые имеют возможность контролировать цены или предложение товаров или другие условия торговли на соответствующем рынке или препятствовать выходу на рынок других хозяйствующих субъектов или затруднять такой выход.

Кроме того, в статье 18 этого закона называются шесть основных факторов, которые необходимо учитывать при определении того, является ли положение на рынке того или иного хозяйствующего субъекта доминирующим. Этими факторами являются:

 Регион/страна

- a) рыночная доля хозяйствующего субъекта и его конкурентное положение на соответствующем рынке;
- b) способность хозяйствующего субъекта контролировать рынок сбыта или рынок сырьевых материалов;
- c) финансовое и технологическое состояние хозяйствующего субъекта;
- d) степень зависимости от хозяйствующего субъекта других хозяйствующих субъектов при осуществлении сделок;
- e) степень сложности выхода на соответствующий рынок других хозяйствующих субъектов;
- f) другие факторы, имеющие значение для установления факта доминирующего положения хозяйствующего субъекта на рынке.

Статья 19 (1) устанавливает опровержимую презумпцию доминирования для хозяйствующих субъектов, удовлетворяющих любому из следующих условий:

- a) одному бизнес-оператору принадлежит не менее половины соответствующего рынка;
- b) двум хозяйствующим субъектам вместе взятым принадлежит не менее двух третей соответствующего рынка;
- c) трем хозяйствующим субъектам принадлежит в общей сложности не менее трех четвертей соответствующего рынка.

Однако, согласно положениям статьи 19, если какому-либо хозяйствующему субъекту принадлежит менее десятой части рынка, этот хозяйствующий субъект не может считаться занимающим доминирующее положение на рынке. Кроме того, хозяйствующий субъект, подпадающий под определение хозяйствующего субъекта, занимающего от конкурентов на рынке, не будет считаться таковым, если он представит доказательства обратного.

Индия

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». В соответствии с Законом о конкуренции (поправки) 2007 года, положения законодательства Индии о злоупотреблении доминирующим положением в равной степени применяются к группам компаний. «Группа» для этой цели означает «два или более предприятия, которые прямо или косвенно могут: i) иметь 26 % или более прав голоса в другом предприятии; или ii) назначить более 50 % членов совета директоров другого предприятия; или iii) контролировать руководства или дела другого предприятия»⁴.

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 устанавливается, что ни одно предприятие или группа не могут злоупотреблять своим доминирующим положением. Предприятие злоупотребляет своим доминирующим положением, если

⁴ Act No. 39 of 2007, The Competition (Amendment) Act (24 September 2007), URL: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/in/in111en.pdf>.

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.

Монголия

Согласно монгольскому Закону о конкуренции 2010 года, статья 5.2, 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. 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.

Европа (Европейский союз)

Чехия

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 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 контролирующими жизненно важные объекты или услуги (см. пункт 13 эстонского Закона о конкуренции 2001 года).

Европейский союз

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:

 Регион/страна

- a) ограничения, обусловленные текущими поставками, осуществляемыми конкурирующими предприятиями, и их положением на рынке (рыночные позиции доминирующего предприятия и его конкурентов);
- b) ограничения, обусловленные реальной угрозой будущей экспансии нынешних конкурентов или угрозой выхода на рынок потенциальных конкурентов (экспансия и выход на рынок);
- c) ограничения, обусловленные сильными переговорными позициями клиентов предприятия (компенсирующее влияние покупателей).

Комиссия подчеркивает, 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 § 18 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 оценке доминирующего положения предприятия 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 40 % этого рынка. Группа предприятий считается доминирующей на рынке, если:

- a) она состоит из трех или меньшего числа предприятий, совокупная рыночная доля которых достигает 50 %, или
- b) она 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 со статьей 3 (2) литовского Закона о конкуренции 1999 года, последняя по времени поправка в который была внесена в 2012 году, под доминирующим положением понимается такое положение одного 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 тех случаях, когда рыночная доля составляет 40 % или более. Кроме того, когда 70 % или более соответствующего рынка принадлежит трем или менее хозяйствующим субъектам, закон предполагает, что каждое из них занимает

 Регион/страна

доминирующее положение. 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 взятых⁵.

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 доля на соответствующем рынке 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 Часть 1 статьи 5 Федерального закона «О защите конкуренции» 2006 года с поправками, внесенными в 2015 году, определяет доминирующее положение 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 товарном рынке, и/или устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и/или затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам. Часть 1 статьи 5 устанавливает опровержимую презумпцию доминирования, если доля хозяйствующего субъекта на рынке определенного товара превышает 50 % (за исключением финансовой организации).

Согласно части 2 статьи 5, не может быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара не превышает 35 %, если только этот хозяйствующий субъект не действует на высококонцентрированном рынке, на котором его доля стабильна в течение длительного периода времени, доступ на рынок новых конкурентов затруднен, а эластичность спроса на соответствующий товар низка (часть 3 статьи 5) или Федеральными законами может устанавливаться иной порядок признания доминирующего положения хозяйствующего субъекта (статья 6). Эта норма утратила силу в 2015 году⁶.

⁵ См. Lithuania, Law on Competition VIII-1099, URL: <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/49e68d00103711e5b0d3e1beb7dd5516?jfwid=q8i88mf0v>.

⁶ Российская Федерация, Федеральный закон от 8 июля 2006 года «О защите конкуренции» (с поправками 2015 года), URL: [http://en.fas.gov.ru/upload/documents/Federal%20Law%20On%20Protection%20of%20Competition%20\(as%20amended%20in%202015\).pdf](http://en.fas.gov.ru/upload/documents/Federal%20Law%20On%20Protection%20of%20Competition%20(as%20amended%20in%202015).pdf).

 Регион/страна

Латинская Америка

Бразилия	В пункте 2 статьи 36 бразильского Закона № 12.529 от 30 ноября 2011 года устанавливается, 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 декрета № 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	<p>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> <ul style="list-style-type: none"> a) его рыночная доля и возможность в одностороннем порядке устанавливать цены или существенно ограничивать выпуск продукции на соответствующем рынке, а также отсутствие у других хозяйствующих субъектов возможности сейчас или в будущем противостоять такому рыночному влиянию; 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) его поведение в последнее время⁷.
Никарагуа	<p>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:</p> <ul style="list-style-type: none"> 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;

⁷ Organization for Economic Cooperation and Development and Inter-American Development Bank, 2014, Competition Law and Policy in Costa Rica: A Peer Review, URL: <https://www.oecd.org/daf/competition/CostaRica-PeerReview2014en.pdf>.

е) 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 следующее: а) что одно или несколько лиц в значительной степени или полностью контролируют на всей территории Канады или на какой-либо ее части определенный вид предпринимательской деятельности; б) что такое лицо или несколько лиц занимались или занимаются антиконкурентной деятельностью; и с) что результатом этой деятельности было, является или может стать недопущение или существенное ограничение конкуренции на соответствующем рынке.

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 значительной степени рыночного влияния является значительный или полный контроль. Бюро обычно определяет соответствующий рынок как по товару, так и по географическому признаку, а затем рассматривает такие сведения, как рыночная доля соответствующего лица (соответствующих лиц) и препятствия для выхода на рынок.

Соединенные Штаты Америки

В Соединенных Штатах монопольное влияние не определяется законом, но суды традиционно определяют его как «право контролировать рыночные цены или исключать конкуренцию» (United States Supreme Court, *United States v. E.I. du Pont de Nemours and Company*, 351 US377, 391 (1956)). Однако после принятия решения по делу «Дюпон» суды низшей инстанции разделились по вопросу о том, требует ли монопольное влияние «доказательств наличия как возможности контролировать цены, так и возможности исключать конкуренцию» (United States Court of Appeals for the Third Circuit, *Fineman v. Armstrong World Indus., Inc.*, 980 F.2d 171, 201 (3d Cir. 1992), cert. denied, 507 US921 (1993)), или же для установления монопольного влияния достаточно ли доказательств наличия любого из этих элементов. Верховный суд Соединенных Штатов ясно дал понять, что доказательств фактического использования этого влияния не требуется — достаточно доказать наличие у фирмы возможности повышать цены или исключать конкуренцию (*United States v. Griffith*, 334 US100, 107 (1948)).

В случае дела, возбуждаемого на основании пункта 2 Закона Шермана, антимонопольные органы Соединенных Штатов и частные истцы должны сначала определить соответствующий рынок, а затем доказать, что фирма обладает монопольным влиянием (*United States Supreme Court, Spectrum Sports, Inc., v. McQuillan*, 506 US447, 453 (1993)). Согласно разъяснению Министерства юстиции Соединенных Штатов, антимонопольный рынок определяется по двум аспектам: а) товарный рынок, на котором обращаются все товары, и таким образом гипотетическая максимизирующая прибыль фирма — единственный продавец этих товаров в настоящее время и в будущем может счесть выгодным навязать «небольшое, но существенное и не кратковременное» повышение цены; и б) географический рынок, которая представляет собой сферу, за пределами которой географическое положение ограничивает желание или способность некоторых клиентов заменять аналогичные продукты или желание или способность некоторых поставщиков обслуживать клиентов. Транспортные расходы, языковые барьеры, регулирование,

Регион/страна

налогообложение, привычки и знакомство с товаром, репутация и возможность обслуживания, — все это, среди прочего, имеет значение при определении соответствующего географического рынка.

После определения соответствующего антимонопольного рынка истцы в Соединенных Штатах могут продемонстрировать, что ответчик обладает монопольным влиянием, представив: а) косвенные доказательства, основанные на доле рынка, рассматриваемой в контексте структуры рынка (концентрация рынка и препятствия для выхода на рынок); и б) прямые доказательства использования монопольного влияния для повышения цен, сокращения производства или исключения реальных и потенциальных конкурентов.

Верховный суд Соединенных Штатов подтвердил, что монопольное влияние может быть выведено из рыночной доли фирмы-ответчика (*United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563 (1966)); хотя точная доля рынка, необходимая для получения вывода о монопольной власти, не была определена, Верховный суд Соединенных Штатов не признал того, что доля рынка менее 75 % сама по себе достаточна для установления наличия монопольного влияния. Суды Соединенных Штатов также обращают внимание на структуру рынка — даже 100-процентная доля рынка может быть недостаточным доказательством монопольного влияния, если новые или второстепенные фирмы могут легко выйти на рынок или расширить его (см. *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, United States v. Syufy*, 903 F.2d 659 (9th Cir. 1990)).

Суды Соединенных Штатов также будут принимать к сведению доказательства того, что конкурент действительно имеет возможность контролировать рыночные цены или исключать конкуренцию (см. *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 57 (D.C. Cir. 2001)). Этот тип доказательств, как правило, не является окончательным, поскольку способность контролировать цену может быть только временной, а у конкурента могут быть веские причины для ограничения своего производства или качества. Обычно истцы в Соединенных Штатах представляют прямые доказательства монопольного влияния наряду с косвенными доказательствами, основанными на доле и структуре рынка.

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

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 применяется, когда поведение доминирующего предприятия наносит ущерб процессу конкуренции и, таким образом, дает основания ожидать причинения вреда потребителям.

11. Как правило, предприятие злоупотребляет своим доминирующим положением, когда его поведение приводит к подрыву способности реальных или потенциальных соперников конкурировать, и такое поведение не будет успешным для предприятия, не занимающего доминирующего положения. Примером злоупотребления доминирующим положением могут служить действия, создающие барьеры для конкурентов, но не обеспечивающие потребителям преимуществ, компенсирующих вред от таких барьеров. При оценке поведения доминирующих предприятий важно

учитывать, является ли рассматриваемое поведение конкуренцией по существу, т. е. поведением, которое просто снижает затраты доминирующего предприятия или расширяет его возможности обслуживать клиентов и, таким образом, вредит конкурентам. Однако некоторые юрисдикции расширяют определение злоупотребления доминирующим положением, чтобы защитить более мелких и менее эффективных конкурентов от исключения более эффективными доминирующими фирмами.

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 такого рода поведению может быть отнесен весь диапазон стратегий фирм, 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 необязательно 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. Наконец, в зависимости от юрисдикции, в которой они имеют место, в отношении различных злоупотреблений будет действовать более сильная или более слабая презумпция антиконкурентных последствий на основе соответствующего прецедентного права, законодательных норм и принятых экономических допущений.

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). Судебные органы опираются на экономическую теорию, эмпирические данные, опыт и оценку издержек при определении того, оправдывают ли антиконкурентные последствия поведения доминирующего предприятия признания противоправности такого поведения. Ряд режимов, установленных законами о конкуренции, традиционно предусматривают применение формального подхода, согласно которому орган по вопросам конкуренции должен оценивать, соответствует ли рассматриваемое поведение одному из предусмотренных в законодательстве примеров поведения, квалифицируемого как злоупотребление, без проведения всесторонней экономической оценки.

14. В большинстве юрисдикций антиконкурентное поведение доминирующего предприятия по крайней мере может избежать признания противоправности на том основании, что оно способствует эффективности. Однако после того, как антиконкурентные последствия будут продемонстрированы, бремя представления подтверждений и доказывания того, что поведение способствует конкуренции, ложится на доминирующее предприятие. Поведение, в некоторой степени способствующее конкуренции, должно, как правило, быть наименее неблагоприятным с точки зрения конкуренции выбором, имеющимся у доминирующего предприятия, и часто будет нацелено на учет некоторых конкретных предпочтений или решение некоторых конкретных проблем, с которыми сталкиваются клиенты доминирующего предприятия.

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

15. Одна из наиболее распространенных форм хищнического поведения — хищническое ценообразование, под которым обычно понимается установление низких цен доминирующим предприятием в краткосрочной перспективе, когда такие низкие цены создают риск повышения цен в долгосрочной перспективе. Если в большинстве юрисдикций требуется, чтобы доминирующая компания устанавливала цены ниже некоторых соответствующих затрат, то в других требуется только установление компанией стратегически низких цен для устранения своих конкурентов. Хищническое ценообразование может быть попыткой вытеснить конкурирующие предприятия из бизнеса с намерением сохранить или укрепить доминирующее положение. 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.

16. Поскольку низкие цены обычно приносят пользу потребителям, а потребители, как правило, страдают только тогда, когда доминирующее предприятие позже устанавливает сверхконкурентные цены, юрисдикции могут быть несклонны признавать ценообразование хищническим. В зависимости от структуры своих рынков юрисдикции должны уравнивать плюсы и минусы агрессивного установления низких цен. Развивающиеся страны, как правило, более склонны признавать противоправной практику хищнического установления цен, поскольку рынки этих стран могут быть более концентрированными, барьеры для выхода на них часто высоки, а 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. Оценка того, следует ли считать определенную стратегию ценообразования «хищнической», по своей сути является сложной задачей, поскольку цены должны считаться «слишком низкими» по отношению к определенному эталону. Эталон, выбранный почти каждым правовым режимом, является некоторой суммой издержек доминирующего предприятия — в некоторых юрисдикциях вместо этого цены сопоставляются с некоторой нормальной или обычной стоимостью. Другая проблема — выбор того, какие из затрат доминирующего предприятия должны измеряться; средние переменные издержки (совокупные переменные издержки, деленные на число единиц продукции) служат наиболее часто используемым показателем, но истцы — правоприменители и правоприменительные органы не представляют одинаковых показателем стоимости во всех делах. Критерий себестоимости с использованием средних совокупных издержек (совокупных издержек, деленных на число единиц продукции) также распространен и часто используется в дополнение к критерию средних переменных издержек.

18. Как правило, критерий издержек полезен из-за его способности фиксировать два момента. Во-первых, критерий себестоимости показывает, готово ли доминирующее предприятие пожертвовать своей прибылью в краткосрочной перспективе. Такое поведение имеет смысл только в том случае, если оно усиливает или доминирующее предприятие считает, что оно усилит его экономическое влияние в ущерб конкуренции. Во-вторых, критерий себестоимости может показать, препятствует ли поведение доминирующего предприятия конкуренции даже со стороны столь же эффективного конкурента. Идея столь же эффективного конкурента подчеркивает имеющуюся идею о том, что снижение цен, наносящее вред конкурентам, не должно быть предметом проверки правоприменительными органами, если страдают только менее эффективные конкуренты. Однако некоторые юрисдикции выделяют конкурентов, которые «еще не столь эффективны» или

«в разумной степени эффективны»; привлечение идеи столь же эффективного конкурента приведет к недостаточному правоприменению в тех юрисдикциях, которые готовы отказаться от краткосрочных потребительских выгод от более низких цен в надежде, что менее эффективные фирмы станут столь же эффективны в будущем.

19. Чтобы определить, существует ли злоупотребление доминирующим положением в результате хищнического ценообразования, некоторые юрисдикции требуют, чтобы ответчик имел разумную перспективу или сопряженную с риском возможность возмещения затрат, которые он понес при установлении цен ниже себестоимости. Без окупаемости практика снижения цен может фактически повысить благосостояние потребителей (см. *Brooke Group Ltd. v. Brown and Williamson Tobacco Corp.*, 509 US209 (1993)). Другие юрисдикции считают, что разумная перспектива или связанная с риском вероятность окупаемости не будут основанием признания стратегии ценообразования хищнической. Достаточно установления доминирующей фирмой цен на уровне ниже определенной суммы издержек.

20. Хищническое поведение не ограничивается лишь ценообразованием. Как хищническое поведение могут рассматриваться другие средства, такие как чрезмерное инвестирование в способность исключить конкуренцию или приобретение ресурсов для увеличения издержек 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 статьи 46, пункт 1AAA, австралийского Закона о конкуренции и защите прав потребителей 2010 года: 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 убытки, связанные с поставкой таких товаров или услуг.

Пункт 1AA гласит следующее: корпорация, на которую приходится значительная часть рынка, не должна в течение длительного времени поставлять или предлагать к поставке товары или услуги по ценам ниже себестоимости поставки таких товаров или услуг в целях следующего:

- a) устранения конкурента или юридического лица, связанного с этой корпорацией, на данном или любом другом рынке или причинения существенного ущерба его интересам; или
- b) недопущения выхода того или иного лица на данный или любой другой рынок; или
- c) недопущения того, чтобы то или иное лицо занималось конкурирующей деятельностью на данном или любом другом рынке, или создания препятствий для этого.

Китай Статья 17 Антимонопольного закона Китая от 30 августа 2007 года запрещает доминирующему предприятию продавать товары по ценам ниже себестоимости без уважительной причины, а также продавать товары по неоправданно высоким ценам или покупать их по неоправданно низким ценам. Статья 17 также запрещает доминирующим

 Регион/страна

	предприятиям отказываться от торговли с контрагентами без каких-либо законных 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	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 неправомерных 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.
Германия	Пункт 19 Закона о борьбе с ограничением конкуренции Германии устанавливает более общие запреты на действия доминирующих предприятий, которые можно квалифицировать как хищническое поведение. Во-первых, предприятию, занимающему доминирующее положение, запрещается прямо или косвенно несправедливым образом создавать препятствия для другого предприятия или относиться к другому предприятию иначе, чем к другим, в отсутствие каких-либо объективных оснований. Предприятию также запрещается требовать менее благоприятных условий оплаты или других коммерческих условий по сравнению с условиями, которые доминирующее предприятие требует от аналогичных покупателей на сопоставимых рынках, если только для этого не имеется объективных оснований. Судя по формулировке закона, неясно, будет ли понижающее ценовое давление со стороны конкурирующих фирм на одном, а не на другом рынке представлять собой объективное обоснование ценовых различий.
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 выходу на рынок.

 Регион/страна

Польша

В статье 9 Закона Польши о конкуренции и защите потребителей (2007 год) прямо перечислено семь возможных способов злоупотребления предприятием (предприятиями) своим доминирующим положением, в том числе путем прямого или косвенного установления несправедливых цен, в том числе установление завышенных цен или хищническое ценообразование, длительные сроки оплаты или другие условия торговли⁸.

Российская Федерация

Статья 7 Федерального закона «О защите конкуренции» (с поправками 2015 года) запрещает установление монопольно низких цен товара. Монопольно низкой ценой товара является цена, установленная занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом, если эта цена ниже суммы необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли и ниже цены, которая сформировалась в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке, при наличии такого рынка на территории Российской Федерации или за ее пределами, в том числе установленная:

1. путем снижения ранее установленной цены товара, если при этом выполняются в совокупности следующие условия:
 - a) расходы, необходимые для производства и реализации товара, остались неизменными или их изменение не соответствует изменению цены товара;
 - b) состав продавцов или покупателей товара остался неизменным либо изменение состава продавцов или покупателей товара является незначительным;
 - c) условия обращения товара на товарном рынке, в том числе обусловленные мерами государственного регулирования, включая налогообложение, тарифное регулирование, остались неизменными или их изменение несоразмерно изменению цены товара;
2. путем поддержания или неповышения ранее установленной цены товара, если при этом выполняются в совокупности следующие условия:
 - a) расходы, необходимые для производства и реализации товара, существенно возросли;
 - b) состав продавцов или покупателей товара обуславливает возможность изменения цены товара в сторону увеличения;
 - c) условия обращения товара на товарном рынке, в том числе обусловленные мерами государственного регулирования, включая налогообложение, тарифное регулирование, обеспечивают возможность изменения цены товара в сторону увеличения.

Латинская Америка

Бразилия

Подпункт XV пункта 3 статьи 36 Закона № 12.529 от 30 ноября 2011 года запрещает предприятию, занимающему доминирующее положение, реализовывать товары или услуги по ценам неоправданно ниже себестоимости. Ссылаясь на недавний судебный процесс с участием производителя лекарств «Джензайм», Административный совет по защите экономики Бразилии заявил, что цель антимонопольного законодательства состоит в создании конкурентного и сбалансированного рынка, на котором товары поставляются потребителям по самым низким ценам. Таким образом, он установит наличие нарушения хищнического

⁸ Poland, Act on Competition and Consumer Protection (16 February 2007), URL: http://www.polishlaw.com.pl/pdf/act12b_new.pdf.

Регион/страна

	<p>ценообразования только в том случае, если в поведении компании нет логики содействия конкуренции. Истцы в судебном разбирательстве с «Джензайм» не представили никаких доказательств того, что «Джензайм» установила цену ниже своих средних переменных затрат, или что «Джензайм» имела основания для практики хищнического ценообразования.</p>
Колумбия	<p>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.</p>
Перу	<p>В статье 10 перуанского Закона о конкуренции злоупотребление доминирующим положением определяется как злоупотребление, которое имеет место тогда, когда хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение на соответствующем рынке, использует такое положение для ненадлежащего ограничения конкуренции, которое было невозможно бы в отсутствие доминирующего положения хозяйствующего субъекта. Антимонопольный орган Перу, Национальный институт защиты свободной конкуренции и охраны интеллектуальной собственности (Индекопи), должен продемонстрировать, что подозрительное поведение вызывает или может вызвать антиконкурентные последствия, которые могут отрицательно повлиять на благосостояние потребителей, с упором на эффективность, а не на защиту менее эффективных фирм⁹.</p>
Северная Америка	
Канада	<p>Статья 78 Закона о конкуренции Канады дает определение «антиконкурентного действия», которое запрещено статьей 79 для фирмы, занимающей доминирующее положение. Пункт i) статьи 78 вводит в Законе запрет «продавать товары по цене ниже, чем стоимость приобретения, с целью устранения или корректирующего воздействия на конкурента». Определение, данное в статье, не является исчерпывающим, но перечисляет несколько форм хищнического поведения доминирующей фирмы.</p> <p>Бюро по конкуренции Канады приняло разъяснение злоупотребления доминирующим положением, устанавливающее: «Хищнические действия связаны с преднамеренным установлением фирмой цены на товар(ы) ниже соответствующей себестоимости для устранения, корректирующего воздействия или воспрепятствования выходу на рынок или расширения доли конкурента». Соответствующая сумма издержек подозреваемой фирмы не предоставляется.</p>
Соединенные Штаты	<p>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, 509US (1993);</p>

⁹ Organization for Economic Cooperation and Development, 2018, OECD-IDB Peer Reviews of Competition Law and Policy: Peru, URL: <https://www.oecd.org/daf/competition/PERU-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-2018.pdf>.

см. также *Cargill Inc. v. Monfort of Colorado Inc.*, 479 US104, 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 US574, 594 (1986)). Те же требования были распространены на понятие хищнических торгов, когда Верховный суд постановил, что «Уэйерхаузер», оператор лесопилки, может нести ответственность в соответствии с пунктом 2 Закона Шермана только в том случае, если истец сможет доказать, что «Уэйерхаузер» понес (или ожидал, что понесет) краткосрочные убытки в результате более высоких предложенных цен на древесину ольхи, и что у него имелась связанная с риском возможность возмещения убытка в результате установления более высоких цен на рынке готовой продукции (*Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 127 S. Ct. 1069, 1078 (2007)).

Министерство юстиции Соединенных Штатов подчеркивает, что «наряду с широким консенсусом в отношении того, что хищническое ценообразование может быть антиконкурентным, существует общее признание того, что... «антимонопольное законодательство действовало бы глупо, если бы оно запрещало снижение цен в любое время, когда фирма знала, что их снижение приведет к трудностям для любого конкурента или даже вынудит его уйти с рынка». Таким образом, Министерство юстиции признает, что двойные требования решения по делу «Брук групп» приносят необходимую строгость и порядок в законодательство о хищническом ценообразовании, делая вывод, что не существует надежного способа проведения различия между установлением хищнических цен, превышающих себестоимость, и законным предоставлением скидки. Поэтому оно считает, что установление цен выше себестоимости должно оставаться законным как таковое, независимо от монопольного положения фирмы. Министерство юстиции также считает, что установление цен выше средних совокупных издержек должно быть само по себе законным и что установление цен ниже средних совокупных издержек может быть экономически рациональным. В разъяснении Министерства юстиции признается растущий консенсус в отношении того, что лучший показатель для оценки заявлений о хищническом ценообразовании — средние предотвратимые затраты, поскольку те характеризуют расходы, которые были понесены, когда применялось хищническое ценообразование. По данным Министерства, средние предотвратимые затраты отражают отрицательный денежный поток от дополнительных продаж и таким образом могут отражать попытку исключить конкуренцию. Когда трудно оценить средние предотвратимые затраты, Министерство юстиции считает, что средние переменные затраты, как правило, являются следующей лучшей альтернативой (см. *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, chapter 4, Price predation, URL: <https://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-4>).

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;

21. 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.

22. 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)¹⁰.

23. 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).

24. 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.

¹⁰ O'Donoghue R and Padilla AJ, 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.

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 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.
Колумбия	Согласно статье 50 декрета № 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.
Перу	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) ¹¹ .
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; 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; iii) оказания услуг в связи с продажей товаров или услуг;

¹¹ Peru, Legislative Decree No. 1034 approving the Repression of Anticompetitive Conducts Law (24 June 2008), URL: <https://www.apeccp.org.tw/htdocs/doc/Peru/Competition/Legislative%20Decree%201034.pdf>.

Регион/страна

- 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.

Антимонопольные органы Соединенных Штатов признают, что ценовая дискриминация, как правило, является законной, поскольку она отражает разные затраты на работу с разными покупателями или попытку продавца уложиться в цену конкурента. Однако ценовая дискриминация может быть незаконной в соответствии с Законом Робинсона — Патмана при соблюдении следующих условий:

1. Данный продукт должен быть товаром и должен быть куплен, а не взят в аренду.
 2. Товары должны быть «одинакового сорта и качества».
 3. Дискриминационная стратегия ценообразования должна влечь за собой вероятность ущерба для конкуренции.
 4. Продажи обычно должны осуществляться в рамках торговли между штатами, т. е. через границы между ними.
-

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

25. 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.

26. Поддержание перепродажных цен также может быть достигнуто с помощью косвенных средств, например фиксированной торговой наценки, фиксированного уровня скидок или других действий, таких как угрозы, предупреждения и санкции.

27. 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), в которую не вносилось поправок в соответствии с Законом о конкуренции 2018 года, 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:

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

В случаях, когда вертикальное ограничение касается фирмы (или фирм), считающихся доминирующими согласно определению в пункте 7 Закона, ограничения на злоупотребления также могут применяться, но они рассматриваются в отдельной статье, касающейся злоупотребления доминирующим положением.

Общий рынок Востока и Юга Африки Комиссия по конкуренции Общего рынка Востока и Юга Африки (КОМЕСА) классифицирует поддержание перепродажных цен как вертикальные механизмы, которые наносят вред потребителям, поскольку предприятия, на которые распространяются ограничения в виде поддержания перепродажных цен, не могут эффективно реагировать на запросы потребителей и реально конкурировать с конкурентами и поэтому запрещены в соответствии с Положением о конкуренции КОМЕСА. Комиссия КОМЕСА по конкуренции исследовала ограничительную практику вертикального распределения, применяемую «Кока-Кола» и ее сбытовыми организациями. По итогам расследования стороны договорились исключить положение о поддержании цен из своих контрактов оптовой торговли (COMESA Competition Commission, Staff Paper No. 2018/12RR/08, Coca-Cola, 6 December 2018). Это решение подверглось критике за то, что в нем отсутствуют существенные детали в анализе предполагаемого поддержания перепродажных цен и не упоминается соответствующий правовой стандарт в соответствии с правилами КОМЕСА для оценки поддержания перепродажных цен¹².

¹² COMESA, 2019, COMESA guidelines on restrictive business practices, URL: https://www.comesacompetition.org/wp-content/uploads/2019/08/Final-Guidelines-on-RBP_May-2019.pdf; см. также URL: <https://www.comesacompetition.org/?p=2090>.

 Регион/страна

Азия

Китай Согласно статье 14 Антимонопольного закона Китая, запрещены любые из следующих соглашений между предприятиями и их контрагентами: установление цены на товары для перепродажи третьей стороне, ограничение минимальной цены на товары для перепродажи третьей стороне или другие монопольные соглашения, определяемые Антимонопольным органом при Государственном совете. Однако в статье 15 Антимонопольного закона содержится перечень обстоятельств, при которых соглашение, содержащее вертикальное ограничение, может быть освобождено от действия запрета в статье 14. Статьи 17–19 Антимонопольного закона также могут иметь отношение к оценке вертикальных ограничений, когда сторона занимает доминирующее положение на соответствующем рынке.

Верховный народный суд Китая недавно вынес решение по делу, касающемуся поддержания перепродажных цен, и пришел к выводу, что китайские органы по вопросам конкуренции не несут бремени доказывания антиконкурентного воздействия методов поддержания перепродажных цен компаниями.

Индия В соответствии с Законом о конкуренции, принятым в 2002 году, соглашения о поддержании перепродажных цен, конкретно упомянутые как один из видов вертикальных соглашений, должны рассматриваться в соответствии с правилом разумности (статья 3 (4)). По-видимому, Закон касается поддержания фиксированных перепродажных цен, а не максимальных и минимальных перепродажных цен. В статье 4 (2) а) ii) Закона одностороннее установление цен при перепродаже включено в перечень видов злоупотреблений в соответствии с законодательством о злоупотреблении доминирующим положением¹³. В недавнем случае Управление по конкуренции Индии постановило, что поддержание перепродажных цен, включающее мониторинг максимально допустимого уровня скидки с помощью механизма контроля скидок и взимания штрафа за несоблюдение, равносильно необоснованному установлению вертикальных ограничений в нарушение статьи 3 (4) Закона (Competition Commission of India, Case No. 17/2017, Honda Motorcycle and Scooter, Decision, 14 March 2018)¹⁴.

Япония В соответствии с Законом о конкуренции Японии поддержание перепродажных цен запрещается как несправедливое ограничение продажной цены товаров другой стороной в соответствии с пунктом 12 «Обозначения недобросовестной торговой практики» (Fair Trade Commission Public Notice No. 15, 1982)¹⁵. Комиссия по добросовестной конкуренции Японии заявила в своих рекомендациях по системам распределения и деловой практике, что поддержание перепродажных цен считается «в принципе незаконным как недобросовестная торговая практика»¹⁶. Однако это положение допускает поддержание перепродажных цен при наличии «оправдывающих обстоятельств». Этот термин был истолкован Верховным судом ограничительно и не

¹³ India, 2002, The Competition Act 2002, URL: https://www.cci.gov.in/sites/default/files/cci_pdf/competitionact2012.pdf.

¹⁴ India, Competition Commission of India, Case No. 17 of 2017 – Honda Motorcycle and Scooter India Private Ltd. (см. URL: <https://www.cci.gov.in/sites/default/files/Case%20No.17%20of%202017.pdf>).

¹⁵ Japan, Fair Trade Commission, 1982, Designation of Unfair Trade Practices, Public Notice No. 15 of 18 June 1982 (см. URL: https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/unfairtradepractices.html).

¹⁶ Japan, Fair Trade Commission, 2017, Guidelines concerning distribution systems and Business Practices under the Antimonopoly Act (английский перевод; см. URL: https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/DistributionSystemsAndBusinessPractices.pdf).

Регион/страна

	<p>был удовлетворен «лишь потому, что предпринимателю необходимо или разумно установить ограничительный срок» (иск, поданный «Мейдзи Содзи Ко., Лтд.», добивавшейся отмены решения Комиссии по добросовестной конкуренции Японии от 11 июля 1975 года)¹⁷.</p>
Турция	<p>Согласно Закону о конкуренции Турции, поддержание минимальных и фиксированных перепродажных цен прямо запрещено Коммюнике о вертикальных соглашениях, если вертикальные соглашения должны пользоваться этим блочным освобождением. В своей практике принятия решений Управление по конкуренции Турции сочло достаточным в более ранних случаях рассмотреть цель или последствия соглашений о поддержании перепродажных цен, запрещающих поддержание перепродажных цен (Dogus Automotive/Volkswagen; WB Company; Efes). В более поздних случаях Управление по конкуренции также в значительной степени принимало во внимание структуру рынка, такую как конкуренция между брендами и внутри бренда или выгода для потребителей (Kütas Tekanne, Vira).</p>
Европа	
Европейский союз	<p>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. 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 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 льгот).</p> <p>В соответствии с постановлением 330/2010 основные принципы, регулирующие вертикальный контроль над ценами, можно описать, с одной стороны, как жесткое ограничение искусственного установления фиксированных или минимальных перепродажных цен, а с другой стороны, как автоматическое исключение в рамках параметров блочного исключения для установления максимальных перепродажных цен или выдачи рекомендаций по ценам (статья 4 а) блочного исключения для определенных категорий вертикальных соглашений). Поддержание перепродажных цен, являющееся жестким ограничением, включает опровержимую презумпцию того, что условия статьи 101 (3) Договора о функционировании Европейского союза не выполняются. Тем не менее в самих директивах Европейской комиссии о вертикальных ограничениях приводятся примеры случаев, когда практика вертикального контроля над ценами может соответствовать четырем совокупным условиям статьи 101 (3) Договора о функционировании Европейского союза и, таким образом, вызывает некоторую напряженность в свете связи между поддержанием перепродажных цен и статьей 101 (3) Договора.</p>

¹⁷ См. Organization for Economic Cooperation and Development, 2008, Round table on resale price maintenance, Note by Japan, DAF/COMP/WD(2008)56, URL: https://www.jftc.go.jp/en/int_relations/oced_files/RESALEPRICEMAINTENANCE.pdf.

Регион/страна

Швеция	Согласно шведскому Закону о конкуренции, разделы 1 и 2 главы 2 и раздел 7 главы 2 соответствуют статьям 101 (1) и 101 (3) Договора о функционировании Европейского союза, а также статье 102 Договора о функционировании Европейского союза и затрагивают вертикальные соглашения. Шведское законодательство о конкуренции четко регулируется законодательством о конкуренции Европейского союза, как указано в подготовительных материалах к Закону о конкуренции. Однако Закон в целом не запрещает поддержания перепродажных цен, и не содержит четкого определения вертикальных ограничений. Любое соглашение или согласованная практика между предприятиями, действующими на разных уровнях торговли, которые ограничивают конкуренцию, могут быть им охвачены.
Германия	Согласно закону о конкуренции Германии в отношении поддержания перепродажных цен действует общий запрет. Поддержание перепродажных цен подпадает под определение соглашений в соответствии с пунктом 1 Законов о борьбе с ограничением конкуренции. Тем не менее пункт 2 Законов о борьбе с ограничением конкуренции допускает исключение в случае оправдания эффективности в интересах потребителя. Пункт 30 Законов о борьбе с ограничением конкуренции также предусматривает освобождение от общего запрета поддержания перепродажных цен на книги, газеты и журналы. Что касается определения поддержания перепродажных цен, то в прошлом варианте пункта 14 Законов о борьбе с ограничением конкуренции было установлено, что поддержания перепродажных цен представляет собой «соглашения между предприятиями, которые [...] ограничивают контрагента в его свободе определять цены [...] в договорах, которые он заключает с третьими сторонами в отношении поставленных товаров, других товаров или коммерческих услуг».
Польша	В соответствии с Законом Польши о конкуренции и защите потребителей, поддержание перепродажных цен запрещено, но освобождается от ответственности, если оно способствует техническому или экономическому прогрессу, а потребитель получает справедливую долю выгод, создаваемых соглашением ¹⁸ . Однако режим поддержания перепродажных цен в соответствии с законодательством о конкуренции является предметом дискуссий, и дискуссии о положительных сторонах поддержания перепродажных цен внимательно изучаются польским антимонопольным органом (Управление по конкуренции и защите потребителей) ¹⁹ .
Латинская Америка	
Бразилия	Бразильский Закон о конкуренции № 12.529 от 30 ноября 2011 года, статья 36, служит основой оценки вертикальных ограничений, под которыми здесь понимается любое антиконкурентное поведение кроме слияний. В статье 36 (3) приводится неисчерпывающий перечень действий, которые могут представлять собой антиконкурентную практику. Среди них потенциально антиконкурентные вертикальные соглашения, включая методы поддержания перепродажных цен. Согласно приложению I к Постановлению Административного совета экономической защиты (АСЭЗ) № 20/99, вертикальные ограничения, такие как поддержание перепродажных цен, обычно требуют наличия

¹⁸ Act of 16 February 2007 on Competition and Consumer Protection.

¹⁹ Organization for Economic Cooperation and Development, 2008, Round table on resale price maintenance, Note by Poland, DAF/COMP/WD(2008)59, URL: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2008\)59&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2008)59&docLanguage=En).

рыночного влияния на рынке происхождения (оно презюмируется, когда компания контролирует 20 % или более соответствующего рынка). В приложении I также устанавливается, что такая практика должна оцениваться в соответствии с правилом разумности, поскольку от властей требуется сбалансировать последствия, содействующие и препятствующие конкуренции. Однако в недавнем деле о поддержании перепродажных цен бразильский антимонопольный орган, по-видимому, отошел от подхода, основанного на принципе разумности, в отношении поддержания перепродажных цен, посчитав практику поддержания перепродажных цен незаконной, если ответчики не могут доказать выигрыш в эффективности. Нарушение было обнаружено независимо от продолжительности практики или от того, соблюдали ли дистрибьюторы минимальные цены при перепродаже (SKF, Administrative Proceeding 08012.001271/2001-44).

Мексика

В соответствии со статьей 10, Индекс II Федерального закона об экономической конкуренции Мексики, поддержание перепродажных цен, как и все другие вертикальные ограничения, является монополистической практикой, подчиняющейся принципу разумности, и определяется как «установление цен или других условий, которых должны соблюдать оптовое сбытовое предприятие или поставщик при реализации или оптовом сбыте товаров или предоставлении услуг»²⁰.

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; или с) обладают эксклюзивными правами или привилегиями, вытекающими из патентов, товарных знаков, авторских прав или прав на зарегистрированные промышленные образцы или зарегистрированные топологии интегральных схем.

Соединенные Штаты

Первоначально Верховный суд Соединенных Штатов постановил, что практика поддержания как максимальных, так и минимальных перепродажных цен незаконна сама по себе в соответствии со статьей 1 Закона Шермана (Albrecht, Dr. Miles), если существует действительное соглашение, требующее от оптовика соблюдения определенных цен (см. *Business Electronics Corporation v. Sharp Electronics Corporation*, 485 US 717, 720, 724 (1988)). Однако в 2007 году Верховный суд отошел от практики признания незаконности практики поддержания перепродажных цен как таковой и стал использовать анализ на основе правила разумности (см. *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc. dba Kay's Kloset*, 551 U.S. 877 (2007)). Верховный суд счел, что это правило само по себе неуместно, не увидев оснований для вывода о том, что поддержание перепродажных цен всегда или почти всегда имеет тенденцию ограничивать конкуренцию или снижать объем

²⁰ Organization for Economic Cooperation and Development, 2004, Competition Law and Policy in Mexico: An OECD Peer Review, URL: <https://www.oecd.org/mexico/31430869.pdf>.

Регион/страна

производства, или что поддержание перепродажных цен явно антиконкурентно. В решении по делу «Лиджин» предложено три фактора, которые следует учитывать в делах о поддержании перепродажных цен. Во-первых, число производителей, использующих поддержание перепродажных цен. Во-вторых, чья была инициатива поддержания перепродажных цен — производителей или розничных торговцев, и, наконец, имеет ли участвующий производитель или розничный торговец влияние на рынке.

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;

28. 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 владельцем прав интеллектуальной собственности (ПИС) или с его согласия на одном рынке, а затем импортируются на другой рынок без разрешения местного владельца таких прав. Обычно таким владельцем 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 закамуфлировать «международное исчерпание прав» и предотвратить перекрестный импорт²¹.

29. 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

²¹ Такая практика лежала в основе решения Суда Европейского союза 3/78 (1978) ECR 1823. В иске компании «Центрафарм БВ» к компании «Америкэн хоум продактс корпорейшн» «Центрафарм» утверждала, что как параллельный импортер она имела право без какого-либо разрешения от «Америкэн хоум продактс корпорейшн» продавать в Нидерландах под товарным знаком «Seresta» некоторые лекарственные средства, поступившие от «Америкэн хоум продактс корпорейшн». Последняя предложила эти лекарственные средства для продажи в Соединенном Королевстве под названием «Serenid D». «Америкэн хоум продактс корпорейшн» утверждала, что были нарушены ее права интеллектуальной собственности, тогда как «Центрафарм» доказывала, что оба лекарственных средства были идентичными, и, таким образом, действие прав интеллектуальной собственности «Америкэн хоум продактс корпорейшн» 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.

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 может²². 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).

30. 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.

31. Противников запрещения параллельного импорта в большей степени заботит 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.

32. 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.

33. В свете роста цифровизации и электронной торговли проблемы, связанные с ограничениями параллельной торговли²³, переносятся в цифровую экономику, где аналогичные ограничения, такие как геоблокировка (практика электронных торговых площадок по ограничению продаж через границы по признаку гражданства, места жительства или места регистрации потребителей), создают препятствия для потребителей цифрового контента из других стран. В этой связи 27 февраля 2018 года Европейский союз принял постановление Европейского союза о геоблокировке, которое запрещает необоснованную географическую блокировку и другие формы дискриминации по признаку гражданства, места жительства или места регистрации клиентов (Постановление (ЕС) 2018/302).

²² См. K Maskus, 2001, Parallel imports in pharmaceuticals: Implications on competition and prices in developing countries, URL:https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/studies/pdf/ssa_maskus_pi.pdf, accessed 19 May 2015.

²³ Ограничения на параллельный импорт могут иметь место, когда поставщик товара, использующий эксклюзивную систему сбыта (физическую или цифровую), хочет усилить защиту своих эксклюзивных сбытовых агентов. В этих случаях конкуренция ограничивается, когда потребитель/покупатель хочет купить продукт в Интернете, но получает отказ в продаже из-за дискриминационных требований в отношении гражданства или места жительства или учреждения, которые оказывают негативное влияние на конкуренцию в продажах по Интернету в других странах без каких-либо обоснований.

Различные подходы в действующем законодательстве: ограничения в отношении импорта товаров

Регион/страна

Коста-Рика	<p>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). В 2013 году возникли некоторые трения между Управлением по конкуренции Коста-Рики и Министерством здравоохранения, которое ограничило параллельный импорт лекарств и обусловило их согласием патентообладателя. Оно обосновало эти меры тем, что они гарантируют хорошее качество продукции, а также предотвращают реализацию третьими сторонами без согласия патентообладателя. Однако Управление по конкуренции Коста-Рики обнаружило, что эти ограничения нарушают применимые правила, которые прямо разрешают параллельный импорт и ограничивают препятствия для выхода на рынок новых конкурентов и, таким образом, ограничивают конкуренцию на рынке²⁴.</p>
Европейский союз	<p>Определение параллельного импорта в Европейском законе о конкуренции включает торговлю товарами, которая осуществляется вне официальной системы, созданной конкретной фирмой. 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 «Дойче граммофон/Метро»²⁵:</p> <p style="padding-left: 40px;">«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».</p> <p>Ограничение параллельного импорта может нарушать статью 101 или статью 102 Договора о функционировании Европейского союза, если соответствующая фирма считается доминирующей. Европейские суды также постановили, что любое соглашение об ограничении параллельной торговли является злоупотреблением «по объекту», даже если вред для потребителя не продемонстрирован (GlaxoSmithKline C-501/06 P, C-513/06 P, C-519/06 P).</p>

²⁴ Organization for Economic Cooperation and Development, 2014, Competition Law and Policy in Costa Rica: A Peer Review, URL: <https://www.oecd.org/daf/competition/CostaRica-PeerReview2014en.pdf>.

²⁵ Court of Justice of the European Union, 78/70 (1971) ECR 487.

Регион/страна

Швейцария	Ограничение параллельного импорта может считаться незаконным территориальным ограничением согласно статье 5 (4) Швейцарского закона о картелях ²⁶ . В решении по делу «Габа интернэшнл АГ», «Гебро фарма ГмбХ» от 19 декабря 2013 года швейцарский суд постановил, что ограничение пассивных продаж представляет собой незаконное ограничение независимо от воздействия на конкуренцию в Швейцарии и независимо от доказательств определенного уровня интенсивности воздействия на конкуренцию ²⁷ .
Япония	Закон об интеллектуальной собственности Японии не запрещает и не санкционирует параллельный импорт. Однако в соответствии с антимонопольным законодательством воспрепятствование параллельному импорту само по себе является незаконным и не подчиняется правилу разумности ²⁸ . В Японии в ряде случаев принимались меры к пресечению недобросовестных действий по недопущению параллельного импорта фирменной фарфоровой посуды, пианино, мороженого и автомобилей.
Новая Зеландия	Закон об авторском праве 1998 года разрешает параллельный импорт в Новую Зеландию при определенных обстоятельствах ²⁹ . До 1998 года Закон об авторском праве 1994 года запрещал параллельный ввоз в Новую Зеландию всех товаров, защищенных авторским правом, за исключением товаров, импортируемых для использования для бытовых целей. Параллельный импорт копий, не нарушающих авторских прав, является законным при соблюдении условий, установленных статьей 12 (5А) Закона об авторском праве № 143 1994 года. Соответствующее положение этого закона гласит: «Предмет, который то или иное лицо импортирует или намеревается импортировать в Новую Зеландию, не считается незаконной копией по смыслу пункта 3) b), если: а) он был произведен владельцем соответствующего авторского или другого эквивалентного права интеллектуальной собственности в той стране, где он был произведен; или с его согласия; или б) 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 владельцем соответствующего авторского права (или любого другого эквивалентного права интеллектуальной собственности)

²⁶ Switzerland, Federal Act on Cartels and other Restraints of Competition (6 October 1995, status as of 1 December 2014), URL: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19950278/index.html>.

²⁷ Concurrences, 2013, Швейцарский федеральный административный суд оставил в силе штрафы, наложенные Антимонопольным ведомством на производителя и лицензиара зубной пасты, а также ее сбытового агента и лицензиата за запрет параллельного импорта из Австрии в Швейцарию (Gaba International), 19 декабря, URL: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/december-2013/The-Swiss-Federal-Administrative-64200>.

²⁸ Japan, Fair Trade Commission, 2017, revision, Guidelines concerning Distribution Systems and Business Practices under the Antimonopoly Act, URL: https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/DistributionSystemsAndBusinessPractices.pdf.

²⁹ New Zealand, Copyright Amendment Act 1998 (см. URL: <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1998/0020/latest/DLM426040.html>).

 Регион/страна

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	Раздел 34 (2) d) Закона о товарных знаках разрешает параллельный импорт и гласит, что зарегистрированный товарный знак не нарушается «импортом в Республику или распределением, продажей или предложением для продажи в Республике товаров, на которые его владельцем или с его согласия нанесен товарный знак». Согласно статье 56 (2) e) 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.
Зимбабве	Несанкционированный параллельный импорт в Зимбабве, как правило, разрешен. Согласно статье 24А Закона о патентах параллельный импорт разрешается, «если затраты на импорт соответствующего продукта меньше затрат на его покупку у обладателя патента» ³⁰ .

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;

34. 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

³⁰ World Intellectual Property Organization, 2014, Exceptions and limitations to patent rights: Exhaustion of patent rights (SCP/21/7), URL: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_21/scp_21_7.pdf.

коммерчески приемлемой стоимости. В таких случаях негативные последствия вытеснения конкурентов не могут перевешиваться позитивным эффектом в виде поощрения инвестиций и инноваций.

35. 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	Отказ вести дела, а также отказ в доступе к основным системам обеспечения считаются потенциальным нарушением антимонопольного законодательства в соответствии с пунктами 3, V и XI статьи 36 Закона № 12, 529/2011. Чтобы считаться нарушением антимонопольного законодательства, доступ к объекту должен рассматриваться как необходимый для выхода на рынок, а его воспроизведение должно быть либо невозможным, либо нецелесообразным. В ходе недавнего расследования в отношении «Тиссенкрупп» бразильский антимонопольный орган (АСЭЗ) обнаружил, что существует достаточное число альтернативных поставщиков, и предполагаемое поведение не является нарушением антимонопольного законодательства. Другие расследования отказа от ведения дел касаются финансового сектора, такого как предоставление услуг по кредитным картам (в отношении крупных финансовых учреждений в Бразилии) и других компаний по обработке платежей.
Китай	Согласно статье 17 (3) китайского Закона о борьбе с монополиями предприятие, занимающее доминирующее положение на рынке, злоупотребляет таким положением, если оно отказывается без достаточных на то причин вести дела с тем или иным контрагентом. В статье 4 Положений о доминировании Государственной администрации по промышленности и торговле и в статье 13 Положений о антиценовой монополии Национальной комиссии по развитию и реформам приводятся подробные примеры отказа вести дела.
Европейский союз	В своих директивах о приоритетах Европейской комиссии в области правоприменения при применении статьи 82 Договора о Европейской комиссии (ныне статьи 102 Договора о функционировании Европейского союза 2009/С 45/02) в отношении злоупотребления запретительными действиями со стороны доминирующих предприятий) Европейская комиссия рассматривает отказ от поставок как потенциальное злоупотребление. Согласно директиве, отказ в поставке включает отказ в поставке продукции клиентам, отказ в лицензировании прав интеллектуальной собственности или отказ в предоставлении доступа к важному объекту или сети. Комиссия рассматривает эту практику как приоритетную при наличии трех обстоятельств: 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.

Регион/страна

	<p>В недавнем решении Европейского общего суда (Slovak Telekom, a.s., v. European Commission, Case T-851/14, 13 December 2018) было принято решение, что для выявления отказа вести дела заключение о необходимости доступа потенциальных конкурентов для ведения своей хозяйственной деятельности не требуется, поскольку основная нормативная база в любом случае прямо признает необходимость доступа.</p>
Южная Африка	<p>Статья 8 b) Закона о конкуренции 1998 года (№ 89) запрещает отказ доминирующей фирмы в доступе к «существенным объектам», когда предоставление доступа экономически целесообразно. Согласно статье 1 vi) Закона о конкуренции, «существенные объекты» — это инфраструктура или ресурс, без которых конкурент не может разумно предоставлять товары или услуги своим клиентам.</p> <p>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. Что касается фактических антиконкурентных последствий поведения, представляющего собой злоупотребление, то в деле Nationwide Airlines (Pty) Ltd, Comair Ltd vs. South African Airways (Pty) Ltd, было установлено, что для возникновения злоупотребления не требуется доказательств фактического вреда потребителям и достаточно доказательств существенного или значительного исключения конкуренции, такого как закрытие рынка для конкуренции.</p>
Соединенные Штаты	<p>Закон о конкуренции Соединенных Штатов прямо не запрещает отказ от ведения дел, а Верховный суд Соединенных Штатов никогда прямо не принимал доктрину «существенных объектов». В рамках ограничений, установленных в решении по делу «Аспен скиинг», прекращение существующих деловых отношений может быть нарушением пункта 2 Закона Шермана, поскольку краткосрочная прибыль приносится в жертву для того, чтобы устранить конкурента с рынка в долгосрочной перспективе. Aspen Skiing Co v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585, 601 (1985). В 2004 году Верховный суд подчеркнул, что эта категория находится на внешних границах пункта 2, и подтвердил общее правило, согласно которому компании могут отказываться вести дела со своими конкурентами (Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP).</p>
Индия	<p>Статья 4 Закона Индии о конкуренции 2002 года содержит перечень действий, которые, когда они осуществляются доминирующим предприятием или группой, будут представлять собой злоупотребление доминирующим положением, и любое поведение доминирующей фирмы, которое соответствует признакам такого поведения, вероятно, будет запрещено, включая лимитирование или ограничение производства товаров или предоставления услуг и практику или виды практики, приводящие к отказу в доступе на рынок каким-либо образом³¹. С другой стороны, Комиссия по конкуренции Индии в своих разъяснениях к законодательству о конкуренции Индии указывает, что предприятия обычно имеют право по своему усмотрению выбирать,</p>

³¹ India, The Competition Act 2002, URL: https://www.cci.gov.in/sites/default/files/cci_pdf/competitionact2012.pdf.

Регион/страна

с кем вести дела. Однако, если этот выбор будет сделан в результате сговора с другим конкурентом, компанией или физическим лицом, он, вероятно, будут нарушать закон³². В недавнем случае Индийская комиссия по конкуренции решила расследовать неопровержимо презюмируемый и прямой отказ «Сони» и «Стар Индия» от сделок в сфере телевизионного вещания и сочла рыночное влияние необходимым для оценки (Competition Commission of India, Case No. 30/2017, Noida Software Technology Park/Star India/Sony Pictures Network India, 27 July 2018)³³.

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;

36. 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.

37. 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.

38. 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.

39. 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.

Различные подходы в действующем законодательстве: исключительное право на сбыт

Регион/страна

Европейский союз

В своих директивах по статье 102 Договора о функционировании Европейского союза Европейская комиссия использует термин «исключительное право на сбыт» для обозначения явных, а также косвенных эксклюзивных обязательств по закупке и условных скидок.

³² Global Compliance News, n/d, Antitrust and competition in India, URL: <https://globalcompliancencnews.com/antitrust-and-competition/antitrust-and-competition-in-india/>.

³³ Competition Commission of India, Case No. 30/2017, Noida Software Technology Park/Star India/Sony Pictures Network India, 27 July 2018, URL: <https://www.cci.gov.in/sites/default/files/Case%20No.%2030%20of%202017.pdf>.

	<p>Он далее расширяет концепцию исключительного права на сбыт до эксклюзивных поставок с основной проблемой конкуренции — прекращения закупки ключевых ресурсов у конкурирующих фирм. Согласно законодательству Европейского союза, исключительная сделка может быть злоупотреблением доминирующим положением согласно статье 102 Договора о функционировании Европейского союза, но также может быть незаконной в отсутствие доминирования в качестве антиконкурентного соглашения согласно статье 101 Договора о функционировании Европейского союза. Европейский суд постановил, что существует презумпция незаконности исключительного права на сбыт, когда поставщик имеет 50-процентную долю рынка. С другой стороны, блоковое исключение вертикальных ограничений обеспечивает безопасную зону, где соответствующие рыночные доли обеих сторон не превышают 30 %, а исключительное право действует не более пяти лет.</p>
Соединенные Штаты	<p>Суды Соединенных Штатов обычно рассматривают исключительное право на сбыт как вертикальные соглашения и, таким образом, на них распространяется правило разумного анализа (<i>Standard Stations v. United States</i>, 1949). В своем прецедентном решении по делу <i>Continental TV v. GTE Sylvania</i>, Верховный суд особо отметил, что влияние на рынок вертикальных неценовых внутрибрендовых ограничений было сложным из-за одновременного снижения внутрибрендовой конкуренции, с одной стороны, и усиления межбрендовой конкуренции — с другой³⁴.</p>
Китай	<p>Статья 17 китайского Закона о борьбе с монополиями устанавливает исчерпывающий перечень видов поведения, которые в отсутствие оправдания будут считаться злоупотреблением и, таким образом, запрещенными. К концу 2018 года, хотя никаких расследований в отношении отдельных неценовых вертикальных соглашений возбуждено не было, расследования злоупотреблений доминирующим положением были связаны с вертикальными соглашениями, в том числе с исключительным правом на сбыт. В автомобильной промышленности в настоящее время ведется мониторинг двух видов исключительного права на сбыт запасных частей, инициированных автопроизводителями, занимающими доминирующие позиции на вторичном рынке своих фирменных автомобилей, включая исключительные закупочные обязательства, налагаемые на авторизованных членов сети (т. е. ограничения на закупку из альтернативных источников) и исключительные обязательства по поставке, налагаемые на поставщиков запчастей, запрещая таким поставщикам продавать изделия с собственно торговой маркой непосредственно на вторичный рынок.</p>
Чили	<p>В соответствии с чилийским законодательством о конкуренции исключительное право на сбыт — это вертикальное ограничение, охватываемое общим принципом статьи 3 Декрета-закона № 211/1973, согласно которому любое действие или договор, которые препятствуют свободной конкуренции, сдерживают или ограничивают ее, имеют тенденцию создавать такие последствия, могут подлежать санкциям.</p>

³⁴ Об односторонних отказах вести дела см. *United States v. Colgate and Company*, Supreme Court of the United States, 1919, 250 US300, 39 S. Ct. 465, 53 1.Ed. 992, 7 A.L. R. 443. См. также *Eastman Kodak v. Image Technical Services Inc.*, 504 US451 (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).

 Регион/страна

Более того, исключительные вертикальные соглашения могут представлять собой инструменты злоупотребления доминирующим положением, поскольку любое договорное положение может быть истолковано как «злоупотребляющее», если оно направлено на создание неоправданных препятствия для выхода на рынок в целях создания или укрепления доминирующего положения. Соответственно, чилийский антимонопольный орган обнаружил, что положения об исключительном праве вести дела, подписанные доминирующими предприятиями, которые создают препятствия для выхода на рынок, будут считаться антиконкурентными (FNE v. CCU).

Республика Корея

Комиссия по добросовестной конкуренции Кореи обеспечивает соблюдение корейского закона о конкуренции в соответствии с Положением о монополиях и Законом о справедливой торговле, включая злоупотребление доминирующим положением. В этом контексте Комиссия по добросовестной конкуренции Кореи провела расследование, например в отношении «Гугл плэй», чтобы установить, имеет ли «Гугл» эксклюзивные отношения с разработчиками игр.

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

[...]

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;

40. 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 дистрибьютор 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 внутривидовой 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 внутривидовую конкуренцию могут не иметь отрицательных последствий или даже могут способствовать конкуренции, если на соответствующем рынке наблюдается значительная конкуренция между брендами.

41. 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.

42. 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.

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

44. 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.

Различные подходы в действующем законодательстве: распределение территорий и клиентов

Регион/страна

Европейский союз	Распределение территорий и клиентов обычно не разрешается в соответствии со статьей 4 b) правил о блоковом исключении вертикальных соглашений Европейской комиссии и Директивами о вертикальных ограничениях. Однако в Директивах о вертикальных ограничениях предусмотрены определенные исключения («белый список»), такие как системы выборочного сбыта.
Япония	В соответствии с публичным уведомлением Японской комиссии по добросовестной конкуренции «Обозначение недобросовестной торговой практики» торговля между предприятиями запрещена, если она основана на условиях, которые несправедливо ограничивают любую торговлю между сторонами. Это общее положение охватывает неоправданные ограничения, кроме поддержания перепродажных цен или исключительного права на продажу, например территориальные или клиентские ограничения. В своих руководящих принципах, касающихся систем распределения и деловой практики в соответствии с Антимонопольным законом, Комиссия по справедливой торговле дополнительно представила критерии законности распределения территорий или клиентов.

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.

45. 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 отдельную 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.

46. 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.

47. Когда сохраняются определенные экономические условия, продажа с принудительным ассортиментом теоретически может позволить фирме, доминирующей на одном рынке, использовать свою рыночную власть на другом рынке, уменьшая или устраняя конкуренцию на втором рынке и закрывая доступ новым фирмам.

48. В условиях цифровизации концепции связанных и пакетных продаж были изменены, поскольку они первоначально были разработаны для комбинированной продажи двух продуктов и теперь применяются в делах, связанных с цифровой экономикой, и включают такие виды практики, как интеграция программного обеспечения или приоритетное отображение при выдаче результатов поиска.

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. Чтобы установить факт незаконных связанных продаж, необходимо продемонстрировать антиконкурентные последствия или подтверждения фактического ущерба благополучию потребителей либо их результаты в плане перекрытия конкурирующим фирмам в значительных масштабах доступа к каналам снабжения или рынкам сбыта (Competition Commission v South African Airways (Pty) Ltd. 18/CR/Mar01) в отсутствие подтверждений технологических, дающих рост эффективности или других способствующих конкуренции преимуществ, перевешивающих антиконкурентные последствия такого поведения.

Азия

Китай Согласно статье 17 (5) китайского Закона о борьбе с монополиями бизнес-операторам, занимающим доминирующее положение на рынке,

 Регион/страна

запрещается злоупотреблять таким положением, и в частности прибегать к практике связанных продаж или необоснованного навязывания торговым партнерам тех или иных условий.

Индия

Согласно индийскому закону о конкуренции, связанные продажи представляют собой вертикальное соглашение, которое подлежит анализу на основе принципа разумности. Эта практика специально включена в перечень и может быть запрещена в соответствии с Законом о конкуренции в зависимости от их фактического или вероятного воздействия на условия конкуренции. Для оценки этих вероятных последствий Управление по конкуренции Индии учитывает факторы, перечисленные в статье 19 (3) Закона о конкуренции³⁵. Эти факторы включают, например, устранение существующих конкурентов с рынка, прекращения закупки ключевых ресурсов у конкурирующих фирм и повышение барьеров для выхода на рынок.

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 директивах Европейской комиссии по приоритетам при применении статьи 82 Договора об учреждении Европейского сообщества (ныне статьи 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. В 2018 году Европейская комиссия оштрафовала «Гугл» после трехлетнего расследования, в частности за участие в незаконных методах связанных и пакетных продаж. Действия «Гугл» включали незаконную связанную продажу приложений поиска и браузера «Гугл» (European Commission, Case AT.40099 – Google Android, 18 July 2018).

Латинская Америка

Бразилия

Статья 36 статьи 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 экономического порядка.

Аргентина

Статья 3 Антитрестовского закона Аргентины содержит исчерпывающий перечень видов практик, которые, если они соответствуют требованиям, изложенным в разделе 1 Антимонопольного закона, представляют собой незаконные действия. Согласно подпунктам f) и g) статьи 3 они включают условия, которые связывают продажу товаров с покупкой других товаров или с использованием услуги, а также условия, которые связывают

³⁵ India, The Competition Act 2002, URL: https://www.cci.gov.in/sites/default/files/cci_pdf/competitionact2012.pdf.

предоставление услуги с использованием другой услуги или покупкой товаров, а также условия, которые связывают покупку или продажу с обязательством не использовать, покупать, продавать или поставлять товары или услуги, производимые, перерабатываемые, реализуемые или коммерческим образом используемые третьими сторонами³⁶.

Северная Америка

Соединенные Штаты Верховный суд Соединенных Штатов определил договоренности о связанных продажах следующим образом: «Согласие стороны о продаже одного товара, но только при условии, что покупатель также приобретет другой (или связанный) товар или, по крайней мере, согласится, что он [/она] не будут покупать этот товар у любого другого поставщика» (Northern Pacific Railway Company v. United States, 356 US 1, 5–6 (1958)).

Такие соглашения считаются незаконными в тех случаях, когда продавец, пользуясь своим влиянием на рынке того или иного товара, вынуждают покупателей приобретать и другие товары³⁷. В соответствии со статьей 1 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 товара³⁸.

Верховный суд Соединенных Штатов в своем решении по делу «Госпиталь округа Джефферсон против Хайда» (466US, 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 решительного неприятия Судом связанных продаж 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 товара³⁹.

В деле «Джефферсон Пэриш Верховный суд» также повторил хорошо обоснованное положение о том, что «если правительство предоставило продавцу патент или аналогичную монополию на продукт, справедливо предположить, что невозможность купить продукт в другом месте дает продавцу рыночное влияние». Эта презумпция рыночного влияния, применимая в контексте антимонопольного законодательства, когда

³⁶ Argentina, National Commission for the Defence of Competition, 2018, Draft guidelines for the analysis of cases of the abuse of dominance, URL: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/traduccion_ingles_lineamientos_abuso_posicion_dominante.pdf.

³⁷ См. Northern Pacific Railway Company v. United States, 356 US1, 6 (1958); Times-Picayune Publishing Company v. United States, 345 US594, 605 (1953).

³⁸ Eastman Kodak Company v. Image Technical Services Inc., 504 US451, 461–62 (1992).

³⁹ См. Illinois Tool Works, Inc. v. Independent Ink, Inc., 547 US28, 34–35, 126 S. Ct. 1281, 1286, 164 L. Ed. 2d 26 (2006).

Регион/страна

продавец обусловливает продажу запатентованного товара (связывающего товара) покупкой второго товара (связанного продукта), имеет основу в судебной доктрине неправомерного использования патентов (см. United States v. Loew's Inc., 371 US38, 46 (1962)).

В деле «Майкрософт» Апелляционный суд Соединенных Штатов округа Колумбия объявил новое и разрешающее правило ответственности, которое отвергает доминирующее правило Верховного суда о незаконности как таковой связанной продажи из-за обеспокоенности суда динамическими последствиями, правило которые per se будет иметь для инноваций (United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 48 (D.C. Cir. 2001)).

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.

49. 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.

50. 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.

51. 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.

52. 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:

a) 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;

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

c) 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.

53. 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.
