

**ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ НАУЧНОЕ  
УЧРЕЖДЕНИЕ «ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ЦЕНТР ЧАСТНОГО ПРАВА  
ИМЕНИ С.С. АЛЕКСЕЕВА ПРИ ПРЕЗИДЕНТЕ РОССИЙСКОЙ  
ФЕДЕРАЦИИ»**

На правах рукописи

**БОРЗИЛО ЕВГЕНИЯ ЮРЬЕВНА**

**СИСТЕМА ПРАВОВЫХ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ОГРАНИЧЕНИЙ  
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ**

5.1.3

частно-правовые (цивилистические) науки (юридические науки)

Диссертация на соискание ученой степени  
доктора юридических наук

Москва - 2022

## ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ .....	4
ГЛАВА 1. ФОРМИРОВАНИЕ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ОГРАНИЧЕНИЙ. ХАРАКТЕРИСТИКИ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ОГРАНИЧЕНИЙ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ.....	17
§1. Формирование антимонопольных ограничений предпринимательской деятельности. Законодательство о конкуренции .....	17
§2. Основные характеристики антимонопольных ограничений и российского законодательства о конкуренции.....	38
§3. Базовые дефиниции, неразрывно связанные с антимонопольными ограничениями.....	59
ГЛАВА 2. ГОРИЗОНТАЛЬНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ И СОГЛАСОВАННЫЕ ДЕЙСТВИЯ.....	116
§1. Определение антиконкурентных горизонтальных соглашений и инструменты для их анализа. Картели.....	116
§ 2. Относительно антиконкурентные и допустимые горизонтальные соглашения.....	142
§3. Согласованные действия .....	156
ГЛАВА 3. СОГЛАШЕНИЯ МЕЖДУ НЕКОНКУРИРУЮЩИМИ ХОЗЯЙСТВУЮЩИМИ СУБЪЕКТАМИ. КООРДИНАЦИЯ .....	167
§1. Виды соглашений между неконкурирующими хозяйствующими субъектами .....	167
§2. Антиконкурентные соглашения .....	170
§3. Допустимые и относительно допустимые соглашения.....	176
§4. Антиконкурентная координация .....	195
ГЛАВА 4. ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ДОМИНИРУЮЩИМ ПОЛОЖЕНИЕМ ...	205
§1. Определения злоупотребления доминирующим положением и критерии его квалификации. Вопросы злоупотребления экономической зависимостью .....	205
§2. Отграничение злоупотребления доминирующим положением от обычной хозяйственной деятельности. Вопросы допустимости .....	229
§3. Классификация и анализ отдельных видов злоупотребления доминирующим положением.....	249
§ 4. Вопросы злоупотребления коллективным доминирующим положением .	281
ГЛАВА 5. АНТИМОНОПОЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ КОНЦЕНТРАЦИИ .....	287
§1. Понятие «экономическая концентрация» и его содержание.....	287
§2. Характеристики сделок экономической концентрации .....	296

§3. Факторы, определяющие результаты антимонопольного контроля .....	304
ЗАКЛЮЧЕНИЕ .....	321
БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК .....	323

## ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы. Конкуренция и монополии – неотъемлемые явления в любой экономике. Они являются логичным следствием существования торговли, а свободная торговля и конкуренция - основные двигатели рыночной экономики. Свободная конкуренция означает не только отсутствие жесткого государственного регулирования предпринимательской деятельности, но и отсутствие необоснованных ограничений со стороны тех участников рынка, которые сами могут влиять на конкуренцию и определять его функционирование.

Одной из важных задач любого государства является разработка правил конкуренции, установление пределов допустимого поведения на рынке, а также контроль их соблюдения в предпринимательской деятельности. Для этого необходимо четкое понимание системы антимонопольных ограничений, их содержания, характеристик, динамики их развития и трансформации. В его отсутствие создание нормативно-правовой базы, да и в целом системы регулирования невозможно. Достижение этого понимания – задача науки права. В текущих условиях тектонических сдвигов экономики наука права обязана обеспечивать устойчивое развитие предпринимательства в России с учетом и собственного опыта, и опыта зарубежных стран, который должен стать основой для разработки приемлемых для нас подходов регулирования конкуренции, но более не источником бездумного копирования.

Законодательство практически всех юрисдикций устанавливает пределы реализации гражданских прав в предпринимательской деятельности. В России такие ограничения содержатся, в частности, в Конституции Российской Федерации, Гражданском кодексе Российской Федерации и в значительной степени в Федеральном законе от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции». В процессе совершенствования состав нормативных правовых актов о конкуренции дополняется новыми федеральными законами, а сам Закон о защите конкуренции постоянно модифицируется. Множатся очередные

«антимонопольные пакеты», в которые включаются все новые антимонопольные ограничения. Однако результатом многочисленных законодательных изменений и практики применения закона так и не стало эффективное антимонопольное регулирование, при этом практика и арбитражных судов, и самих антимонопольных органов до сих пор отличается противоречивостью и нестабильностью. Причин тому, как представляется, две. Первая - это недостаточное понимание существа антимонопольных ограничений, их характеристик и критериев применения. Вторая – ошибочное восприятие законодательства о конкуренции как в основном административного, игнорирование его частноправовой природы, а поэтому использование неправильного метода правового регулирования: метода детализации и мультипликации формальных запретов.

Процесс эволюции права является постоянным, как и процесс эволюции экономики, однако первый не всегда следует за вторым. Поэтому не менее важной задачей государства является адаптация правовых норм и правил к изменяющейся экономической среде в сочетании с разумными способами понуждения хозяйствующих субъектов к соблюдению этих правил в предпринимательской деятельности. Однако адаптация невозможна без научных исследований того, как появились антимонопольные ограничения, а также - как с изменением экономических реалий они трансформируются, и какая трансформация в будущем является наиболее приемлемой для России.

Следовательно, в современных условиях целесообразно выявление, изучение и сравнительный анализ содержания основных антимонопольных ограничений в предпринимательской деятельности, как в России, так и в зарубежных правовых порядках. Такой анализ возможен благодаря единству экономической основы этих ограничений и, следовательно, схожести основных институтов антимонопольного законодательства, отличительной чертой которого является использование огромного количества экономических категорий и критериев оценки для целей правового определения пределов поведения хозяйствующего субъекта в предпринимательских отношениях,

квалификации его как добросовестного и потому - допустимого. С этой точки зрения термины «законодательство о конкуренции», «конкурентное законодательство» и «антимонопольное законодательство» для целей настоящей работы обозначают один и тот же состав нормативных правовых актов ограничивающих реализацию гражданских прав хозяйствующих субъектов в ходе предпринимательской деятельности.

Регулирование конкуренции в Российской Федерации не имеет собственной длительной истории. Российское законодательство о конкуренции не является преемником законодательства дореволюционного или советского периодов. Россия изначально идет по пути имплементации, а сегодня в основном копирования зарубежного опыта, методик и даже юридической техники. Результаты такого копирования зачастую неудовлетворительны, а с учетом текущей ситуации – даже опасны. Поэтому необходимо изучение основных антимонопольных ограничений, правовых проблем и способов их решения в различных правовых порядках для того, чтобы использовать зарубежный опыт наиболее эффективным образом.

В диссертационной работе рассматриваются имеющие экономическое содержание антимонопольные ограничения предпринимательской деятельности хозяйствующих субъектов в России и зарубежных правовых порядках (США, ЕС, европейские государства), предлагается их обновленная система, разрабатываются критерии отграничения обычной хозяйственной деятельности от недобросовестной антиконкурентной практики.

Теоретическая основа исследования и степень научной разработанности темы. В российской правовой науке проблемы антимонопольных правовых ограничений мало исследованы, поскольку регулирование конкуренции появилось в России относительно недавно.

Теоретическую основу настоящего диссертационного исследования составили труды специалистов:

в области правового регулирования конкуренции: Г.Е. Авилова, А.Н. Варламовой, Н.И. Клейн и др.;

в области общих проблем российского и зарубежного гражданского и обязательственного права: М.М. Агаркова, С.Н. Братуся, В.П. Грибанова, О.А. Жидкова, О.С. Иоффе, М.И. Кулагина, Д.И. Мейера, В.П. Мозолина, И.А. Покровского, О.Н. Садикова, Г.Ф. Шершеневича, Е.А. Флейшиц, Б.Б. Черепахина и др.

Экономический характер антимонопольных ограничений предопределил использование в работе трудов российских и зарубежных экономистов, таких, как С.Б. Авдашева, Р.С. Пиндайк, Д.Л. Рабинфельд, А.Б. Шаститко, J.S.Bain, D. Hildebrand.

Значительную часть работы составляет анализ трудов зарубежных специалистов в области регулирования конкуренции, в том числе: Ph. Areeda, Y. Auguet, I. V. Bael, J.-F. Bellis, R. Bork, L. Davey, A. Decocq, G. Decocq, D. Ehle, T. Frazer, E. Gellhorn, D.G. Goyder, J.-Ph. Gunther, M. Holmes, H. Hovenkamp, K. N. Hylton, L. Idot, W. E. Kovacic, V. Korah, D. Maingui, M. Malaurie-Vignal, Ph. Matignon, J.M. Mousseron, A.D. Neale, R. Posner, D.M. Raybould, V. Selinsky, Y. Serra, D. W. Schenck, F. Souty, T. Sullivan, L. Sullivan, B. Surfin, D.F. Turner, L. Vogel, D. Voillemot, R. Wisk и др.

Эмпирической базой исследования являются нормативные правовые акты Российской Федерации, нормативные правовые акты зарубежных стран, решения российских административных и судебных органов власти, административных и судебных органов власти зарубежных стран и ЕС, статистические данные, публикации в СМИ и в сети «Интернет».

Объект исследования. Объектом исследования являются хозяйственные отношения между юридическими и физическими лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность - хозяйствующими субъектами - которые под влиянием имеющих экономическое содержание норм законодательства о конкуренции из осуществляемых в рамках закона могут трансформироваться в недопустимую антиконкурентную практику.

Предмет исследования. Предметом диссертационного исследования является система правовых норм, имеющих экономическое содержание и

направленных на ограничение прав хозяйствующих субъектов при осуществлении ими предпринимательской деятельности, их характеристики и целевое предназначение в различных правопорядках, а также трансформация подходов к антимонопольным ограничениям в целом.

Основная цель и задачи исследования. Целью работы является постановка и выявление теоретических и практических проблем законодательства о конкуренции, решение которых будет способствовать правильной идентификации и надлежащему применению антимонопольных ограничений предпринимательской деятельности в современных условиях, что позволит достичь эффективности правового регулирования конкуренции в России. В соответствии с указанной целью исследование направлено на решение следующих задач:

- определение содержания и классификация антимонопольных ограничений;
- установление содержания антиконкурентных соглашений и инструментов для их выявления и анализа;
- обоснование необходимости применения только одного ограничения применительно к коллективным действиям хозяйствующих субъектов – запрета антиконкурентного соглашения;
- определение содержания злоупотребления доминирующим положением, а также способов его отграничения от обычной хозяйственной деятельности;
- определение содержания экономической зависимости;
- определение мер, позволяющих обеспечить правовое равенство экономически неравных хозяйствующих субъектов, в том числе, в условиях отсутствия доминирующего положения, но наличия экономической зависимости;
- выявление содержания и характеристик сделок экономической концентрации, а также факторов, определяющих решение юрисдикционного органа об их разрешении.



Методологическая основа исследования. Исследование основывалось на общенаучных (диалектика, анализ и синтез, абстрагирование и конкретизация) и частнонаучных методах исследования: историко-правовом, сравнительно-правовом, формально-логическом, методе анализа документов. Поскольку исследование носит комплексный характер, ряд вопросов решен как междисциплинарный, т.е. на стыке права и экономики.

Научная новизна исследования заключается в том, что впервые проведен комплексный анализ антимонопольных правовых ограничений предпринимательской деятельности, которое учитывает их частноправовой характер, экономические свойства отношений конкуренции, современные тенденции развития права и экономики, доктрины и правоприменительной практики, позволяющее сформулировать новую концепцию эффективных антимонопольных ограничений.

**На защиту выносятся следующие основные положения.**

1. Доказано, что современное российское законодательство о конкуренции построено на презумпции тотальной недобросовестности хозяйствующих субъектов, такой же подход демонстрирует и правоприменение. В результате предприниматель, добросовестно реализующий право на свободу экономической деятельности, необоснованно поставлен в положение оправдывающегося лица. Используя данную парадигму, отечественный правопорядок конфликтует не только с признанным в частном праве принципом добросовестности, но и с основными постулатами рыночной экономики.

2. Обосновано, что необходимые и достаточные антимонопольные ограничения автономии воли хозяйствующих субъектов должны вводиться законодателем для достижения двух основных целей: создания четких и понятных правил осуществления предпринимательской деятельности, что позволит добросовестному хозяйствующему субъекту осуществлять текущую и планировать будущую экономическую деятельность, а также для поддержки и развития конкуренции.

Такие ограничения создают специальные пределы осуществления гражданских прав участниками оборота в ходе предпринимательской деятельности. Выход за установленные пределы трансформирует обычную предпринимательскую деятельность, пусть и не противоречащую иным положениям гражданского законодательства, в недобросовестную антиконкурентную практику.

Доказано, что в борьбе с недобросовестностью участников рынка в России законодателем создан хаотичный набор зачастую дублирующих друг друга правовых антимонопольных ограничений, не имеющих под собой ни экономического, ни правового основания. Такой подход способствует необоснованному вмешательству государства в экономическую деятельность, не соответствует принципу правовой определенности, социально-экономическим потребностям предпринимательства, а также препятствует развитию экономики России, поэтому правовой системе следует от него отказаться.

3. Предложена классификация антимонопольных ограничений, основанная на принципе необходимости и достаточности их минимального количества.

Следует выделять ограничения для коллективных действий (запрет антиконкурентных соглашений) и для индивидуальных действий (запрет злоупотребления доминирующим положением, злоупотребления экономической зависимостью).

С позиции степени запретов антимонопольные ограничения можно разделить на абсолютные, т.е. не требующие анализа последствий и установления их негативного эффекта, и относительные, применить которые юрисдикционный орган не может без анализа разумности и обоснованности действий хозяйствующего субъекта.

По критерию сферы действия антимонопольные ограничения могут быть классифицированы на общие, т.е. ограничивающие права хозяйствующих субъектов в ходе осуществления ими обычной предпринимательской деятельности, и специальные, т.е. ограничивающие их права при совершении

отдельных сделок, оказывающих влияние на конкуренцию (сделки экономической концентрации).

4. Доказано, что запрет антиконкурентных соглашений должен стать единственным антимонопольным ограничением для коллективных действий хозяйствующих субъектов.

По российскому праву одни и те же коллективные действия конкурентов в настоящее время могут получить одновременно несколько различных антимонопольных квалификаций: антиконкурентное соглашение, антиконкурентные согласованные действия или злоупотребление коллективным доминирующим положением. Такой подход не соответствует принципам правовой определенности и соразмерности негативных правовых последствий допущенному нарушению.

4.1. Не обоснованные объективными рыночными факторами синхронные действия хозяйствующих субъектов-конкурентов, направленные на достижение взаимовыгодных результатов, возможные благодаря обмену информацией между хозяйствующими субъектами и скоординированному следованию ими общей стратегии поведения на рынке, формируют договоренность, т.е. соглашение этих лиц, что лишает правоприменителя права квалифицировать такие действия в качестве «согласованных действий». В российском правовом порядке институт антиконкурентных «согласованных действий» по своему содержанию дублирует институт антиконкурентных соглашений, что усложняет правоприменение и конфликтует с принципом правовой определенности.

4.2. Квалификация действий хозяйствующих субъектов в качестве злоупотребления коллективным доминирующим положением требует наличия синхронных идентичных действий конкурентов в условиях информационной прозрачности, что тоже возможно только в результате соглашения между ними. Критерии доли и труднодоступности рынка, применяемые при выявлении злоупотребления коллективным доминирующим положением, сами по себе не изменяют правовую квалификацию действий хозяйствующих субъектов, если

они свидетельствуют о наличии соглашения. Институт коллективного доминирующего положения должен использоваться исключительно в соответствии с его изначальным назначением – для анализа последствий сделок экономической концентрации. Подмена антиконкурентных соглашений злоупотреблением коллективным доминирующим положением, осуществляемая при квалификации деяний хозяйствующих субъектов, а также преследование за единоличное злоупотребление коллективным доминирующим положением недопустимы.

5. В рассмотренных в работе правовых порядках (США, право ЕС, европейские государства) в настоящее время применяются абсолютные запреты для некоторых антиконкурентных соглашений, в частности, абсолютный запрет картельных соглашений, представляющих собой договоренность об отказе конкурентов от конкуренции, результатом которой считается ограничение права потребителя как участника рынка на получение преимуществ от соперничества хозяйствующих субъектов.

Доказано, что признание таких соглашений во всех случаях абсолютно антиконкурентными без оценки разумности поведения их участников и последствий соглашений недопустимо, поскольку нарушает презумпцию добросовестности участников гражданского оборота, а также права и законные интересы хозяйствующих субъектов, в частности, их право самостоятельно избирать способ защиты от недобросовестных действий третьих лиц. Обосновано, что антимонопольные ограничения для любых соглашений должны быть только относительными.

6. Действующие существенные антимонопольные ограничения для «вертикальных» соглашений, т.е. соглашений между продавцами и покупателями, участники которых определяют предельное количество контрагентов продавца или покупателя (антимонопольная «эксклюзивность»), а также для соглашений об установлении для покупателя территории перепродажи товара, противоречат требованию эффективности запретов. Хозяйствующий субъект не должен быть ограничен в своем праве

лимитировать количество своих контрагентов, если это необходимо для его эффективной предпринимательской деятельности, в частности, в рамках систем селективной дистрибуции. Установление территории перепродажи товара, направленное на сохранение или устойчивое развитие дилерской сети, также не должно подпадать под антимонопольные ограничения.

7. Исследование механизмов «антиконкурентной координации» позволило сделать вывод о том, что действия, идентифицируемые в этом качестве, получают неправильную правовую квалификацию, а само ограничение в виде «антиконкурентной координации» является необоснованным и излишним.

Координируемые следуют указаниям координатора либо добровольно, либо вынужденно. В случае добровольного следования указаниям формируется соглашение, которое следует проверять на соответствие антимонопольному законодательству. Вынужденное следование экономически необоснованным указаниям координатора возможно только при наличии у него власти на рынке или власти над контрагентом, поэтому такие действия могут быть проверены только на предмет злоупотребления доминирующим положением либо злоупотребления экономической зависимостью контрагента.

8. Несмотря на преобладание в настоящее время подхода к определению доминирующего положения как проекции власти на рынке, которая позволяет ее обладателю действовать в значительной степени независимо от конкурентов и потребителя, посредством количественного критерия (доля на рынке), во всех случаях необходимо принимать во внимание также качественные характеристики, как самого рынка, так и хозяйствующего субъекта. Использование качественных характеристик наряду с количественными позволяет учитывать эластичность спроса, наличие барьеров входа на рынок, прочность хозяйственных связей между его участниками и потенциальную конкуренцию, а значит, и степень влияния хозяйствующего субъекта на рынок.

9. Обосновано, что злоупотреблением доминирующим положением должны признаваться только действия, неразрывно связанные с положением хозяйствующего субъекта на рынке. Именно свое положение на рынке

доминирующий хозяйствующий субъект использует для извлечения сверхприбыли и ущемления интересов слабой стороны в предпринимательских отношениях, а также для ограничения конкуренции. В отсутствие такой связи даже прямо поименованные в антимонопольном законодательстве действия не должны квалифицироваться как злоупотребление доминирующим положением, а подлежат оценке исключительно с позиций гражданского права.

10. Хозяйствующий субъект, намеренный использовать любую инфраструктуру другого хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, должен доказать, что 1) без ее использования его предпринимательская деятельность невозможна и 2) результатом использования станет не только извлечение им прибыли, но и возникновение потребительских благ. Приведенные тезисы составляют содержание доктрины «необходимого оборудования», которая является одним из правовых средств обеспечения экономического равенства участников гражданско-правовых отношений и позволяет, с одной стороны, отграничить злоупотребление доминирующим положением от разумной предпринимательской деятельности, а с другой - избежать «паразитизма» хозяйствующих субъектов. Соответствующие положения необходимо включить в российское антимонопольное законодательство.

11. Экономическая зависимость - необходимый для российского законодательства о конкуренции институт, использование которого в правоприменении направлено на достижение баланса интересов сильных и слабых участников рынка. В отличие от доминирующего положения экономическую зависимость всегда формирует совокупность только качественных критериев, в первую очередь, безальтернативность и являющиеся ее следствием дисбаланс в отношениях между сторонами правоотношений, а также потеря самостоятельности слабой стороны. В отличие от злоупотребления доминирующим положением экономическая зависимость формируется в отношении конкретных хозяйствующих субъектов, а не рынка в целом. Запрет злоупотребления экономической зависимостью должен

применяться к недобросовестным договорным практикам, что позволит пресекать антиконкурентные действия, находящиеся сегодня вне сферы классических антимонопольных ограничений предпринимательской деятельности.

12. В целях соблюдения принципа правовой определенности необходимо изменить национальный подход к определению факторов, влияющих на решение юрисдикционного органа о разрешении сделок экономической концентрации. Предлагается анализировать последствия сделки для выявления:

«одностороннего эффекта» - устранения ранее существовавших правовых и экономических ограничений для участника предпринимательской деятельности, в результате которого он получает конкурентные преимущества и возможность оказывать влияние на условия обращения товара;

«эффекта координации» - получения конкурентных преимуществ несколькими хозяйствующими субъектами, в результате которого увеличивается вероятность их последующего антиконкурентного соглашения.

Теоретическая значимость диссертационного исследования состоит в дополняющей науку предпринимательского права концепции системы правовых антимонопольных ограничений гражданских прав хозяйствующих субъектов в предпринимательской деятельности. Исследование может стать теоретической и методологической основой для дальнейшего развития цивилистической науки как области знаний о праве, экономике и отдельных явлениях хозяйственной деятельности.

Практическая значимость диссертационного исследования состоит в том, что предложенные диссертантом решения могут стать основанием для реформы и дальнейшего совершенствования российского антимонопольного законодательства, правоприменительной практики, а также торговых практик, применяемых участниками гражданского оборота.

Апробация и достоверность результатов исследования. Основные положения диссертации нашли отражение в 53 публикациях автора, 29 из

которых опубликованы в рецензируемых научных изданиях, рекомендованных ВАК.

Разработки реализованы автором в монографических исследованиях «Злоупотребление доминирующим положением: подход к проблеме в России и за рубежом» (М.: Статут, 2008) и «Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: научно-практическое руководство» (М.: Статут, 2014).

Выводы диссертационного исследования использованы в учебном процессе Федерального государственного бюджетного научного учреждения «Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации», где автором разработан курс «Антимонопольное регулирование», а также использованы при подготовке Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства».

Структура диссертации. Работа состоит из введения, 5 глав, заключения и библиографического списка.



# ГЛАВА 1. ФОРМИРОВАНИЕ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ОГРАНИЧЕНИЙ. ХАРАКТЕРИСТИКИ АНТИМОНОПОЛЬНЫХ ОГРАНИЧЕНИЙ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

## *§1. Формирование антимонопольных ограничений предпринимательской деятельности. Законодательство о конкуренции*

Изучение процесса формирования антимонопольных ограничений позволяет понять не только, как они изменялись под влиянием экономических трансформаций, но и определить их содержание и понять, какие перемены могут произойти в будущем.

Государство всегда стремилось контролировать торговлю и соблюдение установленных им правил конкуренции, предприниматели всегда стремились создать себе максимально комфортные условия и защититься от конкурентов. Эти функции контроля и защиты выполняют нормы законодательства о конкуренции, в значительной степени обязанные своей современной формой американскому антитрестовскому законодательству. Именно в США антимонопольные ограничения впервые были сформулированы в актуальной и сегодня форме, а американский подход к решению многих вопросов конкуренции был впоследствии заимствован европейским, а затем и российским правом.

«Act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies» или Sherman Act -Закон Шермана был принят 1890 г. Этот закон сформировал основу всей системы американского антитрестовского законодательства, а его принципы затем были развиты в европейском антимонопольном законодательстве.

Статья 1 Закона Шермана запрещает соглашения или объединения в форме треста или в какой-либо иной форме, тайные сговор и иные действия,

направленные на ограничение торговли между штатами и с иностранным государствами. Статья 2 запрещает монополизацию или попытки монополизации, а также сговоры с целью монополизации торговли между несколькими штатами или с иностранными государствами. Здесь отметим, что именно эта структура антимонопольных ограничений была в дальнейшем многократно повторена в законах о конкуренции многих юрисдикций, в том числе и в России.

Закон предоставил федеральным властям право разукрупнять крупные компании по решению суда. Однако в течение многих лет благодаря противодействию крупного бизнеса и откровенному лоббизму он применялся только «точечно». Существенные изменения принес только new deal президента Рузвельта. Американские юристы утверждают, что целями Закона Шермана в первую очередь являлась защита прав потребителей, упорядочение и повышение эффективности экономики<sup>1</sup>. Хотя следует отметить, что такое мнение будет в значительной степени верно для любого антимонопольного закона. Несмотря на то, что исторически американское антитрестовское законодательство возникло на фоне злоупотреблений крупных, в том числе, железнодорожных и нефтяных компаний, законодательство никогда не ставило своей целью борьбу с самим фактом существования крупного бизнеса.<sup>2</sup> Верховный Суд США еще в 1898 г. в решении по делу *US v. Joint Traffic Association* указал, что создание корпорации для осуществления предпринимательской деятельности никогда не связывалось понятием соглашения, направленного на ограничение торговли.<sup>3</sup> Поскольку в протоколах заседаний Конгресса США периода дискуссий о Законе Шермана содержится много тезисов в пользу свободного предпринимательства и ничем не ограниченной конкуренции, Р. Борк сделал вывод: целью Закона Шермана

---

<sup>1</sup> Sullivan Th., Hovenkmp H. Antitrust Law, Policy And Procedure: Cases, Materials, Problems. LexisNexis. 2004. P. 36

<sup>2</sup> Мозолин В.П. Корпорации, монополии и право США. М. 1966. С. 378

<sup>3</sup> Там же.

являлся рост благосостояния потребителей как категории участников рынка путем усовершенствования порядка распределения ресурсов.<sup>1</sup>

Принципиально иная ситуация существовала в Европе, где экономика, в отличие от США, до XIX века была в значительной степени связана цеховыми правилами, а рост промышленности и образование класса предпринимателей произошли достаточно поздно. Две мировые войны XX века, также не способствовали развитию законодательства о конкуренции, которое, по сути, началось только после 1945 года и, как представляется, под влиянием США, внесших свой вклад в экономическую реабилитацию послевоенной Европы.<sup>2</sup>

В период с 1945 по 1990 гг. были приняты европейские национальные антимонопольные законы, в том числе:

1957 г. - картельный закон в Германии (Kartell-gesetz), запрещающий антиконкурентные соглашения, злоупотребление доминирующим положением и уполномочивавший контролировать соблюдение антимонопольного законодательства Федеральное картельное ведомство.

1963 г. – испанский Ley de represión de prácticas restrictivas de la competencia 110/1963. Здесь нужно все же отметить, что закон был мало эффективен, поскольку не соответствовал экономическим реалиям испанской экономики и в 1989 году был заменен на новую версию.

1973 г. - британский Закон о честной торговле (Fair Trading Act), а в 1998 г. – Закон о конкуренции (Competition Act).

1986 г. - французский ордонанс № 86-1243 от 1 декабря 1986 о свободе цен и конкуренции.<sup>3</sup> Впоследствии массив норм конкурентного законодательства был перемещено во Французский торговый кодекс.

1990 г. – Итальянский закон № 287/1990 Norme per la tutela della concorrenza e del mercato. До принятия данного закона в Италии применялись

---

<sup>1</sup> Bork R. The Antitrust Paradox- NY: Basic Books, Inc, 1979 P. 58-61

<sup>2</sup> Более подробно о развитии послевоенного конкурентного законодательства Европы на примере Франции см. Борзило Е. Ю. Злоупотребление доминирующим положением: подход к проблеме в России и за рубежом. М. Статут, 2008. С.24-26.

<sup>3</sup> Ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. JO 9.12.1986, P. 14773

общие европейские нормы законодательства о конкуренции, а также положения гражданского законодательства о запрете недобросовестной конкуренции.

И, конечно, нельзя не упомянуть Римский договор об учреждении ЕЭС в 1957 г. Наиболее значимые изменения и дополнения вносились в Договор, в частности, Единым Европейским актом 1986 г., Маастрихтским договором 1992 г., Амстердамским Договором 1997 г., Лиссабонским договором 2007 г. В результате всех изменений Римский договор теперь носит наименование Договор о функционировании Европейского Союза - TFEU, как мы будем его именовать в дальнейшем в данной работе.<sup>1</sup>

Согласно ст. 101 TFEU запрещены как несовместимые с общим рынком любые соглашения между предприятиями, решения, принятые объединениями предприятий, и согласованные действия, которые могут воздействовать на торговлю между государствами-членами, предметом или результатом которых является предотвращение, ограничение или нарушение конкуренции в рамках общего рынка. В частности, запрещается:

- 1) фиксация цен и других условий торговли;
- 2) ограничение или контроль производства, рынков, технического развития или капиталовложений;
- 3) распределение рынков и источников снабжения;
- 4) применение неравных условий к равноценным сделкам с другими торговыми партнерами, что ставит их в невыгодные условия конкуренции;
- 5) связывание заключения договоров с принятием партнерами дополнительных обязательств, которые по своему характеру или в соответствии с торговой практикой не относятся к предмету договора.

Такие соглашения признаются ничтожными.

Статья 101 TFEU устанавливает изъятия из общего правила для соглашений, решений объединений предприятий и практик, которые

---

<sup>1</sup> Consolidated version of the treaty on the functioning of the European Union. 9.5.2008. OJ C 115/49

способствуют улучшению производства или распространения товаров или содействуют техническому или экономическому прогрессу, предоставляя потребителю справедливую долю получаемых от этого выгод и которые при этом:

- не налагают на предприятия такие ограничения, которые не являются необходимыми для достижения этих целей;
- не предоставляют этим предприятиям возможность ограждать от конкуренции существенную часть соответствующего товара.

Статья 102 TFEU устанавливает общий запрет на злоупотребление доминирующим положением на общем рынке или на его части как несовместимое с общим рынком в той мере, в которой может быть нанесен ущерб торговле между государствами-членами. Такие злоупотребления могут состоять, в частности, в:

- 1) навязывании, прямо или косвенно, несправедливых цен купли или продажи либо других несправедливых условий торговли;
- 2) применении неодинаковых условий к равноценным сделкам с другими торговыми партнерами, что ставит их в невыгодные условия конкуренции (дискриминация);
- 3) навязывании партнерам дополнительных обязательств, которые, по своему характеру или с учетом торговой марки не относятся к предмету этих договоров.

Как мы видим, базовая структура американских антимонопольных ограничений сохранена, однако есть некоторая детализация и определенные изъятия. Отметим, что первичное право ЕС определяет только общие основы регулирования конкурентных отношений в рамках ЕС, конкретные практические и теоретические вопросы разрешаются в рамках нормативных и ненормативных актов ЕС – регламенты, директивы, различные заключения и решения, указания и руководства. В контексте развития европейского законодательства о конкуренции необходимо упомянуть два таких документа. Первый - это Регламент № 1/2003 о правилах применения ст.ст. 81 и 82

договора о ЕС (сейчас, соответственно ст. ст. 101 и 102).<sup>1</sup> Регламент устанавливал прямое действие не только статей, поименованных в его названии, но и норм ЕС об исключениях, определял их применимость в национальных судах и подчеркивал необходимость единообразного правоприменения. Второй – так называемая Директива ECN+,<sup>2</sup> направленная на повышение эффективности национального антимонопольного правоприменения, и, как представляется, давшая старт росту индивидуальных поправок в до того относительно одинаковые тексты национальных законов о конкуренции. Директива способствует очень важному процессу в контексте эволюции европейского правоприменения: росту значимости национального законодательства и национального правоприменения в весьма общих рамках, заданных TFEU.

В контексте формирования европейского законодательства нельзя не упомянуть одну его интересную особенность: чередование процессов унификации и де-унификации. Изначально практически каждый европейский закон о конкуренции имел свои особенности, однако к началу 2000 годов по моим наблюдениям было достигнуто практически полное единообразие: формулировки антимонопольных ограничений, их содержание в национальных законодательствах были практически одинаковыми. Однако затем постепенно пошел обратный процесс и сегодня можно говорить о том, что общая основа сохранена, однако регулирование более не является идентичным. Например, в Германии, Франции и Бельгии существует институт запрета злоупотребления экономической зависимостью, Французский торговый кодекс отдельно от антимонопольных нарушений регулирует дискриминационные практики,

---

<sup>1</sup> Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L\\_.2003.001.01.0001.01.ENG&toc=OJ%3AL%3A2003%3A001%3ATOC](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2003.001.01.0001.01.ENG&toc=OJ%3AL%3A2003%3A001%3ATOC) (дата обращения - 13.06.2021).

<sup>2</sup> Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0001&from=EN> (дата обращения -13.06.2021)

Германия ввела так называемый «цифровой пакет» и т.д. Сегодня в Европе регулирование конкуренции более не осуществляется по одинаковым лекалам.

Почему нам так важны процессы становления зарубежных антимонопольных ограничений? Потому что в отличие от американского или европейского законодательства России о конкуренции не имеет длинной предыстории: оно появилось в конце XXв., и связано его появление с переходом России к рыночной экономике от административно-командной экономической системы.<sup>1</sup> Некоторые юристы усматривают определенные элементы антимонопольного законодательства в дореволюционном периоде, как и в советском.<sup>2</sup> Однако в силу исторических причин современное российское законодательство не является правопреемником ни одной из ранее существовавших в России правовых систем. Никакие уложения, действовавшие в дореволюционный период, не повлияли на современное антимонопольное законодательство, а «социалистическое соревнование» в условиях плановой экономики СССР ничего общего с рыночной конкуренцией не имеет. В создании собственного антимонопольного регулирования конкуренции Россия начинала с нуля в прямом смысле этого слова. В результате искусственного исторического разрыва вопросы ограничения действия принципа автономии воли, приемлемых торговых практик, допустимых или недопустимых с точки зрения законодательства о конкуренции коммерческих практик, вопросы оценки сделок экономической концентрации, а также масса других вопросов, которые зарубежное законодательство о конкуренции естественно решало по ходу развития экономики и права, в России до изменения экономической системы просто не возникали. Поэтому подходы к решению этих вопросов были заимствованы (и, к сожалению, продолжают заимствоваться), а первоочередной задачей стала демонополизация, разработка ограничений для естественных монополий, рыночная деятельность которых в этот период мало

---

<sup>1</sup> Клейн Н.И. Антимонопольное законодательство и законодательство о естественных монополиях. Проблемы применения и дальнейшего совершенствования. Право и экономика. 1998. № 1. С.3

<sup>2</sup> Правовое регулирование конкуренции и монополии в Российской Федерации/Курс лекций. Писенко К.А., Цинделиани И.А., Бадмаев Б.Г. М.: Статут, 2010. С.15

отличалась от грабительских практик нефтяных и железнодорожных компаний в США времен принятия Закона Шермана, а также разработка подходов к управлению государственным имуществом. Отметим, что последняя задача не решена должным образом и на сегодняшний день.

Базовым нормативным актом, регулирующим конкурентные отношения, стал Закон РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» от 21 марта 1991 г. № 948-1 (Закон о конкуренции).<sup>1</sup> На основе именно этого нормативного акта развивалось российское антимонопольное законодательство, с него началось построение системы антимонопольного регулирования Российской Федерации. Закон установил критерии определения и правила пресечения монополистической деятельности, контроля процессов экономической концентрации и решал некоторые другие свойственные российским реалиям вопросы, такие как, например, совмещение функций хозяйствующего субъекта и органа власти.<sup>2</sup> И уже на первом этапе Закон о конкуренции содержал значительный блок норм о компетенции регулятора, что в российской действительности стало одним из факторов постепенного искажения понимания реального содержания антимонопольных ограничений.

В Законе о конкуренции использовались основные дефиниции конкурентного законодательства, используемые и по сей день: «хозяйствующий субъект», «доминирующее положение», «монополистическая деятельность», «товар», «товарный рынок» и др.

---

<sup>1</sup> Первоначальный текст документа опубликован в журналах: "Ведомости СНД и ВС РСФСР", 1991, № 16, ст. 499, "Бюллетень нормативных актов", № 2-3, 1992.

<sup>2</sup> Результаты этот закон дал практически сразу, когда в нарушение установленных им запретов Совет Министров РСФСР принял ряд постановлений о создании крупных объединений предприятий, наделив их властными полномочиями по управлению государственным имуществом. Постановлением «Об упорядочении создания и деятельности ассоциаций, концернов, корпораций и других объединений предприятий на территории РСФСР» от 11 октября 1991 № 1737-1 Верховный Совет СССР со ссылкой, в том числе и на Закон о антимонопольного законодательства, пресек этот процесс экономической концентрации на основе государственной собственности, который, впрочем, затем продолжился, однако уже при помощи других инструментов.



Закон во многом копировал французский Ордонанс 1986г. С момента своего принятия Закон о конкуренции претерпевал множество изменений, некоторые из них носили уточняющий характер, некоторые – фактически создавали новую редакцию этого Закона.<sup>1</sup> Отчасти это было связано с необходимостью соответствовать меняющимся экономическим условиям, отчасти – с изменениями в российском законодательстве в целом. И тем не менее, Закон всегда содержал во многом неизменный и сегодня набор ограничений для хозяйствующих субъектов: запрет злоупотребления доминирующим положением, запрет антиконкурентных соглашений, недобросовестной конкуренции, контроль экономической концентрации. Нормы о защите конкуренции получили развитие в Конституции Российской Федерации: принцип свободы конкуренции содержится в ст.8, а запрет экономической деятельности, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию сформулирован в ч. 2 ст. 34. Обе нормы не затронуты недавней конституционной реформой. В 1994 году запрет злоупотребления доминирующим положением был закреплен в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее - ГК РФ) как форма злоупотребления

---

<sup>1</sup> Закон Российской Федерации № 3119-1 от 24 июня 1992 «О внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс РСФСР, Гражданский процессуальный кодекс РСФСР, Регламент Верховного Совета РСФСР, Законы РСФСР "О еврейской автономной области", "О выборах народных депутатов РСФСР", "О дополнительных полномочиях местных советов народных депутатов в условиях перехода к рыночным отношениям", "О крестьянском (фермерском) хозяйстве", "О земельной реформе", "О банках и банковской деятельности в РСФСР", "О Центральном Банке РСФСР (Банке России)", "О собственности в РСФСР", "О предприятиях и предпринимательской деятельности", "О государственной налоговой службе РСФСР", "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках", "О приоритетном обеспечении агропромышленного комплекса материально-техническими ресурсами", "О местном самоуправлении в РСФСР", "О приватизации государственных и муниципальных предприятий в РСФСР", "Об основах бюджетного устройства и бюджетного процесса в РСФСР", "О государственной пошлине"; Законы Российской Федерации "О краевом, областном совете народных депутатов и краевой областной администрации", "О товарных биржах и биржевой торговле". Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 34. ст. 1966; Закон Российской Федерации № 3310-1 от 15 июля 1992 «О внесении дополнений в статью 3 Закона РСФСР "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках". Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. № 32. ст. 1882; Федеральный Закон № 83-ФЗ от 25 мая 1995 «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках". СЗ РФ. 1995. № 22. ст. 1977; Федеральный Закон № 70-ФЗ от 06 мая 1998 «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках". СЗ РФ. 1998. № 19. ст. 2066; Федеральный закон № 196-ФЗ от 30 декабря 2001 «О введении в действие Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях». СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1), ст. 2.; Федеральный закон №31-ФЗ от 21 марта 2002 «О приведении законодательных актов в соответствие с Федеральным законом "О государственной регистрации юридических лиц". СЗ РФ. 2002. № 12. ст. 1093; Федеральный закон от 09 октября 2002 № 122-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках". СЗ РФ. 2002. № 41. ст. 3969

гражданским правом. Это положение сохранено и в ныне действующей редакции реформированного кодекса.<sup>1</sup> В 1999 г. был принят Федеральный закон от 23 июня 1999 г. № 117-ФЗ «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг»,<sup>2</sup> определявший принципы конкуренции на рынке финансовых услуг. Этот был яркий пример живой и сегодня тенденции избыточного правового регулирования, неэффективного и, по сути, не нужного нормативного правового акта. Он дублировал положения Закона о конкуренции, создавал двойственность регулирования там, где она абсолютно не требовалась, в его сферу не подпадала активность важных игроков рынка. Например, закон не распространялся на деятельность Банка России, даже если она ограничивала конкуренцию.<sup>3</sup> Поэтому во время глобальной реформы российского антимонопольного законодательства 2006 года закон был отменен. На сегодняшний день основной нормативный правовой акт, регулирующий отношения конкуренции в России - это Федеральный закон «О защите конкуренции» № 135-ФЗ, принятый 26 июля 2006<sup>4</sup> (далее – Закон о защите конкуренции).

*Закон о защите конкуренции.* Нормы Закона о защите конкуренции можно условно разделить на несколько групп.<sup>5</sup>

1) Базовые антимонопольные ограничения, сохранившиеся еще с Закона о конкуренции и существующие во многих мировых правовых порядках. Это традиционные институты антимонопольного законодательства, такие как запрет злоупотребления доминирующим положением, запрет антиконкурентных соглашений/согласованных действий, контроль сделок

---

<sup>1</sup> СЗ РФ. 1994. № 32. ст. 3301.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 1999. № 26. ст. 3174.

<sup>3</sup> См. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 15 января 2003 № 45-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Арбитражного суда города Москвы о проверке конституционности статей 12 и 30 Федерального закона “О защите конкуренции на рынке финансовых услуг”// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>4</sup> СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). ст. 3434; 200. №49. ст. 6079; 2008, №18. ст. 1941. №27. ст. 3126. №45. ст. 5141; 2009. №29. ст. 3601. ст. 3610. ст. 3618. №52 (ч. I). ст. 6450. ст. 6455; 2010. №15. ст. 1736; №19. ст. 2291; №49. ст. 6409; 2011. №10. ст. 1281. №27. ст. 3873. ст. 3880; №29. ст. 4291; №30 (ч. I). ст. 4590; №48. ст. 6728. №50. ст. 7343; 2015. № 41 (часть I).ст. 5629.

<sup>5</sup> Борзило Е. Новое в российском антимонопольном законодательстве. Вестник гражданского права. 2006. № 2. С.65-70

экономической концентрации. Более подробно характеристики каждого из них будут рассмотрены в последующих главах.

2) Новые нормы, имплементированные из зарубежных правовых порядков. К ним можно отнести, в том числе, нормы, касающиеся порядка предоставления государственной помощи, а также институт коллективного доминирующего положения.

3) Блок уточнений, в частности, уточнение сферы действия закона, объединение регулирования финансовых и товарных рынков, сформулированные определения согласованных действий и антиконкурентной координации, правила торгов и предоставления государственного и муниципального имущества, а также изменения качественных и количественных порогов для определения сделок экономической концентрации.

Необходимо отметить, что в дальнейшем метод внесения уточнений будет многократно использоваться законодателем с переменным успехом. Самые важные именовались «антимонопольными пакетами». Суть изменений в большинстве случаев сводилась к более детальному описанию составов нарушения, детализации имеющихся ограничений и умножению бюрократических согласительных процедур. Все они характеризуются также значительным усилением полномочий антимонопольного органа, т.е. увеличением процессуального блока.

4) Процессуальные нормы и нормы о полномочиях антимонопольного органа, которые в контексте данного исследования нас мало интересуют. Помимо традиционных положений, определяющих компетенцию антимонопольной службы, в Закон включены процедурные правила рассмотрения дел о нарушении антимонопольного законодательства, а также иные процедурные правила, касающиеся работы антимонопольного ведомства. Сегодня этот блок значительно увеличен и все более расширяется: в него введены процессуальные нормы рассмотрения дел по жалобам участников закупочных систем, а также в значительной степени повторены процедурные

нормы арбитражного процесса, включая процедуры пересмотра принятых решений.

*Иные акты российского законодательства, содержащие нормы законодательства о конкуренции.*

Положения, направленные на регулирование отношений конкуренции, закреплены во многих законах, регулирующих различные отрасли жизнедеятельности, но большинство носит фрагментарный характер или содержит отсылочные нормы. Предлагается остановиться на тех, которые с точки зрения автора имеют наибольшую значимость либо вызывают дискуссии.

В первую очередь, это Федеральный закон от 17 августа 1995 г. № 147-ФЗ «О естественных монополиях» (далее – Закон о естественных монополиях).<sup>1</sup> Как отмечала Н.И. Клейн, иногда Закон о естественных монополиях относят к антимонопольному законодательству.<sup>2</sup> Между тем, в сферах естественной монополии конкуренция или малоэффективна или невозможна. Этот Закон предусматривает прямое государственное регулирование деятельности субъектов естественной монополии, посредством определения (установления) цен (тарифов) или их предельного уровня, а также путем идентификации потребителей, подлежащих обязательному обслуживанию, и (или) установления минимального уровня их обеспечения в случае невозможности удовлетворения в полном объеме потребностей в производимых субъектами естественных монополий товарах. В соответствии с п. 3 ст. 8 Закона субъекты естественных монополий должны предоставлять доступ на товарные рынки и (или) производить (реализовывать) товары и услуги, в отношении которых применяется регулирование в соответствии с федеральным законом, на недискриминационных условиях согласно требованиям антимонопольного законодательства. Это еще одно подтверждение того, что Закон о естественных монополиях к актам законодательства о конкуренции не

---

<sup>1</sup> СЗ РФ. 1995. № 34, ст. 3426; СЗ РФ. 2001. № 33 (часть I), ст. 3429; СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). ст. 2.; Российская газета. 2003. № 8; СЗ РФ. 2003. № 13. ст. 1181

<sup>2</sup> Клейн Н.И. Антимонопольное законодательство и законодательство о естественных монополиях. Проблемы применения и дальнейшего совершенствования. Право и экономика. 1998. № 1. С.22

относится. Более того, по названной причине включение норм названного закона в Закон о защите конкуренции как минимум нецелесообразно, хотя в последние годы антимонопольные органы ведут активную работу в этом направлении. Представляется, что последствия такого объединения будут пагубными, поскольку методы антимонопольного законодательства и методы законодательства о естественных монополиях прямо противоположны. Это же утверждение, как представляется, верно для тарифного регулирования, которое, по мнению автора, по тем же причинам ни в коем случае не является частью законодательства о конкуренции. Принцип объединения регулятора значимости здесь не имеет.

Начиная с 2009 г. для организаций, осуществляющих свою деятельность в сфере торговли продовольственными товарами, не меньшее значение, чем Закон о защите конкуренции приобрел другой закон - Федеральный закон от 28 декабря 2009 № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (далее - Закон о торговле).<sup>1</sup> Помимо относительно новых на тот момент для российского законодательства понятий «торговая сеть», «торговый объект», «оптовая» и «розничная торговля», Закон ввел серьезные ограничения в части возможных для использования договорных средств в отношениях между поставщиками и торговыми сетями, установил ограничения в части ценообразования, запретив диверсификацию бонусов, а также установил жесткие требования к прозрачности информации о доступе к работе с торговой сетью. Статья 13 данного закона запрещает всем участникам торговой деятельности создание дискриминационных условий, в том числе посредством ограничения доступа либо нарушения установленного нормативными актами порядка ценообразования. Статья также содержит перечень условий, навязывание которых контрагенту запрещается.

Закон о торговле также запретил осуществлять оптовую торговлю с использованием договора комиссии или смешанного договора, содержащего

---

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2010. № 1. Ст. 2.

элементы договора комиссии. Еще одним ограничением, предусмотренным законом, является запрет для торговой сети, чья доля в границах одного субъекта Российской Федерации в денежном выражении за предыдущий финансовый год превышает установленный порог, приобретать или арендовать в границах этого субъекта торговые площади.

Это спорный закон. Практически все торговые сети и крупные поставщики заранее пересмотрели свои договоры, с тем чтобы обеспечить соответствие требованиям Закона о торговле, сохранив при этом модель ведения бизнеса и способы компенсации. Из договоров поставки были исключены все бонусы, кроме одного разрешенного - за объем, а вся бонусная система была перенесена в договоры об оказании услуг маркетинга и продвижения товаров, а ценовые и коммерческие политики - пересмотрены таким образом, чтобы позволять наибольшую широту в предоставлении скидок и установлении различных цен без значительного риска наступления ответственности в соответствии с Законом о торговле. Таким образом, существенных изменений действительные торговые практики с введением Закона о торговле почти не претерпели, мутировала только техника их внедрения. Закон интересен не тем, как обойти его запреты, а своими характеристиками и последствиями. Закон так и не смог побороть системную зависимость поставщиков от торговых сетей, представляется, по той простой причине, что системную зависимость запретами не преодолеть.

Кроме того, закон содержит радикально отраслевой подход к регулированию конкурентных отношений. Нечто похожее можно наблюдать на примере практики ЕС, где разработаны общие исключения для различных отраслей. Однако радикальный подход, примененный в России, формирует отдельное правовое поле для отдельной отрасли. Абсолютизируя приведенный подход, можно сделать вывод о возможности введения аналогичного регулирования для каждой отдельной отрасли, что уже близко к абсурду и абсолютно нецелесообразно. Иными словами, по мнению автора, Закон о торговле не должен стать первым в череде специальных антимонопольных

законов. История применения Закона о торговле также весьма репрезентативно демонстрирует очень важные характеристики антимонопольного законодательства и правоприменения: регулятор, полагая недобросовестность участников торгового оборота аксиомой, вводит ограничения, провоцируя тем самым защитную реакцию в форме обхода введенных ограничений для сохранения доходности бизнеса, а иногда и просто самого бизнеса. В дальнейшем будет показано, как в попытке обеспечить добросовестность, регулятор вносит хаос в базовые антимонопольные институты, искажая и их содержание и назначение. Экономический климат при этом в итоге не улучшается, а добросовестное ведение конкурентной борьбы остается фантомом.

Для полноты исследования отметим, что ссылки на необходимость соблюдения антимонопольного законодательства имеются во многих отраслевых законах, однако самостоятельного значения не имеют, поэтому детально мы их исследовать не будем.

*Подзаконные акты.* Рассуждая о составе российского законодательства о конкуренции, нельзя не уделить внимание подзаконным актам. К подзаконным актам данной сферы в первую очередь необходимо отнести соответствующие постановления Правительства РФ, а также указы Президента РФ. Наиболее интересными в контексте данной работы постановлениями Правительства РФ являются сегодня те, что устанавливают допустимость соглашений. К ним относятся: постановление Правительства РФ от 30 апреля 2009 № 386 «О случаях допустимости соглашений между кредитными и страховыми организациями»,<sup>1</sup> от 16 июля 2009 № 583 «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами» (далее – постановление Правительства РФ № 583),<sup>2</sup> а также от 05 июля 2010 № 504 «О случаях допустимости соглашений между страховщиками, работающими на одном и том же товарном рынке, об осуществлении совместной страховой или перестраховочной

---

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2009. № 19. ст. 2343.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 2009. № 30. ст. 3822.

деятельности».<sup>1</sup> Однако, прежде всего, необходимо отметить, что они мало применяются на практике.

Причина тому достаточно проста: они представляют собой кальку с аналогичных актов законодательства ЕС и не адаптированы надлежащим образом. Даже поверхностный взгляд позволяет увидеть абсолютное сходство с принимаемыми в ЕС регламентами об исключениях (изъятиях из сферы антимонопольного регулирования) для соглашений хозяйствующих субъектов, действующих в отдельных отраслях экономики. Схожесть выражается также в целевом назначении названных нормативных актов – отдельные виды соглашений - вертикальные, отдельно взятые рынки. Структурная схожесть также очевидна - нормативные акты, как и регламенты ЕС, версией которых являются названные выше постановления, построены по принципу «исключение из исключения в виде исключения из еще одного исключения», т.е. описывают запрещенные типы поведения с разрешенными исключениями с запрещенными исключениями из разрешенных случаев.

Однако нельзя не отметить, что в принципе, подзаконные акты являются очень удобным инструментом правового регулирования отношений конкуренции. Они позволяют учесть отраслевую специфику, не создавая конкуренцию федеральных законов или дублирование на уровне базовых актов антимонопольного законодательства. И последнее – и немаловажное - в современных реалиях подзаконные акты высших органов исполнительной власти в некоторых случаях являются результатом компромисса между антимонопольным органом и отраслевыми министерствами и ведомствами и бизнесом, т.е. произвол отдельно взятого органа власти в этом случае маловероятен. Значимость подзаконных актов можно наблюдать и в ЕС, где регламенты, руководства и разъяснения являются определяющими актами для хозяйствующих субъектов ЕС при выработке правил поведения на рынке и уточняют достаточно скупые по содержанию ст. ст. 101 и 102 TFEU.

---

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2010. № 28. ст. 3710.



Значимое место в российском правовом регулировании занимают подзаконные акты ФАС России – регламенты и приказы, которые определяют порядок работы антимонопольных органов, а в некоторых случаях разъясняют нормы Закона о защите конкуренции. Их можно разделить на несколько групп:

- акты ФАС России, регулирующие порядок проведения анализа рынка и положения на рынке хозяйствующих субъектов;<sup>1</sup>
- акты, определяющие функционирование антимонопольного органа при выполнении проверок, запросах информации, предоставлении разъяснений и аналогичной деятельности;<sup>2</sup>
- акты, определяющие порядок выполнения функции контроля экономической концентрации;<sup>3</sup>
- акты, содержащие процессуальные нормы рассмотрения дел;<sup>4</sup>
- иные акты, например, относящиеся к вопросам контроля рекламы, регулирования государственного заказа, инвестиций в стратегические общества и тп.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Приказ ФАС России от 28 апреля 2010 № 220 «Об утверждении порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» с изм. и доп.// "Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти" 2010. № 34; Приказ ФАС России от 25 мая 2012 № 345 «Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по установлению доминирующего положения хозяйствующего субъекта при рассмотрении заявлений, материалов, дел о нарушении антимонопольного законодательства и при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией»// Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2013. №5; Приказ ФАС России от 28 июня 2012 № 433 «Об утверждении порядка проведения анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения кредитной организации». Российская газета. 2012. № 168

<sup>2</sup> Приказ ФАС России от 25 мая 2012 № 340 «Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований законодательства Российской Федерации. Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти 2012. № 45; Приказ ФАС России от 20.01.2012 № 22 «Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по предоставлению государственной услуги по даче разъяснений по вопросам применения федеральным антимонопольным органом антимонопольного законодательства Российской Федерации». Российская газета. 2012. № 251.

<sup>3</sup> Приказ ФАС России от 17.04.2008 № 129 «Об утверждении формы представления антимонопольному органу сведений при обращении с ходатайствами и уведомлениями, предусмотренными статьями 27 - 31 Федерального закона "О защите конкуренции". Российская газета. 2008. № 101.

<sup>4</sup> Приказ ФАС России от 25.04.2012 № 339 «Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного законодательства Российской Федерации». Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2013. № 8.

<sup>5</sup> Приказ ФАС России от 04.06.2012 № 360 «Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по надзору за соблюдением законодательства о рекламе путем проведения проверок соблюдения законодательства Российской Федерации о рекламе. Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2013. №1.

*Международные договоры* являются важным с точки зрения теории права источником антимонопольного законодательства, но пока не столь практически значимым для России. Их можно разделить на 2 группы:

-основная роль двусторонних договоров состоит в установлении информационной прозрачности и обеспечения экстерриториального применения антимонопольного законодательства, что очень явно прослеживается, например, в американском законодательстве с его извечным стремлением к глобальности, а также в законодательстве ЕС (однако, безусловно, последнее намного шире, чем просто регулирование информационных потоков).

Анализ двусторонних международных договоров с участием России позволяет сделать вывод, что их основная направленность – это обмен информацией.<sup>1</sup>

- многосторонние договоры направлены на унификацию антимонопольного регулирования в рамках отдельных торговых союзов. Например, Договор о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014 раздел 18 которого называющийся «Общие принципы и правила конкуренции» вместе с протоколом № 19 устанавливает соответствующие антимонопольные ограничения для хозяйствующих субъектов, действующих на трансграничных рынках Евразийского экономического союза. С точки зрения новизны норм, это мало примечательный документ - он не содержит новых правил, которые бы принципиально меняли антимонопольное регулирование. Но он важен тем, что создает единое правовое пространство для трансграничных рынков, а это новое для постсоветского регулирования явление.

*Следуя за лучшими практиками зарубежных ведомств, российские антимонопольные органы* ведут достаточно активную разъяснительную работу. Не имея нормативного характера российские разъяснения, и

---

<sup>1</sup> См., например, Соглашение о сотрудничестве в области конкурентной политики между Федеральной антимонопольной службой (Российская Федерация) и Австрийским Федеральным конкурентным ведомством от 19 мая 2011г. // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

американские, и европейские *guidelines* и *notices* служат ориентирами для хозяйствующих субъектов в части позиции антимонопольного органа по определенным вопросам. Они не являются источниками/формами права ни при каких обстоятельствах, а с точки зрения целевого назначения это лишь источники информации. Поэтому приравнение несоблюдения разъяснений или рекомендаций к нарушению антимонопольного законодательства недопустимо. При этом, в отличие от зарубежных, сами российские антимонопольные органы далеко не всегда следуют собственным правовым позициям. Например, применение антимонопольным органом провозглашенного им в разъяснении ФАС России от № 8 от 07.06.2017 «О применении положений статьи 10 Закона о защите конкуренции»<sup>1</sup> принципа необходимости установления объективной взаимосвязи между положением на рынке и действиями доминирующего хозяйствующего субъекта для квалификации злоупотребления на момент написания этой работы не обнаружено.

В равной степени в силу характеристик разъяснений и рекомендаций следование им не всегда приводит к квалификации действий, совершенных в соответствии с такими актами как абсолютно законным. Простая логика говорит о том, что такие действия не могут быть признаны незаконными антимонопольным органом, издавшим рекомендацию или разъяснение, но они могут быть признаны таковыми судом.

Для сравнения в параметрах ЕС хотелось бы отметить особо два блока документов, которые также не имеют обязательной силы, но практически ценны, еще и потому, что соблюдаются всеми, участвующими в их создании сторонами. Это *Green Papers* и *White Papers*. *Green Paper* – это приглашение к обсуждению поставленных вопросов для выработки единого решения, впоследствии отражаемого в *White Paper* сборнике предложений и одновременно базе для принятия обязательного документа. Российские аналоги

---

<sup>1</sup> <https://fas.gov.ru/documents/611491> (дата обращения -18.10.2021)

таких документов не существуют. Хотя нельзя не отметить, что обсуждение антимонопольным органом отдельных вопросов правоприменения, а также собственных законодательных инициатив с представителями бизнеса имеет ту же основу.<sup>1</sup>

*Судебная практика.* Во всех рассматриваемых юрисдикциях роль судебной практики чрезвычайно важна, она оказывает решающее влияние на законодательство и собственно, формирует правоприменение. В случае с американской правовой системой все достаточно просто: помимо Закона Шермана и ряда других нормативных правовых актов, речь о которых пойдет далее, основную массу законодательства составляют судебные прецеденты. Значение судебной практики для идентификации и квалификации антимонопольных ограничений и пределов допустимого поведения в ходе конкуренции в любом государстве на сегодняшний день сложно переоценить. Судебная практика на протяжении многих лет формировала антимонопольные ограничения в их современном понимании, восполняя пробелы буквы закона и предопределяя его развитие. Кроме того, антимонопольное регулирование - одна из самых сложных отраслей, оно изобилует абстрактными экономическими дефинициями и сложными инструментами, не всегда полно или хотя бы четко описываемыми языком нормативных правовых актов. Поэтому пробелы в писаном праве и сегодня заполняются судебной практикой, именно суды формируют правовую позицию спорным вопросам правоприменения.

Интересно, что с методологической и даже с образовательной точки зрения ситуация глобально обстоит сходным образом. Если заглянуть в любое американское исследование, посвященное вопросам конкуренции, то можно увидеть одинаковую картину: аргументация строится на цитатах судебных решений. Это можно наблюдать и в европейской правовой литературе, несмотря на то, что право ЕС с формально-теоретической точки зрения

---

<sup>1</sup> Борзило Е.Ю. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: научно-практическое руководство. С.6-19

относится к континентальной системе права. Однако в ходе анализа всегда необходимо принимать во внимание нестабильность судебной практики, поскольку результаты правоприменения во многом зависят от многих не имеющих к праву и правосудию факторов: текущая внутривнутриполитическая и геополитическая ситуация, социальная обстановка, стратегические планы, лоббизм отдельных корпораций, мировоззрение и политические убеждения отдельных правоприменителей и т.д.

В России применение закона арбитражными судами по отдельным вопросам определяют правовые позиции Верховного Суда Российской Федерации, а ранее - Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации определяют, что соответствует духу и требованиям АПК РФ. Наиболее важны для сферы регулирования конкуренции сегодня постановления Пленумов высшей судебной инстанции, в частности, Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30.06.2008 №30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства»<sup>1</sup> (далее – Пленум ВАС РФ № 30), а также Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» (далее – Пленум ВС РФ №2).<sup>2</sup> Оба эти документа также крайне интересны в историческом плане. Российское антимонопольное правоприменение, в отличие, например, от корпоративного, не может похвастаться частыми разъяснениями высших судебных инстанций. Между Пленумами прошло 13 лет, и даже на беглый взгляд заметны произошедшие изменения. В отличие от Пленума ВС РФ №2, Пленум ВАС РФ № 30 не был вынесен на обсуждение профессионального сообщества, основным участником обсуждения был антимонопольный орган. Поэтому Пленум ВАС РФ №30 тяготел к широкому толкованию полномочий антимонопольного органа,

---

<sup>1</sup> Вестник ВАС РФ. № 8.2008.

<sup>2</sup> Бюллетень ВС РФ. №5. 2021

абсолютизации и однозначности антимонопольных ограничений, что с течением времени показало свою неэффективность. Пленум ВС РФ №2, как будет показано дальше, во многом пересмотрел эти категоричные позиции.

Без анализа судебной практики полное изучение антимонопольных ограничений и правил конкуренции невозможно. Отдельные принципиально важные судебные решения будут исследованы далее в работе применительно к универсальным вопросам антимонопольных ограничений, разрешенным в них.

## ***§2. Основные характеристики антимонопольных ограничений и российского законодательства о конкуренции***

Проведенный обзор наглядно демонстрирует, что антимонопольные ограничения – это правовые нормы, которые выработались под влиянием экономических реалий: будь то эволюционные процессы или практически революционные – как в России. Они устанавливают пределы допустимого поведения участников предпринимательских отношений в ходе соперничества на рынке и за рынок, а нарушение антимонопольных ограничений трансформирует обычную добросовестную хозяйственную деятельность в антиконкурентную практику и влечет за собой негативные последствия для самого хозяйствующего субъекта.

Несмотря на развитие и модернизацию экономики ключевые ограничения касаются двух направлений: ограничение прав участников рынка, обладающих властью на нем или над контрагентом и действующих единолично и ограничения для хозяйствующих субъектов, действующих на рынке коллективно. С момента появления торговли как экономического феномена неизменным остается именно это содержание ключевых антимонопольных ограничений. Их можно детализировать, новые методы ведения торговли, в том числе торговля в сети интернет, могут расширять и модифицировать сферу их применения, но суть их остается неизменной.

Антимонопольные ограничения – это система правовых норм, связанных между собой: они имеют общее содержание – пределы допустимого поведения для хозяйствующих субъектов, общую цель – защиту добросовестной конкуренции, что обеспечит ее развитие, и создание четких и ясных правил игры. Антимонопольные ограничения также имеют общую сферу действия – сферу предпринимательской деятельности, общие последствия – административные и гражданско-правовые санкции, а самое главное – общее происхождение и экономическую основу.

Антимонопольные правила не повторяют и не дублируют другие отраслевые нормы. Будучи нацеленными на регулирование именно предпринимательской деятельности антимонопольные ограничения оперируют не только гражданско-правовыми инструментами и дефинициями, но и собственными: антиконкурентное соглашение не идентично гражданско-правовому договору, хозяйствующий субъект не всегда коммерческая организация, а, например, такие дефиниции как «доминирующее положение» и «группа лиц», относятся в первую очередь к сфере конкуренции и не имеют своих аналогов в других отраслях. Однако будучи отдельной системой правовых норм, антимонопольные ограничения предпринимательской все же остаются неотъемлемой частью предпринимательского права: они устанавливают правила ведения предпринимательской деятельности, обеспечивают равенство сторон в предпринимательских отношениях; нарушение антимонопольных правил влечет за собой либо гражданско-правовые, либо административные последствия. Необходимо также отметить, что наличие административных санкций, равно как и административного правоприменителя, не превращает антимонопольные ограничения в исключительно административные: санкции такого рода сегодня влечет за собой нарушение многих специальных норм гражданского законодательства. Например, за нарушения в области интеллектуальной собственности, корпоративного законодательства, законодательства о рынках ценных бумаг КоАП также предусмотрен административный штраф. Поэтому отнесение

правоотношений к публичным или частным по признаку квалификации последствий нарушения правил, действующих в рамках данных правоотношений – ошибочно. Правило: публично-правовые последствия бывают только в публично-правовых отношениях не действует. Другой критерий: «ключевой правоприменитель – это административный орган» и ранее был спорным, а сейчас вообще аннулирован Пленумом ВС РФ №2, который в разделе «Рассмотрение судами споров, связанных с реализацией положений антимонопольного законодательства в гражданском обороте» подчеркнул равенство судебного и административного способа защиты прав в антимонопольных спорах, стимулируя частное антимонопольное правоприменение. Характерно, что ВС РФ ранее уже высказывался о том, что антимонопольное правоприменение в России не требует участия административного органа: согласно п.8 Постановления Пленума ВС РФ от 23.04.2019 № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»<sup>1</sup> о признании судом актом недобросовестной конкуренции действий правообладателя, связанных с предоставлением правовой охраны товарному знаку, подсудны Суду по интеллектуальным правам в качестве суда первой инстанции на основании пункта 2 части 4 статьи 34 АПК РФ.

Антимонопольные ограничения действуют как на национальном, так и на международном уровне. Самый яркий пример – антимонопольные ограничения на уровне ЕС и на национальных уровнях. Как указано в предыдущем параграфе в некоторых государствах в отсутствие собственных эффективных антимонопольных законов ранее применялись общие нормы о запрете недобросовестной конкуренции и нормы права ЕС с его специальными запретами для коллективных и индивидуальных действий.

Исходя из приведенных характеристик антимонопольных ограничений, можно предложить их классификацию.

---

<sup>1</sup> Бюллетень ВС РФ. № 7. 2019



Отличительной чертой антимонопольных ограничений является разнообразие видов поведения, которым они адресованы.

Ограничения могут быть как вертикальные, т.е. направленные на регулирование отношений купли-продажи и обеспечивающие равенство в отношениях продавец-покупатель, так и горизонтальные, т.е. направленные на достижение баланса в отношениях между участниками рынка, действующими в одном и том же качестве, т.е. обеспечивающие отсутствие негативных последствий для рынка и потребителей как категории его участников в результате коллективных действий конкурентов.

Ограничения могут касаться обычной хозяйственной деятельности, поскольку конкуренция – это повседневное явление, присущее любой рыночной экономике. Допустить нарушение ограничения можно как заключив гражданско-правовой договор, так и отказавшись от его заключения или изменив его, а также совершив совокупность имеющих экономические последствия действий. Антимонопольные ограничения могут быть специальными, т.е. касаться лишь определенного круга сделок, как это происходит со сделками экономической концентрации, или общими, т.е. применимые к сделкам, совершаемым в ходе обычной предпринимательской деятельности.

Для России, с точки зрения автора, одним из важных критериев квалификации является адресат. Ограничения могут быть предназначены для одного субъекта, как например, для занимающего доминирующее положение (для единоличных действий), так и для нескольких – например, запрет на антиконкурентные соглашения и согласованные действия (для коллективных действий).

Ограничения могут быть абсолютные, т.е. не предусматривающие исключений как для картелей, где до сих пор действует принцип *per se*, так и относительные, т.е. действующие с изъятиями и подчиненные *rule of reason*. Еще одна современная классификация: ограничения, основанные на предмете/цели (*by object*) или на предполагаемом или реальном результате (*by*

effect). Это, по сути, современная европейская модификация американских принципов оценки: by object – это чаще всего проекция per se, by effect – rule of reason.

Одним из основных инструментов хозяйственной деятельности и, как следствие, важным инструментом конкуренции является гражданско-правовой договор; посредством договора получают конкурентные преимущества, устанавливаются коммерческие условия, которые приводят к ограничению конкуренции или к извлечению сверхприбылей, вытесняются с рынка конкуренты и завоевываются новые рынки. При этом, как будет показано далее, понятие «договор» и понятие «соглашение» с точки зрения отношений конкуренции далеко не синонимичны - последнее намного шире и сложнее.

Антимонопольные ограничения -это одно из самых социально ориентированных проявлений права в целом. Среди экономистов есть мнение, что любое вмешательство государства в осуществление предпринимательской деятельности хозяйствующими субъектами, пусть даже для стимулирования конкуренции, сопровождается ограничением возможностей свободно конкурировать.<sup>1</sup> Развитие конкурентных отношений означает усиление вмешательства государства в экономику, что приведет к обратному эффекту: преимущества, предоставляемые слабым участникам рынка, трансформируются в ограничения для тех, кто самостоятельно достиг внушительных результатов. Однако антимонопольные ограничения направлены на достижение обратного эффекта: появившись как инструмент противодействия лоббизму крупного бизнеса и неуправляемым экономическим процессам, они создают экономическое равенство путем юридических ограничений и правового неравенства отдельных участников экономической деятельности по субъектному признаку или по признаку потенциального результата их деятельности. Именно при идентификации и применении антимонопольных ограничений так важен баланс соблюдения прав сильных и слабых участников

---

<sup>1</sup> Курс экономической теории: учебник под общ. ред. Чепурина М.Н. и Киселевой Е.А. МГИМО, 1995.С. 194

предпринимательской деятельности. Антимонопольные ограничения задуманы как способствующие развитию, а не устанавливающие барьеры или поощряющие экономический паразитизм.

Проведя анализ характеристик антимонопольных ограничений в целом, обратимся к основным характеристикам российского антимонопольного законодательства. Отмечу сразу же - несмотря на единство экономических институтов, которые лежат в основе антимонопольного законодательства, российское имеет свою специфику. В российской юридической литературе используется несколько терминов, обозначающих совокупность примерно одних и тех же нормативных правовых актов, содержащих антимонопольные ограничения: «антимонопольное законодательство», «законодательство о конкуренции», «конкурентное законодательство», «антимонопольное регулирование» и даже «конкурентное право».

Некоторые комментаторы, основываясь на грамматическом толковании полагают, что конкурентное законодательство более широко: в него, помимо антимонопольных законов, включены еще и законы, направленные на регулирование сфер естественной монополии, государственного заказа, закупочных процедур для отдельных категорий юридических лиц, рекламы и КоАП. Конкурентное законодательство устанавливает пределы осуществления гражданских прав, определяет пределы допустимого поведения на рынке, препятствует недобросовестной конкуренции, его нормы регулируют имущественные отношения между субъектами предпринимательской деятельности, что свойственно частному праву. Второе направлено на пресечение незаконной монополистической деятельности, обеспечивает контроль экономической концентрации равновесие рынка, тем самым регулирует публичные отношения.<sup>1</sup> Существует и иное мнение, которое сводится к тому, что конкурентное законодательство содержит в основном положения, стимулирующие конкуренцию, в то время как антимонопольное

---

<sup>1</sup> Конкурентное право Российской Федерации. Учебное пособие / Васильева Н.В., Доронина Н.Г., Залеская М.В., Кирюшкина Г.А., и др.; под ред.: Клейн Н.И., Фонарева Н.Е. М.: Логос, 1999. С. 10

законодательство содержит ограничительные меры.<sup>1</sup> То же, как представляется, позиция, сформулированная не без учета филологической составляющей, не принимать которую во внимание особенно в российском правоприменении, нельзя.

Однако в отношении базовых институтов и ограничений антимонопольного законодательства, являющихся предметом настоящего исследования и регулирующих предпринимательские отношения между хозяйствующими субъектами, данные дискуссии носят скорее лингвистический характер. Одни и те же институты одновременно ограничивают возможности ведения предпринимательской деятельности и защищают от произвола более сильного конкурента или контрагента. Любое нарушение правил конкуренции влечет за собой негативные последствия не только для рынка в целом, но и причиняет вред конкретному лицу, которое при соблюдении определенных условий вправе требовать возмещения убытков или использовать иные меры воздействия, предусмотренные предпринимательским законодательством. Стимулирующая роль законодательства о конкуренции представляется еще более дискуссионной, чем классификация его с точки зрения последствий. Закон, по мнению автора, не способен заставить предпринимателя конкурировать, на это способны только экономические условия.

В данном контексте возникает вопрос о том, что же является целью российского законодательства о конкуренции. Анализ стоит провести в сравнении с зарубежными аналогами.

Как показано в историческом обзоре, антимонопольное законодательство развивалось как законодательство, гарантирующее предоставление равных возможностей. Если, помимо упомянутых дискуссий времен принятия Закона Шермана и первых судебных решений, обратить внимание на последующую судебную практику, можно найти множество упоминаний о том, что цель антитрестовского законодательства – поддержание конкуренции для защиты

---

<sup>1</sup> См., например Варламова А.Н. Правовое обеспечение развития конкуренции: учебное пособие. М.: Статут, 2010// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

малого бизнеса - основного гаранта конкуренции;<sup>1</sup> защита «общественного благосостояния»,<sup>2</sup> а также достижение прогресса и сохранение демократических, политических и социальных институтов.<sup>3</sup> Европейское законодательство в текущем состоянии все еще стремится к созданию и поддержанию существования *social market economy* – социальной рыночной экономики. Этот термин имеет немецкое происхождение.<sup>4</sup> Предполагается, что конкурентное законодательство способствует равномерному распределению благ, т.е. общественному благосостоянию.

Высказывания исследователей российского законодательства в отношении целей закона во многом зависят от того, видят ли они его цивилистическую составляющую. Так, некоторые полагают, что целью антимонопольного законодательства является повышение эффективности экономики,<sup>5</sup> развитие конкуренции как таковой.<sup>6</sup> Есть также комбинированный подход, последователи которого указывают в качестве цели регулирования защиту конкуренции и защиту от действий, не направленных непосредственно на ограничение конкуренции, но посягающих на права и охраняемые законом интересы третьих лиц.<sup>7</sup>

Представляется, что реальная цель антимонопольного законодательства предопределяется историческими особенностями его развития. Все те цели, общие и частные, которые отмечают юристы, являются следствием развития антимонопольного закона как социального – закона равных (но не одинаковых) возможностей и равных прав. Не секрет, что существует ряд сфер экономики,

---

<sup>1</sup> См., например, *Brown Shoe Co v. US*, 370, US 294; *US v. Aluminum Co of America* 148, F2d, 416 (2d Cir 1945).

<sup>2</sup> См. например, *Reiter v. Sonotone Corp* 442 US 330 (1979); *Broadcast Music Inc v. Columbia Inc.*, 433 US, 36 (1977); *Brunswick Corp v. Pueblo Bowl-O-Mat Inc.*, 429 US 477 (1977); Stucke M. *Reconsidering Antitrust's Goals*. Boston College Law Review. – 2012. -Vol. 53 -PP551-629.

<sup>3</sup> *Northern Pacific Ry. v. US*, 356 US 1, 4 (1958).

<sup>4</sup> Peacock A.T., Willgerodt H. *German neo-liberals and the social market economy*. London: Macmillan, 1989. 242p.

<sup>5</sup> См. Паращук С.А. *Конкурентное право (правовое регулирование конкуренции и монополии)*. М.: Городец-издат, 2002. С. 12.

<sup>6</sup> Варламова А.Н. *Правовое обеспечение развития конкуренции: учебн. пособие*. М.: Статут, 2010// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система/ Варламова А.Н. *Конкурентное право и отраслевые рынки: Монография*. М. Зерцало. М. 2021, С.80-90

<sup>7</sup> Клейн Н.И. *Конкурентное право России. Учебник* / Д.А. Алешин, И.Ю. Артемьев, Е.Ю. Борзило и др.; отв. ред. И.Ю. Артемьев, А.Г. Сушкевич; Нац. исслед. ун-т. "Высшая школа экономики". М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2012. С. 57-58.

где отсутствие равных возможностей презюмируется, поскольку деятельность одного эффективнее и безопаснее, чем деятельность многих, т.е. сферы естественной монополии. При этом даже для данных сфер такое утверждение может быть принято не без оговорок: на примере российского правоприменения можно наблюдать, как традиционно считавшиеся естественно-монопольными отрасли становятся абсолютно конкурентными - например, услуги в транспортных терминалах. Однако для всех остальных сфер наличие равных возможностей для предпринимательства - это необходимость, к тому же соответствующая конституционным принципам равенства и свободы предпринимательства, принятым практически во всех государствах. Конкурентное законодательство и является тем самым способом обеспечения равных возможностей, и достижение экономического равенства является его главной целью.

Характерной чертой российского Закона о защите конкуренции является его протекционистский характер. Это своего рода «историческая травма» российского антимонопольного законодательства и в немалой степени правоприменения: оно появилось и достаточно долго развивалось в условиях, когда соблюдение антимонопольных ограничений обеспечивалось в основном добросовестностью участников рынка, т.е. в условиях того времени - практически не обеспечивалось. До внедрения оборотных штрафов антимонопольные риски, сопутствующие любой предпринимательской деятельности, практически не принимались во внимание хозяйствующими субъектами. На практике это означало, что крупная компания могла безнаказанно нарушать права своих конкурентов и контрагентов. Ситуация изменилась только в 2006 году, однако «протекционистский крен» никуда не исчез.

Отдельный и весьма интересный вопрос нашего времени глобализации экономических процессов - действие законодательства о конкуренции в пространстве. В соответствии с ч.2 ст.3 Закона о защите конкуренции его положения применяются к достигнутым за пределами Российской Федерации

соглашениям между российскими и/или иностранными лицами либо организациями, а также к совершаемым ими действиями, если такие соглашения или действия оказывают влияние на состояние конкуренции на территории России. Однако тот факт, что в России совершенные без надлежащего согласования сделки могут быть признаны недействительными, не означает, что данная норма будет применена судом за пределами территории России. Еще более неясным остается вопрос о том, каковы будут последствия недействительности сделки в соответствии с применимым правом, если это будет не российское право. Для экстерриториальности действия закона, как представляется, необходима либо соответствующая коллизионная привязка в национальном законодательстве, либо соответствующий международный договор, либо усмотрение суда при условии непротиворечия национальным нормам о публичном порядке. Закон о защите конкуренции не подпадает ни под один из указанных критериев, поэтому маловероятно будет применен где-либо за пределами России. Однако он будет применяться к отношениям иностранных лиц на территории России, а также, если действия иностранных юридических или физических лиц не соответствуют требованиям российского антимонопольного законодательства, в России к таким лицам могут быть применены соответствующие санкции. Но вопрос исполнения этих санкций за рубежом, в том числе и вопрос, например, взыскания административных санкций и убытков относится не столько к сфере действия антимонопольного законодательства, сколько к исполнимости принятого в России судебного решения за рубежом.

Здесь целесообразно сравнение российского законодательства с американским. Так, в деле 1911 г. по делу *United States v. American Tobacco Co.* на основании Закона Шермана было признано недействительным соглашение, заключенное в Великобритании между *American Tobacco Co.* и ее английским партнером. Соглашение, законное с точки зрения английского права, ограничивало производство и импорт в США изделий, выпускаемых данными компаниями. Затем в решении Верховного суда США от 1913 г. по делу *United*

*States v. Pacific and Arabic Railway & Navigation Co.* было прямо заявлено, что неприменение Закона Шермана к действиям, совершенным на территории других государств, может привести к тому, что регулирование международной торговли окажется за пределами досягаемости американской юрисдикции.<sup>1</sup> В дальнейшем законодательство и судебная практика США шли по пути расширения понимания действия американского законодательства, в частности норм, регулирующих экспортную торговлю. Американскому правоприменению свойственно определяя нормы поведения для американских граждан и юридических лиц, допускать расширение сферы действия своих законов за пределами территориальных границ США. Ярким примером применения этой доктрины, именуемой также «доктрина последствий» или «доктрина результата» представляется слушавшееся в 1945 г. дело *US v. Alcoa*, которое также очень известно благодаря концептуальным выводам по ряду исключительно антимонопольных вопросов, сделанным судом. В данном деле американский суд установил, что Закон Шермана распространяется на деятельность иностранных лиц за рубежом, если такая деятельность оказывает влияние на конкурентную среду в США. Участник дела, канадская корпорация *Aluminium Limited* была учреждена американской корпорацией *Aluminium Company of America (Alcoa)* в 1928 г. для контроля за зарубежными активами *Alcoa*. К 1935 г. эти две корпорации стали формально полностью независимыми. В 1931 г. *Aluminium Limited* вступила в международный картель, который в 1936 г. распространил свое действие на импортные операции на американском рынке. В ходе судебного разбирательства американский суд признал, что американская корпорация *Alcoa* не была стороной этих картельных соглашений. Поэтому суд должен был разрешить о возможности признания канадской корпорации *Aluminium Limited* нарушителем Закона Шермана, который был разрешен в пользу юрисдикции США. В настоящее время в американском антимонопольном законодательстве закреплено

---

<sup>1</sup> Мозолин В.П. Право США и экспансия американских корпораций. М.: Изд-во Моск. Ун-та, 1974. С. 258.



следующее правило: «Действия, имеющие отношение к американской импортной торговле, которые наносят вред покупателям из США, могут являться предметом правового регулирования (юрисдикции) американского антитрестовского законодательства вне зависимости от того, где такие действия были произведены и какова национальность участвующих сторон».<sup>1</sup> И хотя, как отмечается в судебной практике, американское антитрестовское законодательство не ставит своей целью регулировать правоотношения в иностранных государствах,<sup>2</sup> США, для которых собственный интерес превыше всего, полагает необходимым для себя следить за действиями компаний, инкорпорированных за рубежом, чьи практики не дают американским компаниям надлежащим образом конкурировать на зарубежных рынках.

Для этих целей зачастую заключаются специальные «соглашения о взаимности», которые регулируют вопросы признания иностранного права и судебных актов на территории другого государства с соблюдением норм международного права, а также принципа уважения прав граждан и иных лиц по национальному праву.<sup>3</sup> В рамках соглашений о признании одна в том случае, если одна страна (**A**) считает, что ее компании не допускаются на рынок другой страны (**B**) в результате антиконкурентного поведения, страна **A** может попросить страну **B** провести соответствующее расследование. В том случае, если страна **B** приходит к выводу о наличии нарушения норм антимонопольного законодательства, страна **A** имеет возможность принять контрмеры в рамках собственного законодательства. Страна **B** также может не согласиться с представленными ей аргументами, либо сама предпринять расследование и применить те меры, которые считает необходимыми.

---

<sup>1</sup> Muchlinski P. *Multinational Enterprises and the Law*. Oxford, 1999. P. 126-127

<sup>2</sup> *Matushita Elec Indus. Co v. Zenith Radio Corp*, 475 US 574,582 (1986)

<sup>3</sup> *Hilton v. Guyot* 159 US113, 164 (1895)

Подобного рода соглашения существуют между ЕС и США (1991 г.), между США и Канадой (1995 г.),<sup>1</sup> США и Японией.<sup>2</sup> В 1997 г. США впервые воспользовались соглашением с ЕС, обратившись в Комиссию ЕС с информацией о препятствиях, создаваемых американскими авиакомпаниями при использовании американской системы бронирования в Европе. Система бронирования не отражала своевременно информацию о скидках, бонусах и акциях, а поэтому работала не столь эффективно как ее европейские конкуренты для европейских авиаперевозчиков. Изучив информацию, Комиссия направила предупреждение об антиконкурентном поведении в адрес Air France (оператор европейской системы), а несколько европейских перевозчиков заключили дополнительные соглашения, в результате чего функционирование системы было налажено.

Комиссия ЕС также пытается расширить сферу действия антимонопольных законов ЕС. Так, еще Суд справедливости неоднократно поддерживал решения Комиссии ЕС, вынесенные в отношении компаний-нерезидентов ЕС в связи с их соглашениями и практиками, поскольку они оказывали влияние на конкуренцию между государствами-участниками.<sup>3</sup> Отмечу здесь, что многие из случаев экстерриториального применения европейского антимонопольного законодательства основывались не на концепции «эффекта», а на концепции «единого хозяйствующего субъекта» - правоприменение осуществлялось в отношении дочерних обществ компаний, инкорпорированных на территории стран-участников ЕС.<sup>4</sup>

Как видно из проведенного сравнения российский Закон о защите конкуренции значительно уступает своим зарубежным аналогам в части территориальной широты применения. Причем это не столько дефект самого

---

<sup>1</sup> Agreement between the Government of United States of America and the Government of Canada regulating application of their competition and deceptive marketing rules of 03.08.1995 reprinted in 4 Trade Reg. Rep. (CCH), 13,503, 23.08.1997

<sup>2</sup> Agreement between the Government of United States of America and the Government of Japan concerning cooperation on anticompetitive activities 07.10.1999 repr. in 4 Trade Reg. Rep. (CCH). 13. 507. 13.10.1999

<sup>3</sup> Commission Decision (EC) 70/332 (Kodak) OJ L147. 7.7.70. P. 24, [1970] CMLR D19.

<sup>4</sup> Commission Decision (EC) 69/243 (Aniline Dyestuffs Cartel) OJ L195, 7.8.69, P. 11, [1969] CMLR D23. Также одобрен такой подход в деле *Ahlstrum Osakeyhtn v. EC Commission* [1988] ECR 5193, [1988] 4 CMLR 901.

закона – он сформулирован в этой части достаточно обще – сколько дело в недостаточности усилий правоприменителя. Представляется, что конкурентоспособность российских компаний на зарубежных рынках – не самый главный приоритет российского правоприменителя. Нельзя также не отметить, что косвенно расширение сферы применения американского антитрестовского и европейского антимонопольного законодательства – результат привлекательности экономик и наличия недоступных России инструментов в связи с особенностями устройства и функционирования международной банковской системы.

Здесь же хотелось бы снова упомянуть о еще одной особенности Закона о защите конкуренции, уже упоминавшейся применительно к характеристикам антимонопольных ограничений в целом: он основан на экономических дефинициях, в нем, как представляется, гораздо больше экономических терминов и конструкций, чем правовых, которые, по сути, являются надстройкой. Само правоприменение в рамках данного Закона в большинстве случаев невозможно без проведения процедуры анализа рынка – тоже процедуры, осуществляемой с помощью оценочных экономических (а местами и социологических) инструментов.

В контексте такой характеристики законодательства о конкуренции (и антимонопольных ограничений в целом), как возможность устанавливать ограничения для договоров и действий, разрешенных другими отраслями права, наиболее острый в России вопрос последних лет – коллизия антимонопольных ограничений и интеллектуальных прав. Собственно, это вопрос изъятия из запретов монополистической деятельности для случаев реализации права интеллектуальной собственности (при злоупотреблении доминирующим положением, антиконкурентных коллективных практиках) – антимонопольных иммунитетов. Как указано выше, любое антимонопольное законодательство изначально создавалось как законодательство равных возможностей: появившись в результате противодействия крупному бизнесу, развивавшееся вопреки лоббизму этого крупного бизнеса, оно устанавливает пределы

допустимого поведения в ходе осуществления предпринимательской деятельности для тех хозяйствующих субъектов, которые могут в результате договоренности или самостоятельно управлять рынком, извлекая дополнительные преимущества. Любой антимонопольный закон любой юрисдикции - это всегда ограничение автономии воли. Заранее оговорим, что в настоящей работе мы используем данный термин в том значении, которое принципу автономии воли придает российское гражданское законодательство – приобретение и использование прав своей волей и в своем интересе. О принципе автономии воли в российской науке написано достаточно много,<sup>1</sup> поэтому останавливаться на его содержании в данной работе мы не будем, а в дальнейшем покажем, как его ограничение применяется в антимонопольном контексте.

Итак, ограничение автономии воли, будь то ограничение свободы договора или ограничение права собственности, т.е. ограничение фундаментальных прав, защита которых является основой гражданско-правового регулирования. В свою очередь, охрана интеллектуальных прав, возможность свободно их реализовывать, как неоднократно отмечалось в юридической литературе – гарантия развития и инноваций, а ограничение их антимонопольными механизмами может дать непредсказуемый результат.<sup>2</sup> В этой связи принципиально важен баланс – антимонопольные ограничения должны с одной стороны не нарушать баланс интересов на рынке, с другой- не ущемлять права хозяйствующих субъектов, чье развитие фактически обуславливает развитие экономики. Для этого Законом о защите конкуренции и предусмотрены иммунитеты для реализации исключительных прав.

Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 13 февраля 2018 г. № 8-П по делу о проверке конституционности положений пункта 4 статьи 1252, статьи 1487 и пунктов 1, 2 и 4 статьи 1515 Гражданского

---

<sup>1</sup> См., например, Коновалова А. В. Принципы права М.:Юр.Норма, 2022 и др.

<sup>2</sup> Радецкая М.В. Охрана исключительных прав и пресечение недобросовестной конкуренции: поиск баланса. Закон. 2017. №12// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

Кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью "ПАГ" (далее- Постановление № 8-П) дало новый толчок дискуссии об антимонопольных иммунитетах, как и о соотношении права интеллектуальной собственности и антимонопольных запретов. Напомню, что Конституционный Суд Российской Федерации постановил, что установленные в ст. 10 Закона о защите конкуренции требования не могут интерпретироваться и применяться как полностью выводящие коллизию интересов правообладателей товарных знаков и иных участников правоотношений по поводу товаров, на которых размещены соответствующие товарные знаки, и связанную с этим возможность оценки поведения сторон как недобросовестного из-под действия механизмов обеспечения баланса конституционно значимых ценностей. Иное означало бы злоупотребление исключительным правом на товарный знак, выходящее за разумные пределы защиты правообладателем своего экономического интереса, которое не должно поощряться, поскольку осуществление субъективных прав в противоречии с их назначением или с публичными целями, охраняемыми гражданским правом, влечет отказ в правовой защите.

Это постановление привело к оживлению давней дискуссии по вопросам принудительного лицензирования в рамках соблюдения антимонопольных правил, социальной справедливости, разумности антимонопольных ограничений применительно к интеллектуальным правам. То есть по всем тем вопросам, которые возникают каждый раз, когда антимонопольный орган предлагает внести изменения в законодательство о конкуренции и прямо ограничить антимонопольные иммунитеты. Позиции ФАС России и значительной части юридического сообщества разделились диаметрально: в то время как антимонопольный орган рассматривает Постановление №8-П как еще одно подтверждение необходимости изменить Закон о защите конкуренции (а ФАС пытается отметить антимонопольные иммунитеты последние несколько

лет), юристы считают его просто еще одним подтверждением другой необходимости - придерживаться принципа разумности.<sup>1</sup>

Нельзя не отметить, что само существование антимонопольных ограничительных механизмов в контексте защиты от злоупотребления интеллектуальными правами неоднократно подвергалось критике<sup>2</sup>: ГК РФ действительно содержит самостоятельные гражданско-правовые механизмы ограничений, направленные на защиту прав участников рынка, на защиту публичных интересов, например, не основанные на антимонопольных правилах механизмы принудительного лицензирования. Поэтому использование антимонопольных механизмов и правда должно быть выборочным и обоснованным, а само антимонопольное законодательство должно применяться с учетом особенностей других отраслей законодательства.

В качестве одного из ярких примеров коллизии антимонопольных иммунитетов и антимонопольных ограничений можно привести дело, возбужденное по жалобе компании Yandex против компании Google, где вопрос о защите интеллектуальных прав стоял достаточно остро.<sup>3</sup> Несмотря на различные оценки результатов этого дела в юридической прессе,<sup>4</sup> бесспорным является как раз тот факт, что антимонопольные механизмы защиты были применены в интересах не рынка в целом, а конкретной компании. Реалии сегодняшнего правоприменения таковы, что антимонопольную защиту получают лица, чьи интересы в сфере предпринимательской деятельности, а

<sup>1</sup> Пузыревский С., Гаджиев Г., Калятин В., Иванов А., Семенов А., Хабаров Д., Суворов К., Войниканис Е., Ворожевич А., Макдональд Б., Пружанский В. Антитраст в сфере интеллектуальной собственности: в поисках разумного баланса (комментарий эксперта). Закон. 2018. № 2. // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>2</sup> Ворожевич А. С. Антитраст vs Патентные права: почему вмешательство антимонопольной службы повредит инновациям? Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 1. // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>3</sup> <https://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15>

<sup>4</sup> См. Ворожевич А. С. Антитраст vs Патентные права: почему вмешательство антимонопольной службы повредит инновациям? Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 1. // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система и Доценко А. В., Иванов А. Ю. Антимонопольное регулирование, цифровые платформы и инновации: дело Google и выработка подходов к защите конкуренции в цифровой среде. Закон. 2016. № 2 [https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%94%D0%B5%D0%BB%D0%BE\\_Google\\_%D0%B2\\_%D0%A4%D0%90%D0%A1](https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%94%D0%B5%D0%BB%D0%BE_Google_%D0%B2_%D0%A4%D0%90%D0%A1) с противоположной точкой зрения

точнее – максимизации прибыли - страдают по причине превосходства другой стороны. «Водораздел», как представляется, в данном случае достаточно прост: вмешательство антимонопольных органов необходимо только в том случае, если речь идет о защите конкуренции в целом, а не предпринимательских интересов конкретных лиц. Для последнего есть суд и правила ГК РФ.

И все же представляется, что сегодня, несмотря на противоположные цели данных отраслей законодательства, в реальном правоприменении и в самых сегодня обсуждаемых случаях коллизий между ними нет. Несмотря на кажущийся императивный характер представленных изъятий, они никогда не были безусловными. По сути, ни одно из изъятий не может быть абсолютным постольку, поскольку существует ст. 10 ГК РФ и запрет злоупотребления правом. Достаточно громкие дела, рассмотренные арбитражными судами в последние годы<sup>1</sup>, позволяют прийти к заключению о том, что суды достаточно четко разграничивают реализацию интеллектуальных прав и превышение пределов реализации таких прав. Не обсуждая справедливость отдельных уже принятых судебных актов можно, тем не менее, сделать общий вывод – суды уже руководствуются принципом соразмерности и разумности, который упомянут в постановлении № 8-П. Кроме того, дискуссия вокруг антимонопольных иммунитетов, которым в данном постановлении посвящена лишь реплика, игнорирует достаточно очевидный факт: предложенная Конституционным Судом Российской Федерации логика совсем не нова - ей больше 10 лет. Еще в 2008 году в Пленуме ВАС РФ №30 было указано: оценивая действия (бездействие) как злоупотребление доминирующим положением, следует учитывать положения статьи 10 ГК РФ, части 2 статьи 10, части 1 статьи 13 Закона о защите конкуренции, и, в частности, определять, были совершены данные действия в допустимых пределах осуществления гражданских прав либо ими налагаются на контрагентов неразумные ограничения или ставятся необоснованные условия реализации контрагентами

---

<sup>1</sup> См. дела № А40-42997/2014, № А40-18248/2017

своих прав. Поэтому оценка тезисов, содержащихся в постановлении № 8-П как революционных или что-либо существенно меняющих в толковании права, представляется чрезмерной. И закон, и судебная практика уже решили вопрос о соотношении антимонопольных иммунитетов и антимонопольных ограничений в пользу последних.

Итак, в сфере антимонопольных иммунитетов ситуация сложилась достаточно интересная: в теории и в дискуссиях юристов отмечаются коллизии между антимонопольным законодательством и законодательством об интеллектуальной собственности, однако в правоприменительной практике, как представляется, применяется в полной мере принцип разумности и соразмерности, а сами антимонопольные иммунитеты никогда не существовали как абсолют.

В контексте данной работы проведенный анализ призван проиллюстрировать важную сущностную характеристику законодательства конкуренции: будучи неразрывно связанным с другими отраслями предпринимательского законодательства, оно устанавливает для участников предпринимательской деятельности собственные правила поведения и запреты, применяемые, тем не менее, с учетом принципа разумности. Эта характеристика антимонопольного законодательства важна для понимания - нарушение антимонопольного ограничения трансформирует обычную предпринимательскую деятельность в антиконкурентную практику.

Для целей данной работы интересен также анализ взаимодействия другого базового принципа частного права – принципа добросовестности - и антимонопольных ограничений. Теоретической литературы по данному вопросу мало, поскольку это достаточно специальный вопрос. Пока единственная обнаруженная автором работа, где затрагивался данный вопрос – это работа А.Н. Варламовой,<sup>1</sup> которая предлагает свою систему принципов конкурентного права, объединяющую общие частноправовые принципы и

---

<sup>1</sup> Варламова А.Н. Конкурентное право и отраслевые рынки: Монография. М. Зерцало. М. 2021, С. 90-141.



сугубо принципы конкурентного права. Проанализировав ту немногочисленную литературу, где предлагается подобие системы принципов конкурентного права (именно подобие, поскольку большинство авторов или цитируют Конституцию РФ или выдвигают тезисы «за все хорошее и против всего плохого»), А.Н. Варламова предлагает следующие принципы: взаимосвязи конфликта и солидарности интересов, единства конкуренции и свободы договора, больше всего интересующий нас принцип добросовестности, недискриминационности, защиты экономически слабой стороны, учета отраслевых особенностей рынка.<sup>1</sup> Причем под добросовестностью исследователь понимает также и разумность, предлагая в качестве иллюстрации дело Standard Oil, о котором мы подробнее поговорим далее. Здесь же отметим, что принцип добросовестности – один из ключевых в частном праве, где поощряется самостоятельное применение его судами, и работает максима – интересы осмотрительного и добросовестного участника отношений страдать не должны.<sup>2</sup> Действие принципа добросовестности (о нем в отечественной юридической литературе написано достаточно много, поэтому на его раскрытии останавливаться не будем) применительно к отношениям конкуренции ничем, собственно, не отличается от общих правил. Логика понятна – антимонопольные ограничения не должны быть чрезмерными, они не должны касаться добросовестных действующих разумно и осмотрительно хозяйствующих субъектов, даже с учетом технически сложных и имеющих экономико-социологическую основу критериев оценки. Система правовых антимонопольных ограничений должна быть выстроена таким образом, чтобы не мешать добросовестным, пресекая недобросовестные практики. К этому стремится законодательство о конкуренции всех изученных юрисдикций,

---

<sup>1</sup> Целью данной работы не является построение и анализ системы принципов конкурентного права. Однако, учитывая опыт российского антимонопольного правоприменения, который можно скорее назвать негативным, на данном этапе выделение самостоятельных принципов конкурентного права, как мне представляется, приведет к нивелированию принципов частного права и расширению дискреции правоприменителя. Прим. авт. **Е.Б.**

<sup>2</sup> См., например, Михеева Л.Ю. Эволюция российского частного права: новейшая история/ Частное право в странах бывшего СССР: итоги 30-летия / Под ред. Л. Ю. Михеевой; Исследовательский центр частного права имени С. С. Алексеева при Президенте РФ. Москва : Статут, 2022. С. 362 -404

кроме, как будет показано далее – России. Российский законодатель, поощряемый регулятором, про презумпцию добросовестности забыл, он выстраивает ограничительные барьеры в тщетной надежде создать непоколебимый свод запретов, которые нельзя будет «обойти». Однако практика формулирования и применения антимонопольных ограничений (здесь уместно вспомнить также практику применения и Закона о торговле в том числе) показывает, что метод не работает. И это, как представляется, к сожалению, одна из важнейших характеристик российских правовых антимонопольных ограничений на сегодняшний день: одновременно их избыточность и неадекватность. Данная эта характеристика порождает массу прикладных проблем, одной из наиболее острых сегодня является преодоление судебного решения актом антимонопольного органа по весьма интересной схеме. Проиграв гражданско-правовой спор в арбитражном суде, бывший истец неожиданно «находит» в правоотношениях антимонопольный элемент и обращается за защитой права в антимонопольный орган в порядке ст. 11 Гражданского кодекса РФ и в соответствии с Законом о защите конкуренции. И требуемую защиту получает. В ходе антимонопольного процесса и в дальнейшем при оспаривании акта антимонопольного органа ссылки на то, что спор был уже ранее рассмотрен в арбитражном суде, не принимаются, поскольку ранее речь о законодательстве о конкуренции не шла, да и антимонопольный орган в предыдущем процессе не участвовал.<sup>1</sup> А поскольку антимонопольный элемент – это неотъемлемая часть предпринимательской деятельности, поле для того, что автор считает злоупотреблением правом и необоснованным вмешательством в предпринимательскую деятельность невероятно широко.

---

<sup>1</sup> См., например, судебные акты по делам №№А40-22138/19-93-199, № А40-238616/2017, А40-238665/2017.

### **§3. Базовые дефиниции, неразрывно связанные с антимонопольными ограничениями**

Изучение антимонопольных ограничений невозможно без выявления содержаний основных определений, которые с ограничениями связаны. Так, понимание того, что из себя представляет антиконкурентное соглашение, требует определить, что является соглашением, а что -нет, каково соотношение соглашения в антимонопольном понимании с гражданско-правовым договором. Злоупотребление доминирующим положением невозможно характеризовать, не определив, что такое власть на рынке и доминирующее положение. Нельзя определить, привели ли действия хозяйствующего субъекта к ограничению конкуренции на рынке, не определив, рынок.

Некоторые из базовых дефиниций достаточно четко определены антимонопольным законодательством, как например, хозяйствующий субъект. Однако содержание многих важных дефиниций является или дискуссионным, или требует правового исследования или же устанавливается применительно к конкретной ситуации по несовершенным правилам, как например – товарный рынок. Именно об этих сложных дефинициях пойдет речь в данном параграфе.

**А) Соглашение.** Приведенный ниже анализ применим ко всем видам соглашений. Прежде всего необходимо отметить, что понятие «соглашение» в антимонопольном законодательстве чрезвычайно широко и не тождественно гражданско-правовому письменному или устному договору. В европейской антимонопольной традиции соглашение не обязательно должно представлять собой единый документ, это может быть всего лишь договоренность. Соглашением может считаться внутренняя переписка, переписка по электронной почте, смс-сообщение.<sup>1</sup> О наличии соглашения, например, в

---

<sup>1</sup>См., например, National Panasonic (UK) Ltd [1983], 1 CMLR 497- Соглашение состояло из внутренней переписки и сообщения по телексу.

понимании французского законодательства, свидетельствуют некоторые действия, в частности, оплата по счетам.<sup>1</sup>

В качестве соглашения также может выступать простое действие: так, например, уступка товарного знака была квалифицирована как соглашение,<sup>2</sup> аналогичный подход существует в Великобритании.<sup>3</sup> Кроме того, английский подход допускает, что сторона может не полностью выполнить соглашение или принимать в нем участие, находясь под давлением, что, однако, не будет означать, отсутствие соглашения. Эти обстоятельства будут иметь значение только для определения степени вины и последующего исчисления размера штрафа. Аналогично разнообразные «джентльменские соглашения», соглашения между профессиональными ассоциациями, а также безвозмездные соглашения подпадают в сферу антимонопольного регулирования. Несколько взаимосвязанных соглашений также могут формировать единое соглашение в понимании ст. 101 TFEU, если они имеют единую цель.<sup>4</sup> Неоднозначно отношение к учредительным документам - в некоторых случаях суды признают их соглашениями в антимонопольном смысле, а в некоторых - решениями.<sup>5</sup> Наименование соглашения значения не имеет, как и в российском законодательстве. Российский подход к определению соглашения на первый взгляд также достаточно прогрессивен, факт наличия антиконкурентного соглашения не ставится в зависимость от его заключения в форме договора по правилам, установленным гражданским законодательством. Нормы антимонопольного законодательства, в частности, ст. 4 Закона о защите конкуренции, содержит специальное определение соглашения, которое подлежит применению при оценке факта правонарушения в сфере

---

<sup>1</sup> Malaurie-Vignal M. Droit de la concurrence L.G.D.J., 2002 P. 161

<sup>2</sup> Ideal Standard [1994] ECR I-27893 CMLR 857

<sup>3</sup> Ravenseft v. Director general of Fair Trading [1977], 1 All ER 47 (QBD)

<sup>4</sup> См. Polypropylene Cartel [1988] 7 CMLR 347

<sup>5</sup> Соглашение - SOCEMAS [1986] CMLR D28, решение – ASPA [1970] CMLR D25.

антимонопольного законодательства. Положения статей 154, 160, 432, 434 ГК РФ в этом случае применению не подлежат.<sup>1</sup>

Предметом антимонопольного регулирования являются не столько права и обязанности участников соглашения, а также соблюдение формы, в которую эти права и обязанности должны быть облечены, сколько поведение участников этого соглашения, действия или потенциальные действия, которые могут быть совершены в результате соглашения.

Аналогичную трактовку можно видеть в Обзоре Верховного Суда РФ по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16 марта 2016 г.),<sup>2</sup> в п.9 которого указано, что «факт наличия антиконкурентного соглашения не ставится в зависимость от его заключения в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством, включая требования к форме и содержанию сделок, и может быть доказан, в том числе, с использованием совокупности иных доказательств, в частности фактического поведения хозяйствующих субъектов». Пленум ВС РФ № 2 в этом плане ничего не изменил. Здесь правда, необходимо отметить, что, к счастью уже решенная проблема с формой антиконкурентного соглашения, в своей основе заложена именно Законом о защите конкуренции, определяющим соглашение как договоренность не важно в какой форме. Причем договоренность, как нам представляется, является скорее калькой с английского arrangement, используемого в европейском законодательстве о конкуренции.

Попробуем идентифицировать признаки соглашения, поскольку это важно для дальнейшего обоснования избыточности российских антимонопольных

---

<sup>1</sup> См. решение Арбитражного суда Кемеровской области от 14 октября 2009, постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 25 декабря 2009 и постановления ФАС ЗСО от 05 апреля 2010 по делу № А27-12323/2009, а также постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2010 № 9966/10// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>2</sup> Обзор Верховного Суда Российской Федерации по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере от 16.03.2016. [Электронный ресурс].- URL: <http://www.garant.ru/hotlaw/federal/703042/#ixzz44IZPhfNk> (дата обращения -20.04.2016)

ограничений для коллективных практик. Мы понимаем, что соглашение это не столько единый документ (помним, форма же не важна), сколько определенная согласованность действий, обусловленная совпадением интересов сторон соглашения. Нужно ли какое-либо встречное волеизъявление? Полагаю, да. Однако, что формирует это волеизъявление, эту договоренность? Современная экономика имеет одну ранее отсутствовавшую особенность: она информационно прозрачна. «Миграции» сотрудников компаний-конкурентов, аналитические обзоры, методы прогнозирования, социальные сети, где посредством нескольких сообщений можно создать свою «империю» или дать старт биржевой панике и довести конкурента до банкротства, интернет и цифровые технологии – все это делает рынок в значительной степени предсказуемым. «Я знаю, что ты знаешь, что я знаю» - реальность, исходя из которой строятся идентичные маркетинговые стратегии, так и достигается взаимопонимание и та самая, казалось бы аморфная, договоренность. В антимонопольном контексте это значит только одно: одинаковое ценообразование, совпадающие действия конкурентов могут быть объяснены тремя причинами: изменение конъюнктуры рынка, совпадение или соглашение. Игнорирование экономических механизмов создает почву для неправильных квалификаций и чрезмерного регулирования. Ярким примером такой ошибки является квалификация как «согласованных действий» политики ценообразования трех мобильных операторов, установивших друг для друга плату за пропуск трафика в размере 0,95 руб., а для всех остальных 1,10 руб. В этом деле, несмотря на требования формальной логики и заключение экспертизы, антимонопольный орган применил квалификацию «согласованные действия» при очевидном наличии соглашения, а суд не стал ее опровергать.<sup>1</sup> Так и создается правовой беспорядок.

Законодательство о конкуренции содержит массу ограничений для соглашений - как между конкурентами, так и между продавцами и

---

<sup>1</sup> См. судебные акты по делу А40-73257/06-121-411

покупателями, и таких ограничений намного больше, чем для единоличного поведения. Поэтому сам факт наличия соглашения является предпосылкой для антимонопольного ограничения, не свидетельствуя, тем не менее, о том, что это ограничение будет обязательно применено.

**Б) Группа лиц.** С понятием «группа лиц» традиционно связано много практических и теоретических вопросов. Несмотря на то, что большинство правил Закона применяются к группе лиц, определение группы в ст. 4 Закона о защите конкуренции – «Основные понятия, используемые в настоящем законе» – отсутствует. При этом сфера применения данного понятия крайне широка.

В первую очередь - это сами нормы и правила конкуренции. В силу ч.2 ст.9 Закона о защите конкуренции, установленные законодательством запреты на действия (бездействие) на товарном рынке хозяйствующего субъекта распространяются на действия (бездействие) группы лиц, если федеральным законом не установлено иное.<sup>1</sup>

Еще одно важное направление, где группа лиц играет далеко не последнюю роль – вопросы экономической концентрации. Так, пороговые значения, превышение которых влечет за собой в числе прочих условий необходимость согласования сделки с антимонопольными органами, также считается не только исходя из показателей участников сделки, но и из показателей групп лиц, к которым они принадлежат, за небольшим исключением полного отчуждения предмета сделки. Уместно упомянуть также и ст. 32 Закона о защите конкуренции, содержащую требования о раскрытии группы лиц как необходимое (но не всегда достаточное) условие получения согласия антимонопольного органа на совершение сделки. В контексте применения понятия «группа лиц» хотелось бы также упомянуть и действующую на момент подготовки настоящей работы ст. 4 Закона о конкуренции, которая относит лиц, входящих в одну группу, к аффилированным лицам. Это значит, что и вопросы раскрытия списка

---

<sup>1</sup> См. п.п. 12, 14 Пленума ВАС РФ №30// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

аффилированных лиц, и вопросы корректного применения норм о добровольном и обязательном предложении, и правильного расчета объема голосов, полученных во исполнение акционерного соглашения, зависят от корректного определения состава группы лиц.

Следующий вопрос, который необходимо разрешить, а каковы должны быть связи-критерии, позволяющие создать группу. С точки зрения российского законодательства, можно выделить три типа таких критериев: юридические, юридико-экономические и родственные. Рассмотрим все приведенные критерии более подробно.

- 1) Хозяйственное общество (товарищество, хозяйственное партнерство) и физическое лицо или юридическое лицо, если такое физическое лицо или такое юридическое лицо имеет в силу своего участия в этом хозяйственном обществе (товариществе, хозяйственном партнерстве) либо в соответствии с полномочиями, полученными, в том числе на основании письменного соглашения, от других лиц, более чем 50% общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли) в уставном (складочном) капитале этого хозяйственного общества (товарищества, хозяйственного партнерства). Данный критерий скорее относится к юридическим, поскольку возможность осуществлять деятельность в едином интересе, или деятельность в качестве единого хозяйствующего субъекта, достигается в первую очередь за счет возможности принимать большинство управленческих решений. Хотелось бы обратить особое внимание, что критерием является не владение акциями/долями, а реализация прав голоса – простого большинства. С точки зрения управления хозяйственным обществом для абсолютного контроля данного количества голосов недостаточно, поскольку решение некоторых вопросов требует квалифицированного большинства, а для некоторых необходимо единогласие. Однако в отсутствие указаний об обратном в уставе общества (или в отсутствие корпоративного договора) простого большинства достаточно в



подавляющем числе случаев для назначения большинства правления, совета директоров и/или единоличного исполнительного органа. Таким образом, данный критерий является одним из самых очевидных.

- 2) Юридическое лицо и осуществляющие функции единоличного исполнительного органа этого юридического лица физическое лицо или юридическое лицо. Это юридико-экономический признак. За юридическую составляющую отвечают соответствующие положения российского корпоративного законодательства, которые позволяют единоличному исполнительному органу управлять текущей деятельностью хозяйствующего субъекта и налагают на него ответственность за результат этой деятельности. Кроме того, российское корпоративное законодательство построено таким образом, что деятельность общества без формально назначенного исполнительного органа невозможна, а залогом стабильности хозяйственной деятельности является нормальное правопреемство данной должности. При этом с экономической точки зрения возможность исполнительного органа оказывать влияние на поведение хозяйствующего субъекта на рынке не исчерпывается полномочиями, определенными уставом.
- 3) Хозяйственное общество (товарищество, хозяйственное партнерство) и физическое лицо или юридическое лицо, если такое физическое лицо или такое юридическое лицо на основании учредительных документов этого хозяйственного общества (товарищества, хозяйственного партнерства) или заключенного с этим хозяйственным обществом (товариществом, хозяйственным партнерством) договора вправе давать этому хозяйственному обществу (товариществу, хозяйственному партнерству) обязательные для исполнения указания. Этот критерий представляется исключительно юридическим и самым широким: договор, позволяющий давать обязательные для исполнения указания может быть непубличным, а значит, установить наличие группы может быть крайне сложно. Кроме того, этот критерий поднимает важный практический вопрос: формируют

ли хозяйственные договоры группу лиц. Например, такие положения могут содержаться в договоре франчайзинга (который, впрочем, не должен подпадать под антимонопольное регулирование), в договоре аренды, договоре поручения и многих других. Хозяйственные связи, формируемые этими договорами, зачастую намного крепче, чем формируемые, например, корпоративными договорами. Однако существенные риски здесь лежат в области хаотичного правоприменения, видимо по этой причине даже креативный российский правоприменитель на эту территорию не заступает.

- 4) Юридические лица, в которых более чем 50% количественного состава коллегиального исполнительного органа и (или) совета директоров (наблюдательного совета, совета фонда) составляют одни и те же физические лица. Это также юридико-экономический критерий. Он основан на принципе российского корпоративного управления, при котором единоличный исполнительный орган ограничен в совершении сделок определенной стоимости, а также в ряде других действий, которые относятся к компетенции совета директоров или правления общества. Поэтому большинство количественного состава в таких органах дает инструмент управления деятельностью компании по ряду стратегически важных вопросов. За экономическую составляющую отвечают трудовые связи членов коллегиального исполнительного органа с обществом (зачастую они занимают операционные должности и обладают определенными властными полномочиями), а также общее влияние членов совета директоров на общество.
- 5) Хозяйственное общество (хозяйственное партнерство) и физическое лицо или юридическое лицо, если по предложению такого физического лица или такого юридического лица назначен или избран единоличный исполнительный орган этого хозяйственного общества (хозяйственного партнерства). Это достаточно одиозный и устаревший критерий. Ведь как видно из анализа критериев, приведенных выше, все они обозначают

инструмент, с помощью которого может быть установлен контроль над хозяйствующим субъектом. Однако какой инструмент опосредует критерий предложения? Ведь принятая всеми кандидатура может быть выдвинута случайным лицом, и при этом список тех документов, которые могут быть источником для установления «выдвинувшего», не ограничен.<sup>1</sup> А что делать в случае, если одобренная кандидатура выдвинута сразу несколькими лицами? Они будут все включены в состав группы лиц общества и будут презюмироваться действующими в едином интересе? С точки зрения содержания понятия «группа лиц» в том виде, в котором оно определено судебной практикой, такое решение будет абсурдным. Характерно, что данный критерий планировался к исключению в рамках «третьего антимонопольного пакета» и отсутствовал как критерий группы лиц в списке таковых, установленном пп.5 ст.2 Соглашения о единых принципах конкуренции. В итоге представляется, что мы имеем дело с анахронизмом, сохранившимся с тех пор, когда реальный собственник компании был скрыт в числе миноритариев, и обнаружить его можно было только по косвенным признакам и *результатам* его влияния, в частности, в результате принятия выдвинутых им кандидатур. Возможно, именно по этой причине данный критерий в судебной практике учитывается как дополнительный.<sup>2</sup> В настоящее время применение указанного критерия в его формализованном виде приводит к включению в группу лиц тех, кто имел неосторожность высказаться на собрании и предложить кандидатуру, что было зафиксировано в корпоративных документах.

- б) Хозяйственное общество и физическое лицо или юридическое лицо, если по предложению такого физического лица или такого юридического лица избрано более чем 50% количественного состава коллегиального

---

<sup>1</sup>Разъяснения ФАС России. [Электронный ресурс].-URL: [http://fas.gov.ru/clarifications/clarifications\\_11677.html](http://fas.gov.ru/clarifications/clarifications_11677.html) (дата обращения 20.06.2015)

<sup>2</sup> См., например, постановление ФАС ВВО от 04 декабря 2012 по делу № А28-9485/2011// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

исполнительного органа либо совета директоров (наблюдательного совета) этого хозяйственного общества. Все вышесказанное применимо и к данному критерию.

- 7) Физическое лицо, его супруг, родители (в том числе усыновители), дети (в том числе усыновленные), полнородные и неполнородные братья и сестры. Единственный пример родственных связей в числе критериев группы лиц. Причем критерий достаточно спорный, поскольку основан он на презумпции целостности семьи и семейных отношений. Однако, несмотря на то, что ценность семьи как института в Российской Федерации закреплена на конституционном уровне, фактически принадлежность к одной семье и родственные связи не всегда означают наличие «единого экономического интереса».
- 8) лица, каждое из которых по какому-либо из указанных в пунктах 1 - 7 признаку входит в группу с одним и тем же лицом, а также другие лица, входящие с любым из таких лиц в группу по какому-либо из указанных в пунктах 1 - 7 признаку. Данным признаком зафиксировано **«свойство транзитивности»**, т.е. сквозной характер группы. Принцип почти математический: если компания А, входит в группу с В, а В – с С, то А входит в группу с С. И так до бесконечности. Однако лингвистические особенности формулировок Закона о защите конкуренции позволяли ряду судов иногда исключать «бесконечный» характер группы, со ссылкой на то, что включение каждого нового члена в группу на основании применения совокупности критериев должно быть экономически оправдано.<sup>1</sup> Однако подобных решений на практике крайне мало, т.е. понимание, что **все** хозяйствующие субъекты, соединенные между собой по любому из вышеназванных признаков, относятся к группе, является обоснованным с точки зрения существования данного института, в том числе концепции «единого хозяйствующего субъекта».

---

<sup>1</sup> См., например, постановление ФАС СЗО от 10 октября 2008 по делу №А66-1947/2008// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

9) Хозяйственное общество (товарищество, хозяйственное партнерство), физические лица и (или) юридические лица, которые по какому-либо из указанных в пунктах 1 - 8 признаков входят в группу лиц, если такие лица в силу своего совместного участия в этом хозяйственном обществе (товариществе, хозяйственном партнерстве) или в соответствии с полномочиями, полученными от других лиц, имеют более чем 50% общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли) в уставном (складочном) капитале этого хозяйственного общества (товарищества, хозяйственного партнерства). Это юридический критерий. Он означает, что расщепление контрольного пакета долей/акций какого-либо общества между участниками группы означает в равной степени включение этого общества в группу лиц.

Итак, как видно из приведенных критериев, они совсем не совершенны, однако в условиях российской правовой системы пока что не имеют аналогов.

Интересно то общее определение, которое дает группе лиц как явлению судебная практика и исследователи, а также связанные с этим дискуссии.

Еще в Информационном письме Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.03.1998 № 32<sup>1</sup> было указано, что группу лиц следует рассматривать как единый хозяйствующий субъект. Однако этот вывод сделан на основании ст.4 Закона о конкуренции, действовавшей на момент принятия данного письма. Тем не менее, несмотря на изменение формулировки в Законе о защите конкуренции, подход к содержанию понятия «группа лиц» следует расценивать как неизменный, что подтверждается сегодняшней судебной практикой.<sup>2</sup> В Соглашении о единых принципах и правилах конкуренции от 09 декабря 2010, заключенном между Россией, Республикой Казахстан и Республикой Беларусь также прямо говорилось о том, что группа лиц

---

<sup>1</sup> Информационное письмо Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30 марта 1998 № 32 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением антимонопольного законодательства»// Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. №5. 1998.

<sup>2</sup> Постановление Арбитражного суда Московского округа от 06.08.2014 №Ф05-7573/2014 по делу №А40-97919/13// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

рассматривается как единый хозяйствующий субъект. Этот тезис затем был повторен в других документах союза. Как следствие, неоправданной является точка зрения о том, что в российском законодательстве требование о едином экономическом интересе применительно к группе лиц не сформулировано.<sup>1</sup> Оно сформулировано и на законодательном, и на правоприменительном уровне Судебная практика также поддерживает тезис о том, члены группы лиц действуют в едином экономическом интересе или являются единым хозяйствующим субъектом, представляется, что сегодня уже можно говорить о сложившейся судебной практике.<sup>2</sup> Аналогичного мнения придерживаются Н.И. Клейн,<sup>3</sup> К.Ю. Тотьев,<sup>4</sup> И.С. Шиткина<sup>5</sup> и др. Пленум ВС РФ № 2 подтвердил необходимость установления единого экономического интереса для квалификации группы лиц во избежание идентификации в этом качестве групп случайных.

Источник постоянных дискуссий вокруг группы лиц – определение состава ее участников. Как видно из представленных выше признаков, формальная группа лиц может быть сконструирована как намеренно, в результате обычных бизнес-процессов, так и в результате упущений и ошибок. Особенно часто это случается в сфере М&А, когда, например, новый мажоритарный акционер сохраняет на переходный период состав органов управления общества, назначенный предыдущим акционером, не понимая, что создает тем самым аффилированность со всеми вытекающими последствиями акционерного законодательства.

---

<sup>1</sup> Конкурентное право России. Учебник / Д.А. Алешин, И.Ю. Артемьев, Е.Ю. Борзило и др.; отв. ред. И.Ю. Артемьев, А.Г. Сушкевич. С.64.

<sup>2</sup> См, например, постановление ФАС МО от 25 ноября 2011 г. по делу № А40-7463/11-139-90, Постановление ФАС СЗО от 30 марта 2012 г. по делу № А56-36258/2011, постановление ФАС СЗО от 31 декабря 2008 г. по делу № А26-2221/2008, постановление ФАС ПО от 01 марта 2012 г. по делу № А12-5653/2011, постановление ФАС УО от 11 сентября 2012 г. № Ф09-6457/12/ Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система .

<sup>3</sup> Клейн Н.И. Антимонопольное законодательство и законодательство о естественных монополиях: Проблемы применения и пути дальнейшего совершенствования. Право и экономика. 1998. №1. С. 22.

<sup>4</sup> Тотьев К.Ю. Легитимация субъектов предпринимательской деятельности. Законность. 2002. № 12// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>5</sup> Корпоративное право: уч. для вузов; отв. ред. Шиткина И.С., М., Волтерс Клувер, 2007.64-67.

Сторонники точки зрения о том, что группа лиц не является единым хозяйствующим субъектом, обосновывают свой подход тезисом - группа не всегда подконтрольна кому-то одному, в ней, исходя из признаков, приведенных в законе, может быть много центров контроля.

Обосновывая «мультиконтролируемую» группу, сторонники данного подхода указывают, что в случае, когда группа лиц имеет несколько центров контроля, ее характеризует: а) устойчивость формирования и б) способность ее участников в силу связей между ними, поименованных в Законе о защите конкуренции, вести скоординированную политику на отдельном товарном рынке и общий интерес.<sup>1</sup> То есть, единый экономический интерес все же должен быть. А если есть единый экономический интерес, то работает логика «единого хозяйствующего субъекта». Таким образом, отрицание концепции «единого хозяйствующего субъекта» противоречит как судебной практике, так и нормам закона, обоснование этого отрицания дефектно с точки зрения формальной логики.

Представляется, что указанные в ст. 9 Закона о защите конкуренции признаки - это индикаторы хозяйствующих субъектов, объединенных связями, которые позволяют им действовать на рынке как единый хозяйствующий (экономический) субъект, что является смыслом и содержанием категории «группа лиц» с точки зрения антимонопольного законодательства. Как следствие, идентификация группы лиц не может быть сведена лишь к формальному установлению перечисленных в Законе о защите конкуренции признаков.

В противном случае, учитывая разнородность признаков группы лиц, трактовка антимонопольного закона позволяла бы при наличии формальных признаков отнести к единому хозяйствующему субъекту конкурирующие между собой юридические лица, которые в действительности не способны действовать скоординированно, и имеют диаметрально противоположные

---

<sup>1</sup> Там же. С.64-67

хозяйственные интересы. Такой подход противоречил бы смыслу антимонопольного законодательства, в том числе и российского.

Таким образом, бесспорным является тот факт, что в силу определенных внутренних связей группа лиц является единым «организмом», а значит, внутри группы лиц конкуренции быть не может. Поэтому достаточно странно сегодня выглядят изъятие изъятия из сферы действия антимонопольных ограничений действий и сделок для групп лиц, сформированных только по нескольким основаниям.

И раз конкуренция внутри группы лиц невозможна, невозможно и ограничение таковой в результате договоров или действий членов группы, о чем говорит европейская концепция «экономического субъекта» (*economic entity theory/undertaking concept*). Появившись еще в 70-ые годы XX в., концепция впервые получила четкое обоснование в рамках дела *Imperial Chemical Industries v. EEC Commission (ICI)*.<sup>1</sup> В этом деле концепция использовалась в связи с вопросом о возможности трансграничного применения конкурентного законодательства ЕС. Затем в деле *Akzo Nobel* Суд Первой Инстанции определил, что единый хозяйствующий субъект – это несколько лиц, обладающих единой системой организации персонала, материальных и нематериальных активов и преследующих единую экономическую цель в долгосрочной перспективе. Соответственно, различные компании, принадлежащие к одной и той же группе лиц, формируют единый хозяйствующий субъект для целей конкурентного законодательства в том случае, если они лишены самостоятельности при определении своей политики на рынке. Таким образом, ключевое значение имеет отсутствие самостоятельности в действиях хозяйствующего субъекта.<sup>2</sup> В деле *Gosme/Martell DMP*<sup>3</sup> суд указал, что факт владения 50% в уставном капитале не

---

<sup>1</sup> *Imperial Chemical Indus. v. EEC Commission*, 1972 E. Comm. Ct. J. Rep. 619, 661-63, 11 Comm. Mkt. L.R. 557, 628-30 (1972) [далее также *ICI*]. Compare *J.R. Geigy AG v. EEC Commission*, 1972 E. Comm. Ct. J. Rep. 787, 11 Comm. Mkt. L.R. 557 (1972).

<sup>2</sup> Case T-112/05 *Akzo Nobel NV. and others v. Commission*, judgment of 12.12.2007

<sup>3</sup> *Gosme/Martell DMP* OJ1991L185/23.



означает принадлежность к группе, поскольку общество может быть самостоятельно в осуществлении своей предпринимательской деятельности вне зависимости от доли в нем основной компании.

Концепция единого хозяйствующего субъекта используется в европейском законодательстве как применительно к ст. 101 TFEU, так и применительно к ст.102 TFEU. Так, в том же деле *Akzo Nobel* Суд Первой Инстанции однозначно указал, что конкуренция внутри группы невозможна, поэтому и заключить антиконкурентное соглашение нельзя.

Автор, как очевидно, является последовательным сторонником концепции «единого хозяйствующего субъекта», однако отдает себе отчет в его опасности на текущем уровне применения права в России. Как и любой существенный критерий, критерий единого экономического интереса требует глубокого анализа последствий, в немалой степени по причине связанности корпоративного и антимонопольного законодательства дефиницией аффилированности. Будучи применен без формальных критериев, сам по себе, он во-первых, позволит распространять ограничения, применимые к группе лиц, по основанию близких хозяйственных связей, а во-вторых, приведет к масштабированию аффилированности и полному беспорядку с применением ее последствий в рамках акционерного законодательства.

Характерно, что помимо понятия «группа лиц», в российское антимонопольное законодательство, начиная с 2012 г., введено формализованное понятие «контроль», которое в соответствии со ст.11 Закона о защите конкуренции включает в себя только два признака группы лиц: распоряжение более чем 50% голосов, приходящихся на акции/доли в уставном капитале юридического лица и осуществление функций его единоличного исполнительного органа. Таким образом, возможно полагать, что это основания и являются самыми однозначными конструкторами группы лиц с точки зрения российского законодателя. Вместе с тем, необходимость введения в антимонопольное законодательство самостоятельного института контроля, а

также его целесообразность представляется сомнительной по следующим основаниям:

- ограниченность сферы применения. Данный институт в России предназначен только для случаев соглашения, согласованных действий и для целей раскрытия группы лиц;
- неправильная юридическая техника. Это «родовой» дефект российского законодательства о конкуренции, поскольку выбрана неправильная методология: «что» вместо «как». Существует масса легальных механизмов, посредством которых можно сформировать контроль в моменте, особенно в части функций единоличного органа управления.
- дублирование понятий с иными нормативными актами. Прежде всего, речь идет о законодательстве об инвестициях в стратегические общества, где также содержится понятие «контроль», отличное от антимонопольного законодательства. Таким образом, одно и то же понятие – «контроль» – в российском законодательстве имеет разное значение.<sup>1</sup>

**В) Анализ рынка**, т.е. идентификация товара, места его обращения, участников правоотношений. По своей природе антимонопольное законодательство призвано регулировать отношения, связанные с конкуренцией, которая сама по себе скорее экономическое, чем юридическое понятие. Правильно проведенный анализ рынка является тем ключевым фактором, который позволяет определить пределы допустимого поведения хозяйствующих субъектов. Последовательность анализа всегда одна и та же: необходимо определить временной период, определить продуктовые границы рынка, т.е. товар, географические границы рынка, т.е. место его реализации, состав продавцов и покупателей, состояние конкуренции на рынке.

---

<sup>1</sup> Необходимо также отметить и наличие в российском налоговом законодательстве с 2015 г. отдельных и самостоятельных дефиниций «контролирующих иностранных компаний» и «контролирующих лиц», введенные Федеральным законом от 24.11.2014 № 376-ФЗ "О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации (в части налогообложения прибыли контролируемых иностранных компаний и доходов иностранных организаций). СЗ РФ.2014, №48. ст. 6657

В России процедура анализа конкурентной среды урегулирована Порядком проведения анализа состояния конкуренции, утвержденным приказом ФАС России от 28 апреля 2010 № 220 «Об утверждении порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» с изм. и доп. (далее Приказ ФАС России № 220).<sup>1</sup> Это один из самых спорных актов российского антимонопольного законодательства, который оставляет антимонопольному органу значительную свободу маневра при оценке состояния конкурентной среды, что делает результаты анализа рынка непредсказуемыми. В отличие от упомянутых выше постановлений Правительства РФ, он применяется постоянно. Далее рассмотрим, как осуществляется анализ рынка за рубежом и в России.

*а) определение продуктовых границ товарного рынка;*

Впервые вопрос определения продуктовых границ рынка был детально рассмотрен американским судом в 1956 г. в деле *E. I. du Pont de Nemours & Co* (дело *Cellophane*).<sup>2</sup> Суду было необходимо выяснить, формирует ли целлофан отдельный продуктовый рынок, либо товарным рынком являются все упаковочные материалы. Рассматривая дело, Верховный суд США установил взаимозаменяемость товаров на основе трех критериев: «цена, назначение и качество».<sup>3</sup> Используя критерий качества, Верховный суд США пришел к выводу, что целлофан в целом не обладает никакими особыми потребительскими свойствами, которым бы не соответствовал другой гибкий упаковочный материал.

Примечательным с точки зрения подхода к выявлению товара является дело корпорации *IBM*.<sup>4</sup> Эта компания лидировала в производстве центральных процессорных устройств и периферийного оборудования. Несколько конкурентов, в том числе *Telex*, стали участниками рынка периферийного

---

<sup>1</sup> Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти".№ 34. 2010.

<sup>2</sup> *E. I. du Pont de Nemours & Co v. FTC*, 729 F.2d 128, (2d Cir. 1984).

<sup>3</sup> Гелхорн Э., Ковачич В.Е. Антитрестовское законодательство и экономика С. 76.

<sup>4</sup> *Telex Corp. v. IBM* 510 F.2d 894 (10<sup>th</sup> Cir.). см. также Sullivan Th., Hovenkamp H. Antitrust Law, Policy And Procedure: Cases, Materials, Problems P. 636.. Posner R.A. Antitrust law. P.28

оборудования, совместимого с продукцией *IBM*, продавая свой товар по более низким ценам. *IBM* отреагировала – снизила цены и изменила конструкцию товара (процессоров), а *Telex* начала терять покупателей и прибыль. *Telex* обратился за защитой своих прав в суд. Одним из значимых вопросов в этом деле стала идентификация продуктовых границ товарного рынка. В итоге суд определил товар как периферийное оборудование в целом, в том числе и несовместимое с компьютерами *IBM*, поскольку:

- при низких издержках производители периферийного оборудования, совместимого с процессорами, произведенными не *IBM*, могут в любое время начать производство совместимых с продукцией *IBM* устройств;
- производители и процессоров, и периферийного оборудования могут пользоваться недорогими интерфейсами. Тогда они смогут использовать процессоры с периферийным оборудованием, которое первоначально не проектировалось как совместимое.

Приведенные дела наглядно демонстрируют, что вопрос определения товара является одним из ключевых при идентификации власти. Неверная идентификация товара может привести к принятию неправильного решения и необоснованному применению антимонопольных ограничений.

Наибольшую практическую сложность всегда создает специфика товара, которая требует изучения всех характеристик определенного вида продукции, а также ее взаимозаменяемости. Поэтому при рассмотрении таких дел американские суды прибегают к помощи многочисленных экспертов, что, впрочем, не является гарантией правосудности принятого судебного решения.<sup>1</sup>

В 2010 году Департамент юстиции и Федеральная торговая Комиссия издали новое «Руководство по применению законов при горизонтальных слияниях» (далее Руководство), ранее действовало руководство 1992 г. Оно указывает на «тест гипотетического монополиста» как на основной инструмент определения продуктовых границ рынка. Именно этот тест регуляторы

---

<sup>1</sup> Posner R.A. Antitrust law. P. 21

используют для оценки того, являются ли группы товаров достаточно узкими, чтобы формировать отдельный рынок, а также для определения взаимозаменяемости товаров. Для применения этого теста необходимо, чтобы на рынке было достаточно реальных или потенциальных субститутов товара. Тогда до и после слияния компаний анализ может быть максимально точным. В частности, тест предполагает, что гипотетическая компания, пытающаяся увеличить свою прибыль- «гипотетический монополист» - установит надбавку на свой товар (significant and non-transitory increase in price - SSNIP. Для целей анализа условия продажи товара принимаются как неизменные. SSNIP используется в основном как методологический инструмент, а не как показатель, на который может или не может изменяться цена. Реакция потребителей на SSNIP, а также показатели выручки демонстрируют, относятся ли товары к одной товарной группе.

В российском правоприменении вопрос корректного определения продуктовых (и географических) границ рынка также является ключевым.

Согласно разделу 3 Приказа ФАС России № 220 существует несколько этапов в определении продуктовых границ товарного рынка:

- предварительное определение товара, затем
- выявление свойств товара, определяющих выбор покупателя, т.е. потребительские характеристики, и наконец
- определение взаимозаменяемых товаров.

Соблюдение всех этапов анализа рынка является обязательным, исключение каких-либо этапов анализа рынка не допускается.<sup>1</sup>

В силу п.п. 3.2 и 3.5 Приказа ФАС №220 определяющим критерием для товара являются его потребительские характеристики и функциональное назначение. Аналогичное мнение является доминирующим сегодня как в

---

<sup>1</sup> См., в частности, постановление ФАС Московской области от 30.12.2209 № КА-А40/14666-09 по делу № А40-57616/09-152-436, определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 23.04.2013 № ВАС-1162/13 по делу № А03-1338/2012, постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 23.05.2017 № Ф07-3636/2017 по делу № А21-4010/2016, постановление Арбитражного суда Московского округа от 12.04.2018 № Ф05-3582/2018 по делу № А40-90347/17 и др. // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

юридической литературе, так и в правоприменительной практике.<sup>1</sup> Именно мнение потребителя, а не мнение правоприменительного органа позволяет сформировать рынок определенного товара.

Как следует из п. 3.5. Порядка при выявлении свойств товара, определяющих выбор покупателя, анализируются:

- функциональное назначение, в том числе цель потребления товара и его потребительские свойства;
- применение товара (в том числе перепродажа либо личное потребление или профессиональное использование);
- качественные характеристики, в том числе вид, сорт, ассортимент, дизайн, упаковка, реклама, особенности в системе распространения и сбыта;
- технические характеристики, в том числе эксплуатационные показатели, ограничения по транспортировке, условия сборки, ремонта, технического обслуживания (включая гарантийное обслуживание), особенности профессионального использования (производственного потребления);
- цена;
- условия реализации, в том числе размер партий товара, способ реализации товара;
- иные характеристики.

Как видно из рассматриваемой нормы, ни один из предложенных критериев не имеет преобладающего значения, в то время как перечень характеристик является открытым.

Существенным с учетом определения рынка как сферы обращения определенного товара является то, как использует товар потребитель, но также и как вводит товар в оборот его производитель. В противном случае

---

<sup>1</sup> Научно-практический комментарий к Федеральному закону "О защите конкуренции" (постатейный). отв. ред. И.Ю. Артемьев. Статут, 2015//Комментарий к Федеральному закону от 26 июля 2006 г. №135-ФЗ "О защите конкуренции"(постатейный).(Кайль А.Н., Агешкина Н.А., Серебренников М.М., Холкина М.Г.) (Подготовлен для системы КонсультантПлюс, 2014)// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

производитель комплексного товара, не вводящий в оборот его элементы (запасные части), будет признан действующим ином товарном рынке (наиболее яркий пример – Apple может быть признан оперирующим на рынке программного обеспечения, которое не вводится в оборот отдельно от пользовательского устройства).

Рассмотрим каждый из критериев:

1) Функциональное назначение, в том числе цель потребления товара и его потребительские свойства. Этот критерий определяет, какие свойства товара являются важными для потребителя; каким образом потребитель будет в дальнейшем использовать приобретенный товар.

2) Применение товара (в том числе перепродажа либо личное потребление или профессиональное использование). Данный критерий предназначен не только для выяснения, будет ли товар использоваться для личного потребления либо для извлечения прибыли, но и позволяет в дальнейшем разграничить группы потребителей, вследствие чего возможно будет определить корректный состав продавцов и покупателей на отдельно взятом товарном рынке.

3) Качественные характеристики, в том числе вид, сорт, ассортимент, дизайн, упаковка, реклама, особенности в системе распространения и сбыта. Рассматриваемый критерий является комплексным и основан на субъективном восприятии потребителя: он учитывает не только узкие потребительские предпочтения, действенность рекламы и внешнюю привлекательность товара, но и учитывает, каким образом продавец воздействует на потребителя, применяет ли маркетинговые технологии для повышения привлекательности товара.

4) Технические характеристики, в том числе эксплуатационные показатели, ограничения по транспортировке, условия сборки, ремонта, технического обслуживания (включая гарантийное обслуживание), особенности профессионального использования (производственного потребления). Критерий наиболее применим к сложным комплексным товарам,

производимым, как правило, вертикально интегрированными холдингами. Наиболее яркий пример – кнопочные мобильные телефоны и смартфоны: при одном и том же целевом назначении возможности вариативного использования и субъективной привлекательности, технические характеристики предопределяют их отнесение к разным товарным рынкам.

5) Цена. В том случае, когда продавец сам делает цену характеристикой товара, данный критерий позволяет выделить определенный товар. Пример – рынок элитной одежды, аксессуаров, где продавец намеренно выделяет свой товар в отдельную категорию на основании данного критерия.

6) Условия реализации, в том числе размер партий товара, способ реализации товара. Этот критерий позволяет выявить, как продавец вводит товар в оборот. Представляется, что этот критерий также является комплексным: он служит не только для оценки поведения потребителя, но и коммерческих практик продавца товара. В том случае, когда товар вводится в оборот только вместе с другим, товарные рынки следует объединять. Характерные примеры – рынок электрической энергии и мощности, которые в результате принятого регулирования не реализуются по отдельности, а также рынок мобильной связи, где мобильные операторы в силу лицензионных требований обязаны предоставлять абонентам комплекс услуг.

При выявлении взаимозаменяемых товаров используется один или несколько из следующих методов:

- "тест гипотетического монополиста";
- анализ ценообразования и динамики цен, изменения объема спроса при изменении цен;
- расчет показателя перекрестной эластичности спроса.

Причем тест гипотетического монополиста обозначается как основной, однако способ его проведения, порядок выбора респондентов, формирования вопросов нормативный акт не содержит. В результате правоприменитель свободен проводить тест по своему усмотрению. Например, в ходе рассмотрения дела по факту злоупотребления доминирующим положением



ОАО «Вимм-Билль-Данн», антимонопольный орган, а затем и суд, определили продуктовые границы рынка как «молоко 2,5% жирности», указав, что по результатам анкетирования потребитель не готов заменить в потреблении указанный товар на молоко иной жирности. При этом суды отклонили довод об относительности результатов исследования, проведенного антимонопольным органом, указав, что законодательство не содержит количественный предел подлежащих анкетированию респондентов.<sup>1</sup>

Если сравнивать российскую практику с американской и европейской, то ряд параллелей можно провести с европейской. В первую очередь, европейское правоприменение исторически тяготело к сужению продуктовых границ рынка. В деле *Hugin*<sup>2</sup> Комиссия сочла компанию злоупотребившей доминирующим положением за отказ поставлять собственные запчасти компании *Liptons*, рынок был определен как рынок запасных частей для оборудования *Hugin*, где доля компании логично составляла 100%. Суд впоследствии поддержал идею доминирующего положения на таком рынке, и соответственно, способ определения его географических границ.<sup>3</sup>

Аналогично в деле *General Motors v. Commission*, где Правительство Бельгии предоставило компании General Motors эксклюзивные полномочия тестировать и выдавать соответствующие сертификаты бывшим в употреблении автомобилям марки Opel. Такая услуга была признана самостоятельным рынком.<sup>4</sup> Аналогичный подход к идентификации рынка услуг сертификации определенного вида транспорта как самостоятельного рынка можно наблюдать и в деле *British Leyland v Commission*<sup>5</sup>. А например, в делах *Porto di Genova v Siderurgica Gabrielli*<sup>6</sup> и *Corsica Ferries*<sup>7</sup> суд признал, что

<sup>1</sup> Постановление ФАС ЗСО от 4 августа 2011 по делу № А45-20124/2010// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>2</sup> OJ [1978] L 22/23, [1978] 1 CMLR D19.

<sup>3</sup> Case 22/78 *Hugin v. Commission*[1979] ECR 1869, [1979] 3 CMLR 345.

<sup>4</sup> OJ [1975] L 29/14, [1975] 1 CMLR D20; решение было впоследствии отменено судом по основанию отсутствия ценового злоупотребления: Case 26/75 *General Motors Continental NV. v. Commission* [1975] ECR 1367, [1976] 1 CMLR 95

<sup>5</sup> Case 226/84 [1986] ECR 3263, [1987] 1 CMLR 185.

<sup>6</sup> Case C-179/90 [1991] ECR I-5889, [1994] 4 CMLR 422.

<sup>7</sup>Case C-18/93 [1994] ECR I-1783.

услуги по организации обслуживания пассажиров в единственном порту или предоставления пилотов для отдельного порта составляют самостоятельный товарный рынок.

*б) определение географических границ товарного рынка;*

Стремясь к уменьшению того размера доли, который влечет за собой наибольшие антимонопольные риски, компании пытаются расширить географические границы рынка, чтобы доля в конечном счете оказалась незначительной. Эта проблема имеет долгую историю. Так, например, американская компания *Philadelphia National* заявляла, что оказывает финансовые услуги, поэтому действует в национальных масштабах, где ее доля незначительна. Однако Верховный суд США пришел к выводу о том, что географическим рынком *Philadelphia National* национальный рынок, а только город Филадельфия и его пригороды, где доля организации составляет 36%.<sup>1</sup> А это совсем другие последствия. В деле *U.S v. Grinell Corp* Верховный суд США решал схожую проблему.<sup>2</sup> *Grinell* обвинялась в монополизации рынка услуг по обеспечению безопасности системы сигнализации, предназначенной для предупреждения взломов и пожаров. Суд изначально установил, даже если соперничество происходит в рамках одного района и в условиях потребительской лояльности, для централизованной системы услуг по обеспечению безопасности надлежащим является географический общенациональный рынок. Этот вывод спорен поскольку ответ на вопрос, где именно действует фирма, не всегда четко указывает на географические границы рынка. Например, конкуренция в розничной торговле может разворачиваться как между локальными магазинами и/или локальными сетями магазинов, так и между национальными сетями.

В американской судебной практике установилось следующее правило: если растет поток товара из одного географического рынка на другой, при

---

<sup>1</sup> Никеров Г.И. Антимонопольное регулирование в США: 115-летний опыт и его итоги. Государство и право. 1999. №6. С. 75.

<sup>2</sup> *U.S v. Grinell Corp* 384 U.S. 563 (1966), см. также. Sullivan Th., Hovenkamp H. Antitrust Law, Policy And Procedure: Cases, Materials, Problems P. 644.

условии, что такое увеличение произошло в результате роста цен на последнем географическом рынке, то этот произведенный вне региона товар должен учитываться при расчете долей местных производителей на географическом рынке.<sup>1</sup>

Интересное определение можно видеть в актах ЕС, основанных на статьях 101 и 102 TFEU<sup>2</sup>: соответствующий географический рынок включает в себя территорию, на которой хозяйствующие субъекты предлагают товар, где условия конкуренции являются достаточно однородными, и которая может быть отграничена от иных территорий ввиду различия условий конкуренции.

Таким образом, в европейском, а впоследствии и в российском правоприменении определение географических границ рынка сводится к выявлению территорий, где условия конкуренции в отношении конкретного продукта являются идентичными для всех участников рынка, хотя и не всегда полностью однородны.<sup>3</sup>

Европейское Руководство по определению границ рынка<sup>4</sup> устанавливает, что Комиссия может использовать различные инструменты, к которым относятся, в частности:

- реакция покупателей на изменение цены товара в прошедших периодах, для чего также может использоваться тест гипотетического монополиста. Однако в границах ЕС проведение такого анализа бывает осложнено национальными ограничениями на обращение товаров;
- основные характеристики спроса. Например, предпочтения национальным брендам, языковые различия, национальные традиции могут служить серьезным ограничителем конкуренции;<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Consolidated Gold Fields v. Minorco SA (1989).

<sup>2</sup> Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, OJ C 372, 9.12.1997, p. 5–13

<sup>3</sup> Schneider Electric v. Commission (I), [2002] ECR II-4071 (paras 153–154); Atlantic Container Line and Others v. Commission (III), fn.179 (para. 853); British Airways v. Commission, fn.454 (para. 108); GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Commission and Others, fn.179 (para. 152)

<sup>4</sup> Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, OJ C 372, 9.12.1997.

- мнение продавцов и покупателей, которое необходимо исследовать для правильного определения границ рынка;
- текущая географическая структура продаж: в контексте ЕС этот фактор будет означать признания рынка общеевропейским, если продавцы и покупатели уже работают в границах всего ЕС на примерно одинаковых условиях;
- товарные потоки и структура поставок. Например, торговля между двумя регионами обычно является одним из доказательств единства товарного рынка, хотя в соответствии с Руководством - не решающим доказательством;
- барьеры и затраты на расширение территории продвижения товара. К ним относятся:
  - транспортные расходы. Хотя ни Руководство, ни практика не содержат указания на то, какой размер издержек является решающим, есть ориентиры незначительности: издержки в размере менее 5% от стоимости товара не являются существенными.<sup>2</sup> При этом надо помнить, что если все производители будут импортировать из одного и того же региона, даже высокие транспортные расходы не повлияют существенно на определение географических границ рынка;
  - количественные ограничения на импорт, пошлины, квоты, тарифное регулирование, которые особо важны в тех случаях, когда речь идет об общеевропейском рынке;
  - национальные регламенты, технические регламенты, требования к сертификации, включающие в себя, в том числе, административные ограничения, требования к

---

<sup>1</sup> См., например, *Kali und Salz/MdK (I)*, fn.491, где преференции, предоставленные немецким фермерам позволили сделать вывод о существовании отдельных рынков – Германии и ЕС. См., также *Thorn/EMI/Virgin Music*, OJ 1992 C120/1, p.58; *MSG/Media Service*, M.469, OJ 1994 L364/1; *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, M.993, OJ 1999 L53/1, p. 22; *Telia/Telenor/Schibsted*, JV.1, 1999, point 37; *Sea-Invest/ЕМО-ЕКОМ*, M.3848, OJ 2007 L282/47, p. 27–71; *Ineos/Kerling*, M.4734 2008, p. 45–153.

<sup>2</sup> Bael I.V., Bellis J.-F. *Competition Law of the European Community*, Fifth Edition. Kluwer Law International, 2010. P. 113.

упаковке, затраты на адаптацию к таким требованиям. В европейском контексте это важно для рынков, охватывающих не только территорию ЕС;

- законные монополии.<sup>1</sup> Например, Комиссия ЕС в ряде случаев определяла рынки как национальные ввиду существования на них компаний, обладающих исключительными правами, национальных государственных монополий,<sup>2</sup> или фискальных монополий.<sup>3</sup>

В России порядок определения географических границ рынка также относительно урегулирован Приказом ФАС № 220. Как следует из данного Приказа, под географическими границами рынка понимается территория, на которой приобретатель (приобретатели) приобретает или имеет экономическую, техническую или иную возможность приобрести товар и не имеет такой возможности за ее пределами. Процедура определения географических границ товарного рынка включает:

1. предварительное определение географических границ товарного рынка;
2. выявление условий обращения товара, ограничивающих экономические возможности приобретения товара приобретателем (приобретателями);
3. определение территорий, входящих в географические границы рассматриваемого товарного рынка.

При выявлении условий обращения товара, ограничивающих экономические, технические или иные возможности приобретения товара приобретателем (приобретателями), в России в основном учитывается транспортная составляющая, в том числе:

---

<sup>1</sup> Deutsche Bahn v. Commission, fn.507 (para. 57); CBEM — Télémarketing v. Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion (CLT) and Information Publicité Benelux (IPB), fn.453 (paras 11–19)

<sup>2</sup> См., например, Orkla/Volvo, M.582, OJ 1996 L66/17, где в качестве рынка был определен рынок Норвегии, благодаря государственной монополии на розничную торговлю пивом, дискриминационной налоговой системе и национальной схеме переработки стеклянной тары.

<sup>3</sup> AAMS, OJ 1998 L252/47; Deutsche Post, OJ 2001 L125/27, Deutsche Post (cross-border mail), OJ 2001 L331/40.

- требования к условиям транспортировки товара (обеспечивающие сохранение потребительских свойств товара);
- организационно-транспортные схемы приобретения товара приобретателями;
- перемещения товара к покупателю или покупателя к товару.

Российский Приказ ФАС России №220 содержит ряд процентных критериев. Так, например, если цена товара, поставляемого с каких-либо территорий (от продавцов, расположенных на каких-либо территориях), оказывается более чем на 10% выше средневзвешенной цены товара, доступного приобретателю (приобретателям) в пределах предварительно определенных географических границ рассматриваемого товарного рынка, то такие территории (продавцы) должны относиться к другим товарным рынкам. Аналогично, при проведении теста гипотетического монополиста потребительские предпочтения выясняются при изменении цены на 5-10%.

Определение географических границ товарного рынка осуществляется следующими методами:

- методом "тест гипотетического монополиста".
- методом установления фактических районов продаж (местоположения приобретателей), хозяйствующих субъектов (продавцов), осуществляющих продажи на рассматриваемом товарном рынке;
- сочетанием указанных методов либо иным методом, который позволит выявить продавцов товара (исходя из предварительно определенных продавцов), однозначно установить географическое расположение районов продаж, в которых продавцы конкурируют друг с другом при осуществлении продаж товара предварительно определенным приобретателям.

Как и в отношении продуктовых границ рынка, планомерный анализ рынка, включая «тест гипотетического монополиста», признается судами обязательным. Однако он зачастую не используется российскими

антимонопольными органами вообще,<sup>1</sup> либо антимонопольные органы не идентифицируют, какой метод анализа рынка они применили (если применили какой-то),<sup>2</sup> вопреки процедурным требованиям. Представляется, что на сегодняшний день для правоприменителей является как минимум целесообразным полное и неукоснительное следование требованиям собственных нормативных актов об оценке состояния рынка.

Выявление продуктовых и географических границ рынка позволяет в дальнейшем точно определить состав продавцов и покупателей, работающих на рынке, а затем установить положение каждого из его участников. В соответствии с разделом 6 Приказа ФАС № 220 базой для исчисления является объем: продаж; поставок (отгрузок); выручки; перевозок; производства; производственных мощностей; запасов ресурсов; товара в соответствии с заключенными договорами.

Соответственно, доля хозяйствующего субъекта на товарном рынке рассчитывается как выраженное в процентах отношение показателя, характеризующего объем товарной массы, поставляемой данным хозяйствующим субъектом на рассматриваемый товарный рынок, к показателю, характеризующему объем рассматриваемого товарного рынка.

Проведенное исследование позволяет сделать вывод о том, что методы анализа рынка, установленные нормативными правовыми актами в России сходны с европейской и частично американской методиками. Сходство методик определяется их экономической природой, поскольку анализ и оценка состояния конкурентной среды осуществляются пусть и по нормативным правилам, но все же с помощью экономических инструментов.<sup>3</sup> Однако в

---

<sup>1</sup> См., например, Постановление ФАС ВСО от 02 сентября 2010 № А19-11048/08, Постановление ФАС ВВО от 30 июля 2012 по делу № А29-9275/2011, постановление ФАС МО от 17 мая 2012 г. по делу № А40-96181/11-139-822// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>2</sup> См., например, Постановление ФАС ЗСО от 26 июня 2012 по делу № А27-16193/2011// С Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>3</sup> Борзило Е.Ю. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: научно-практическое руководство. М.: Статут. 2014- С.40-56

российском правоприменении наблюдается существенный пробел, поскольку порядок применения «теста гипотетического монополиста» - наиболее популярного способа – никак не регламентирован. В отличие от остальных инструментов анализа рынка, данный инструмент основан в первую очередь на социологических методах, а значит – результаты его применения наиболее подвержены манипуляциям. Второй важный вывод общего характера – российское антимонопольное правоприменение тяготеет к использованию количественных методик при оценке состояния рынка и положения на нем его участников.

**Г) Власть на рынке. Количественные и качественные показатели. Доминирующее положение.** Одно из наиболее важных понятий, неразрывно связанных с антимонопольными ограничениями – власть на рынке. Термин market power можно встретить как в судебных решениях, так и в теоретических исследованиях юристов и экономистов, причем не только применительно к доминирующему положению. Для определения власти на рынке традиционно используется система специальных показателей. Все существующие показатели власти на рынке можно разделить на количественные, т.е. математически измеримые в конкретной точке времени и качественные, т.е. основанные на сущностных характеристиках рынка.

Доля- наиболее распространенный качественный критерий положения на рынке, обладающий как своими преимуществами (простота), так и недостатками (прямолинейность, игнорирование перманентной динамики рынка). В своих решениях по ряду дел суды ЕС не раз заявляли о доле как об одном из наиболее простых инструментов измерения власти.<sup>1</sup> Значительная доля хозяйствующего субъекта на рынке при условии, что он обладает ею в течение достаточно долгого времени, неизбежно делает его основным торговым партнером и дает определенную степень свободы в действиях.

---

<sup>1</sup> См. например, Case 58/76 Hoffman La Roche v. Commission [1979] ECR 461 § 39.



Особое значение в контексте определения влияния, основанного на оценке размера доли, для права ЕС имеет Руководство Комиссии ЕС о малозначительных соглашениях, которые ограничивают существенным образом на конкуренцию в понимании ст. 101 (1) TFEU от 30 августа 2014 г. (далее - Руководство De Minimis).<sup>1</sup>

Руководство De Minimis, не устанавливает критериев ограничения конкуренции. Тем не менее для последующей оценки влияния соглашений между хозяйствующими субъектами на конкуренцию,<sup>2</sup> оно разграничивает соглашения между конкурентами (горизонтальные) и соглашения между неконкурентами (вертикальные и иные), устанавливая для последних более высокий порог размеров долей их участников как критерий для потенциального применения запретов. Итак, с точки зрения размера доли, соглашение не будет признано ограничивающим конкуренцию, то есть по сути не будет рассматриваться в контексте антимонопольных ограничений, если:

- для соглашений между конкурентами (потенциальными конкурентами) совокупный размер долей участников соглашения не превышает 10% на любом рынке, так или иначе затронутым соглашением; или
- для соглашений между неконкурентами совокупный размер долей участников соглашений не превышает 15% на любом товарном рынке так или иначе затронутым соглашением.

В случае, если соглашение сложно идентифицировать по составу участников, следует исходить из доли в 10%.

---

<sup>1</sup> Communication from the Commission — Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice) OJ C 291, 30.8.2014, p. 1–4

<sup>2</sup> Для этого руководство отсылает к другому документу - руководству о концепции влияния на торговлю в рамках ст. Ст. 81 и 82 Договора о ЕС (Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty (OJ C 101, 27.4.2004, p. 81)), в частности пп.44-57, где Комиссия с помощью таких параметров участников соглашений как 5% доля на рынке и оборот, превышающий 40 миллионов евро в год, определяет, какие соглашения не могут ограничить конкуренцию. Необходимо также отметить, что соглашения малых и средних компаний (см. Рекомендации Комиссии от 06.05.2003, касающиеся определения микро, малых и средних предприятий (OJ L 124, 20.5.2003, p. 36) также при обычных условиях ограничивать конкуренцию не могут.

Кроме того, в случае если размер совокупной доли участников все же превышает указанные размеры, но не более чем на 2% в течение двух последовательных лет, Комиссия также не будет рассматривать соглашение как негативно влияющее на конкуренцию.

Для рынков, где конкуренция ограничена в результате совокупности однотипных соглашений продавцов и покупателей (параллельная сеть договоров с одинаковым эффектом для рынка, например, эксклюзивность, типичная, например, для рынков машиностроительного оборудования, некоторых фармацевтической продукции) доля снижается до 5 % вне зависимости от типа соглашения. Однако не меньшее значение имеют и степень концентрации рынка, и входные барьеры, и возможность покупателей влиять на продавцов, и на рынок в целом.

Тем не менее, для определения власти суды изучают не только долю хозяйствующего субъекта, но и другие сопутствующие немаловажные факторы: эластичность спроса и предложения, прибыльность условия входа на рынок, потенциальную конкуренцию, т.е. качественные критерии. В целом, метод комбинации качественных и количественных критериев используется и в американской судебной системе. В деле *Grinell* монопольная власть была определена как «обычно возможно появившаяся благодаря доминирующему положению на рынке», в то время как в деле *Shopping Bag of Pueblo Inc. v. Dillon Co.* был сделан вывод, что «сама по себе доля участия на рынке является недостаточным основанием для определения способности компании достичь монополии»<sup>1</sup>. Схожий тезис содержится в решении по делу *Hunt-Wesson Foods, Inc. v. Ragu Foods* где содержится тезис: «уверенность в показателях доли участия на рынке в отрыве от реалий торговли может создать ложное представление о способности отдельной компании контролировать цены и не допускать конкуренции».

---

<sup>1</sup> Гелхорн Э., Ковачич В.Е. Антитрестовское законодательство и экономика. С. 87.

Особенно значимым является фактор потенциальной конкуренции и ее возможности трансформироваться в реальную, т.е. условия доступа на рынок. Когда доступ на рынок является легким и входные барьеры низки, американские суды в крайне редких случаях установят факт монополии, поскольку реальная конкуренция вернет цены к конкурентному уровню. В деле *Los Angeles Land Co v. Brunswick Corp.*<sup>1</sup> где, несмотря на 100 % долю участия ответчика на рынке, суд установил отсутствие монопольной власти именно по данному основанию. Однако в деле *Syufu Enters v. American Multicinema Inc.*<sup>2</sup> суд пришел к выводу о наличии монопольной власти хозяйствующего субъекта с долей на рынке ниже 70% по причине труднодоступности рынка. Таким образом, с учетом всех дополнительных факторов значительная доля хозяйствующего субъекта на рынке является условием необходимым, но совсем не всегда достаточным для установления факта монополии.

Во французском правоприменении используются статический и динамический критерии.<sup>3</sup>

Статический фокусируется на оценке доли на рынке по отношению к долям других участников, соответственно оценке подлежат возможности хозяйствующего субъекта единолично оказывать влияние на обращение товаров на отдельно взятом товарном рынке. Если доля достаточно велика, например, 85%, то ситуация ясна. Но если, предположим, на рынке действуют пятеро участников, и размеры их долей незначительно отличаются друг от друга, то простой фиксации размера долей недостаточно. Здесь важна динамика рынка и отношений на нем: оптимальное управление, входные барьеры, скорость внедрения новых технологий, стабильность и широта сети дистрибуции и степень контроля над ней. Рыночная власть может являться результатом не только широкого охвата и массовых продаж, но и широкой известности товара, потребительской лояльности, налаженной системы

---

<sup>1</sup> 6 F.3d 1422 (9th Cir.1993)

<sup>2</sup> 793 F.2d 990, 993 (9th Cir. 1986)

<sup>3</sup> Collard Ch., Roquilly Ch. Droit de l'entreprise. Dalloz, 2001. P.498

распространения, маркетинга, технологий, объемов финансовых ресурсов, принадлежности к определенной промышленной группе и массы иных факторов.

Российское антимонопольное законодательство и следом за ним практика в значительной степени использует количественный критерий. Так, например:

- ст. 11.1 Закона о защите конкуренции исключает из сферы контроля согласованных действий те, что совершены хозяйствующими субъектами с совокупной долей на рынке менее 20%. При этом доля каждого из них не должна превышать 8%.
- в силу ст. 12 Закона о защите конкуренции из сферы действия антимонопольного законодательства изымаются соглашения между хозяйствующими субъектами, доля каждого из которых на рынке товара, являющегося предметом "вертикального" соглашения, не превышает 20%;
- при определении доминирующего положения в соответствии со ст. 5 Закона о защите конкуренции используются количественные критерии, наряду с качественными.

Вопрос о доминирующем положении как о наибольшей концентрации власти является логическим продолжением исследования данного вопроса. Не всякая власть позволяет контролировать рынок, но существенная позволяет, а доминирующее положение означает обладание этой существенной властью на рынке. При этом вопрос о соотношении качественных и количественных критериев является наиболее острым в этом случае. Рассмотрим их применение.

В знаковом для ЕС деле *United Brands*<sup>1</sup> суд указал, что: «Доминирующее положение... означает экономическую силу, которая позволяет не допускать эффективную конкуренцию, предоставляя возможность действовать независимо от конкурентов, клиентов и в конечном итоге - от потребителей».

Европейский подход подразумевает еще и исторический анализ, особенно для

---

<sup>1</sup> Case 27/76 [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429; it has used the same formulation on several other occasions, e.g. in Case 85/76 Hoffmann-La Roche v. Commission [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211, para 38

высокотехнологичных отраслей, где заказов у компании может быть мало, но все они дорогостоящие (как например, в производстве турбин или телескопов космического назначения). В таких случаях чаще всего организуются тендеры, поэтому компании конкурируют за рынок, а не на нем. Но доля на рынке все же имеет значение, поэтому если она превышает 50%, можно говорить о признаках доминирующего положения,<sup>1</sup> хотя в отрыве от других показателей доминирующее положение не определяется. Как и власть на рынке. В принципе доминирующим может быть положение хозяйствующего субъекта, чья доля составляет более 40%, а вот решения Комиссии о признании доминирующего положения при доле менее 40% крайне немногочисленны.<sup>2</sup>

Статья 4 австрийского Закона о конкуренции 2005 г. устанавливает, что доминирующим может быть признано положение хозяйствующего субъекта, если у него нет конкурентов либо если его доля превышает доли остальных участников рынка. При этом оценке подлежат стандартные критерии: финансовое положение, связи с другими хозяйствующими субъектами, входные барьеры на рынке. Положение хозяйствующего субъекта также будет признано доминирующим, если контрагенты хозяйствующего субъекта настолько от него зависимы, что разрыв отношений приведет для них к финансовым затруднениям.

При оценке доли на рынке как критерия доминирующего положения предусмотрен многофакторный подход, основанный, впрочем, на опровержимой презумпции. О доминирующем положении свидетельствует:

- доля более 30%,
- наличие всего двух конкурентов, при этом доля потенциально доминирующего хозяйствующего субъекта превышает их доли на 5%,

---

<sup>1</sup> ECJ in Case C-62/86 AKZO v. Commission [1991] ECR I-3359, [1993] 5 CMLR 215, опровержимая презумпция доминирующего положения при доле 50% или более.

<sup>2</sup> Virgin/British Airways OJ [2000] L 30/1, [2000] 4 CMLR 999: доминирующее положение на рынке при доле 39.7%, поддержано в апелляционной инстанции -Case T-219/99 British Airways v. Commission [2003] ECR II-5917.

- принадлежность к четырем самым крупным участникам рынка, превышение их долей на 5%, при этом совокупная доля участников должна быть не менее 80%.

Бельгийское антимонопольное законодательство определяет доминирующее положение как экономическую власть, не допускающую эффективную конкуренцию на рынке в силу положения и степени независимости от конкурентов, поставщиков и покупателей, которой пользуется ее обладатель. Процедура определения доминирующего положения включает в себя, помимо оценки рынка, еще и изучение эластичности спроса, как и в случае с оценкой власти на рынке.

Прямое определение доминирующего положения предложено в немецком Законе об ограничении препятствии конкуренции (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB), что вполне отвечает характеру немецкого права. Закон устанавливает, что доминирующим положением обладает тот, у кого нет конкурентов, либо хозяйствующий субъект, чья доля на рынке превышает доли остальных участников. С количественной точки зрения - одной трети от всего объема рынка достаточно для признания доминирующего положения. Оценка производится с учетом эластичности спроса, а также с учетом показателей барьеров входа на рынок, связей между его участниками, потенциальной конкуренции и др.

Английское конкурентное законодательство предусматривает необходимость оценки географических и продуктовых границ рынка до установления доминирующего положения. На практике же, доминирующее положение будет скорее всего установлено при доле более 50%.<sup>1</sup> Английская Комиссия по справедливой торговле (OFT) вряд ли признает доминирующим хозяйствующего субъекта с долей менее 40%.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Davey L., Holmes M. A practical guide to national competition rules across Europe. P. 915

<sup>2</sup> OFT Guidance Abuse of a dominant position, OFT 402, December 2004, para 4.18 and Assessment of market power, OFT 415, para 2.12. [Электронный ресурс].- URL: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/284422/oft402.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284422/oft402.pdf) (дата обращения 20.06.2015)

Американские суды, как было показано выше при установлении монопольного положения анализируют экономические данные о деятельности хозяйствующих субъектов – минимальные объемы производства, необходимые для выхода на рынок, размер и стабильность контролируемых конкурентами секторов рынка и др.<sup>1</sup>

В соответствии со ст. 5 Закона о защите конкуренции доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее ему (им) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам. Доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара превышает 50%, если только при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства или при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией не будет установлено, что, несмотря на превышение указанной величины, положение хозяйствующего субъекта на товарном рынке не является доминирующим.

Содержанием доминирующего положения является власть хозяйствующего субъекта на рынке, которая позволяет ему препятствовать эффективной конкуренции и действовать независимо от конкурентов, покупателей и в конечном итоге от потребителя в целом. Наличие доминирующего положения не означает отсутствие конкуренции, но позволяет обладающему властью хозяйствующему субъекту, который извлекает из нее преимущества, оказывать существенное влияние на условия конкурентной

---

<sup>1</sup> Так, например, в деле *Indiana Grocery v. Super-Valu Stores* (647 F. Supp. 254 (S.D. Ind. 1986)) доля 50% отказалась недостаточной для признания судом наличия угрозы монополизации, с учетом утверждения истца о том, что ответчик никогда не смог бы добиться полной власти над рынком. В качестве примера можно также привести дело *US v. Empire Gas Corp.* ((537 f.2d 296 (8<sup>th</sup> Cir. 1976), cert. denied, 429 U.S. 1122 (1977)), в рамках которого открытый доступ на рынок позволил суду сделать вывод об отсутствии возможности его монополизации, несмотря на долю ответчика более 50%.

борьбы. Значительная доля на рынке является доказательством того, что хозяйствующий субъект занимает доминирующее положение и может самостоятельно эту власть реализовывать. Данный подход – отождествление доминирующего положения с властью на рынке – также является устоявшимся в российской юриспруденции.<sup>1</sup>

Таким образом, хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, имеет возможность самостоятельно оказывать влияние на данный товарный рынок, без участия других хозяйствующих субъектов, поскольку обладает властью на нем. В свою очередь, доля, превышающая 50% является индикатором наличия этой власти, а не наоборот. Представляется, что скорее эта логика заложена в Пленуме ВС РФ № 2, поскольку Верховный Суд РФ в п.8 данного документа указал, что при проверке наличия доминирования хозяйствующего субъекта на товарном рынке оценивается его положение относительно существующих на рынке конкурентов (занимаемая доля на рынке), потенциальных конкурентов (возможность доступа на рынок) и потребителей. Таким образом, доля хоть и существенный маркер, но не решающий.

Особенно важно понимать соотношение количественных и качественных критериев при анализе такой разновидности доминирующего положения, как коллективное доминирующее положение. Здесь в российской практике приоритет, отдаваемый более простому в работе количественному критерию, приводит к фатальным ошибкам.

Как и другие базовые институты, институт коллективного доминирующего положения заимствованный и имеет свою четкую сферу применения. Так, согласно Регламенту Совета ЕС № 4064/892 при оценке последствий слияний и присоединений, оценивается также, не приводит ли эта

---

<sup>1</sup> См., например, Постановление ФАС Дальневосточного округа от 06.12.2011 №Ф03-5841/2011 по делу №А24-1676/2011; Постановление Президиума ВАС РФ от 20.11.2012 №2513/12 по делу №А50-5359/2011 и др., а также "Научно-практический комментарий к Федеральному закону "О защите конкуренции" (постатейный) (отв. ред. И.Ю. Артемьев) ("Статут", 2015)// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>2</sup> Council regulation 4064/89 of December 21, 1989 with amendments introduced by Council Regulation 1310/97 of June 30, 1997. O.J. L180/1.



экономическая концентрация к возникновению или усилению коллективного доминирующего положения. Характерно, что и Европейский суд говорил о необходимости установления определенных «экономических связей» между коллективно доминирующими организациями, например, они могут состоять в одной ассоциации или иметь между собой некое соглашение, позволяющее им соотносить свои действия друг с другом, при этом не входить в одну группу лиц.

В соответствии с ч. 3 ст. 5 Закона о защите конкуренции доминирующим признается положение каждого хозяйствующего субъекта из нескольких хозяйствующих субъектов применительно к которым выполняется совокупность условий:

1) совокупная доля не более чем 3 хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает 50%, или совокупная доля не более чем 5 хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает 70% (настоящее положение не применяется, если доля хотя бы одного из указанных хозяйствующих субъектов менее чем 8%);

2) в течение длительного периода (в течение не менее чем 1 года или, если такой срок составляет менее чем один год, в течение срока существования соответствующего товарного рынка) относительные размеры долей хозяйствующих субъектов неизменны или подвержены малозначительным изменениям, а также доступ на соответствующий товарный рынок новых конкурентов затруднен;

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

Данная норма должна применяться с учетом содержания понятия «доминирующее положение», определенного ч.1 рассматриваемой статьи.

Здесь необходимо отметить, что судьба института коллективного доминирующего положения России достойна пера писателя-абсурдиста. Вместо изначально задуманного целевого назначения - оценка последствий сделок экономической концентрации - он используется для пресечения практик хозяйствующих субъектов, квалифицируемых антимонопольным органом как антиконкурентные.<sup>1</sup> При этом зачастую не коллективных (для которых в российском законодательстве предусмотрены целых 2 ограничения), а индивидуальных. С практической точки зрения это означает, что злоупотребившим доминирующим положением может быть признан коллективно доминирующий хозяйствующий субъект с долей 8+%, причем, повторяюсь, единолично. Ситуация становится еще более абсурдной, если на рынке уже есть доминирующий хозяйствующий субъект. В этом случае антимонопольный орган просто производил механическое сложение долей, устанавливал превышение общей доли при непревышении количества участников рынка и пресекал то, что считал антиконкурентной практикой со стороны на самом деле не доминирующего участника рынка.<sup>2</sup> Пленум ВС РФ № 2 такую практику пресек.

Коллективное доминирующее положение означает совместную власть на одном и том же товарном рынке нескольких хозяйствующих субъектов, которые в силу олигополистической структуры рынка, его труднодоступности для новых участников, а также относительной значимости собственных долей могут определять условия обращения товара на нем. При этом такая власть является именно результатом синергии олигополистов, что также подтверждает Пленум ВС РФ № 2.

---

<sup>1</sup> Аналогичный подход существует и в зарубежных правовых системах. В частности, Комиссия ЕС еще в 1998 году указала, что для установления коллективного доминирующего положения две компании должны иметь совместно такую же долю, как если бы они были одним доминирующим хозяйствующим субъектом. См. Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector - framework, relevant markets and principles, OJ C 265, 22.8.1998, p. 2–28, para.78

<sup>2</sup> См., например, дело № А40-85018/18-92-1009

## Д) Экономическая зависимость.<sup>1</sup>

Категория «экономическая зависимость» в российском законодательстве не определена, хотя используется в предпринимательском правоприменении. Так, п. 14 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 04.03.2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства» применительно к антимонопольным спорам подтверждается право участника гражданского оборота защищаться по правилам ст. 10 и 428 Гражданского кодекса РФ «в том числе по основаниям, связанным с неравенством переговорных возможностей, *экономической зависимостью* одной стороны договора от другой и несправедливостью условий договора, предложенных доминирующим на рынке субъектом». Верховный Суд не определяет принадлежность данной категории к определенной отрасли законодательства, однако подчеркивает ее значимость применительно к спорам с занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектам.

Мы не найдем категорию экономической зависимости как самостоятельную в законодательстве ЕС, которое традиционно является источником имплементации норм конкурентного законодательства в российский правовой порядок. Хотя в ряде публикаций можно видеть точку зрения: нормы об экономической зависимости являются следствием расширения национальных законодательств во исполнение европейских директив.<sup>2</sup> Не оспаривая эту позицию, обратимся непосредственно к первоисточнику.

Анализ национальных законодательств зарубежных стран позволяет выделить ряд юрисдикций, в которых данная категория живет давно самостоятельной и весьма продуктивной жизнью.

---

<sup>1</sup> Более подробно см. Борзило Е.Ю. Концепция экономической зависимости в регулировании предпринимательской деятельности. Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. №4. 205-229

<sup>2</sup> Wachsmann A., Zacharie N., Abus de dépendance économique- Refus d'achat – clauses d'exclusivité: l'Autorité de la concurrence rejette une saisine pour rupture abusive des relations commerciales, mais renvoie le dossier à l'instruction en ce qui concerne l'examen de clauses d'exclusivité et de leurs effets potentiellement anticoncurrentielles, 6.04.2012 Conurrences, Vol. 3-2012, art. 48345, pp.112-115

В первую очередь, с учетом недавних поправок, обратимся к праву Германии. В 2013 году так называемая 8 поправка к GWB ввела сразу несколько новых категорий рыночной власти и корреспондирующие запреты. Помимо непосредственно доминирующего положения закон содержал (и содержит сегодня) следующие категории:

- относительная рыночная власть, которая означает такую зависимость от контрагента, при которой разумной возможности заменить его не существует;

- более значимая рыночная власть, чем власть конкурента;

- и непосредственно зависимость. Зависимость поставщика от покупателя презюмировалась, если поставщик регулярно предоставлял покупателю не только скидки, но и вознаграждения в иной форме, если подобные преимущества другим не предоставлялись. Мы наблюдаем здесь, как законодатель использует косвенный критерий: существо отношений устанавливается посредством анализа внешних признаков.

До недавнего времени все три категории применялись со значительными оговорками: зависимыми могли быть признаны только средние и малые предприятия, в равной степени недобросовестное использование относительной или более значимой рыночной власти было запрещено только в их отношении.

Сами запреты при были специфичны: обладая относительной рыночной властью нельзя было необоснованно ущемлять контрагента или дискриминировать его, от зависимых нельзя было требовать предоставления необоснованных преимуществ. Наличие более слабого конкурента обязывало хозяйствующего субъекта в ряде случаев не использовать цены ниже своих собственных затрат, а также не вынуждать их повышать цены на смежных конкурентных рынках. Сразу же хотелось бы отметить эту особенность немецкого законодательства – это единственная юрисдикция из мною исследованных, где обнаружена норма, прямо направленная на защиту не только контрагентов, но и конкурентов. Таким образом, законодательство предоставляло очевидно более слабому участнику дополнительные гарантии,

причем как в ходе конкуренции, так и при заключении и исполнении договоров.<sup>1</sup>

Однако в январе 2021 года правовое регулирование данной сферы в Германии претерпело изменения. 10-я поправка к GWB, которая в основном касалась цифровой сферы, расширила сферу использования категорий «зависимость» и «относительная рыночная власть» для всех случаев: пострадавший контрагент более не должен относиться к малым и средним предприятиям, защитная норма теперь общедоступна.<sup>2</sup> Это дополнение позволит существенно изменить ландшафт правоприменения, поскольку уравнивает всех участников рынка. Обращает на себя внимание предложенная немецким законодателем трактовка зависимости в связи с внесенным изменением: законодатель прямо признает, что в современной экономике «расклад сил» таков, что возможной становится эксплуатация одних сильных участников рынка другими, не менее сильными. И, как представляется дело в данном случае не только в том, что поправки стали частью так называемого «цифрового» пакета, направленного на пресечение злоупотреблений конкурентными преимуществами в сфере цифровых технологий, где сильные и слабые участники рынка могут постоянно меняться местами. С экономической точки зрения зависимость может быть свойственна любой отрасли: производитель, долгое время проработавший одним дистрибьютором становится от него зависимым в силу сложившихся стабильных экономических связей. Аналогично, соглашения об эксклюзивности в долгосрочной перспективе приводят к возникновению экономически зависимой стороны, а возможно и к взаимной зависимости.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup>См. [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/GWB.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/GWB.pdf?__blob=publicationFile&v=3)

<sup>2</sup> Текст поправки см. [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#\\_\\_bgbl\\_\\_%2F%2F%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl121s0002.pdf%27%5D\\_\\_1611043118542](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl121s0002.pdf%27%5D__1611043118542) (дата обращения 10.06.2021)

Немецкое законодательство явно направлено на, как представляется, утопический баланс для всех: так, например, новые правила о «цифровых привратниках» (компаниям, влияющим на рынки, где они сами не работают, через доступ к данным и сетевые эффекты) предоставляют всем компаниям равные права во взаимодействии. Прим. авт. Е.Б.

<sup>3</sup> A. Wachsmann, N. Zacharie, Abus de dépendance économique- Refus d'achat – clauses d'exclusivité: l'Autorité de la concurrence rejette une saisine pour rupture abusive des relations commerciales, mais renvoie le dossier à l'instruction

Норма о запрете злоупотребления экономической зависимостью весьма активно используется. Одним из ярких дел последних лет является дело Edeka (дело о «свадебных преференциях»), когда новый приобретатель торговой сети, не имея никаких обоснований, кроме самого факта приобретения данной инфраструктуры, затребовал от поставщиков игристых алкогольных напитков те же преференции (бонусы, скидки, отсрочки и т.п.), что и предыдущий владелец.<sup>1</sup> Зависимость поставщиков была установлена, в том числе, и с учетом характеристик поставляемого товара: игристые алкогольные напитки не являются уникальными, круг их производителей очень широк, в него входят не только немецкие производители. Как было установлено, для потребителя важен напиток сам по себе, в отличие от уникальных вин, а не напиток конкретного производителя. Следовательно, сеть имеет возможность быстро заменить поставщика, что будет незаметно для потребителя, а вот производитель не так мобилен, он не обладает возможностью так же быстрой войти в новую сеть.

Следующая юрисдикция, хоть и небольшая, но значимая, с точки зрения нашего исследования, также хронологически, это Бельгия. В 2020 году Бельгия ввела в свое экономическое законодательство нормы о запрете злоупотребления экономической зависимостью. В частности, законом от 4 апреля 2019 года, вступившим в силу 22 августа 2020 года, была введена статья IV.2/1 Бельгийского кодекса экономического права (CEL).<sup>2</sup> Бельгийский подход сходен с более близким автору французским: констатация экономической зависимости во многом через ту же безальтернативность, запрет злоупотребления ею, фактическое или потенциальное влияние на конкуренцию на бельгийском рынке. Формулировка следующая: запрещается одной или несколькими компаниями злоупотреблять экономической зависимостью, в

---

en ce qui concerne l'examen de clauses d'exclusivité et de leurs effets potentiellement anticoncurrentielles, 6.04.2012 Concurrences, Vol. 3-2012, art. 48345, pp.112-115

<sup>1</sup> Обстоятельства дела и полный текст см.: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=KVR%203/17&nr=80792> (дата обращения 11.06.2021)

<sup>2</sup> [https://www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/20190404\\_loi\\_wet.pdf](https://www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/20190404_loi_wet.pdf) (дата обращения 13.06.2021)

которой одна или несколько компаний оказываются по отношению к ней (ним), поскольку это может повлиять на конкуренцию на бельгийском рынке или его существенной части. За нарушение налагается штраф в размере до двух процентов от консолидированного оборота компании-нарушителя в Бельгии. Как следует из открытых источников, в октябре 2020 г. эта норма была применена, без учета третьего критерия.<sup>1</sup> Здесь необходимо обратить внимание на оговорку о влиянии на бельгийский рынок по двум причинам: во-первых, дословного аналога в немецком законодательстве не существует, что важно нам для целей дальнейшего сравнения, во – вторых аналогичную норму о влиянии на рынок как условие квалификации можно наблюдать в правилах, регулирующих поведение доминирующих хозяйствующих субъектов.<sup>2</sup>

Перейдем к источнику заимствования CEL – французскому законодательству.

Итак, французское законодательство, содержит по сути три запрета для участников рынка, обладающих властью на нем: запрет злоупотребления доминирующим положением, запрет злоупотребления экономической зависимостью и запрет дискриминационных практик. В интересующей нас в данный момент части запрета злоупотребления экономической зависимостью предусмотрена оговорка - когда такое злоупотребление влияет или может повлиять на функционирование или структуру конкуренции (ч. 2 ст. 420-2 Французского торгового кодекса): т.е. можно констатировать, что бельгийское заимствование было практически полным.<sup>3</sup> Характерна разница во времени: во Французском торговом кодексе норма существует с 2001 года. Вернемся к существу института. Как и в ранее рассмотренных случаях, экономическая зависимость во Франции – это понятие комплексное.

---

<sup>1</sup> <https://www.klgates.com/The-Enforcement-of-Abuse-of-Economic-Dependence-in-the-EU-1-28-2021> (дата обращения 13.06.2021)

<sup>2</sup> Blocx J. Belgian Prohibition of Abuse of Economic Dependence Enters into Force, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 12, Issue 4, April 2021, pp.322

<sup>3</sup> [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000005634379/LEGISCTA000006113741/#LEGISCTA000006113741](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000005634379/LEGISCTA000006113741/#LEGISCTA000006113741) (дата обращения 14.06.2021)

Экономически зависимым может быть признан клиент или поставщик, у которого нет выбора на рынке. Отсутствие альтернативного заменителя товара может быть связано с отсутствием на рынке конкуренции, низким уровнем спроса, характеристиками сети дистрибуции товара или его потребительскими свойствами.

Французское министерство экономики приводит следующие критерии экономической зависимости:

- значительность продаж, приходящихся на конкретного контрагента;
- известность торговой марки/популярность товара;
- важность сегмента рынка или самого контрагента;
- наличие или отсутствие альтернативы;
- совокупность факторов, приведшая к возникновению зависимости (самостоятельное решение или вынужденное).<sup>1</sup>

Практика применения запрета достаточно широка, хотя и неоднородна. Одним из самых интересных и известных дел стало дело 2009 года в отношении *Carrefour*,<sup>2</sup> которая использовала целую систему инструментов для эксплуатации своих дистрибьюторов и расширения собственной торговой сети. С рядом дистрибьюторов *Carrefour* заключила франчайзинговый договор сроком на семь лет с возможностью его автоматического продления еще на такой же срок. Параллельно с франчайзингом подписывался еще один семилетний контракт, согласно которому дистрибьюторы обязывались вводить в оборот товары, произведенные под собственной торговой маркой *Carrefour*. Контракты заключались с разницей в один месяц, так что один них всегда был в силе. Отмена любого из контрактов влекла за собой необходимость выплаты существенной неустойки. Кроме того, *Carrefour* планомерно входила в уставный капитал своих франчайзи с правом выкупа дополнительных

---

<sup>1</sup> Более подробно об институте см. Борзило Е.Ю. Злоупотребление доминирующим положением: подход к проблеме в России и за рубежом. М.: Статут, 2008.С. 89-101.

<sup>2</sup> Autorité de la Concurrence, Décision n° 10-D-08 du 3 mars 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité, см: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10d08.pdf>. (дата обращения 14.06.2021).



акций/долей и увеличения своего участия. В дополнение к этим мерам, которые сами по себе создают зависимость в долгосрочной перспективе, франчайзинговые договоры предусматривали скидки за лояльность и обязанность соблюдать рекомендованные цены перепродажи. Дело известно в первую очередь тем, что несмотря на очевидную созданную *Carrefour* системную зависимость французский антимонопольный орган не установил ее существование. Правоприменитель пошел по пути дробного анализа договоров и, рассмотрев каждый договор по отдельности, пришел к выводу о его потенциальной прибыльности для отдельно взятого контрагента. Анализировать созданную *Carrefour* систему в целом *Autorité de la Concurrence* отказалась. Этот подход затем был раскритикован<sup>1</sup>

Однако в современных условиях данная норма стала действенным инструментом для пресечения торговых практик, находящихся вне периметра достаточно формализованного сегодня запрета злоупотребления доминирующим положением. Так, в марте 2020 года французское антимонопольное ведомство оштрафовало *Apple* на 1,1 миллиарда евро за злоупотребление экономической зависимостью своих премиальных дистрибьюторов. Дистрибьюторы премиум-класса экономически зависели от *Apple*, поскольку в контрактах содержалось условие об эксклюзивности, а клиенты *Apple* как правило лояльны. *Apple* злоупотребила этой экономической зависимостью, дискриминируя дистрибьюторов премиум-класса по сравнению с собственными торговыми точками *Apple*, и более крупными розничными продавцами (например, супермаркетами). Система скидок для премиальных дистрибьюторов также была неопределенной, что не позволяло дистрибьюторам планировать свои торговые практики и существенно затрудняло их предпринимательскую деятельность.<sup>2</sup> Очевидно, что за

---

<sup>1</sup> Boy L. Abus de dépendance économique: Reculer par mieux sauter?, *Revue Lamy de la Concurrence*, Editions Lamy/Wolters Kluwer, 2010, pp.93, Marty F., Reis P. Une approche critique de contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économique par l'abus de dépendance économique, *Revue Internationale de droit économique* 2013/4, p.586

<sup>2</sup> См. Decision. № 20-D-04, 16 mars 2020, *Apple* // <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-secteur-de-la-distribution-de-produits-de-0> (дата обращения 14.06.2021)

прошедшие годы французское антимонопольное ведомство изменило подход к анализу экономической зависимости: место анализа каждого отдельно взятого договора занял системный анализ последствий и анализ используемых договорных моделей. В контексте экономической зависимости эта смена вектора важна и с другой точки зрения: как видно из приведенных примеров экономическая зависимость конструируется с помощью методов, разрешенных в договорном праве. Ни один из видов договоров, и ни одна из моделей, примененных *Carrefour* и *Apple* не является недопустимой в рамках исключительно норм законодательства о договорах. Недопустимыми их делают результаты использования, которые оцениваются с точки зрения законодательства о конкуренции.

Продолжим. Возможно, рекордсменом по срокам существования нормы о запрете злоупотребления экономической зависимостью в массиве предпринимательского законодательства является Италия. И здесь хотелось бы отметить интересный отраслевой подход: норма содержится в специальном законодательстве. Статья 9 итальянского Закона № 192 от 18 июня 1998 года (Закон о субподряде в производственной деятельности)<sup>1</sup> запрещает злоупотребление экономической зависимостью одной или нескольких компаний. Зависимым может быть признан как поставщик, так и его контрагент. Зависимость определяется как дисбаланс в правах и обязанностях в коммерческих отношениях. При оценке экономической зависимости также принимается во внимание возможность найти удовлетворительную альтернативу на том же товарном рынке. Несмотря на то, что категория отраслевая - субподряд в производственных отношениях (хотя в этом случае термин «производственные отношения» достаточно объемлен) компетентным административным правоприменителем является итальянский антимонопольный орган (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, далее

---

<sup>1</sup> См. текст <https://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/dettaglio?id=58e16284-f1d9-4712-9db9-cfcf13959ec4&parent=Normativa&parentUrl=/competenze/tutela-della-concorrenza/normativa> (дата обращения 16.06.2021)

AGCM). Он же уполномочен налагать административное взыскание и применять предупредительные меры в этом случае. При этом, защищаться от данной формы злоупотребления допустимо также в суде через запретительные меры и требования о взыскании убытков.

Характерно, что норма достаточно активно применяется. Так, в ноябре 2020 года AGCM начало расследование в отношении группы *Benetton* (возглавляемой *Benetton Group S.r.l*)<sup>1</sup>. за предполагаемое злоупотребление экономической зависимостью на рынке одежды. AGCM сосредоточило свое внимание на двух франчайзинговых соглашениях, заключенных с независимым розничным продавцом продукции под брендом *Benetton*. Согласно AGCM *Benetton* влияло помимо прочего также на организационную структуру своих франчайзи, делая ее менее гибкой. *Benetton* также оказывала влияние на стратегический выбор розничного продавца, например определение предложений продажи и заказов на закупку, не только с точки зрения сроков, но и количества. Тем самым франчайзи был лишены возможности самостоятельно определять свою коммерческую практику на рынке. На момент подготовки настоящей статьи дело еще не рассмотрено до конца, однако конечный результат будет безусловно интересен.

Проведенный обзор позволяет сделать ряд промежуточных выводов общего характера в отношении иностранных юрисдикций, которые затем попробуем экстраполировать на российское правоприменение и реальность.

В первую очередь, категория экономической зависимости не является в зарубежном правоприменении ни новой, ни экстраординарной. Из законодательных определений и правоприменительной практики можно вывести основные сущностные характеристики экономической зависимости: безальтернативность, дисбаланс в предпринимательских отношениях и, как следствие, несамостоятельность зависимого хозяйствующего субъекта.

---

<sup>1</sup> <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2020/11/A543>, см. также <https://www.idiproject.com/news/italy-critical-remarks-investigation-opened-agcm-against-benetton-abuse-economic-dependence> (дата обращения 16.06.2021).

Начнем с безальтернативности. Безальтернативность во всех случаях – это не абсолют, у нее есть свои пределы. У контрагентов может быть техническая и юридическая возможность расторгнуть договор, прекратить не устраивающие коммерческие отношения и найти нового поставщика, возможно, с новой договорной моделью. Однако даже на законодательном уровне заложена условность этой альтернативы, где базовым критерием становится экономическая разумность. Штрафные неустойки, которые могут быть предусмотрены условиями договора с экономически более сильным контрагентом, могут выступать в качестве серьезного экономического аргумента против прекращения договорных отношений. Однако потери от выплаты неустойки потенциально восполнимы в средне- или долгосрочной перспективе по результатам сотрудничества с другим контрагентом, который не будет навязывать свою стратегию и требовать предоставления преимуществ. В условиях конкуренции - в ситуации экономической зависимости конкуренция существует, возможность избежать навязывания путем смены модели сотрудничества и переход к конкуренту не могут не учитываться. Однако как оценить этот фактор конкуренции? Правоприменительная практика исходит из того, что сам факт наличия на рынке конкуренции – между поставщиками или между их контрагентами не означает, что действительно есть альтернатива. Не отрицая свободу каждого участника рынка в выборе контрагента, законодательство и правоприменительная практика констатируют экономическую сложность смены контрагента как обязательное условие установления экономической зависимости.<sup>1</sup> Причем причины этой именно экономической сложности (читай, невыгодности) могут быть самые разные, как например, экстраординарная лояльность покупателей в деле *Apple*, или долгий срок сотрудничества с предыдущим собственником и невозможность быстро перенаправить потоки товара на другие торговые точки при низкой потребительской лояльности, как в деле *Edeka*. При всем своем разнообразии,

---

<sup>1</sup>Wagner-von Papp F., Unilateral conduct by non-dominant firms: A comparative reappraisal . Di Porto, R. Podszun (eds.), Abusive Practices in Competition Law, Cheltenham, Elgar, 2018 (pp.225-264)

причины всегда имеют экономическую основу и должны быть разумными. Кроме того, крайне важно понимать, что в данном случае мы наблюдаем не власть на рынке, а власть над конкретным контрагентом, что, кстати, как будет показано далее, во многом разграничивает злоупотребление экономической зависимостью и злоупотребление доминирующим положением.

Следствием безальтернативности является дисбаланс в отношениях между сторонами. Сильная сторона в данном случае обладает большими переговорными возможностями, и как следствие может навязывать свою политику другой, более слабой стороне. В зарубежном правоприменении этот термин зачастую обозначается как superior bargaining position (SBP) и во многих случаях считается разновидностью экономической зависимости либо полностью с нею ассоциируется. В 2008 году International Competition Network<sup>1</sup> выпустила большой обзор практики законодательного закрепления и разрешения споров, связанных с регулированием SBP, где классифицировала несколько групп юрисдикций: юрисдикции, где специальные положения об SBP вообще отсутствовали, где вопросы SBP были поглощены категорией «экономическая зависимость», где SBP регулировалась самостоятельно. Отметим, что для России ICN усмотрела регулирование SBP в нормах законодательства о конкуренции, что само по себе спорно. Исследование проводилось до внесения изменений в часть 1 Гражданского кодекса РФ, поэтому привести соответствующие нормы ICN на тот момент технически не могла, однако, как представляется, российский Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) в совсем малой степени регулирует и вопросы экономической зависимости, и вопросы SBP, о чем более подробно будет сказано далее. Характерно, что SBP и способность эффективно вести переговоры не эквивалентны: компания может эффективно и квалифицированно проводить переговорную кампанию, отстаивать свои интересы и все равно находится в

---

<sup>1</sup> ICN Special Program for Kyoto Annual Conference Report on Abuse of Superior Bargaining Position Prepared by Task Force for Abuse of Superior Bargaining Position, ICN 7<sup>th</sup> annual conference, 14-16.04.2008

дисбалансе по отношению к своему контрагенту. Так было в деле *Edeka*, когда производители игристых вин успешно провели переговоры с торговой сетью, добились некоторых результатов, но все равно дали требуемую сетью ничем не обоснованную скидку. В этом деле именно успешные переговоры стали одним из камней преткновения, поскольку Высший суд Дюссельдорфа расценил их как доказательство отсутствия дисбаланса и зависимости, с чем впоследствии Федеральный суд не согласился. На практике эффективность переговорной позиции обеспечивается не только положением компании, но текущей конъюнктурой в точке времени и в значительной степени квалификацией сотрудников, т.е. зависит от субъективных факторов. Дисбаланс в коммерческих отношениях и свойственная ему SBP одного из участников правоотношений не точечное явление - она является следствием глобальной ситуации, которая складывается из нескольких постоянных компонентов, среди которых используемая сторонами договорная модель, общее состояние конкуренции на рынке, состав и количество его участников, характеристики товара, уровень и интенсивность потребительского спроса, доступные каналы дистрибуции. Наличие дисбаланса является одним из факторов потери самостоятельности более слабого контрагента.

Снижение самостоятельности (не полное ее отсутствие) является не столько признаком, сколько следствием экономической зависимости. В отношениях с более сильным контрагентом зависимый хозяйствующий субъект лишается возможности определять свою торговую политику без оглядки на более сильного контрагента. Причем эта несамостоятельность может быть как «тактической» (как в случае с *Opel*, отказавшейся раскрывать особенности своего нового программного обеспечения для большинства дилеров<sup>1</sup>), так и «стратегической» (*Benetton* и потенциальная невозможность его контрагентов самостоятельно планировать собственную деятельность в долгосрочной перспективе).

---

<sup>1</sup> Там же.

Выявив характеристики экономической зависимости, необходимо ответить на ряд практических и теоретических вопросов. В первую очередь, необходимо определить отраслевую принадлежность института экономической зависимости (а затем и запрета злоупотребления ею). На первый взгляд, ответ очевиден: это часть антимонопольного законодательства/законодательства о конкуренции сразу же по нескольким причинам. Первая, лежащая на поверхности, место нахождения соответствующей нормы – законы, регулирующие правила конкуренции. Во Франции запрет злоупотребления экономической зависимостью и запрет злоупотребления доминирующим положением даже включены в одну норму Французского торгового кодекса (ст. 420-2). Вторым признаком – правоприменитель. Даже если норма не является формально частью законодательства о конкуренции, как, например, в Италии, административным правоприменением занимается антимонопольный орган. Однако такой подход формален, неоправданно сужает сферу применения нормы и искажает ее смысл, а также опровергается при расширении «выборки» юрисдикций. Так, например, в Греции злоупотребление экономической зависимостью сегодня регулируется Законом № 146/1914 «О недобросовестной конкуренции». Закон запрещает злоупотребление одним или несколькими предприятиями отношениями экономической зависимости, связывающими предприятие, имеющее качество клиента или поставщика, с предприятием (ями) и не имеющим какой-либо эквивалентной альтернативы.

Первоначально запрет на злоупотребление отношениями экономической зависимости содержался в законодательстве о конкуренции, в 1995 году эта норма была исключена, затем последовала долгая история возвращений и исключений, в результате чего в 2009 году был включен в вышеупомянутый закон, что в итоге привело к плачевным результатам.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Truli E. N. Relative Dominance and the Protection of the Weaker Party: Enforcing the Economic Dependence Provisions and the Example of Greece, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 8, Issue 9, November 2017, pp. 579–585

Как представляется, ответ на вопрос лежит в понимании назначения законодательства о конкуренции и его места в системе норм права. Традиционное восприятие законодательства о конкуренции как административного и направленного в первую очередь на защиту публичных интересов<sup>1</sup> в значительной степени устарело. В отличие от, например, налоговых правоотношений, в случае с правилами конкуренции государство не является обязательным участником, отношения конкуренции складываются в первую очередь между предпринимателями. Абсолютное большинство правил конкуренции регулирует именно отношения в ходе заключения, исполнения или прекращения гражданско-правовых договоров, в том числе, и запрет злоупотребления доминирующим положением, с которым наиболее часто ассоциируют вопросы экономической зависимости. Да, безусловно, ряд норм об экономической зависимости имеет квалифицирующее условие «влияние на рынок или существенную его часть» (см., например, Франция и Бельгия), которая в европейском понимании также указывает на публичный интерес.<sup>2</sup> Однако предметом довольно детального регулирования являются именно гражданско-правовые договоры. Кроме того, нельзя не отметить, что во всех изученных юрисдикциях допускается и самостоятельное принудительное исполнение норм законодательства о конкуренции, в том числе и нормы об экономической зависимости. Таким образом, законодательство о конкуренции является частью предпринимательского, или как его называют экономического законодательства.

Поняв отраслевую принадлежность, можно провести разграничение между данной категорией и другой, наиболее близкой к ней – доминирующее положение. Для этого необходимо обратиться к содержанию данного института и ограничениям предпринимательской деятельности, с ним связанными.

---

<sup>1</sup> Petersen N. Antitrust Law And The Promotion Of Democracy And Economic Growth, *Journal of Competition Law & Economics*. Volume 9. Issue 3. September 2013, P. 600–636

<sup>2</sup> Šmejkal V. Competition law and the social market economy goal of the EU, *International Comparative Jurisprudence*. Volume 1. Issue 1. 2015, P.38-40



В отличие от экономической зависимости, при идентификации доминирующего положения существенное значение имеет соотношение количественных и качественных показателей.

Может показаться, что между качественными характеристиками доминирующего положения и экономической зависимости много общего. В первую очередь – они в той или иной форме опосредуют власть. Вторая сходная черта – относительная независимость сильной стороны. Сильная сторона может диктовать условия слабому контрагенту, может определять его политику на рынке, может действовать вне зависимости от конкурентов. Как видно из приведенных примеров экономической зависимости сильная сторона действует без опасения потерять контрагента. Аналогично и в случае с доминирующим положением его обладатель действует полностью автономно, вполне может пренебрегать намерениями и конкурентов и контрагентов.<sup>1</sup> Однако степень власти и широта действий не идентична. Еще одна схожая черта, скорее относящаяся уже к внешним характеристикам: и доминирующее положение и экономическая зависимость не подразумевают отсутствие конкуренции (за исключением абсолютной формы доминирующего положения - монополии). На примере немецкого законодательства можно также наблюдать следующую схожую черту: множественность факторов, которые формируют и экономическую зависимость и доминирующее положение. Так в чем же разница?

В первую очередь, это уже упомянутая диверсификация качественных и количественных критериев. В отличие от экономической зависимости доминирующее положение определяется не только на основании качественных, но и количественных критериев, которые зачастую имеют приоритетное значение. Количественные критерии не сдают свои позиции прежде всего, благодаря обманчивой простоте их применения. Далее следует упомянуть разницу в характеристиках власти. Если в случае с экономической

---

<sup>1</sup> Tetra Pak International v. Commission, [1996] ECR I-5951

зависимостью это исключительно власть над конкретным контрагентом, то в доминирующее положение характеризуется властью на рынке в целом, следствием которой помимо прочего может быть, в том числе, и власть над контрагентом. Немногочисленные различия, хоть и кажутся незначительными, в действительности являются капитальными. И дело не только в доле на рынке как формальном элементе, препятствующем «слиянию» двух понятий. Из приведенных выше определений видно, что качественный критерий доминирующего положения является ключевым, а количественный - доля на рынке - дополнительным, хотя и часто применяемым, популярным и функциональным. Однако в действительности качественные критерии описывают принципиально разные ситуации и принципиально разную власть: возможность определять условия обращения товара на всем товарном рынке, действовать без учета интересов конечного потребителя (доминирующее положение) не идентична возможности извлекать преимущества из слабости контрагента, управляя им в собственных интересах (экономическая зависимость).

Поэтому и инструменты создания зависимости зачастую нелинейны и еще более многофакторны, чем инструменты создания доминирующего положения. Последнего зачастую создает не только сам хозяйствующий субъект, но и рыночная инфраструктура: построить доминирующее положение на рынке с низкими входными барьерами невозможно, в равной степени это невозможно на высококонкурентных рынках. Экономическая же зависимость всегда создается на конкурентных рынках, барьеры входа на них могут и не иметь значения, не зря самые частые примеры экономической зависимости, это отношения между поставщиками и сетями, а также отношения на так называемых цифровых рынках. Кроме того, основной, если не единственный, инструмент создания и эксплуатации зависимости – это коммерческие отношения, в частности, используемые договорные модели. Причем, как показывает приведенная выше практика, модели зачастую комплексные, включающие в себя на первый взгляд легитимный и безопасный с

антимонопольной точки зрения механизм франчайзинга. Поэтому, как представляется, дела, связанные с вопросами экономической зависимости даже более сложны, чем «просто» антимонопольные дела.

## ГЛАВА 2. ГОРИЗОНТАЛЬНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ И СОГЛАСОВАННЫЕ ДЕЙСТВИЯ

К горизонтальным следует относить соглашения между конкурентами. Как отмечала Н.И. Клейн, по степени вреда соглашения между конкурентами являются наиболее более опасными, поскольку представляют собой крупный источник антиконкурентного поведения.<sup>1</sup>

### *§1. Определение антиконкурентных горизонтальных соглашений и инструменты для их анализа. Картели*

Большинство государств относят несколько видов соглашений к однозначно запрещенным, они преследуются как в гражданско-правовом, так и в административном и даже в уголовном порядке. Например, ст.101 TFEU приводит неисчерпывающий список запрещенных соглашений, а ст. 11 Закона о защите конкуренции помимо закрытого списка запретов содержит указание также на «иные соглашения, которые могут привести к ограничению конкуренции». Аналогично сформулированы запреты и во французском, итальянском и английском законодательстве.

Вопрос о том, как разграничить абсолютно недопустимые, относительно недопустимые и допустимые соглашения определяет не только последствия для соглашения и его участников, но и те стандарты доказывания, которые будут использоваться правоприменительными органами и участниками соглашений. Рассмотрим этот вопрос детальнее.

Статья 1 Закона Шермана запрещает «соглашения в форме треста, тайные сговоры и иные действия, направленные на ограничения торговли и

---

<sup>1</sup> Конкурентное право Российской Федерации под ред. Клейн Н.И., Фонаревой Н.Е. М.: Логос. 1999. С. 135

коммерческих отношений между штатами или с иностранными государствами».

В американской литературе и правоприменительной практике довольно долго шли споры о том, как следует подходить к анализу антиконкурентных соглашений, в частности, какой из двух основных принципов анализа следует применять в данном случае: *per se illegal* или *rule of reason*.

Первый подход основан только на оценке факта совершения деяния, его незаконность презюмируется. Второй – использует многофакторный анализ и причин, вызвавших определенное поведение на рынке, и его последствий.

С точки зрения прецедентного права США принцип *per se illegal* означает установление в рамках рассматриваемых дел перечня тех нарушений, которые не требуют многофакторного анализа. Этот принцип имеет ряд технических преимуществ в применении, к которым следует отнести:

- прозрачность в использовании. Перечисление определенных видов соглашений, использование которых в гражданском обороте однозначно незаконно, приведет к стабильности гражданского оборота;

- простоту в использовании для судов. Квалификация нарушений для судов намного менее трудоемкий процесс, чем оценка обоснованности деяния и его правовых и экономических последствий. Таким образом, судопроизводство упрощается;

- экономию в использовании. Хозяйствующим субъектам нет необходимости каждый раз планировать, анализировать соглашения, оценивать последствия поведения, которое с большой степенью вероятности будет признано правоприменительными органами незаконным, а затем повлечет за собой серьезные процессуальные расходы.<sup>1</sup>

Однако в ряде других судебных решений заметно иное направление. Так, суд в рамках дела *American Tobacco*<sup>2</sup> предложил использовать многофакторный

---

<sup>1</sup> См. *Chicago Board of Trade v. US* 246 US, 231 (1918); *Northway Pacific Railway Co.v. US* (1958); *US v. Sealy*, 388 US 350(1967) и др.

<sup>2</sup> *US v. American Tobacco Co.*, 221 US 106 (1911).

анализ для оценки разумности ограничений. Судья был особо заинтересован в оценке результата соглашений между конкурентами, указывая на необходимость исследования их последствий. При этом суд также косвенно признавал, что некоторые виды соглашений по своему характеру неразумны, поскольку антиконкурентны изначально, а значит их негативный эффект очевиден.

Такой подход предполагает, что суд в любом случае должен определить сначала, есть ли соглашение. Затем суд должен определить неразумно ли соглашение. Анализ по факту завершается на той точке, где суд приходит к выводу, что соглашение антиконкурентно по своей природе – дальнейшего анализа последствий, цели соглашения или власти хозяйствующих субъектов на рынке уже не требуется.

Однако не все соглашения одного вида антиконкурентны по своей природе. В том случае, если отсутствуют судебные прецеденты, признающие их таковыми, либо если соглашение является новым в своей категории (такие соглашения ранее не заключались или их законность не была предметом судебного разбирательства) суд заново будет решать вопрос о разумности соглашения и его последствиях. В этом случае будет применяться *rule of reason*, т.е. анализ разумности соглашения и его последствий, определение, превышают ли выгоды от соглашения возможные ограничения, а также оправданы ли ограничения с точки зрения эффективности функционирования рынка в целом. *Rule of reason* также предполагает и изучение экономических данных, экспертных оценок и т.д.

На практике выбор конкретного метода анализа зачастую весьма сложен, степень судейского усмотрения чрезвычайно велика. Однако применительно к соглашениям между конкурентами – горизонтальным соглашениям, практика относительно стабильна: если предметом соглашения является фиксация цен, раздел рынка, коллективный бойкот, оно остается в рамках *per se illegal*.

Несколько иной подход существует в ЕС. Статья 101 TFEU запрещает как несовместимые с единым европейским рынком соглашения между

хозяйствующими субъектами, решения ассоциаций и согласованные действия, которые могут оказать влияние на торговлю между государствами - участниками единого рынка и предметом которых или результатом является ограничение либо устранение конкуренции в рамках единого рынка, в частности, приводящие к:

- (a) установлению цен или условий обращения товара;
- (b) ограничению или контролю производства, технического развития или инвестиций;
- (c) разделу рынков или источников ресурсов;
- (d) применению различных условий к эквивалентным сделкам с односторонними контрагентами;
- (e) заключению договора при условии согласия стороны взять на себя дополнительные обязательства, не связанные по своей коммерческой природе с предметом договора.

Названные соглашения признаются ничтожными. Законодательство ЕС, сконструированное таким образом, чтобы максимально охватывать все соглашения, при этом предусматривает определенные изъятия. При этом критерии оценки соглашений, как и единоличного поведения, общие: *by object* или *by effect*.

Еще в 2004 году в Руководство по применению статьи 101 (3) TFEU<sup>1</sup> упоминало, что презумпция негативного эффекта для конкуренции некоторых соглашений основана, в том числе и на опыте применения антимонопольного законодательства. Причем этот эффект не всегда является результатом содержания соглашения, зачастую это результат того, как его участники это соглашение выполняют. В Руководстве отмечено, что доказательство антиконкурентной цели участников соглашения может играть существенную роль при его квалификации как антиконкурентного *by object*. Чтобы доказать,

---

<sup>1</sup>Communication from the Commission Notice Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08)// <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0097:0118:EN:PDF> (дата обращения - 08.04.2019)

что соглашение или действие следует квалифицировать как антиконкурентное *by object* Комиссии требуется лишь доказать, что оно обладает потенциалом ограничения конкуренции (см., например, *T-Mobile Netherlands v. Commission*).<sup>1</sup> Доказывается это посредством исследования реального содержания соглашения, а также изучения экономического контекста. Наиболее часто к антимонопольным ограничениям *by object* относят: фиксацию цен (повышение и понижение) и раздел рынка. Если предметом соглашения является ограничение конкуренции, Комиссия может уже не доказывать негативный эффект, как и в случае *per se* в США. В противном случае Комиссия применяет иной метод – *by effect*. В этом случае необходимо исследовать контекст: в каких экономических условиях действует компания, какие товары затронуты соглашением, а какие – нет, структуру рынка. Необходимо также определить, как развивалась бы ситуация на рынке, если бы антиконкурентного поведения не было. Для этого можно использовать различные методы моделирования, математический или статистический анализ. Как и в случае *per se*, использовать принцип *by object* намного легче. В отличие от американского правоприменения в правоприменении ЕС можно наблюдать смещение в сторону *by object*, во всяком случае, в практике Комиссии ЕС. Причины того вполне ясны – административный правоприменитель выбирает тот инструмент, с которым ему удобнее работать, а издержки применения намного ниже. Документы самой Комиссии иллюстрируют эту тенденцию очень ярко: например, Руководство по ограничениям конкуренции “*by object*” для целей определения соглашений, подпадающих в сферу *De Minimis*,<sup>2</sup> относит к категории соглашений, подпадающих под определение антиконкурентных *by object* не только горизонтальные соглашения, которые

<sup>1</sup> *T-Mobile Netherlands v. Commission* // <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=74817&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=267878> (дата обращения - 08.04.2019)

<sup>2</sup> Commission staff working document Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the *De Minimis* Notice 25.06.2014 //URL:[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de\\_minimis\\_notice\\_annex.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf) (дата обращения - 08.04.2019)



традиционно относятся к картельным, но и ряд соглашений об R&D, соглашения об обмене информацией, а также -об этом подробнее далее – некоторые вертикальные соглашения. Здесь нельзя не отметить, что сам европейский законодатель/правоприменитель допускает некоторое смешение критериев содержания и цели, однако очевидно одно: квалификация by object делает лишним дальнейший анализ by effect.

Интересный подход можно наблюдать в английском законодательстве. Согласно ст. 2 английского Закона о конкуренции<sup>1</sup> запрещены соглашения между предприятиями, которые могут повлиять на торговлю в Великобритании или результатом которых является ограничение конкуренции на территории Великобритании. В частности, запрещены:

- a) прямое или косвенное фиксирование цен или условий торговли;
- b) ограничение или контроль над объемом производства, рынком, техническим прогрессом или инвестициями;
- c) раздел рынка или источников ресурсов;
- d) применение неравных условий к схожим сделкам с третьими лицами, если это ставит их в невыгодное положение;
- e) навязывание дополнительных товаров, не имеющих отношения к предмету договора.

Договоры, содержащие подобные условия, ничтожны. Аналогичные положения содержит ст. 420-1 Французского торгового кодекса, с одним интересным дополнением: запрет касается как прямых действий французских компаний, так и действий, совершенных нерезидентами Франции через посредников.

Хотелось бы обратить внимание, что ни английское, ни европейское, ни американское законодательство в большинстве случаев при формулировании запретов на законодательном уровне не разграничивают соглашения между конкурентами и соглашения между неконкурентами – запреты едины для всех,

---

<sup>1</sup> [Электронный ресурс] : URL:<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/41/section/2>

а их применимость к отдельному типу соглашения определяется судебной практикой и логикой.

В соответствии со ст.11 Закона о защите конкуренции признаются *картелем* и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, то есть между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу (покупку) товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести к:

- 1) установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок;
- 2) повышению, снижению или поддержанию цен на торгах;
- 3) разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков);
- 4) сокращению или прекращению производства товаров;
- 5) отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками).

Российское законодательство в отличие от некоторых зарубежных аналогов прямо выделяет определенные соглашения между конкурентами в группу особых, используя для их обозначения термин «картель», заимствованный скорее из зарубежной науки и практики, чем из законов. При этом характерно, что формальные списки писаных запретов в российском и европейском законодательстве несколько отличаются.

Экономическая логика запрета определенных соглашений между конкурентами, по мнению ряда исследователей,<sup>1</sup> следующая. Предположим, 10 конкурирующих производителей ежемесячно поставляют на рынок 10 единиц одинаковой продукции. Спрос на товар стабилен, как и выручка, составляющая 10 коп. за единицу продукции. Однако, если производители договорятся наполовину сократить производство, они смогут, установив цену на товар 50

---

<sup>1</sup> Гелхорн Э., Ковачич В.Е. Антитрестовское законодательство и экономика. С. 116.

коп. за единицу продукции, существенно увеличить свою выручку покрыть потенциальные издержки от простоя производственных мощностей при этом даже не сокращая персонал. Если в результате заключенного соглашения конкуренты начинают действовать как единый хозяйствующий субъект, конкуренция между ними исчезает. Соответственно потребители будут лишены всех тех преимуществ, которые она предоставляет: право выбора товара, возможности его приобретения по более привлекательной цене и др.

Однако здесь есть одно существенное «но»: ущемление прав третьей стороны, как и извлечение сверхприбыли и получение иных преимуществ участниками картеля возможно только в том случае, если все участники соглашения будут его придерживаться. Поэтому для того, чтобы соглашение давало тот результат, на который рассчитывают его участники, выгода от него должна быть очень существенной. Участники картельного сговора никогда не могут быть уверены в том, что все стороны будут его соблюдать, и никто не попытается получить сверхприбыль другим способом – нарушив условия соглашения. Поэтому ни один картель не стабилен.

Более того, наблюдая «прибыльность» функционирования рынка, другие участники могут принять решение о входе на него, что автоматически приведет либо к потере рынка участниками соглашения, либо к расширению количества участников соглашения. Как следствие, картельные соглашения (горизонтальные соглашения об ограничении конкуренции) экономически возможны только на специфических олигополистических рынках, т.е. на рынках, контролируемых небольшим количеством хозяйствующих субъектов, где входные барьеры крайне высоки, а информационные потоки прозрачны.

Однако согласно действующим в России нормам права оценка состояния рынка для квалификации картеля не проводится – ст. 11 Закона о защите конкуренции исходит только из содержания соглашения. Зачастую аналогично действует и европейское законодательство. Так, например, вне зависимости от размера долей из сферы действия De Minimis исключены так называемые «жесткие» нарушения: установление цен, раздел рынков, ограничение

производства,<sup>1</sup> а также сговор на торгах. Соглашения, приводящие к названным результатам, признаются наиболее грубыми нарушениями антимонопольного законодательства в большинстве государств.<sup>2</sup> Остальные соглашения находятся в так называемой «серой» зоне, т.е. их незаконность неочевидна.

И тем не менее, разграничение допустимых и недопустимых соглашений, даже на основании таких, на первый взгляд очевидных критериев, как результат, цель или предмет, совсем нетривиальная задача. Идентификация должна проводиться на базе анализа каждой конкретной ситуации. Для обеспечения прозрачности функционирования рынка и для получения его участниками четких ориентиров действительности договоров антимонопольные органы разрабатывают различные руководства и указания, где приведен перечень тех условий соглашений и характеристик их участников, выполнение которых позволит сторонам быть уверенными в том, что их соглашение действительно и не подпадает под антимонопольные ограничения (*safe harbors*).

Российский подход основан на идентификации результатов, наличие которых свидетельствует об однозначно антиконкурентном характере соглашений, а также результатов, потенциально приводящих к ограничению конкуренции. Закон о защите конкуренции содержит перечень абсолютно недопустимых картельных соглашений, так и перечень относительно недопустимых соглашений. Однако выработка детального разграничения между относительно допустимым и допустимыми соглашениями - задача судебной практики применительно к каждому конкретному случаю на

---

<sup>1</sup> Пункт 13 Communication from the Commission — Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice) OJ C 291, 30.8.2014, p. 1–4

<sup>2</sup> Эта позиция поддерживается и Судом ЕС. Например, в деле *William Prym*, Суд Первой Инстанции признал, что соглашения, предметом которых является ограничение конкуренции, должны в любом случае считаться нарушением ст. 81 Договора о ЕС (сейчас ст. 101 TFEU) *William Prym v. Commission*, [2007] ECR II-107). Аналогично в деле *Mannesmannrohren* Суд Первой Инстанции заключил, что хозяйствующие субъекты, заключившие соглашение с целью ограничения конкуренции, в принципе не могут избежать применения ст.81 (1) Договора о ЕС, утверждая, что их соглашение имеет положительный эффект для конкуренции (*Mannesmannrohren-Werke v. Commission* (II), [2004] ECR II-2223 (para. 130); см. также: *Brasserie Nationale and Others v. Commission*, [2005] ECR II-3033 (para. 140).).

ближайшие годы.<sup>1</sup>

Рассмотрим те типы соглашений, которые в различных правопорядках признаются антиконкурентными, и зачастую именуются картелями.

В российской юридической литературе можно видеть разнообразные определения картеля. Ряд авторов классифицируют его как объединения экономически зависимых субъектов, т.е. связанных отношениями экономической взаимозависимости.<sup>2</sup> И.А. Зенин определял картель как союз самостоятельных предпринимателей, вырабатывающих общую политику на рынке, которые делят территорию между собой, "контингируют" объем товара и устанавливают единые цены.<sup>3</sup> К.Ю. Тотьев отмечал, что картельные соглашения преследуют общие цели и интересы, достигаемые путем воздействия на отношения производства и сбыта и ограничения или устранения свободной конкуренции.<sup>4</sup> ФАС России и ее отдельные представители характеризуют картель как сговор конкурентов путем заключения тайных соглашений, целью которых является извлечение сверхприбылей и ограничение конкуренции.<sup>5</sup> Встречаются и более оригинальные определения картелей в российском законодательстве, как например, элемента одновременно монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции.<sup>6</sup>

Рассмотрим более подробно российскую и зарубежную дефиниции и практику в отношении конкретных видов картелей и попробуем продемонстрировать их сущностную относительность при формальной однозначности.

### **А) Соглашения об установлении цен**

<sup>1</sup> Борзило Е.Ю. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: научно-практическое руководство. М.: Статут. 2014. С.85-95

<sup>2</sup> Кулагин М.И. Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо, М.: "Наука", 1987.176с.; Гурин Н.В. Картели и их влияние на экономику государства: анализ российского законодательства. Конкурентное право. № 2.// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>3</sup> Зенин И.А. Гражданское и торговое право капиталистических государств. М., 1993. С. 62

<sup>4</sup> Тотьев К.Ю. Конкурентное право. М., 2000 С. 193-194

<sup>5</sup> Кинев А.Ю., Захаров Г.К. Борьба с картелями вчера и сегодня. URL: <http://anticartel.ru/practice/ru/31> (дата обращения -20.06.2015)

<sup>6</sup> Оводов А.А. Картель как форма монополистического объединения в законодательстве и судебной практике Европейского союза и США. Международное публичное и частное право. 2010. № 5.//Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

Самый очевидный тип антиконкурентного горизонтального соглашения - это ценовой картель. В деле *Dyestuffs*,<sup>1</sup> суд пришел к выводу о том, что ценовой сговор был необходим только для того, чтобы скоординировать свои действия на рынке и избежать всех рисков конкуренции. Комиссия ЕС в деле *Cartonboard*,<sup>2</sup> наложила огромный штраф на производителей картона, которые договорились установить единый уровень цен на картон на всей территории ЕС. В деле *Graphite electrodes*,<sup>3</sup> Комиссия ЕС установила, что восемь производителей графитовых электродов, составлявшие вместе практически весь мировой объем рынка, договорились совместно поднять цены на свою продукцию, назначив компании, которые будут поднимать цены на в каждом государстве, обменявшись плановыми датами изменения цен, с указанием максимальных цен, которые надо было достигнуть, а также внедрив систему мониторинга исполнения соглашения. А это, как было указано выше – обязательный элемент действенного картеля. Аналогично, в деле *Vitamins (II)*,<sup>4</sup> Комиссия признала восемь компаний-производителей витаминов заключившими восемь отдельных картельных соглашений в отношении различных продуктов. Соглашения помимо прочего предусматривали, когда и на сколько единиц должны быть изменены цены, а также порядок координации роста цен на различных рынках. В деле *Plasterboard*,<sup>5</sup> где несколько производителей гипсокартона договорились обмениваться информацией об объемах продаж и обменялись заверениями, что ценовая конкуренция между ними окончена, а также поделились друг с другом данными о планируемом повышении цен. Штрафы за ценовые картельные соглашения крайне велики – от 300 млн. евро *Methacrylates*,<sup>6</sup> до 900 млн. евро в *Elevators and escalators*.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> ICI v. Commission (I), [1972] ECR 619, para. 119

<sup>2</sup> Cartonboard, OJ 1994 L243/1; on appeal: Buchmann v. Commission, [1998] ECR II-813; Finnboard v. Commission, [1998] ECR II-1617; Moritz v. Commission, [2000] ECR I-9757. и др

<sup>3</sup> Graphite electrodes, OJ 2002 L100/1; appeal: Tokai Carbon and Others v. Commission (I), [2004] ECR II-1181 (штраф снижен); appeal: SGL Carbon v. Commission (I), впоследствии решение о снижении штрафа отменено.

<sup>4</sup> Vitamins II OJ 2003 L6/1.

<sup>5</sup> Plasterboard, Case COMP/E-1/37.152, OJ 2005 L166/8.

<sup>6</sup> Case COMP/F/38.645, OJ 2006 L322/20.

<sup>7</sup> Elevators and escalators, Case COMP/E-1/38.823, OJ 2008 C75/19 [Electronic resource].-URL:

[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/38823/38823\\_1340\\_4.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38823/38823_1340_4.pdf) (reference date 20.06.2015)

Необходимо отметить также интересную тенденцию рассмотрения такого рода дел российскими арбитражными судами: несмотря на то, что соглашение о фиксации цен носит характер *per se illegal/by object*, т.е. ограничение конкуренции презюмируется и достаточно лишь установить сам факт нарушения, суды, руководствуясь правилами АПК РФ, все же анализируют причины заключения сторонами соглашений о фиксации цен, их обоснования и пусть, иногда, косвенно, но все же оценивают их разумность.<sup>1</sup>

И здесь необходимо отметить несколько противоречивую позицию ВС РФ, который в Пленуме №2 с одной стороны презюмирует антиконкурентный эффект поименованных видов картелей, но с другой – практически для каждого вида устанавливает дополнительные критерии легитимизирующей квалификации. Фиксация цен может производиться с использованием различных способов.

*Соглашения о фиксации минимальных цен либо цен-целей.* Такие соглашения позволяют их участникам предвидеть цены конкурентов и относятся к наиболее грубым нарушениям законодательства. Как сказано в деле *Vereniging van Cementhandelaren*: “Установление цены-цели в равной степени влияет на конкуренцию, как и просто установление конкретной цены, поскольку позволяет участникам быть в курсе ценовой политики конкурента”.<sup>2</sup> В деле *ICI v. Commission*,<sup>3</sup> суд пришел к тому же выводу.

Российским аналогом указанных дел может служить, например, дело в отношении производителей кабельного пластиката.<sup>4</sup>

*Соглашения о «рекомендованных» ценах.* Установление «рекомендованных» цен соглашением между конкурентами также может свидетельствовать об устранении конкуренции между участниками этого

---

<sup>1</sup> См., например, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 20.12.2017 по делу № А40-192883/2016// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>2</sup> *Vereniging van Cementhandelaren v. Commission*, [1972] ECR 977.

<sup>3</sup> *ICI v. Commission (I)*, [1992] ECR II-1021

<sup>4</sup> Решение ФАС России по делу № 1 11/125-11. [http://fas.gov.ru/solutions/solutions\\_33743.html](http://fas.gov.ru/solutions/solutions_33743.html). (дата обращения - 01.04.2014)

соглашения. Например, в деле *Zinc phosphate*<sup>1</sup> Комиссия ЕС оштрафовала английские и норвежские компании за установление цен на цинковый фосфат, выразившееся в распространении перечня «рекомендованных» цен. В деле *Architectes Belges*<sup>2</sup> минимальные ставки рекомендованные в рамках национальной ассоциации архитекторов были признаны установленными в рамках картеля, оцененному по принципу *by object*.

Однако установление рекомендованных цен не всегда является однозначным нарушением. Оценке подлежит ряд факторов: носит ли соглашение обязательный характер, содержатся ли в соглашении санкции за его нарушения, существуют ли способы принуждения к использованию рекомендованных цен вне рамок соглашения. Рекомендованная цена может быть не инструментом лишения потребителя права выбора, а инструментом стандартизации с сохранением конкуренции по качеству и иных условий.

*Соглашения об установлении единых закупочных цен.* Совместная закупка является общепринятой практикой: так можно получить существенную объемную скидку. Однако граница между ценовым картелем и совместной закупкой крайне тонка. В делах *Raw tobacco Spain*<sup>3</sup> and *Raw tobacco Italy*<sup>4</sup> Комиссия ЕС установила сговор переработчиков сырого табака о снижении закупочных цен. Комиссия особо подчеркнула, что «закупочные цены являются фундаментальным аспектом конкуренции, а сговор в отношении закупочных цен безусловно оказывает влияние на конкуренцию на смежном рынке». Российские хозяйствующие субъекты предпочитают во избежание роста антимонопольных рисков не договариваться прямо о совместных закупках у третьих лиц- даже в отсутствие соглашения единая закупочная политика конкурентов зачастую к возникновению

---

<sup>1</sup> *Zinc phosphate*, OJ 2003 L153/1; appeal: *Britannia Alloys & Chemicals v. Commission*, [2005] ECR II-4973.

<sup>2</sup> Case 38549 *Architectes Belges* COMP/A.38549 24.06.2004 [Электронный ресурс] URL //https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32005D000 (дата обращения 30.10.2018)

<sup>3</sup> *Raw tobacco Spain*, Case COMP/B-2/38.248, OJ 2007 L102/14.

<sup>4</sup> *Raw tobacco Italy*, Case COMP/B-2/38.281 OJ 2006 L353/45.



антимонопольных рисков и квалификации картеля.<sup>1</sup> Характерно, что Пленум ВС РФ №2 указал, что само по себе согласование ценовых условий приобретения товаров (условий получения скидок с цены) между несколькими хозяйствующими субъектами - потребителями и поставщиком (поставщиками) не является основанием для вывода о достижении такими потребителями между собой соглашения об установлении (о поддержании) определенного уровня цен. Необходима дополнительная цель, и она должна быть антиконкурентной.

*Соглашения об ограничении скидок, подарков, акций.* Скидка представляет собой важную часть ценовой политики любой компании, а соответственно, она важна для ценовой конкуренции. Как правило, такие соглашения могут иметь не меньший антиконкурентный эффект, чем непосредственно установление цены. Еще одна разновидность такого соглашения - соглашение об общем уровне скидок или о конкретном размере таких скидок. Подарки, акции, предельные цены – все это инструменты ценовой конкуренции и отказ от них означает отказ от ценовой конкуренции как таковой. Результат таких соглашений – потенциальный отказ от конкуренции за покупателя, лишение покупателя свободы выбора.

## **Б) Сговор на торгах**

Антиконкурентный характер таких соглашений на первый взгляд очевиден: цель проведения торгов - выбор лучшего контрагента (поставщика, покупателя) по результатам конкуренции между ними. Здесь ведется конкуренция не на рынке, а за него. Если же участники торгов договариваются о том, кто выиграет торги, разрабатывают взаимные схемы компенсации за проигрыш, организатор торгов и заказчик не достигают поставленной цели. Европейское законодательство предлагает квалифицировать сговоры на торгах как антиконкурентные *by object* и считает их разновидностью ценового

---

<sup>1</sup> См., например, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 18.09.2017 года по делу № А26-375/2016// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

сговора и раздела рынка.<sup>1</sup>

В России, где в современных условиях перманентного кризиса главным заказчиком является государство, борьба за получение этого «клиента» особенно остра. Инструменты в данном случае используются различные, например:

- пассивное участие в торгах, когда хозяйствующие субъекты подают заявки на участие лишь формально, а на сами торги не являются. Как вариант, победитель затем уступает свой выигрыш (зачастую по договору, заключенному до проведения торгов, например, по договору подряда).<sup>2</sup>

- согласование позиций по участию в определенных лотах. Стратегия предусматривает отказы от участия в торгах путем неподачи ценовых предложений. Единственное ценовое предложение по лоту на максимально возможном уровне снижения начальной (максимальной) цены лота (минус 0,5% от начальной цены) подавал заранее определенный участник соглашения, который по его условиям получал «право на победу».<sup>3</sup> Вариант развития ситуации в виде перепродажи по ранее заключенному договору здесь тоже встречается. Альтернативная возможность развития ситуации в обоих случаях – другие торги «выигрывает» другой участник.

В российском правоприменении это самый часто устанавливаемый вид картеля. Характерно, что такой полемичный вопрос – состоялись бы торги вообще, если бы не сговор участников - поднимается крайне редко. А ведь для квалификации картеля это существенный аспект. Однозначность такого вида картеля ставит под вопрос и Пленум ВС РФ №2. Так, Пленум содержит тезис

---

<sup>1</sup> Commission staff working document Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice 25.06.2014 //URL:[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de\\_minimis\\_notice\\_annex.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf) (дата обращения - 08.04.2019)

<sup>2</sup> Решение по делу № 1 11/202-11 по признакам нарушения ЗАО «РОСТА», ОАО «Фармстандарт» Федерального закона «О защите конкуренции» от 25.05.2012. URL: [http://fas.gov.ru/solutions/solutions\\_34835.html](http://fas.gov.ru/solutions/solutions_34835.html) (дата обращения -01.04.2021)

<sup>3</sup> Решение по делу по признакам нарушения ООО «Работекс», ООО «НордКрафт», ООО «Азимут-С», ЗАО «Лахти», ООО «Альянс Партнер СВ», ЗАО «Промышленно-коммерческая фирма «Формекс», ООО «СПТекстиль», ООО «ПК Индустар», ЗАО «Железногорская швейная фабрика «Финист» и др от 16.06.2012 по делу № 1 11/6-11. URL: [http://fas.gov.ru/solutions/solutions\\_35076.html](http://fas.gov.ru/solutions/solutions_35076.html) (дата обращения -01.04.2022)

о необходимости исследования причинно-следственной связи между действиями участников торгов и повышением, снижением или поддержанием цен на торгах. В том числе, необходимо принимать во внимание, является ли достигнутый уровень снижения (повышения) цены обычным для торгов, которые проводятся в отношении определенных видов товаров; имеются ли в поведении нескольких участников торгов признаки осуществления единой стратегии; способно ли применение этой стратегии повлечь извлечение выгоды из картеля его участниками.

## **В) Раздел рынка**

Раздел рынка может быть произведен по территориальному признаку, по покупателям, а также по продуктам. Ключевая экономическая составляющая сговора о разделе рынка аналогична ранее рассмотренным: в результате раздела рынка между продавцами (или между покупателями) потребитель или контрагент лишается возможности выбора, устраняется ценовая и неценовая конкуренция. Более того, в результате деления рынка у участников сговора появляется возможность препятствовать входу на рынок новых хозяйствующих субъектов и по факту установить монополию.

Однако однозначная незаконность таких соглашений была изначально неочевидна. В одном из первых дел по данному вопросу - *Timken Roller Dearing Co. v US*<sup>1</sup> - американская компания договорилась с другими участниками лицензионного соглашения о разделе территории для целей продвижения товаров и маркетинга, ссылаясь на необходимость такого деления для защиты товарного знака. Суд пришел к выводу о том, что такое соглашение повлекло за собой ограничение конкуренции и не могло быть оправдано защитой товарного знака. Однако не высказался о безусловной незаконности соглашения. И только в 1972 в деле *US v Topco Associates, Inc*<sup>2</sup> спор не содержал ценовой элемент. Несколько небольших бакалейных магазинов для

---

<sup>1</sup> 341 US 593 (1951)

<sup>2</sup> 405 US 596 (1972)

более успешной работы на рынке договорились о создании совместных предприятий для выхода на рынок с товарами под общей торговой маркой *Torso*. Для каждого предприятия была указана отдельная территория. Верховный суд США поддержал суд апелляционной инстанции, признавший компании заключившими незаконное картельное соглашение о разделе территории. При этом был применен *per se illegal* - принцип, которого американские суды придерживаются и до сих пор.

Похожая ситуация и в ЕС. Характеризуя этот тип нарушения как безусловно противоречащий законодательству о конкуренции, Комиссия ЕС заметила, что практически все начатые ею расследования завершились прекращением соответствующих договоров и практик. Дело *Quinine*<sup>1</sup> было первым, где решение было все же вынесено. Участники дела заключили «джентельменское соглашение», резервируя за собой территории определенных государств для каждого национального производителя, цены и квоты на товар. Комиссия пришла к выводу о том, что нарушение оказалось столь серьезным, что анализа последствий для рынка не понадобилось. Соглашения о неконкуренции несут в себе серьезные риски квалификации картеля: если конкуренты договорятся не конкурировать на определенной территории, то, предполагается, что налицо классическое картельное соглашение о разделе рынка.

С точки зрения подхода к трансграничному разделу рынка интересно дело *Gas Insulated Switchgear*. В рамках данного дела Комиссия ЕС выявила наличие соглашения между европейскими и японскими производителями газового оборудования. Европейские производители обязались не поставлять свою продукцию в Японию, а японские - в Европу, за пределами же обеих территорий они договорились об определенных долях участия в каждом регионе. Внутри европейского единого пространства компании договорились о

---

<sup>1</sup> *Quinine*, OJ 1969 L192/5; on appeal: *ACF Chemiefarma v. Commission*, [1970] ECR 661; *Buchler v. Commission*, [1970] ECR 733, размер штрафа был снижен судом по мотиву неправильного подсчета Комиссией ЕС продолжительности нарушения.

разделе рынка по принципу страны инкорпорации.<sup>1</sup> Все перечисленные элементы по мнению правоприменителя составили картельный сговор.

Однако защита национального рынка может проявляться и в другой форме. Например, в закупке у конкурентов количества продукции, достаточного для полного удовлетворения спроса на локальном рынке. В результате у конкурента нет необходимости расширять географию продаж, конкуренция устраняется.<sup>2</sup>

Иногда вместо раздела территории, хозяйствующие субъекты разделяют покупателей. В известном деле *Flat glass*,<sup>3</sup> два производителя договорились о распределении между ними объема поставок одному из своих крупных клиентов – компании *Piaggio*. По мнению Комиссии, посредством этих соглашений и практик, представляющих собой явные нарушения, два производителя внедрились долгосрочную стратегию взаимодействия с покупателем, лишив его тем самым возможности изыскать иные источники ресурса. Суд поддержал это решение. Такой же принцип раздела рынка применили участники дела *Vitamins (II)* к поставкам в адрес *Coca-Cola*. Эти дела демонстрируют достаточно редкую для картельных споров характеристику – правоприменитель защищал не потребителя, а конкретного участника рынка.

В деле *Tréfileurope v. Commission*,<sup>4</sup> сговор трех производителей стальной арматуры о типах продукции, которую каждый из них должен поставлять или не поставлять своим клиентам, также был признан однозначным нарушением антимонопольного законодательства.

В России если такого рода соглашения и встречаются, то в виде протоколов решений, принятых на заседаниях профессиональных

---

<sup>1</sup> Case COMP/F/38.899, OJ 2008 C5/7.

<sup>2</sup> European Sugar Industry, OJ 1973 L140/17.

<sup>3</sup> OJ [1989] L 33/44, [1990] 4 CMLR 535.

<sup>4</sup> [1995] ECR II-791

объединений.<sup>1</sup> Но тогда преследуются за них еще и сами объединения - за антиконкурентную координацию.

И все же однозначная незаконность соглашения о разделе рынка вызывает сомнения. Во-первых, как и в случае с ценовыми соглашениями, раздел рынка и все его негативные последствия экономически очевидны только в случае, если участники соглашения его придерживаются и могут оказать оказывают влияние на рынок. С экономической точки зрения сговор владельцев двух киосков с мороженым не оказывает влияния на конкуренцию – покупатели легко найдут третий или четвертый, и антиконкурентного результата не будет. Поэтому экономический смысл в безусловном запрете отсутствует.

Во-вторых, заключение соглашений может быть необходимо для выхода на рынок компаний со слабым рыночным потенциалом. А в качестве цели может иметь предупреждение недобросовестной ценовой конкуренции путем занижения цен вплоть до уровня ниже себестоимости.

В-третьих, как показано выше, раздел рынка по принципу продукта или покупателей может иметь место в отношении конкретных лиц, а не в отношении рынка в целом. И приводит он к ущемлению прав конкретного хозяйствующего субъекта (если приводит), а не ко вреду для рынка. Последствия же от раздела рынка для потребителя могут быть и положительными, если этот потребитель крупный дилер или крупный потребитель сырья. При взаимодействии со своими поставщиками такой контрагент может, как минимум, влиять на своих поставщиков, если не контролировать их в полном объеме.

Но, следуя общей для большинства стран концепции, норма запрещает горизонтальные соглашения о разделе рынка, как и соглашения о поддержании цены, без каких-либо исключений.

---

<sup>1</sup> См. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 31 октября 2011 по делу № А40-39187/11-119-260//Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

Вопрос же о том преследовать или не преследовать сговор двух киосков решается всеми антимонопольными органами в зависимости от фактических обстоятельств дела, которые далеко не всегда носят юридический характер. Сегодняшняя редакция ст. 11 Закона о защите конкуренции о горизонтальных соглашениях по сути оставляет применение этой нормы на усмотрение самих антимонопольных органов. Поэтому применение последствий антимонопольного ограничения также остается на усмотрение антимонопольных органов, что не соответствует принципам российской Конституции и ГК РФ.

### **Г) Прекращение производства товаров или снижение объема производства**

В этом аспекте необходимо рассматривать случаи, когда снижение объемов производства или прекращение производства товара при стабильном спросе на него вызвано именно соглашением сторон, а не экономическими факторами. Посредством такого соглашения можно достигнуть несколько целей:

- получить сверхприбыль за счет временного изъятия товара из производства, стимулирования спроса на него и последующего подъема цен на него при вбросе партий товара.

- избавиться от излишних товарных запасов. В случае изъятия товара из производства или сокращения производства восстановление предыдущего объема потока влечет за собой ажиотажный спрос на продукцию – потребитель приобретает дополнительное количество товара «на всякий случай про запас».

- вытеснение конкурентов на смежном рынке. Вертикально-интегрированные компании, например, производящие транспортное оборудование и осуществляющие перевозку, могут снизить объем производства на одном рынке для того, чтобы вытеснить конкурента с другого – например, с

рынка транспортировки.<sup>1</sup> Такие действия близки к еще одному запрещенному и крайне неоднозначному типу соглашений – коллективному бойкоту.

#### **Д) Коллективный бойкот**

Здесь сразу сделаю оговорку – коллективный бойкот я рассматриваю не в плоскостной формулировке отказа от взаимодействия: бойкотом может быть как сам по себе отказ, так и отказ взаимодействовать на определенных условиях, в равной степени аналогичным эффектом обладает любое коллективное антиконкурентное поведение по отношению к участнику рынка, не важно находящемуся с участниками бойкота на одной и той же или на разных этапах производственной цепи. Например, в деле *Pre-insulated Pipe*,<sup>2</sup> Комиссия оштрафовала десять компаний, заключивших между собой картельное соглашение и применявших всевозможные репрессии в отношении одного единственного неприсоединившегося – *Powerpipe*. А когда *Powerpipe* выиграл крупный тендер в Германии, картель организовал бойкот поставщиков и подрядчиков, чтобы победитель не смог выполнить условия контракта.

В отличие от ценовых сговоров, где действия участников направлены на извлечение сверхприбыли, цель коллективного бойкота зачастую не прямо монетарная. Коллективный бойкот может быть инструментом наказания, вытеснения с рынка либо получения преимущественных условий. Европейская Комиссия предлагает квалифицировать коллективные бойкоты как антиконкурентные<sup>3</sup> с оговоркой «обычно».

Однако, далеко не все бойкоты имеют антиконкурентный эффект или преследуют цель устранения конкурента для получения его доли на рынке. Бойкот может быть результатом недобросовестного поведения хозяйствующего субъекта, нарушения общих стандартов работы на рынке, нежелания

---

<sup>1</sup> См., например, Решение и предписание по делу в отношении ОАО «РЖД» и ООО «ЮТК» (№ 1 11/203-10) от 13.07.2011 URL: [http://fas.gov.ru/solutions/solutions\\_32911.html](http://fas.gov.ru/solutions/solutions_32911.html) (дата обращения - 01.04.2014)

<sup>2</sup> OJ 1999 L24/1; on appeal: HFB v. Commission, [2002] ECR II-1487; LR AF 1998 v. Commission, [2002] ECR II-1705

<sup>3</sup> Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice. [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de\\_minimis\\_notice\\_annex.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf) (дата обращения - 31.10.2021)



использовать новые экономичные или экологичные технологии и т.п. В этом случае соглашение лишь оформляет принятое каждым из его участников решение и не является истинной причиной бойкота.

Так, Верховный Суд США на ранних этапах рассмотрения подобных споров не трактовал однозначно коллективные бойкоты как незаконные, а оценивал результаты соглашения и цели его участников, т.е. сбалансированность «вредных» и «полезных» элементов. Но уже в деле *Fashion Originator's Guild of America v FTC*<sup>1</sup> суд применил критерий *per se*. Однако оправданность его применения спорна. Американские производители одежды приняли решение о необходимости совместной борьбы с контрафактной продукцией. Для целей защиты своих прав они решили не поставлять свою продукцию в те магазины, которые покупали товар у производителей контрафакта. Таким образом, действия участников соглашения были оправданы, однако суды их права не защитили, указав на право подавать гражданско-правовые иски против «пиратов». Однако затем в деле *Northwest Wholesale Stationers Inc v Pacific stationery & Printing Co.*<sup>2</sup> продавец канцелярских принадлежностей по решению всех его участников был исключен из объединения закупщиков за расширение сферы деятельности и выход на оптовый рынок. Суд подтвердил законность этого соглашения, сославшись на то, что у закупочного объединения не было достаточной власти на рынке для того, чтобы решение его участников оказывало влияние на конкуренцию. Суд указал, что анализ проводился на базе принципа *per se*. Однако этот принцип не подразумевает оценку власти на рынке, что привело к трактовке *per se illegal* как инструмента для оценки разумности. Поскольку такой подход «подрывал логику американского правосудия», уже в 1990 году Верховный Суд пересмотрел свою позицию, заключив, что вне зависимости от доли на рынке, мотивов участников, а также степени воздействия на конкуренцию

---

<sup>1</sup> 312 US 457 (1941).

<sup>2</sup> 472 US 284 (1984).

коллективный бойкот – деяние однозначно антиконкурентное.<sup>1</sup> Американские суды последовательно игнорируют причины картеля. Вот еще один пример – на сей раз на новом рынке электронных книг.

В 2007 году компания Amazon запустила новое устройство для чтения электронных книг, Киндл, которое спровоцировало рост интереса к электронным книгам со стороны даже скептически настроенных пользователей. Появление в электронном формате произведений, ранее доступных только на материальных носителях, а также распространение планшетов, позволяющих читать книги не только на специальных устройствах, привлекло внимание к этому товару также более молодых потребителей. Через 6 лет после запуска Киндл доля электронных книг в общем объеме проданных существенно выросла, особенно в США и в ряде стран Европы.

Традиционно, во всяком случае, в США, издатели продавали книги оптом, используя модель дистрибуции, в соответствии с которой издатели использовали оптовые цены на каждую книгу, проданную ритейлеру, а тот в свою очередь устанавливал конечную цену по своему усмотрению. С приходом электронной торговли издательства поначалу не меняли свою модель дистрибуции, оставляя ее одной и той же, что для офлайн ритейлеров, что для Amazon. Некоторые издательства, торговавшие книгами онлайн, также использовали чуть более низкие цены, поскольку издержки при дистрибуции электронных книг ниже, чем при распространении печатной продукции. Когда Amazon запустил Киндл, конечная цена для потребителя была 9,99 долл. США, и эта цена была существенно ниже, чем цена печатных книг, и даже ниже цен некоторых издательств, торговавших электронными книгами.<sup>2</sup> Естественно, такой подход издателей не мог устраивать по нескольким причинам. Во-первых, заниженные цены Amazon фактически рушили уже существующие каналы дистрибуции печатных книг, создавая предпосылки для экономической

---

<sup>1</sup> FTC v. Superior Court Trial Lawyers Assn, 856 2Fd 226 (1988)

<sup>2</sup> See US District Court, Southern District of New York, 12 Civ. 2826 (DLC), Opinion and Order, 10 июля 2013/ /доступ <http://www.justice.gov/atr/cases/f299200/299275.pdf>

зависимости от Amazon. Во-вторых, ценообразование на рынке электронных книг не могла не сказаться на ценообразовании на рынке печатных книг, а именно, покупательские ожидания заставили бы ритейлеров снижать цены на книги, что в итоге заставило бы снизить цену самих издательств, существенно снизив их прибыль. Инструментов воздействия на Amazon у отдельно взятых издательств не было. Результатом невозможности оказать индивидуальное влияние, стало влияние коллективное: согласно выводам Департамента юстиции США<sup>1</sup> и Европейской комиссии<sup>2</sup> 5 из 6 крупнейших международных издательств договорились об общей стратегии на рынке, в которую вовлекли компанию Apple с целью поднять цены на электронные книги. В 2010 году Apple были еще новичками на рынке электронных книг, но собирались активно развивать это направление. Департамент юстиции и Европейская комиссия пришли к выводу о том, что Apple добровольно и сознательно присоединилась к сговору. Пять крупнейших издательств почти одновременно подписали агентские соглашения с Apple, которые были направлены на устранение ценовой конкуренции на рынке. В этой ситуации Apple в принципе мог отказаться поддерживать предложенную издателями модель и оставить их искать другие способы устранения ранее допущенной ошибки договорной модели. Но Apple в существовании картеля был более чем заинтересован по ряду причин. С одной стороны, запуская iPad, Apple намеревались войти на быстро растущий рынок электронных книг, извлекая при этом немалую прибыль; с другой – Amazon уже действовал на этом же рынке и устанавливал цены на очень низком уровне. В свою очередь у издательств были крайне веские причины противостоять политике Amazon, это значит, что в отличие от часто встречающихся ценовых картелей, картель издателей был стабильным.

Заключенные издателями с Apple агентские соглашения предусматривали, что все решения в отношении ценообразования должны приниматься принципалом, т.е. издательством, а агент, т.е. Apple, получит 30%

---

<sup>1</sup> United States v. Apple Inc., et al., Civil Action n. 12-cv-2826 (DLC) (SDNY).

<sup>2</sup> Case COMP/C-2/39.847

комиссионное вознаграждение от цены каждой книги, проданной на iBookstore. Более того, если электронные книги продавались через иные каналы дистрибуции, то цены на них не могли быть ниже цен на iBookstore. Это преференциальное условие эффективно защищало Apple от конкуренции с Amazon и другими ритейлерами. Базой для определения цены на электронные книги были цены на книги печатные, что создавало защиту для цен на рынках печатных изданий и сохраняло прибыль издательств. Как следовало из выводов расследования, по сравнению с ранее существовавшей оптовой моделью, агентская модель позволила увеличить прибыль издательств в 1,5 раз. Известно, что в ходе обсуждения соглашения издательства пытались заставить Amazon изменить свою политику, в частности, в результате давления издательства Macmillan, Amazon перестал продавать их продукцию, как электронную, так и печатную, но сдался через 2 дня и согласился перейти на агентскую модель.

При этом Amazon пожаловался в Федеральную торговую комиссию США на несоответствие антимонопольному законодательству одновременных требований заключить агентское соглашение со стороны всех компаний, заключивших такой договор с Apple.<sup>1</sup> В любом случае, в 2010 году на агентскую модель с 5 издательствами перешли и Amazon, и Apple. Незамедлительным результатом этого стал рост цен на книг, и электронные, и печатные. В конце 2011г. к этой модели присоединилось ранее не участвовавшее в сговоре издательство Random House и сразу же подняло цены на свою продукцию.

В этой ситуации картель явился результатом игнорирования более сильной экономической стороны в правоотношениях интересов слабой, ведь фактически издательства лишь защищали свои права и пытались сохранить свою прибыль. Обладая возможностью реализовывать косвенный эффект, Amazon вполне мог и дальше действовать только в собственных интересах, без оглядки на интересы других участников рынка. Именно поэтому интересна та

---

<sup>1</sup> См. "Amazon Gives In to Macmillan and Apple, and E-Book Prices Will Go Up", 31 January 2010//доступ: <http://allthingsd.com/20100131/amazon-gives-in-to-macmillan-and-apple-and-e-bookprices-will-go-up/>

правовая конструкция, которая была использована издательствами. Она была многоуровневая. Шаг 1- соглашение между крупнейшими издательствами о переходе на единую модель взаимодействия с собственниками электронных платформ – агентскую модель. Второй элемент сговора – определить порядок ценообразования, т.е. зафиксировать цены таким образом, чтобы сохранить доходность и на рынке электронных, и на рынке печатных книг. И третий – преференциальное условие, которое могло быть привлекательно для Apple. Однако сам по себе этот картельный сговор конкуренцию ограничить не мог, ведь для его реализации необходим был канал продаж. Инвестировать в создание своего издателя не стали. Поэтому без Apple ограничительные условия никогда не были бы исполнены, а значит антимонопольные запреты не были бы нарушены. Уполномоченные в сфере конкуренции органы США и ЕС детально исследовали практику поведения на рынке Apple и издательств в разрезе ст. 1 Закона Шермана и ст. 101 Договора о ЕС соответственно. В США 5 издательств заключили с Департаментом юстиции мировое соглашение, в то время как Apple решил перенести конфликт в суд, который был проигран.<sup>1</sup>

Дополнительно отмечу, что бойкот в зарубежных юрисдикциях далеко не всегда абсолютно запрещенное зло. Так, на пример, ст. 21 немецкого GWB запрещает коллективный бойкот, только если его целью является необоснованное причинение вреда другим хозяйствующим субъектам. Более того, статья 3 данного закона фактически разрешает субъектам малого и среднего предпринимательства заключать любые картельные соглашения, если их последствия не оказывают существенное влияние на рынок и соглашения направлены на повышение их конкурентоспособности.

Таким образом, несмотря на свою на первый взгляд однозначность, соглашения между конкурентами, которые формально могут быть квалифицированы как картель, во-первых, не всегда одноуровневые, во-вторых, не всегда однозначно антиконкурентные, и, как следствие, в третьих – не всегда

---

<sup>1</sup> US District Court, Southern District of New York, 12 Civ. 2826 (DLC), Opinion and Order, 10 July 2013. <http://www.justice.gov/atr/cases/f299200/299275.pdf> (дата обращения - 16.07.2015)

должны быть запрещенными и преследоваться. Для правильной идентификации требуется многофакторный анализ.

## ***§ 2. Относительно антиконкурентные и допустимые горизонтальные соглашения***

По итогам анализа можно выделить несколько типов соглашений между конкурентами, которые, правда, с определенными оговорками, не подпадают под антимонопольные запреты. К таким соглашениям относятся:

### *1. Соглашения об обмене информацией*

Такого рода соглашения могут иметь положительный эффект, разрешая те сложности, которые возникают из-за недостаточной прозрачности рынка. Обмен информацией может производиться как напрямую, в рамках ассоциаций, публичных мероприятий, так и через третьих лиц. Комиссия ЕС в Руководстве по горизонтальным соглашениям признает, что хотя далеко не все соглашения об обмене информацией могут ограничивать конкуренцию, данный вопрос требует регулирования.

В европейской практике случае с обменом информацией также необходима оценка влияния на конкуренцию. Антиконкурентный результат возможен в тех случаях, когда стороны обмениваются стратегически важной информацией, составляющей коммерческую тайну. В Руководстве приведены следующие характеристики информационного обмена, который может привести к признанию соглашения антиконкурентным:

- Предметом обмена является стратегическая информация, т.е. та информация, которая является достаточной для того, чтобы другие участники спланировали свое поведение на рынке. К такой информации относятся данные о ценах, скидках, клиентские списки, инвестиции, технологии и исследовательские программы;
- покрытие рынка – чтобы информационный обмен мог стать

потенциально вредоносным, его участники должны иметь достаточно большие доли рынка;

- детальность данных – чем более общий характер носит информация, тем она безопаснее;
- актуальность данных - обмен статистическими данными или данными «историческими» меньше позволяет участникам соглашения спрогнозировать свое поведение, а значит, меньше вероятность того, что соглашение имеет антиконкурентный характер;
- частота информационного обмена - регулярный и частый информационный обмен свидетельствует о наличии тесных связей между участниками соглашения, соответственно, антиконкурентный характер соглашения более вероятен;
- публичный/непубличный характер информации - обмен общедоступными данными не свидетельствует о дополнительной осведомленности его участников о планируемом поведении, следовательно, не имеет антиконкурентного характера.

В европейской практике антиконкурентными признавались соглашения об обмене следующей информацией:

- информацией, которая затем позволила создать картель;
- информацией, влияющей на будущее ценообразование на товар;
- о будущих наценках и планируемых сроках повышения цены;
- о будущих платежах торговым представителям.

Эти соглашения квалифицировались как антиконкурентные *by object*, тогда как в отношении всех остальных должен использоваться принцип *by effect*.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Commission staff working document Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice 25.06.2014 //URL:[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de\\_minimis\\_notice\\_annex.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf) (дата обращения - 08.04.2019)

В России антимонопольные органы в этом направлении занимают даже более агрессивную позицию, чем суды. В том случае, если результатом соглашения об обмене информацией стало изменение цен, уменьшение количества участников на рынке или получение конкурентного преимущества, антимонопольные органы, скорее всего, признают соглашение об обмене информацией не соответствующим ст.11 Закона о защите конкуренции. Например, договоренность о регулярном обмене информацией об объемах производства и поставок хлора, заключенная его производителями, была признана одним из доказательств наличия между ними картельного соглашения.<sup>1</sup> В том случае, если антиконкурентный эффект обмена информацией не является его прямым следствием должны применяться нормы ст.ст. 9 и 10 ГК РФ, содержащие презумпции свободного распоряжения гражданскими правами и добросовестности участников гражданского оборота.<sup>2</sup> Последний вывод особенно ценен для прозрачных рынков, где обмена информацией избежать просто невозможно.

## *2. Соглашения о совместных исследованиях (соглашения об R&D)*

Этот вопрос особенно актуален для высокотехнологичных рынков различных видов, таких, как телекоммуникации, программное обеспечение, а также в значительной степени фармацевтика и медицина. Для действующих на рынке компаний значительно проще объединить усилия для достижения исследовательского результата - это позволяет им снизить издержки на получение нового продукта, а также увеличить скорость обновления своего товара.

Некоторые компании ограничиваются только исследовательским этапом, некоторые идут дальше – оговаривают совместное использование результатов разработок, иногда совместные продажи и продвижение товара. Исследования

---

<sup>1</sup> Решение и предписания по делу по признакам нарушения ОАО «Каустик», ОАО «Химпром», ОАО «Химпром», ЗАО «Хлорактив» и др. антимонопольного законодательства по делу № 1 11/2-11 от 12.04.2011. URL: /http://fas.gov.ru/solutions/solutions\_32252.html (дата обращения - 20.06.2015)

<sup>2</sup> См., например, постановление ФАС СЗО от 25 октября 2011 по делу № А66-12092/2010// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система



могут касаться как уже существующего товара, так и абсолютно нового продукта, при этом с антимонопольной точки зрения нарушение или его отсутствие равновероятно в обоих случаях.

В ситуациях, когда стороны соглашения ограничиваются сотрудничеством в области исследований и только, вероятность нарушения относительно низка. Аналогично нарушением не будет считаться уступка участия в исследовании одним из ее участников специализированной организации – на предмет нарушения в данном случае будут исследоваться последующие соглашения, например, лицензионные. Об этом, в частности, говорит п. 132 Руководства по горизонтальным соглашениям, а также специально посвященный вопросу соглашений о совместных исследованиях (далее - R&D) Регламент Комиссии ЕС, одобренный 14 января 2010.<sup>1</sup> Срок действия Регламента – до 31 декабря 2022. Регламент содержит требования к соглашениям об R&D, приведение договора в соответствие с которыми позволяет участникам этого соглашения приступить к его реализации с уверенностью в соответствии антимонопольному законодательству и последующей легитимности. Тем не менее, даже если соглашение не соответствует требованиям Регламента в полной мере, у сторон соглашения остается возможность доказать отсутствие нарушения антимонопольного законодательства через ст. 101 и 102 TFEU. Для того чтобы воспользоваться преимуществами Регламента участники соглашения также должны соответствовать требованиям к доле рынка – доля конкурентов не должна превышать 25% на рынке того товара, что является предметом R&D исследования. Если соглашение содержит положения в отношении использования нового продукта, то Регламент будет применим к нему в течение первых семи лет использования. В дальнейшем – только если совокупная доля участников соглашения на рынке не превысит 25%.

---

<sup>1</sup> Commission Regulation (EU) no 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:335:0036:0042:En:PDF> (дата обращения - 20.06.2015)

Помимо условия о доле на рынке соглашение об R&D *не будет* считаться антиконкурентным если:

- все его участники, включая подрядчиков-исполнителей, имеют доступ как к интеллектуальной собственности, необходимой для исследования (возможно, на платной основе), так и к его результатам;
- проведение исследования необходимо для улучшения устаревшего товара;
- собственники конечного продукта обязуются выполнять заказы третьих лиц;
- пост - исследовательское сотрудничество включает в себя совместное производство, но не совместные продажи;

Соглашение об R&D будет считаться антиконкурентным, если оно содержит:

- запрет конкурировать (*non-compete*), а именно: запрет на независимые исследования или на аналогичные соглашения с третьими лицами в сфере, не связанной с самим исследованием, или после завершения соглашения – в сфере исследования или смежной с ним сфере;
- количественные ограничения в части максимально возможного объема произведенной продукции с использованием результата исследования;
- при отсутствии соглашения о совместном распространении продукции – запрет на самостоятельное установление цен;
- ограничения на «пассивные продажи», т.е. продажи клиентам, которые сами обратились с предложением о приобретении товара;
- раздел территории продаж либо категорий покупателей, за исключением случаев, когда по результатам исследования стороны получают в производство и распространение различные товары;

- ограничение на заключение лицензионных соглашений на производство товара-результата исследования (за исключением случаев, когда соглашением предусмотрено совместное производство товара);
- создание препятствий для третьих лиц в приобретении или распространении товара.

Анализ норм европейского законодательства приводит к выводам, которые актуальны и для России, где R&D соглашения становятся все более распространенными. Основная угроза для конкуренции состоит не в том, что стороны договорились вместе проводить исследования и научные разработки, а в том, *как* проект финансировался, и *как* они договорились использовать результаты этого исследования. Согласно постановлению Правительства РФ № 583 не могут быть признаны допустимыми любые условия соглашений о НИОКР, а также соглашения о совместном использовании полученных научных или научно-технических результатов, если стороны на самом деле договорились о совместных расходах на иную деятельность. Подобные соглашения также должны определять права каждого из участников исследования на его результат. Если антиконкурентные положения, связанные с дальнейшим использованием результатов исследования, отделимы от обязательств сторон в исследовательской части, то соглашение может быть признано частично ничтожным, а если неотделимы – полностью ничтожным. В России вопрос об исследованиях и использовании их результатов возникает чаще всего применительно к разнообразным договорам о совместной деятельности.

### *3. Соглашения о совместной деятельности (совместном производстве продукции)*

С точки зрения применения антимонопольных ограничений можно выделить как минимум два типа подобных соглашений:

- 1) Соглашение, где несколько участников-конкурентов договариваются о производстве продукции, например, учреждая совместное

предприятие. В России это частый вариант построения отношений между российским собственником производственных мощностей или технологий и иностранным инвестором, который зачастую подлежит согласованию с антимонопольным органом в рамках контроля сделок экономической концентрации.

2) Соглашения о «переуступке производства», а именно:

- Прекращение производства одним конкурентом и наем другого конкурента как подрядчика. Нанятый конкурент при этом собственное производство не прекращает. Такое соглашение уместно для целей налоговой экономии. Разновидность такого соглашения – замена подрядных отношений на отношения купли-продажи, т.е. один конкурент становится покупателем другого. Второй вариант в российских условиях не очень целесообразен.
- «Круговое прекращение производства», т.е. компании А и Б производившие товар X и Y, прекращают производство одного товара, а второй закупают друг у друга.

Безусловно, соглашения о совместной деятельности могут содержать обязательства сторон, связанные с установлением цен, с деятельностью каждого из участников соглашения на рынке, а также обязательство не конкурировать между собой. Однако режим их регулирования должен быть иным, чем просто соглашение об установлении цен или о разделе рынка. Ведь в рассматриваемом случае стороны договариваются о производстве материальных благ, востребованных покупателями. При этом каждая из сторон вкладывает что-либо в производство. Более того, в отсутствие соглашения потребители бы не получили товар, т.е. стороны действуют не только для целей извлечения прибыли, но и ради общественной выгоды. Поэтому в отношении соглашений о совместной деятельности необходим не режим *per se illegal*, а режим *rule of reason*, т.е. оценка влияния на конкуренцию.

Для выявления критериев оценки допустимости соглашений о совместной

деятельности прибегнем к европейской практике. Европейское Руководство по Горизонтальным соглашениям о сотрудничестве (далее – Руководство по горизонтальным соглашениям)<sup>1</sup> предлагает многофакторный подход для выявления запрещенных соглашений. Комиссия ЕС предлагает анализировать:

- ограничение конкуренции. Здесь Комиссия ЕС следует логике TFEU, запрещающего как реальное ограничение конкуренции, так и потенциальное.<sup>2</sup> В отношении прямо запрещенных ст. 101 TFEU соглашений анализ может в дальнейшем проводиться только для целей определения того, как соотносится антиконкурентный эффект и положительные результаты соглашения, при наличии таковых. Для остальных соглашений ограничение конкуренции выявляется по итогам исследования таких параметров рынка как цена, качество продукции, ассортимент, обновление товара. Негативному влиянию должен оказаться подвержен как минимум один параметр. По мнению Комиссии ЕС, такой результат достигается за счет отказа участников соглашения от самостоятельных действий на рынке во исполнение тех обязательств, которые они на себя приняли в рамках соглашения, либо за счет изменения воли этих участников в результате соглашения;
- сравнение реальной ситуации на рынке с потенциально существовавшей бы в отсутствие спорного соглашения. Для этого необходимо оценить конкуренцию со стороны участников рынка, не пожелавших по каким-либо причинам присоединиться к соглашению;
- содержание соглашения. Соглашения по своему смыслу сводящиеся к эксклюзивности или к ограничению права конкурировать друг с

---

<sup>1</sup> Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements OJ C 11, 14.01.2011.

<sup>2</sup> Case C-7/95 P, John Deere, [1998] ECR I-3111, para. 77; Case C-238/05, Asnef-Equifax, [2006] ECR I-11125, para. 50.

другом или с третьими лицами могут считаться антиконкурентными. В их отношении обоснование возможно за счет положительного экономического эффекта. То же самое относится к соглашениям о предоставлении активов, без которых возможность хозяйствующего субъекта действовать на рынке существенно снижается, либо к соглашениям, просто влияющим на возможность хозяйствующего субъекта самостоятельно формировать свое волеизъявление;

- доля на рынке и характеристики рынка. Усиление власти на рынке отдельного или отдельных хозяйствующих субъектов может свидетельствовать как об их возросшем потенциале, так и о снижении конкуренции путем выстраивания дополнительных барьеров для новых участников рынка. Совокупная относительно небольшая доля на рынке участников соглашения свидетельствует об отсутствии необходимости продолжения анализа. В качестве примерного ориентира предлагается использовать De Minimis. А если один из двух участников соглашения обладает совсем незначительной долей, то и совокупная значительная доля не приведет к существенным антимонопольным последствиям. Однако никаких четких ориентиров по размерам доли не может быть установлено, поскольку разнообразие типов горизонтальных соглашений и рынков, где они могут заключаться, не позволяет с достаточной четкостью установить этот порог. Во внимание должны приниматься как реальные доли, так и их потенциальный рост. Доля на рынке должна рассматриваться и оцениваться в контексте характеристик рынка, таких как входные барьеры, динамика развития рынка, стабильность состава его участников, а также взаимосвязи соглашения и входных барьеров;
- если антиконкурентные последствия налицо, то необходимо оценить, как с ним соотносится положительный эффект от соглашения.

Руководство по горизонтальным соглашениям предлагает следующие критерии:

- Совокупная доля участников соглашения на рынке. Если она составляет менее 20%, антиконкурентный эффект маловероятен.
- Участники соглашения не обязуются воздерживаться от производства сходных товаров. В случае, если такое обязательство отсутствует (соглашение «о переуступке производства»), необходим анализ соглашения на предмет грубых нарушений антимонопольного законодательства.
- Если участники назначают третье лицо ответственным за распространение и продвижение товара, то риски антимонопольных нарушений меньше – раздел рынка по территориальному принципу в этом случае маловероятен. Еще более положительным эффектом от соглашения будет считаться, если это третье лицо – еще один конкурент, не участвующий в соглашении.

Грубыми нарушениями, однозначно свидетельствующими о наличии антиконкурентного эффекта от соглашения о совместной деятельности, будут являться:

- установление цен при продаже товара третьим лицам (за исключением цены для непосредственного покупателя в случае совместной реализации товара участниками соглашения. К таким случаям необходимо отнести и реализацию товара совместным предприятием.);
- ограничение продаж товара или ограничение его производства при наличии стабильного спроса на товар;
- раздел рынка по клиентскому или территориальному признаку. Особенно это актуально для соглашений о «переуступке производства».

Примечательна российская идея рассматривать соглашения о совместной

деятельности между конкурентами в разрезе контроля экономической концентрации. В этом случае к соглашениям между конкурентами применяются стандарты анализа, используемые для оценки сделок, и пороговые значения, недостижение которых освобождает участников соглашения от антимонопольного контроля. А значит потенциальное негативное влияние на конкуренцию, возникновение или усиление доминирующего положения на рынке могут стать препятствием для заключения договоров о совместной деятельности и их последующей реализации.

Анализ возможных антимонопольных ограничений для соглашений о совместной деятельности позволяет сделать вывод о том, что основная угроза соглашениям о совместной деятельности состоит в том, что они «прикрывают» соглашения о разделе рынка. Поэтому те ограничения, которые к ним применимы, в основном дублируют ограничения, направленные на предупреждение раздела рынка и сговора об установлении цен на нем.

#### *4. Соглашения о совместных закупках или о совместном продвижении товара*

К таким соглашениям в российском понимании относятся договоры о совместном приобретении товара и иные формы взаимодействия при осуществлении закупок. В европейском понимании к ним также будет отнесена закупочная деятельность компании, собственниками которой являются несколько хозяйствующих субъектов, из которых ни один не оказывает решающее влияние на деятельность этой компании.

Целью таких соглашений чаще всего является получение скидок за объем, недоступных для случаев закупки товара одним хозяйствующим субъектом с учетом его потребности, а также экономия масштаба. Однако оценка должна проводиться с учетом последствий для других участников рынка. Если целью совместных закупок будет появление на рынке монополиста, такое соглашение однозначно должно считаться антиконкурентным. Аналогичные критерии должны применяться и к соглашениям, целью которых является



фиксация закупочных цен или цен реализации.<sup>1</sup> Об опасности соглашений о совместных закупках я писала в предыдущем параграфе: в современных российских условиях без серьезного обоснования такие соглашения могут привести к квалификации картеля.

5. *Технические регламенты, соглашения о стандартах деятельности на рынке, о единых требованиях к продукции, к условиям осуществления предпринимательской деятельности*

Все указанные соглашения далее будем именовать - соглашения о стандартах. Такого рода соглашения, как правило, заключаются в рамках профессиональных ассоциаций либо саморегулируемых организаций. И соглашением может считаться в данном случае не только договор, заключенный участниками, но соглашение в широком понимании, т.е. учредительные документы профессионального объединения, принятые им решения и т.п. Тогда условия, одобренные таким профессиональным объединением, становятся условиями функционирования рынка. Но здесь и появляется антимонопольный риск – ст. 11 Закона о защите конкуренции запрещает соглашения об установлении членства в профессиональных и иных объединениях, если это приводит к ограничению конкуренции.

Я предлагаю ряд условий, при которых такие соглашения не будут приводить к антиконкурентным последствиям:

- существует конкуренция добровольных стандартов - тогда хозяйствующий субъект может сам выбрать, какого технического регламента и каких стандартов придерживаться;
- обсуждение и выработка стандартов являются открытыми и любой желающий вправе принять участие в этом процессе;
- соглашения о стандартах оставляют следование стандартам на усмотрение их участников. Редкий случай, потому как зачем

---

<sup>1</sup> Такую картину наблюдать в России применительно к согласованным действиям. См., например, постановление ФАС УО от 02 марта 2012 № Ф09-759/12// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

вырабатывать стандарты, если их не придерживаться? Это целесообразно лишь в репутационных целях, как например, сертификация системы менеджмента.<sup>1</sup>

- стандарты подлежат публичному раскрытию;
- стандарты и условия являются недискриминационными.

В России деятельность участников профессиональных объединений и их соглашения в отношении функционирования рынков правоприменительные органы анализируют очень внимательно. Так, было признано антиконкурентным соглашение участников Национального союза страховщиков ответственности, где ФАС России усмотрел установление условий членства (участия) в профессиональном объединении, которые могут привести к ограничению конкуренции на рынке услуг по обязательному страхованию гражданской ответственности владельца опасного объекта за причинение вреда в результате аварии на опасном объекте.<sup>2</sup> Однако зачастую такие соглашения получают в российском законодательстве иную квалификацию, а именно: антиконкурентная координация (о чем подробнее будет сказано далее).

Говоря о российском подходе, необходимо обратить внимание на то, как структурирована соответствующая норма в Законе о защите конкуренции - rule of reason для соглашений между конкурентами, не отнесенных прямо к категории картеля. В частности, в соответствии со ст. 11 Закона о защите конкуренции запрещаются иные соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением "вертикальных" соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии со статьей 12 данного Федерального закона), если установлено, что такие соглашения приводят или могут привести к ограничению конкуренции. К таким соглашениям могут быть отнесены, в частности, соглашения:

---

<sup>1</sup> Например, сертификация соответствия интегрированной системы менеджмента по ГОСТ Р ИСО 9001-2008, ГОСТ Р ИСО 14001-2004, ГОСТ Р 12.0.230-2007.

<sup>2</sup> См. решение и предписание ФАС России от 20 апреля 2012 по делу № 1 11/170-11. URL: [http://fas.gov.ru/solutions/solutions\\_34635.html](http://fas.gov.ru/solutions/solutions_34635.html) (дата обращения -20.06.2015)

- о создании другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка;

- об установлении условий членства (участия) в профессиональных и иных объединениях.

Таким образом, при планировании совместных действий в российской реальности необходимо проанализировать, не будет ли результатом этих действий что-то из вышперечисленного. И использовать метод анализа последствий.

### §3. Согласованные действия

В России данный институт сегодня – один из ключевых для оценки законности поведения на рынке конкурирующих хозяйствующих субъектов и был преобладающим последние несколько лет.

Поскольку институт согласованных действий заимствованный, рассмотрим его на примере права ЕС.

Принципиально важными для становления института согласованных действий на первом этапе стали три дела: *Imperial Chemical Industries*,<sup>1</sup> *European Sugar* (несколько дел обычно рассматриваемые в совокупности по причине совпадения сторон и общности предмета),<sup>2</sup> *Vegetable Parchment*.<sup>3</sup>

В деле *Imperial Chemical* рассматривался вопрос о повышении цен производителями красителей, которое сами производители объясняли всего лишь следованием за ценовым лидером рынка. Однако Европейский Суд не согласился с таким обоснованием, поскольку рынок не был олигополистическим, да и одновременное повышение цен на нескольких национальных рынках маловероятно. Суд пояснил, что согласованные действия происходят не из соглашения, а из намеренного сотрудничества между конкурентами, внешним проявлением которого являются параллельные действия конкурентов на рынке, ограничивающее конкуренцию. Тем самым суд установил три элемента согласованных действий:

- параллельные действия;
- ограничение конкуренции, видимое состояние рынка;
- намеренное сотрудничество.

Характерно, что суд делал вывод, что третий элемент является следствием первых двух. В развитие данного направления мысли в 1975 г. в рамках *Sugar Case* Европейский суд сделал ряд пояснений в отношении квалификации

---

<sup>1</sup> *Imperial Chemical Industries Ltd v. Commission* 1972, Ct.J.Rep.619.

<sup>2</sup> Cases 40-48,50,54-56,111,113,114/73 *European Sugar Cartel* [1976] 1 CMLR 295; [1975] ECR 1663.

<sup>3</sup> Decision 78/252 21 O.J. EC (№70) 54, 1977.

согласованных действий. Суд установил, что хозяйствующие субъекты должны определять свои стратегии на рынке независимо, а не по результатам контактов с конкурентами. Таким образом, Европейский суд фактически приравнял контакты между конкурентами к признаку антиконкурентного поведения. Следуя этому критерию, Комиссия ЕС в 1977 г. признала согласованными действиями практику установления цен производителями оберточной бумаги. Эти производители состояли в одной ассоциации и проводили ежегодные встречи для определения потенциальных цен на продукцию в следующем году. Затем наиболее крупное предприятие направляло информацию о повышении цены в ассоциацию, а остальные уже решали, следовать ли за ценовым лидером. Как правило, решение принималось в пользу следования. Рассматривая дело, Комиссия ЕС указала, что участники не могли не осознавать, что их поведение является антиконкурентным. Вопросы состояния рынка, причин повышения цен каждым из производителей Комиссией ЕС во внимание не были приняты. Таким образом, ЕС пошел по пути, по которому сейчас идет российское правоприменение – общение между конкурентами само по себе является подозрительным, поэтому любые схожие действия участников рынка, если они контактируют между собой, должны квалифицироваться как антиконкурентные согласованные действия.

В 1988 году произошли изменения, и связаны они с двумя делами: *Polyvinyl Chloride Cartel (PVC)*<sup>1</sup> и *Low Density Polyethylene Cartel (LdPE)*.<sup>2</sup> Фабулы обоих дел идентичны.

Несколько производителей полимеров были оштрафованы за нарушение антимонопольного законодательства. Производители регулярно встречались, чтобы скоординировать свои ценовые политики и обеспечить реализацию общей стратегии. Один из производителей - *Imperial Chemical Industries (ICI)* - подтвердил существование сговора и его условия; в помещениях некоторых производителей были обнаружены внутренние документы, свидетельствующие

---

<sup>1</sup> Decision 89/190, 32 O.J. EC (#L 74) 1 (1989).

<sup>2</sup> Decision 89/191, 32 O.J. EC (#L 74) 21 (1989).

о нарушении. Однако как только Комиссия попыталась получить более детальную информацию, необходимые документы оказались недоступны: участники либо ссылались на их уничтожение либо на отсутствие в принципе. Тем не менее, материала для обвинения в антиконкурентном соглашении оказалось достаточно. За исключением обвинения одной из компаний – *Shell Chemical International Co.* *Shell* приняла участие только в двух встречах, в переписке не участвовала, а также не участвовала в применяемой остальными участникам картеля компенсационной схеме. Однако контакты *Shell* с другими производителями позволили ей изменить свою политику таким образом, чтобы получить максимум преимуществ, что Комиссия расценила как согласованность действий. Таким образом, квалификация основывалась на логике событий, на участии хозяйствующего субъекта в одном из видов деятельности картеля, в отсутствие прямых доказательств участия компании в соглашении. Существенными оказались только те сопутствующие рыночной ситуации факторы, которые могут указывать на наличие согласованных действий.

Эта логика изначально внутренне дефектна. Ведь то обстоятельство, что *Shell* участвовала во встречах, знала о проводимой политике и ее придерживалась, свидетельствует о наличии волеизъявления следовать общей стратегии. А это уже признак соглашения. Не имея возможности (как представляется, в результате собственной недобросовестности) доказать участие в картеле, европейские правоприменители нашли удобный субститут, который при меньших трудозатратах должен давать удовлетворительный результат. Иными словами, как представляется, европейский правоприменительный орган в 20 веке пошел по тому же пути облегчения бремени доказывания и снижения производственных издержек, по которому в 21 веке идет российское правоприменение.

Что еще является маркерами согласованных действий в ЕС:

- односторонние объявления компаний о своей будущей политике, особенно если они распространяются через медиа. Хотя значимость этого

сообщения в контексте последующих действий участников рынка должна устанавливаться с учетом всех фактических обстоятельств. Например, в деле *Wood Pulp*<sup>1</sup> суд пришел к выводу о том, что раннее оповещение клиентов о росте цен является обычной деловой практикой, а последовавший за объявлением цен рост цен может быть объяснен экономическими причинами, а не согласованными действиями.

- достаточный промежуток времени между заявлением компании и следованием за ней остальных конкурентов. Это время необходимо для адаптации. Если времени прошло мало, значить поведение может быть результатом иных факторов, а не частью согласованных действий;

- необычное и не соответствующее общепринятым рыночным стандартам поведение. Если, например, нарушена сезонность динамики цен или участники рынка неожиданно изменяют географию продаж.

Концепция согласованных действий была очень опасной и непрозрачной для применения, но в ЕС вырабатывалось понимание, как разделить просто параллельные действия и действительно антиконкурентные согласованные действия. Сами по себе параллельные действия еще ничего не значат, они не могут быть квалифицированы как антиконкурентные согласованные.<sup>2</sup> Для олигополистических рынков, где действует незначительное число хозяйствующих субъектов, нормальным явлением можно считать «следование за лидером», взаимный мониторинг и ту самую информационную прозрачность, которая в России считается одной из предпосылок согласованных действий.

Тем не менее, необходимо отметить, что предлагаемая совокупность критериев для анализа свидетельствует все же о наличии соглашения, а не аморфного понятия «согласованные действия». И фактор известности, и фактор последующего необычного поведения, и временной фактор свидетельствуют о

---

<sup>1</sup> *Ahlstrom Oy v. Commission* [1993] ECR-I-1307[1993] 4 CMLR 407.

<sup>2</sup> *Case 49/69* [1972] BASF ECR 713; *Case 51/69 Bayer* [1972]; *Case 56/69 Hoechst* [1972] ECR 927; *case 57/69 ACNA* [1972] ECR 933

наличии у сторон потенциальных «согласованных действий» волеизъявления, направленного на получение конкурентного преимущества. А это, повторяюсь, признак соглашения, причем соглашения, наличие которого можно установить из объективных характеристик поведения хозяйствующих субъектов.

Обратимся к закону и практике его применения в России. В Законе о конкуренции использовался термин «согласованные действия», однако определение его появилось только в Законе о защите конкуренции.

Согласно ст.8 Закона о защите конкуренции в редакции «третьего антимонопольного пакета» согласованными действиями являются действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке при отсутствии соглашения, удовлетворяющие совокупности следующих условий:

1) результат таких действий соответствует интересам каждого из указанных хозяйствующих субъектов;

2) действия заранее известны каждому из участвующих в них хозяйствующих субъектов в связи с публичным заявлением одного из них о совершении таких действий. Критерий *публичного заявления* является нововведением «третьего антимонопольного пакета», но, по сути, фиксирует уже устоявшуюся практику оценки информационной прозрачности рынка как предпосылки для квалификации согласованных действий.<sup>1</sup>

3) действия каждого из указанных хозяйствующих субъектов вызваны действиями иных хозяйствующих субъектов, участвующих в согласованных действиях, и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на все хозяйствующие субъекты на соответствующем товарном рынке.

Таковыми обстоятельствами, в частности, могут быть изменение регулируемых тарифов, изменение цен на сырье, используемое для производства товара, изменение цен на товар на мировых товарных рынках, существенное изменение спроса на товар в течение не менее чем один год или в

---

<sup>1</sup> Постановления ФАС ЗСО от 05 мая 2012 г. по делу № А03-11779/2011, ФАС МО от 13 июля 2010 № КА-А40/6864-10, ФАС ПО от 07 ноября 2012 г. по делу № А65-9084/2011// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система



течение срока существования соответствующего товарного рынка, если этот срок составляет менее чем один год. Действия, совершенные в рамках соглашения, не могут квалифицироваться как согласованные.

Исходя из определения согласованных действий, приведенного в Законе о защите конкуренции, их участниками могут быть только конкуренты.

Статья 11.1 Закона о защите конкуренции запрещает согласованные действия хозяйствующих субъектов-конкурентов, если такие согласованные действия приводят к:

- 1) установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок;
- 2) повышению, снижению или поддержанию цен на торгах;
- 3) разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков);
- 4) сокращению или прекращению производства товаров;
- 5) отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками), если такой отказ прямо не предусмотрен федеральными законами.

Таким образом, перечень запретов *per se* идентичен перечню ст. 11 Закона о защите конкуренции в отношении соглашений.

Отдельный запрет также установлен для согласованных действий, приводящих к манипулированию ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности)- но это традиционный для России запрет: он дублируется и в отношении единоличных действий.

Кроме того, закон предусматривает запрет согласованных действий хозяйствующих субъектов-конкурентов, если установлено, что такие действия приводят к ограничению конкуренции. К ним могут быть отнесены действия по:

- 1) навязыванию контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (необоснованные требования о передаче

финансовых средств, иного имущества, в том числе имущественных прав, а также согласие заключить договор при условии внесения в него положений относительно товаров, в которых контрагент не заинтересован, и другие требования);

2) экономически, технологически и иным образом не обоснованному установлению хозяйствующим субъектом различных цен (тарифов) на один и тот же товар;

3) созданию другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка.

Таким образом, как и в случае с соглашениями, есть запреты абсолютные и относительные. Основопологающим для квалификации и развития института согласованных действий в России стало дело о согласованных действиях торговых сетей в 2007 году. Сети использовали одинаковые ценовые и неценовые практики в отношении поставщиков, правда приступили к такой практике не одновременно. Президиум ВАС РФ указал, что нормы Закона о защите конкуренции позволяют доказать наличие согласованных действий через их объективированный результат: посредством определения соответствующего товарного рынка в его продуктовых, географических и уровневых границах, проведения анализа его состояния и обоснования однотипности поведения на нем хозяйствующих субъектов, чьи действия подпадают под критерии ст. 8 и влекут последствия, указанные в ст. 11 Закона о защите конкуренции. По мнению суда, осведомленность каждого из хозяйствующих субъектов о действиях друг друга заранее может быть установлена исходя из общей ситуации на товарном рынке, которая предопределяет предсказуемость их поведения как групповой модели, позволяющей извлекать неконкурентные преимущества. Более того, факт навязывания может быть установлен и в случае, если результат согласованных действий в условиях товарного рынка исключает возможность договориться с его участниками об иных условиях реализации или приобретения товара. Для признания действий хозяйствующих субъектов согласованными не имеет

значения их синхронность в самом начале, достаточно факта осуществления таких действий на момент их выявления антимонопольным органом. Оценка должна даваться совокупности представленных антимонопольным органом аналитических материалов, доводам и доказательствам, связанным как с характеристиками товарного рынка, так и с формированием на нем договорных связей. Без сопоставления конкретных условий договоров различных торговых сетей с разными поставщиками невозможно определить, имеются ли в них схожие по содержанию и направленности ценовые и неценовые условия, общий результат которых, даже при несовпадении формулировок, приводит к лишению поставщиков прав, обычно предоставляемых по договорам данного вида, и доли рентабельности, необходимой для поддержания и развития производства.

Таким образом, в рамках данного дела были озвучены основные критерии квалификации согласованных действий. К ним с 2009 г. относятся:

- объективированный результат, т.е. ограничение конкуренции;
- информационная прозрачность. Ее источником, по мнению ВАС РФ, может быть просто само состояние рынка;
- синхронность действий, при этом момент их начала может не совпадать;
- схожесть действий по содержанию и направленности.

В дальнейшем при рассмотрении дел о согласованных действиях суды руководствовались именно этой логикой.<sup>1</sup> Результаты правоприменительной практики были закреплены Постановлением Пленума ВАС РФ 14 октября 2010 № 52.<sup>2</sup> Суд еще раз подчеркнул, что согласованность действий может быть установлена и при отсутствии документального подтверждения наличия договоренности об их совершении. Вывод, что о совершении таких действий было заранее известно каждому из хозяйствующих субъектов, может быть

---

<sup>1</sup> См. постановления ФАС ЦО от 22 июня 2012 по делу № А68-4351/11, от 02 июня 12 по делу № А68-4313-11, от 10 апреля 12 по делу № А68-3777/11, Постановление Арбитражного суда Московского округа 06 марта 2019 N Ф05-23726/2018 по делу № А40-100706/18, от 18 марта 2019 № Ф05-2572/2019 по делу № А40-124258/2018, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 18 марта 2019 N Ф07-17183/2018 по делу N А66-18766/2017 и др.// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>2</sup> Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

сделан исходя из фактических обстоятельств их совершения. Например, о согласованности действий может свидетельствовать то, что они совершены участниками рынка относительно синхронно и единообразно в отсутствие объективных причин. Подтверждать отсутствие со стороны конкретных антиконкурентных согласованных действий могут, в том числе, доказательства существования объективных причин собственного поведения этого хозяйствующего субъекта на товарном рынке и (или) отсутствия обусловленности его действий действиями иных лиц.

Таким образом, внешне российский подход стал напоминать европейский. Но сходство это только внешнее. Ни российские антимонопольные органы, ни суды не проводят разграничение между согласованными действиями и параллельными действиями, а также не учитывают, что схожесть поведения в отдельно взятый период может быть вызвана абсолютно разными причинами, носящими индивидуальный характер. Если оценивать в рамках предложенного судом подхода следование за ценовым лидером на олигополистическом рынке – частая и экономически оправданная ситуация, как признают европейские суды – то любое такое следование будет признано антиконкурентным и повлечет ответственность для участников. Дела, проанализированные в рамках подготовки настоящей работы, показывают, что большинство нарушений (реальных или мнимых) происходит именно на олигополистических рынках, где участники не могут не знать о политике друг друга, и где взаимный мониторинг прост и постоянен. Однако характеристики рынка не принимаются во внимание ни антимонопольными органами, ни судами.

Более того, анализ практики Комиссии ЕС показывает, что согласованные действия между конкурентами в последние несколько лет практически никогда не устанавливаются отдельно от сговора. Приведенный выше пример с *Shell* стал одним из многих дел, где согласованные действия устанавливались одновременно с соглашением, поскольку разделить объективную сторону нарушения на составляющую отдельно соглашения, отдельно согласованные

действия в действительности невозможно. Более того, рассмотренные выше примеры с очевидностью показывают, что согласованные действия по своему характеру – один из видов соглашения.

Как следствие, сложно согласиться и с мнением ряда авторов, поддерживающих выделение согласованных действий как самостоятельного института антимонопольного законодательства. Так, А.С. Сулакшина, обосновывая целесообразность существования института согласованных действий в то же время определяет их как «виновные скоординированные действия», которые имеют своей целью либо ущемление прав потребителей либо ограничение конкуренции. При этом в качестве оснований для таких действий автор выделяет договоренность или осознанное решение о подражании.<sup>1</sup> Однако, наличие договоренности, как уже упоминалось выше, однозначно свидетельствует о соглашении, а «осознанное подражание» в силу даже характеристик рассматриваемого квази-института невозможно без уверенности в том, что «ролевая модель» не откажется от принятой стратегии. И вновь мы получаем соглашение.

Неоднозначный характер института согласованных действий и предпринимаемые попытки с помощью его преследовать действия, которые совершаются «как-бы по договоренности», приводят к перекосам в российской судебной практике. Очень частое явление – установление согласованных действий на торгах. Причем рассматривая подобные дела суды устанавливают все характеристики сговора: например, наличие договора подряда между победителем торгов и проигравшей стороной, заключенного до самих торгов, наличие общей ценовой стратегии, вводящей в заблуждение.<sup>2</sup> Однако суды следуют логике самих антимонопольных органов: есть норма, которая

---

<sup>1</sup> Сулакшина А.С. Соглашения и согласованные действия хозяйствующих субъектов, ограничивающие конкуренцию на товарных рынках в Российской Федерации: автореферат дисс. ...канд. юрид. наук: 12.00.03. М. 2008. С.20

<sup>2</sup> Постановление ФАС УО от 15 марта 2013 № Ф09-315/13, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 18 марта 2019 N Ф07-17183/2018 по делу N А66-18766/2017 и др.// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

позволяет данную квалификацию, есть формальные признаки, значит правоприменитель прав.

Специфика антимонопольных запретов состоит в том, что деяния, которые сами по себе являются законными в силу норм иного законодательства, как например, заключение договора или отказ от него, участие в определенных торговых практиках и др., являются незаконными именно в силу норм антимонопольного законодательства, а именно – в силу антиконкурентного эффекта, который либо подлежит доказыванию, либо презюмируется, как в случае со сговором на торгах. Такие методы конкурентной борьбы нельзя анализировать с точки зрения допустимости в рамках только общих норм обязательственного права. Используя эту логику можно, рассматривая дела о ценовом картеле, утверждать, что сам по себе факт установления цены отдельным хозяйствующим субъектом не незаконен, а значит и картеля нет, а одинаковые цены – всего лишь совпадение. Представляется, что такая логика недопустима, она приводит к абсолютному игнорированию правил конкуренции.

Анализ судебной практики позволяет установить типичные российские судебные ошибки по делам о соглашениях/согласованных действиях:

- игнорирование действительных фактов, свидетельствующих о наличии скоординированных действий между участниками согласованных действий;
- крайне медленное восприятие идеи о том, что антиконкурентное соглашение – это не всегда письменный документ;
- формализм.

Однако как представляется, с учетом характера нормы, объекта запрета, его действительного содержания, выделение запрета согласованных действий в самостоятельную норму является ошибкой.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Борзило Е.Ю. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: научно-практическое руководство. М.: Статут. 2014- С.121-135

## **ГЛАВА 3. СОГЛАШЕНИЯ МЕЖДУ НЕКОНКУРИРУЮЩИМИ ХОЗЯЙСТВУЮЩИМИ СУБЪЕКТАМИ. КООРДИНАЦИЯ**

### ***§1. Виды соглашений между неконкурирующими хозяйствующими субъектами***

Соглашения и действия между неконкурирующими хозяйствующими субъектами, как правило, представляют собой меньшую опасность для экономики, чем соглашения между конкурентами. Тем не менее, для российских так и зарубежных участников гражданского оборота и правоприменительных органов именно они вызывают наибольшие споры. Не только обоснованность запретов для соглашений и действий между неконкурентами, но и подход к идентификации запрещенных соглашений до сих пор остаются одними из самых острых вопросов в очень многих правопорядках.

Если классификация соглашений между конкурентами достаточно проста, то классификация соглашений между неконкурентами многовариантна. В первую очередь, эта многовариантность связана с тем, что субъектный состав горизонтальных соглашений очевиден, в то время как за пределами данной категории находится «все остальное». Как следствие, ряд российских авторов, проводя анализ антиконкурентных соглашений, четко выделяет горизонтальные и «вертикальные». <sup>1</sup> Статья 4 Закона о защите конкуренции определяет «вертикальное» соглашение как соглашение между хозяйствующими субъектами, один из которых приобретает товар, а другой предоставляет товар. Европейское законодательство (Регламент ЕС от 20 апреля 2010 г. 330/2010 об общих исключениях – далее Регламент об общих

---

<sup>1</sup> Такой подход можно наблюдать в работах Тотьева К.Ю., Варламовой А.Н. и др.

исключениях<sup>1)</sup> под «вертикальным» соглашением понимает соглашение или совместные действия между двумя и более хозяйствующими субъектами, каждый из которых для целей этого соглашения (или в рамках этих действий) осуществляет деятельность на различных уровнях производственной цепи или цепи распространения продукции, и относящиеся к условиям, на которых стороны могут продавать, покупать или перепродавать различные товары или услуги. Соответственно европейское законодательство в отличие от российского при определении «вертикальных» соглашений исходит в первую очередь из положения участников соглашения на рынке, а уже во вторую - из того, о чем они договариваются.

Российское же законодательство, как представляется, в первую очередь ориентировано на содержание соглашения. Отсюда и возникающая дилемма – может ли быть «вертикальным» соглашение между конкурентами? Исходя из российского законодательства – может, поскольку конкуренты могут договориться о купле-продаже товаров, и тогда соглашение будет квалифицироваться и как соглашение между конкурентами, и как «вертикальное» соглашение. В этом случае на него будут распространяться установленные законом запреты для обеих категорий. В этой связи особое значение приобретает разграничение договора и соглашения в понимании антимонопольного законодательства. Один договор во всех его ипостасях (правоотношение, сделка, документ) может содержать несколько антимонопольных соглашений, которые могут к тому же быть неразделимы. В этом случае стороны договора будут нести риски как запретов из «вертикальных» соглашений, так и запретов из соглашений между конкурентами, что в практическом монетарном смысле может означать несколько оборотных штрафов за нарушения антимонопольного законодательства, объективная сторона которых будет различаться. Во избежание подобных коллизий, например, Регламент об общих исключениях

---

<sup>1</sup> Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20.04.2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, O.J.L102/1.



предусматривает его распространения на договоры (а в этом случае agreement следует переводить именно так) участниками которых являются конкуренты, действующие на нескольких рынках, при этом на одном из них, неразрывно связанном с договором, они не конкурируют. К слову о Регламенте об общих исключениях- по ходу данной работы он цитируется неоднократно. Но документу 9 лет, и он несовершенно. В 2018 году началась работа по его изменению: сбор информации, общественные слушания и обсуждения. На момент написания настоящей работы Регламент еще не модифицирован, но ждет существенных изменений. Тем не менее, за неимением лучшего, используем его в анализе, хотя и с долей критики.

Регламент не фокусируется исключительно на соглашениях между продавцами и покупателями, в его сферу подпадают и так называемые «конгломератные» соглашения. В Законе о защите конкуренции они поименованы как «иные», в европейской практике они скорее будут отнесены к «вертикальным». К конгломератным соглашениям относятся соглашения между хозяйствующими субъектами, работающими на разных товарных рынках. Например, соглашения между банками и страховыми компаниями об организации страхования заемщиков, между банками и компаниями нефтяной розницы (баллы на банковскую карту за заправку автомобиля), соглашения с организаторами бонусных проектов, между банками и ритейлом и многие другие.<sup>1</sup>

Классификация возможна также по основанию степени опасности соглашений между конкурентами. Исходя из такой классификации, можно выделить, как и в случае с горизонтальными соглашениями, антиконкурентные соглашения, относительно допустимые соглашения и допустимые соглашения. Разница между горизонтальными и иными соглашениями состоит в том, что вопрос об однозначной незаконности для соглашений между неконкурентами не ставится.

---

<sup>1</sup> Борзило Е.Ю. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: научно-практическое руководство. 2014. С.135-140

## **§2. Антиконтурентные соглашения**

Методология исследования, используемая в данном параграфе, построена на логике российских нормативных правовых актов.

Для «вертикальных» соглашений правила допустимости, исходя из содержания рассматриваемых правоотношений, являются более широкими.

Несмотря на то, что понятие «вертикальное» соглашение присутствовало в Законе о защите конкуренции с самой первой редакции, четкие запреты именно для «вертикальных» соглашений в него были введены только в 2009 г.<sup>1</sup> Первоначально запреты были сформулированы без уточнения их сферы применения. Характерно, то в ЕС, где норма по-прежнему сформулирована без разграничения составов для каждого из видов соглашений, проблема в применении не существует, в отличие от России, где изменений по этой причине была масса.

Изменения 2009 г., именуемые также «второй антимонопольный пакет», ввели 2 запрета для «вертикальных» соглашений:

- запрет установления цены перепродажи;
- запрет для контрагента сотрудничать с конкурентом (за исключением случая, когда контрагент распространяет товар под товарным знаком поставщика).

В 2011 г. нормы закона снова были изменены. В соответствии с ч. 2 ст. 11 Закона о защите конкуренции запрещаются "вертикальные" соглашения между хозяйствующими субъектами (за исключением "вертикальных" соглашений, которые признаются допустимыми в соответствии со ст. 12 Закона о защите конкуренции), если:

---

<sup>1</sup> См. Федеральный закон «О внесении изменений в федеральный закон "О защите конкуренции" и отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 17 июля 2009 № 164-ФЗ// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

1) такие соглашения приводят или могут привести к установлению цены перепродажи товара, за исключением случая, если продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепродажи товара;

2) такими соглашениями предусмотрено обязательство покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца. Запрет не распространяется на соглашения об организации покупателем продажи товаров под товарным знаком либо иным средством индивидуализации продавца или производителя.

Итак, с учетом применяемой юридической техники, на сегодняшний день российское антимонопольное законодательство предусматривает два запрета, которые условно можно отнести к однозначным. Условность отнесения связана с формулировкой запрета, а также с тем, что подобные соглашения могут быть признаны допустимыми в рамках ст. 13 того же Закона о защите конкуренции. Однако это только формально, поскольку: а) концепция допустимости в России существует только номинально и б) как и в случае с картельными соглашениями, у ФАС России отсутствует необходимость доказывать антиконкурентный эффект поименованных запретов для «вертикальных» соглашений. Итак, рассмотрим оба запрета.

#### **А) Фиксация цены перепродажи товара**

Фиксация цены перепродажи означает обязательство покупателя продавать уже перешедший в его собственность товар по той цене, которая указана поставщиком. Наиболее характерны такие отношения между поставщиком товара и его дилерами/ оптовиками, т.е. теми хозяйствующими субъектами, которые заняты в распространении и продвижении продукции поставщика на постоянной основе.

Антиконкурентный характер фиксации цены перепродажи можно объяснить рядом причин. Во-первых, новый продавец товара (дилер) лишен возможности вести ценовую конкуренцию, мотивов для самостоятельного решения о снижении цен у него нет. Более того, снижение цен будет для него невыгодным, поскольку тем самым он нарушит обязательства перед

поставщиком, а следствием станут как договорные, так и внедоговорные меры реагирования поставщика. В результате потребитель также лишается возможности выбора.

Во-вторых, единая цена перепродажи помогает поддерживать неэффективный бизнес. Создается своего рода «уровниловка», когда продавец (дилер) точно знает, что определенный уровень дохода для него обеспечен, и он не стремится к росту эффективности.

Однако на данные аргументы можно возразить. Фиксированные цены могут стать одним из показателей недискриминационного подхода к покупателю, поскольку последний может приобрести товар по одной и той же цене у любого дилера. Рост эффективности может достигаться за счет неценовой конкуренции: сервисного обслуживания, качества дополнительных услуг и др. Кроме того, отсутствие фиксированной цены может ставить официальных (авторизованных, аттестованных и др.) дилеров в невыгодное положение перед другими продавцами того же товара, не связанными обязательствами из дилерского договора с поставщиком. Выгоду от этого получают, например, параллельные импортеры или крупные розничные продавцы, которые не связаны дополнительными обязательствами и не несут затраты на продвижение товара. В этом случае покупатели будут приобретать товар по более низкой цене - не у официальных дилеров, что сделает работу этих дилеров неэффективной, они будут вынуждены уйти с рынка, что по российскому законодательству является признаком ограничения конкуренции.

По этой причине нарушением признается не фиксирование цен как таковых, а фиксирование минимальных цен, устраняющих возможность ценовой конкуренции. Такого подхода придерживается не только Россия с 2011 г., но и достаточно долго, например, ЕС. Так, Регламент об общих исключениях относит установление цены перепродажи товара к грубым нарушениям ст. 101 TFEU за исключением случаев, когда устанавливается максимальная цена перепродажи. При этом такая максимальная цена не должна в результате давления поставщика или применяемых им мер поощрения становиться по

факту фиксированной ценой либо минимальной фиксированной ценой. Аналогичный подход существует в национальных юрисдикциях, например, в Великобритании.<sup>1</sup>

В США история запрета устанавливать цену перепродажи отражает многолетнюю борьбу законодательной и исполнительной ветвей власти. Историческим решением Верховного суда по делу *Dr. Miles*<sup>2</sup> установление цен перепродажи товаров было признано не соответствующим Закону Шермана. Однако реакция американского Конгресса на такой подход суда была крайне негативной, что привело к принятию *Miller-Tyding Fair Trade Amendment*, согласно которому отдельные штаты наделялись правом разрешать соглашения об установлении цен в рамках законов о справедливой торговле. 46 штатов воспользовались этим правом, ссылаясь на необходимость защиты малого бизнеса, не способного конкурировать по уровню охвата и гибкости предоставления скидок с крупными компаниями. Исключение было сделано только для случаев установления цен поставщиком, конкурирующим со своим дилером. Ситуация оставалась неизменной вплоть до 1975 г., когда Конгресс, не удовлетворенный результатами штатных законов о справедливой торговле, изменил законодательство. Тем самым вернувшись к логике дела *Dr. Miller*. И уже в 1980 г. в рамках дела *California Retail Liquor Dealers Assn v Midcal Aluminum Inc.*<sup>3</sup> Верховный суд, указав на незаконность фиксации цен перепродажи высказался следующим образом: «... вертикальный контроль устраняет конкуренцию столь же эффективно, как если бы конкуренты-оптовики объединились или сговорились установить цены».

Установление цены технически может осуществляться в различных формах. Например, запрет применять скидки, бонусы или установление их предельных размеров, использование различных компенсационных схем, а также всевозможные ценовые рекомендации.

---

<sup>1</sup> Office of Fair Trading: Agreements and concerted practices, understanding competition law, 2004. URL: [http://www.of.t.gov.uk/shared\\_of.t/business\\_leaflets/ca98\\_guidelines/of.t401.pdf](http://www.of.t.gov.uk/shared_of.t/business_leaflets/ca98_guidelines/of.t401.pdf) (дата обращения -01.04.2014)

<sup>2</sup> *Dr. Miles Medical Co v. John D. Park & Sons Co.* 220 US 373 (1911).

<sup>3</sup> 445 US 97 (1980).

И российские и зарубежные правоприменительные органы оценивают рекомендованные цены исходя из того, рекомендованные они по сути или по названию.<sup>1</sup> Безусловным признаком мнимости рекомендации является, например, штраф за ее несоблюдение, право не выплачивать бонус или применять скидку либо «перевод» дилера в категорию с менее выгодными условиями сотрудничества, а также право поставщика на расторжение договора в одностороннем порядке в случае несоблюдения дилером рекомендованных цен. Неоднозначен вопрос о том, стоит ли рассматривать цену как обязательную в обратной ситуации, т.е. если ее соблюдение влечет за собой поощрение дилера. В данном случае вопрос о том, с рекомендацией мы имеем дело или с обязательным для исполнения указанием должен решаться с учетом всех обстоятельств сотрудничества. В частности, если продолжение эффективной деятельности дилером возможно и без использования привилегий за применение рекомендованных цен, либо если эти привилегии незначительны, можно утверждать, что за дилером остается свобода выбора, а значит – рекомендация остается рекомендацией. Однако в текущей экономической реальности крайне сложно представить себе ситуацию, в которой дилер откажется от дополнительной прибыли, пусть даже и незначительной, за исполнение рекомендации поставщика.

### **Б) Запрет для покупателя сотрудничать с конкурентами**

Необходимо отметить, что данный запрет один из традиционных в антимонопольном законодательстве, в том числе, в российском. Так, еще в 2005 году ФАС России возбудила два дела в отношении компаний Coca-Cola и Pepsi по факту использования такого запрета в предпринимательской деятельности. Обе компании заключали договоры с предприятиями торговли, общепита и развлекательными заведениями на поставку продукции, в которых предусматривали обязательство распространителей продукции о том, что на их территории не будут продаваться напитки конкурентов. Производство по делу в

---

<sup>1</sup> JCB Service v. Commission, [2006] ECR I-8935; AEG-Telefunken, OJ 1982 L117/15; on appeal: AEG-Telefunken v. Commission, [1983] ECR 3151.

отношении Coca-Cola было прекращено в связи с добровольным устранением нарушения – внесением изменений в договоры, исключая пункты об эксклюзивности сотрудничества.<sup>1</sup>

В ЕС отношение к запрету несколько иное. Регламент об общих исключениях относит запрет сотрудничества с конкурентами к категории обязательств о неконкуренции. Согласно ст.1 данного Регламента обязательство не конкурировать означает обязанность покупателя не производить, не продавать продукцию или услуги либо прямое или косвенно возлагаемое на покупателя обязательство приобретать у продавца или у определенного им лица более 80% товара от общего объема закупок. Такие соглашения разрешены, при условии, что их продолжительность не превышает 5 лет, а доля либо продавца, либо покупателя не превышает 30%. Федеральная торговая комиссия США оценивает такие соглашения скорее негативно, однако при этом анализируются еще и сопутствующие факторы, такие как доля хозяйствующего субъекта на рынке.<sup>2</sup> Такие соглашения носят название *exclusive dealing*, в противовес *exclusive dealership* или *exclusive supply*, когда ограничение налагается на поставщика. В судебной практике подход к соглашениям *exclusive dealing* основан на оценке их последствий для конкуренции. Оценке подлежит целый ряд факторов: концентрация рынка, доля на рынке поставщика, количество его конкурентов, а также возможность создания монополии в результате такого соглашения.<sup>3</sup>

Однако в России вопрос решается несколько по-другому. Предусмотренное исключение из сферы данного запрета, т.е. соглашение об организации продаж покупателем под товарным знаком или иным средством индивидуализации продавца или производителя представляется неконкретным. С точки зрения ГК РФ к таким соглашениям относятся лицензионное

---

<sup>1</sup> Отчет «Некоторые результаты деятельности ФАС России 2004-2012гг. Не публиковался.

<sup>2</sup> An FTC guide to Exclusive Supply or Purchase Agreements. URL: [http://www.ftc.gov/bc/antitrust/factsheets/FactSheet\\_ExclusiveSupply.pdf](http://www.ftc.gov/bc/antitrust/factsheets/FactSheet_ExclusiveSupply.pdf) (дата обращения 08.12.2013)

<sup>3</sup> *Standard Oil Co v. US (Standard Stations)*, 337US, 293,305-06, (1949), *Tampa Electric Co v. Nashville Coal Co*, 365, US 320 (1961), *Omega Environmental, Inc v. Gilbarco, Inc*, 127, F.3d 1157 (9<sup>th</sup> Cir, 1997), *US v. Dairymen, Inc.*, 660 F2d 192,195 (6<sup>th</sup> Cir. 1981)

соглашение и договор коммерческой концессии, но оба эти соглашения исключены из сферы действия Закона о защите конкуренции. Судебная практика добавила к ним также распространение товара под фирменным наименованием продавца, что возможно также в рамках обычного договора купли-продажи или дилерского соглашения, т.е. договора, имеющего смешанную правовую природу.<sup>1</sup>

Характерно, что по своей сути такого рода соглашения представляют собой форму интеграции юридических лиц. Это своеобразная альтернатива приобретению самого дилера, только гражданско-правовой способ используется другой. Разница также в том, что в случае с приобретением компании интеграция происходит долго и надолго, а вот в случае с exclusive dealing зачастую быстро и на короткий срок. Как следствие, инструменты оценки такого рода соглашений должны быть как минимум сходными с теми, что применяются при оценке вертикальных слияний. Тем не менее, российский подход это сходство игнорирует, применяя по факту к вертикальным слияниям более мягкие критерии, чем к «вертикальным» соглашениям.<sup>2</sup>

### ***§3. Допустимые и относительно допустимые соглашения***

Вслед за ЕС в Российской Федерации разработаны Общие исключения в отношении соглашений между покупателями и продавцами, утвержденные постановлением Правительства РФ от 16 июля 2009 № 583, сходные, как уже было сказано выше, и по структуре изложения и по идеологии с европейскими регламентами, в той числе с Регламентом об общих исключениях, работа по обновлению которого начата в 2018 году. В рамках данной работы цитирование данного постановления нецелесообразно: оно доступно в открытых источниках,

---

<sup>1</sup> См. постановление ФАС МО от 29 апреля 2014 по делу № А40-79104/12// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>2</sup> Борзило Е.Ю. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: научно-практическое руководство. М.: Статут. 2014- С.140-145



но по причине его крайне редкого применения предмета для правовой дискуссии оно не создает.

Говоря об имплементации в российское законодательство европейского института общих исключений, нельзя не отметить ту «половинчатость», с которой это сделано. Европейское законодательство, где в регламентах, руководствах и указаниях Комиссии ЕС обязательно присутствует неоднократное упоминание необходимости анализировать параметры каждого отдельного рынка, выполняемое на практике, активно развивает отраслевой подход. Помимо универсальных общих исключений, в ЕС действуют специальные правила для автомобильной отрасли,<sup>1</sup> для сферы технологий,<sup>2</sup> для телекоммуникационного рынка,<sup>3</sup> сельскохозяйственного рынка,<sup>4</sup> страхования,<sup>5</sup> транспорта и инфраструктуры.<sup>6</sup> Наличие специальных правил для отдельных отраслей помогает хозяйствующим субъектам более точно оценить соответствие их договоров антимонопольному законодательству, в конечном счете, избежать недействительности сделки.

Российское антимонопольное законодательство и правоприменительная практика последовательно в своем нежелании распознавать отраслевую специфику и необходимость использования различных подходов регулирования на различных продуктовых рынках. Исключением стали только

<sup>1</sup> Commission Regulation 461/2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector, OJ L 129, 28.5.2010, p. 52–57, Supplementary guidelines on vertical restraints in agreements for the sale and repair of motor vehicles and for the distribution of spare parts for motor vehicles, O. J. C138, 28.5.2010.

<sup>2</sup> Commission Regulation (EU) No 316/2014 of 21.03.2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements O.J. L93/17 28.3.2014, p. 17–23

<sup>3</sup> Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector - framework, relevant markets and principles. O. J.C 265, 22.8.1998, P. 2–28; Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector O. J. C 233, 6.9.1991, P.2-26

<sup>4</sup> Council Regulation (EC) No 1184/2006 of 24 July 2006 applying certain rules of competition to the production of, and trade in, agricultural products. [Electronic resource].- URL: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook\\_vol\\_3\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/handbook_vol_3_en.pdf) (reference date 20.06.2015).

<sup>5</sup> Commission Regulation (EC) of 24 March 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector. OJ L 83, 30.3.2010, p. 1-7; Explanatory Communication from the Commission on the application of Article 101(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector . OJ C 82, 30.3.2010. P.20-23

<sup>6</sup> Clarification of the Commission recommendations on the application of the competition rules to new transport infrastructure projects. Official Journal C 298 , 30.09.1997 p. 5-9; Council Regulation (EC) No 246/2009 of 26 February 2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies (consortia) (Codified version), OJ L 79, 25.3.2009, p. 1 и др.

финансовые рынки (скорее в силу исторических причин), торговля продуктами питания (социальная значимость во время кризиса), электроэнергетика (последствия спорной реформы) и углеводороды (основа российской экономики). Благодаря усилиям участников отрасли отдельные разъяснения существуют для автопроизводителей. В последнее время внимание уделяется цифровой сфере – но это скорее следование модным тенденциям, чем реальное положение дел. Однако не секрет, что договорные отношения на различных рынках имеют свои собственные индивидуальные черты, поэтому договор о купле-продаже на рынке автотранспортных средств будет сильно отличаться от договора купли-продажи каустической соды. Однако российские хозяйствующие субъекты зачастую ограничены во вспомогательных инструментах для самостоятельной оценки действительности их сделок.

Вопрос о разрешенных и относительно запрещенных соглашениях целесообразно рассмотреть применительно к самым распространенным и спорным условиям соглашений между неконкурентами.

#### **А) Назначение единственного продавца**

Правила, сформулированные российским законодательством, носят несколько односторонний характер. Во-первых, они касаются только ограничений, налагаемых продавцом на покупателя, во-вторых, в сферу их действия подпадает только один механизм – обязательство покупателя не вступать в договорные отношения с конкурентами продавца. Таким образом, за пределами сферы абсолютного запрета находятся:

- запрет для продавца поставлять товар более чем одному покупателю, который в зарубежном праве именуется «exclusive supply»;
- выбор одного поставщика или одного покупателя без использования запрета.

Рассмотрим экономические и правовые последствия выбора единственного контрагента (эксклюзивности) с точки зрения продавца, с точки зрения покупателя и с точки зрения рынка.

Для продавца выбор единственного контрагента означает получение одного надежного канала продаж, простоту контроля за соблюдением стандартов качества и стандартов бренда (за одним проще уследить, чем за несколькими), как следствие – снижение как минимум организационных издержек. Для покупателя добровольное или недобровольное ограничение со стороны продавца означает отсутствие конкурентов для реализации продукции, уверенность в стабильности поставок, возможность планировать и расширять сеть. Для обоих участников в взаимная эксклюзивность может стать дополнительным «бонусом», более того, многие покупатели требуют включения в договор условия об эксклюзивности, ставя его главным условием сотрудничества.

Аргумент против такой эксклюзивности в целом тот же, что и применительно к ее разновидности, запрещенной прямо: в результате эксклюзивности возможно ограничение доступа на рынок для других хозяйствующих субъектов и/или отказ от самостоятельной деятельности на рынке, что формально является одним из признаков ограничения конкуренции. Именно этими мотивами чаще всего руководствуются антимонопольные органы и суды при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства в связи с эксклюзивностью. При этом для опровержения нарушения достаточно предоставить несколько примеров реализации товара иным покупателям/получения его от иных продавцов.<sup>1</sup>

В США воспринят достаточно специфический подход к проблеме: оценке подлежат степень закрытости рынка, срок, на который заключен договор, и барьеры для входа на рынок - так же, как и с *exclusive dealing*.<sup>2</sup> Однако отношение к *exclusive supply* все же намного толерантнее. В ЕС эксклюзивность при доле менее 30% вообще будет подпадать под действие Регламента по общим исключениям, т.е. разрешаться.

---

<sup>1</sup> См., например, постановление ФАС ЦО от 04 февраля 2011 по делу № А14-8178/2009/268/29; постановление ФАС МО от 09 февраля 2012 по делу № А40-18011/11-144-152// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>2</sup> US Healthcare Corp Inc. v. Healthsource, Inc [1993], Ronald March Co. v. Dresser Indus [1984].

Российское законодательство о конкуренции не содержит прямых указаний относительно квалификации запрета для поставщика работать с другими покупателями, добровольного выбора единственного поставщика либо единственного покупателя, если, конечно, один из них или оба не занимают доминирующее положение. Вместе с тем, выбор единственного контрагента традиционно относится к числу условий договора, которые безусловно привлекут внимание российского антимонопольного органа, и с большой степенью вероятности будут признаны антиконкурентными.<sup>1</sup> Причем в тех случаях, когда антимонопольные органы не высказываются прямо по вопросу антиконкурентности эксклюзивных соглашений, они используют всевозможные косвенные инструменты. В качестве примера можно привести автомобильную отрасль, где в тех же рекомендациях для автопроизводителей и дистрибьюторов<sup>2</sup> всячески поддерживается идея множественности контрагентов, о возможности по экономическим причинам ограничиться лишь одним даже речи не идет.

В этой связи можно отметить несколько тенденций российского правоприменения:

- несмотря на отсутствие формального запрета, реализация товара через единственного поставщика рассматривается как нарушение антимонопольного законодательства. Аргументация основана не столько на ограничении конкуренции, сколько на ущемлении прав третьих лиц.

- ограничение конкуренции обосновывается невозможностью других участников рынка получить прямой доступ в систему дистрибуции определенного товара. Таким образом, под ограничением доступа на рынок понимается невозможность работать с отдельным хозяйствующим субъектом. Здесь следует отметить, что такой подход не основан на нормативных актах –

---

<sup>1</sup> Решение и предписания УФАС по Чувашской Республике от 09 июля 2010 по делу № 44-АМЗ-2010, постановление ФАС ВВО от 19 октября 2011 г. по делу № А79-9164/2010.

<sup>2</sup> Рекомендации ФАС России дистрибьюторам и автопроизводителям автомобильной продукции в Российской Федерации// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

ни на Законе о защите конкуренции, ни на Приказе ФАС России № 220 – деятельность на рынке и взаимодействие с контрагентом тождественны только для случаев, когда этот контрагент – субъект естественной монополии.

- ограничение признается даже в том случае, если существует несколько систем дистрибуции или если хозяйствующий субъект может самостоятельно наладить свою собственную.

Хотелось бы отметить еще один интересный феномен. В квалификации последствий эксклюзивности решения антимонопольных органов разнообразны: от раздела рынка по составу покупателей и продавцов<sup>1</sup> до просто фиксации «отказа от самостоятельных действий» на рынке,<sup>2</sup> который в силу Закона о защите конкуренции является одним из признаков ее ограничения. Необходимо отметить, что в ряде судебных решений и решений антимонопольных органов этот признак используется в качестве субститута квалификации нарушения. Правоприменители указывают на него, даже не анализируя причины такого отказа и их влияние на конкуренцию, что мало соответствует духу и букве закона. Отказ от самостоятельных действий формально является признаком ограничения конкуренции, а не его однозначным доказательством. Еще одна причина для критики данного подхода состоит в том, что такими решениями антимонопольный орган фактически вынуждает поставщиков работать на том же рынке, что и покупатель, что создает дополнительные антимонопольные риски для участников соглашения, и не всегда ведет к эффективности. К тому же данная логика, как и логика, заложенная в пп.17 ст. 4 Закона о защите конкуренции, предполагает, что чем больше хозяйствующих субъектов действует на рынке самостоятельно и без посредников, тем меньше вероятность ограничения конкуренции. Однако не

---

<sup>1</sup> Постановление о наложении на ООО «Рентол» штрафа по делу об административном правонарушении №СЮ 06-07/2009-99А. URL: <http://udmurtia.fas.gov.ru/solution/7571> (дата обращения 01.04.2014)

<sup>2</sup> Решение по делу № 1 11/227-11 о нарушении антимонопольного законодательства ПАО «Днепровагонмаш» и ООО «Евразийский трубопроводный консорциум» 26 сентября 2012. URL: [http://fas.gov.ru/solutions/solutions\\_35949.html](http://fas.gov.ru/solutions/solutions_35949.html) (дата обращения - 20.06.2019); Решение ФАС России по делу # 1 11/120-09 в отношении ОАО "Банк Уралсиб" и ЗАО "Тойота Банк" от 17 сентября 2009. URL: [http://fas.gov.ru/solutions/solutions\\_26548.html](http://fas.gov.ru/solutions/solutions_26548.html) (дата обращения 20.06.2018)

стоит здесь ставить знак равенства между отсутствием ограничения конкуренции и эффективной конкуренцией для потребителя. Так, например, наличие большого количества торговых организаций не делает рынок розничной торговли эффективным, о чем свидетельствует, в том числе и принятие отдельного федерального закона, направленного на регулирование этой отрасли. То же самое можно сказать и о рынке юридических и о рынке риелторских услуг, и о многих других рынках, где количество совсем не означает эффективность и благо для потребителя.

### **Б) Назначение территории деятельности контрагента**

Вопрос о том, допустимо ли назначать территорию для деятельности контрагента был и остается одним из самых неоднозначных и не только в российском праве.

Экономическая суть запрета назначать территорию с точки зрения антимонопольных органов проста – устанавливая территорию, на которой должен работать контрагент, продавец тем самым устраняет конкуренцию между покупателями. Это влечет за собой ограничение доступа хозяйствующих субъектов на товарный рынок, в том числе, в самой простой форме – отказ от заключения договора в связи с тем, что конкретная территория, где расположен будущий перепродавец уже «занята». Иным обоснованием негативного эффекта такого рода соглашений может служить отказ от конкуренции за покупателя – в результате работает уже ранее использовавшийся аргумент об отсутствии у покупателя выбора и возможности приобрести товар по более низкой цене.

Однако с точки зрения продавца именно так обеспечивается равномерное развитие дилерской сети. Ведь наличие на одной территории нескольких дилеров, а на другой их полное отсутствие, означает неравномерность развития сети, и в конечном итоге, меньшую выгоду для поставщика. Кроме того, не секрет, что крупный дилер получает от поставщика лучшие условия сотрудничества, в том числе и ценового, а значит, может весьма успешно конкурировать с дилерами на «соседних» территориях. Так, предположим, что

дилер **А** получает товар по цене 100 руб., а дилер **Б** по 110 руб. Максимальная цена перепродажи - 120 руб. Устанавливая цену перепродажи 105 руб. дилер **А** сможет эффективно вытеснить дилера **Б** из бизнеса, поскольку **Б** не будет в состоянии конкурировать. В результате число хозяйствующих субъектов на рынке сократится, что является одним из признаков ограничения конкуренции в соответствии со ст. 4 Закона о защите конкуренции, и по логике российских правоприменительных органов, однозначно свидетельствует об ограничении конкуренции. Таким образом, российские поставщики оказываются в парадоксальной ситуации: закрепил территорию за дилером – ограничение доступа на рынок, потенциальные дилеры будут жаловаться в ФАС России, и он с большой степенью вероятности признает соответствующее соглашение незаконным; не закрепил территорию за дилером – ограничение количества хозяйствующих субъектов, действующих на рынке, жаловаться в ФАС России могут уже собственные дилеры, и антимонопольный орган также может признать соответствующую практику антиконкурентной. И так, и так плохо.

На предотвращение обоих последствий направлен Регламент об общих исключениях. Статья 4b) данного Регламента запрещает ограничивать для покупателя территорию продаж либо круг клиентов, устанавливая при этом ряд исключений. К таким исключениям относятся:

- установление ограничений в отношении места учреждения покупателя;
- установление ограничений продаж покупателя на территории самого продавца или на территории, отведенной для другого покупателя. При этом налагать ограничения на конечных покупателей – запрещать им реализовывать товар тоже нельзя. ЕС так же озабочено вопросом баланса конкуренции «внутри одного бренда», т.е. внутри системы дистрибуции, как и вопросом эффективности. В Руководстве по вертикальным ограничениям 2010/С 130/01<sup>1</sup> приводится, например, следующий тезис: «Производитель, который выбирает работу с эксклюзивным оптовиком, как правило, выбирает для этого

<sup>1</sup> Guidelines on Vertical Restraints, Commission notice. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:En:PDF> (дата обращения 20.06.2015)

территорию более чем одного государства. До тех пор, пока оптовик может продавать продукцию розничным покупателям, ограничение конкуренции маловероятно. Возможное отсутствие конкуренции на этом уровне нивелируется эффективностью продвижения товара, логистики и т.п., особенно, если оптовик находится на иной территории, чем поставщик. При этом риски обратной ситуации – один оптовик для многих поставщиков – куда выше, поскольку конкуренция между поставщиками будет ослаблена».

- установление ограничений для покупателя-оптовика действовать на розничном рынке;

- установление запрета для покупателей-участников системы селективной дистрибуции продавать товар неавторизованным покупателям на территории, отведенной для поставщика;

- установление запрета на продажу запасных частей покупателям, которые будут использовать эти запасные части для производства товара того же типа, что и товар поставщика.

Отдельно необходимо отметить, что все эти изъятия действуют только для тех хозяйствующих субъектов, чья доля на соответствующем товарном рынке не превышает 30%.

Хотелось бы отметить и американский подход, где логические построения более прямолинейны. В принципе за XX в. американское правоприменение в части неценовых вертикальных ограничений претерпело несколько коренных изменений. Как отмечают исследователи оно совершило поворот от *rule of reason* к строгому принципу *per se*, а затем снова вернулось к изначальной логике *rule of reason*. Связаны эти зигзаги были с развитием экономического анализа и, естественно, со сменами президентских администраций и состава судей Верховного суда США.<sup>1</sup> Но начиная с дела *Continental T.V. v. GTE Sylvania, Inc.*,<sup>2</sup> толкование норм права о вертикальных ограничениях стало относительно единообразным. Механизм, использованный

<sup>1</sup> Sullivan Th., Hovenkamp H. Antitrust Law, Policy And Procedure: Cases, Materials, Problems P. 476

<sup>2</sup> 433 US 36 (1977).



*Sylvania*, сегодня можно назвать классическим. Компания-производитель телевизионного оборудования с небольшой долей на рынке, отказалась от прямой продажи через свои филиалы и через оптовиков, а внедрила модель реализации через небольшие розничные компании, предоставив им значительную свободу действий. *Sylvania* оставила за собой право контролировать количество розничных точек продаж, а также обязала своих розничных партнеров действовать только в пределах отведенной им территории. Верховный суд США счел, что такое ограничение не было неразумным. В дальнейшем суды придерживались мнения, что неценовые вертикальные ограничения, в том числе, и территориальные, и разделение клиентов, и ограничения по месту нахождения предприятия дилера, могут быть обоснованы экономией, требованиями обеспечения безопасности потребителя, эффективностью дистрибуции, необходимостью поддержания репутации дилера, а также его поддержкой в конкурентной борьбе с хозяйствующими субъектами, не несущими дополнительных обязательств из дилерского договора.<sup>1</sup>

В России же, как указано выше, практикуется иной подход. Еще в изначальной своей редакции Закон о защите конкуренции относил установление определенной территории деятельности для хозяйствующего субъекта к нарушениям антимонопольного законодательства. Однако необходимо отметить, что на том этапе правоприменения, формальное разграничение между запретами для вертикальных и для горизонтальных соглашений не существовало ни в законе, ни, что намного хуже – в понимании правоприменителя. Поэтому дела о нарушении антимонопольного законодательства, выразившегося в форме установления контрагенту территории деятельности, были достаточно частым явлением.

---

<sup>1</sup> *Tripoli Co v. Wella Corp.* 425, F2d 932 (3d Cir), отказ в апелляции: 400 US 831 (1970), *Montesato Co v. Spray-Rite serv. Corp.* 465 US 752 (1984) и др., а также анализ вертикальных ограничений Pitofsky R. *The Sylvania case antitrust analysis of non-price vertical restrictions*// 78 Col. L. Rev.1978..1.

Однако ситуация изменилась с принятием «второго антимонопольного пакета», в результате чего территориальные ограничения оказались исключены из сферы *per se*. Это, тем не менее, не означало, что они перестали квалифицироваться как нарушение. Создалась парадоксальная ситуация: определение территории деятельности стало квалифицироваться не как незаконное «вертикальное» соглашение, а как незаконная координация.

Необходимо отметить, что выделение отдельной территории для контрагентов не одобряется и на уровне ЕврАзЭС. Так, Евразийская экономическая комиссия понудила компанию *Caterpillar* изменить договоры со своими дилерами за закрепление для каждого из них территории в рамках ЕврАзЭС. В договорах с дилерами содержалось указание не только на ту территорию, на которой они вправе работать, но и также была предусмотрена система компенсации: фиксированная сумма выплаты одного дилера Компании *Caterpillar* другому дилеру в размере 5% от цены техники и дополнительных деталей при продаже вне подведомственной территории.<sup>1</sup> Этот компенсационный механизм по существу и представляет собой инструмент для закрепления территории, делая невыгодными не только активные, но и пассивные продажи.

Характерно, что п.3 уже упоминавшегося постановления Правительства РФ № 583 указывает на возможность установления территориальной эксклюзивности. В целях обеспечения конкуренции в соглашении между покупателем и продавцом, устанавливающим территорию, в пределах которой только покупатель имеет право продавать товар, должны содержаться условия, предусматривающие отказ покупателя от заключения с продавцами товаров-заменителей соглашений, устанавливающих географически тождественную или совпадающую территорию. Положение, явно направлено на защиту покупателя, однако случаи его применения на практике крайне редки. Как представляется, это связано с тем, что уже в процессе рассмотрения дела о нарушении

---

<sup>1</sup> <http://www.eurasiancommission.org/ru/nae/news/Pages/29-07-2016-4.aspx> (дата обращения 19.03.2017)

антимонопольного законодательства ответчик при помощи антимонопольного органа узнает, что его доля на рынке значительно превышает его ожидания.<sup>1</sup>

### **Г) Новые сферы деятельности и новые нарушения**

Развитие экономики порождает появление новых методов ведения бизнеса, а также новую терминологию. Законодательству приходится адаптироваться к новым методам ведения бизнеса, что не всегда происходит быстро.

#### *Торговля в сети Интернет*

Так, принятие новых регламентов ЕС, касающихся вертикальных отношений, во многом было связано с развитием торговли в Интернете, подъем которой начался в 2000 г.<sup>2</sup> Торговля в сети Интернет сложно подчиняется каким-либо правилам, особенно, если речь идет о товарах массового потребления. Но не только. Сегодня через Интернет можно приобрести все - от продуктов питания до сложного медицинского оборудования. Российское законодательство не содержит каких-либо специальных правил для торговли в сети Интернет, в отличие от европейского. В России среда, в которой осуществляется деятельность не имеет существенного значения, соответственно, безопасность деятельности в сети регулируется только нормами о недобросовестной конкуренции. И тем не менее, предлагается учесть наработанные в ЕС рекомендации.

Как справедливо отмечено в Руководстве о вертикальных соглашениях, в принципе, каждый дистрибьютор должен иметь возможность продавать свои товары в сети Интернет. Использование сети позволяет дистрибьютору выйти за пределы территории, на которой он работает, а также расширить целевую группу потребителей. Учитывая специфику среды, в которой ведется торговля,

---

<sup>1</sup> См., например, Решение ФАС России по делу № 1 11/227-11 о нарушении антимонопольного законодательства ПАО «Днепровагонмаш» и ООО «Евразийский трубопроводный консорциум» от 26 октября 2012/URL: [http://fas.gov.ru/solutions/solutions\\_35949.html](http://fas.gov.ru/solutions/solutions_35949.html) (дата обращения -20.06.2019)

<sup>2</sup> Whish R., Bailey D. Regulation 330/2010: The Commission new Block Exemptions for vertical agreements. Common Market Law Review. Kluwer Law International, 2010, v47, iss. 6 p. 17590

Комиссия ЕС выделила несколько групп нарушений, которые будут считаться грубыми и повлекут ответственность в соответствии со ст. 101 TFEU:

(a) соглашение, в рамках которого дистрибьютор обязан либо не допускать клиентов, находящихся на территории его деятельности, к просмотру его веб-сайта, либо автоматически перенаправлять их на сайт другого дистрибьютора – находящегося на одной с покупателем территории. При этом размещение на странице списка адресов сайтов других дистрибьюторов – не нарушение;

(b) соглашение, в рамках которого дистрибьютор не будет проводить операции в интернет, если реквизиты платежной карты клиента свидетельствуют о его нахождении за пределами территории дистрибьютора;

(c) соглашение об ограничении объема продаж через Интернет. Это, однако, не препятствует установлению требований о продаже определенного объема в точках продаж, а также требований о соблюдении при онлайн торговле общих принципов и правил, применимых при продаже вне сети. Фиксированный объем продаж может быть как одинаковым для всех, так и индивидуально подсчитанным с учетом параметров бизнеса и местонахождения отдельно взятого дистрибьютора;

(d) соглашение, устанавливающее обязанность дистрибьютора применять более высокую торговую наценку в онлайн торговле.

#### *Категорийный менеджмент*

В рамках соглашений о категорийном менеджменте дистрибьютор передает поставщику всю маркетинговую деятельность, связанную не только с тем товаром, который этот поставщик поставяет, но еще и с товарами конкурентов. Такой поставщик именуется «категорийным капитаном»; он оценивает потребительские предпочтения и ориентирует дистрибьютора по вопросам динамики спроса на отдельную категорию товара. Таким образом,

категорийный капитан приобретает влияние на позиционирование товара, его продвижения, выбор магазина и тп. Категорийный менеджмент разрешен в рамках Регламента об общих исключениях, если доли поставщика и его дистрибьютора не превышают 30%. В большинстве случаев категорийный менеджмент не является нарушением, но все же может ограничивать конкуренцию между поставщиками, если категорийный капитан, благодаря своему маркетинговому влиянию на решения дистрибьютора ограничит его работу с другими поставщиками.

Тем не менее, система категорийного менеджмента подразумевает, что категорийный капитан не будет злоупотреблять своими правами (в противном случае он их лишится). Однако на базе поступающей от категорийного капитана информации дистрибьютор также может по собственному желанию ограничить представленность отдельных товаров из продуктовой линейки, а также прекратить работу с отдельными поставщиками. Для оценки последствий категорийного менеджмента в любом случае необходимо оценить охват сети, позиции конкурентов на рынке, а также общий эффект от таких соглашений. К тому же категорийный менеджмент может облегчить сговор или согласованные действия дистрибьюторов, поскольку делает рынок полностью информационно прозрачным. Аналогичную прозрачность он создает и для поставщиков, которым становятся доступны маркетинговые планы, информация об акциях и т.п.

К позитивным сторонам категорийного менеджмента следует отнести возросшие возможности дистрибьюторов использовать маркетинговую машину поставщика, оптимально использовать свои ресурсы и планировать запасы. С точки зрения потребительского блага, категорийный менеджмент позволяет наилучшим образом удовлетворить спрос на продукцию, избежать ажиотажного спроса.

*Селективная дистрибуция*

Селективная дистрибуция, как и эксклюзивность, направлена на ограничение количества авторизованных продавцов товара на определенной территории, а также на ограничение возможности перепродажи товара. Согласно п. 1 е) Регламента об общих исключениях под системой селективной дистрибуции понимается система распространения товара, при которой поставщик обязуется продавать товар, прямо или косвенно, только дистрибьюторам, отобранным по специальным критериям, а дистрибьюторы, в свою очередь, обязуются не перепродавать такие товары не авторизованным дистрибьюторам в пределах территории внедрения системы распространения. Еще одно отличие этой системы состоит в том, что запрет распространяется не на «активные» продажи, а на любые продажи неавторизованным дистрибьюторам. Потенциальные антимонопольные риски в случае с селективной дистрибуцией состоят в снижении конкуренции между дистрибьюторами. Для оценки этого эффекта Комиссия ЕС предлагает проводить разграничение между количественной селективной дистрибуцией и качественной селективной дистрибуцией.

Качественная селективная дистрибуция основана на отборе дистрибьюторов с учетом характеристик, необходимых для реализации товара – обучение персонала, качество обслуживания в точках продаж, ассортимент, предлагаемый к продаже, местоположение точек продаж, качество складских помещений и т.п. Применение таких критериев ограничивает доступ определенных участников в дистрибьюторскую сеть. Для того, чтобы быть обоснованными критерии должны в первую очередь основываться на характеристиках товара, т.е. они не могут быть произвольными. Как следствие, применение критериев качественной дистрибуции возможно лишь к определенным видам товаров. В практике ЕС к таким товарам однозначно отнесены сложные технологические товары, а также предметы роскоши,

производители которых вполне могут обосновать свои требования необходимостью поддержания имиджа бренда.<sup>1</sup>

Качественная селективная дистрибуция не подпадает в сферу антимонопольного законодательства ЕС, при соблюдении нескольких условий:

- характеристики товара должны позволять применение специальных критериев для дистрибьюторов, например, требования безопасности, требования к использованию, качества, особые условия хранения и т.п.;

- дистрибьюторы должны выбираться на основании единообразных критериев, основанных именно на характеристиках товара, т.е. пресловутый недискриминационный подход;

- требования не должны превышать пределы необходимого.<sup>2</sup>

Количественная селективная дистрибуция основана на характеристиках, которые поддаются подсчету. Это могут быть требования по оборотам, объему минимальных продаж, минимальному объему закупки или даже просто ограничение количества дилеров либо количества дилеров на определенной территории. В недавних делах европейские правоприменители подчеркнули, что хозяйствующий субъект не может быть ограничен в своем праве лимитировать количество контрагентов. И несмотря на то, что требования к доступу должны быть единообразными, они совершенно не должны приводить к необходимости заключать договоры со всеми желающими, и более того, – а вот это особенно актуально для России – требования к доступу не обязательны к публикации, поскольку их разглашение может нанести ущерб режиму коммерческой тайны.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Case T- 88/92 Groupement d'achat Édouard Leclerc v. Commission [1996] ECR II- 1961.

<sup>2</sup> Case 31/80 L'Oréal v. PVBA [1980] ECR 3775, para.15, 16; Case 26/76 Metro I [1977] ECR 1875, para.20, 21; Case 107/82 AEG [1983] ECR 3151, para. 35; а также решение Case T-19/91 Vichy v. Commission [1992] ECR II- 415, para. 65

<sup>3</sup>Case C-158/11 Auto 24 SARL v. Jaguar Land Rover France SAS [2012]. URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db60b72e1391fe4965b25e96a15663f03b.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKaNr0?text=&docid=123842&pageIndex=0&doclang=en&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=3656249> (дата обращения 20.06.2018)

На практике встречается и комбинация количественной и качественной дистрибуции, поскольку точные законодательные определения и разграничение между ними отсутствует. И количественная и качественная селективная дистрибуция могут быть изъяты из сферы антимонопольных запретов в ЕС при непревышении порогов размеров долей каждого из ее участников планки в 30%, а также при отсутствии запретов оборота товара между авторизованными дистрибьюторами и к конечному потребителю. При этом Регламент об общих исключениях не делает различия в природе критериев или в характеристиках товара, однако только в том случае, если такие критерии действительно требуются.

Безусловно, доля на рынке имеет существенное значение, в противном случае – при значительной доле, вопрос о соответствии системы селективной дистрибуции будет решаться уже в рамках вопроса о злоупотреблении доминирующим положением.<sup>1</sup> И все же, по мнению Комиссии ЕС селективная дистрибуция иногда может быть более опасна, чем эксклюзивность, потому что полностью закрывает доступ на рынок для неавторизованных дистрибьюторов, что при доле, превышающей 30% означает невозможность для потребителей воспользоваться преимуществами селективной дистрибуции. При этом Комиссия ЕС, и это ее сближает с российскими правоприменительными органами, не принимает во внимание, что в ряде случаев критерии селективной дистрибуции, да и сама система просто необходимы. Хотя и отмечает, что в случае, если доля рынка участников системы дистрибуции меньше 50%, то антиконкурентный эффект маловероятен, как и в случае, когда доля больше 50%, а коэффициент доли на рынке пяти крупнейших поставщиков (CR 5) ниже 50%. И даже в случае если оба показателя превышают 50%, оценка будет зависеть от того, все ли поставщики используют систему селективной дистрибуции, и от того как они ее используют. Чем сильнее положение

---

<sup>1</sup> См., например, Решение и предписание по делу № 1 10/91-10 в отношении ООО «Ново Нордиск» от 06 октября 2010. URL: [http://fas.gov.ru/solutions/solutions\\_31980.html](http://fas.gov.ru/solutions/solutions_31980.html) (дата обращения -20.06.2020)



участников рынка, тем меньше вреда наносит селективная дистрибуция. Комиссия ЕС полагает, что следующие аспекты требуют повышенного внимания:

- необоснованные условия количественной или качественной селективной дистрибуции;

- отказ в допуске в систему селективной дистрибуции при наличии у потенциального дистрибьютора всех характеристик для надлежащей перепродажи товара и возможности у производителя расширить сеть.

Статья 5(1) (с) Регламента об общих исключениях указывает, что поставщик не может устанавливать для дистрибьюторов запрет продавать товары его конкурентов. Такой запрет направлен исключительно на защиту других поставщиков, на невозможность ограничения их доступа на рынок, в том числе и в результате сговора между крупными поставщиками, применяющими систему коллективной дистрибуции. С антимонопольной точки зрения не приветствуются такие требования как требования отвести определенный размер полочного пространства, <sup>1</sup>требования предоставлять конкурентам минимальный объем полочного пространства или снизить долю продукции конкурента в обороте дистрибьютора до минимума. При этом в отличие от подхода правоприменительных органов в России, Комиссия ЕС оговаривает возможность применения изъятий даже для подобных случаев, если с помощью системы селективной дистрибуции покрывается менее 50% рынка или же  $CR5 < 50\%$ .

Селективная дистрибуция эффективна по многим причинам. Она позволяет добиться единых стандартов обслуживания, обеспечить надежность хранения товара, соблюдение требований безопасности и условий реализации. Она крайне необходима для товаров, где обслуживание является важным этапом продажи, для сложных товаров, для товаров, качество которых

---

<sup>1</sup> Решение и предписания Управления Федеральной антимонопольной службы по Чувашской Республике от 09.07.2010 по делу № 44-АМЗ-2010; постановление ФАС ВВО от 19.10. 2011 г. по делу № А79-9164/2010// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

невозможно определить до их потребления или даже после (например, бытовая техника, автомобили, медицинская техника и т.п.).

С точки зрения определения территории деятельности дистрибьюторов селективная дистрибуция оправдывает запрет активных продаж за пределами территории, отведенной для деятельности участника системы. Поскольку система рассчитана на товары, торговля которыми требует установления специальной системы допуска, попасть в эту систему, да и просто начать работать как дистрибьютор можно только произведя определенные инвестиции. И эти инвестиции надо защищать, т.е. защищать развивающийся бизнес нового дистрибьютора от агрессивных методов конкуренции уже действующих дистрибьюторов.

В европейском правоприменении (к сожалению, пока не в российском) все актуальнее встает вопрос о допустимых и недопустимых каналах распространения товара в рамках селективной дистрибуции. Отметим, что вопрос пока однозначно не разрешен, но нельзя не отметить базовый принцип, заложенный еще в деле *Pierre Fabre*.<sup>1</sup> Компания является производителем косметической продукции, позиционируемой как элитарная космецевтика. Для поддержания имиджа компания требовала, чтобы продукция распространялась исключительно оффлайн, в присутствии сертифицированных сотрудников, продажи в сети Интернет были запрещены. При этом продукция была немедицинской – это немаловажно в данном случае. Суд пришел к выводу о том, что такое ограничение основано не на оценке последствий, целью был именно сам по себе запрет, что с учетом анализа содержания запрета, его экономического контекста, и характеристик самого товара, не может иметь какого либо объективного обоснования. Суд также указал, что такая цель как поддержание престижа отдельно взятого товара не является законной целью для ограничения конкуренции, а значит условие договора, направленное на

---

<sup>1</sup> CJEU, case C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v Président de l’Autorité and Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi*, ECLI:EU:C:2011:649.

достижение подобной цели, не может соответствовать ст. 101 (1) Договора о функционировании Европейского Союза.<sup>1</sup> Еще один специфический вопрос: возможность использовать всевозможные маркетплейсы, которые сейчас набирают популярность. Здесь возникает дилемма: с одной стороны – это очень эффективный канал дистрибуции – посмотрим на тот же Amazon – с другой стороны: как защитить производителя, как обеспечить отсутствие контрафакта? В отсутствие систем верификации, как представляется, производитель вправе запрещать использование данного канала.

#### ***§4. Антиконтурентная координация***

Рассмотрим феномен антиконтурентной координации – это ограничение со временем в России принимает все более и более разнообразные формы и становится универсальным инструментом в руках антимонопольных органов. Однако его применение не всегда обоснованно, а само существование, как представляется, вряд ли целесообразно.

Статья 11 Закона о защите конкуренции запрещает физическим лицам, коммерческим организациям и некоммерческим организациям осуществлять координацию экономической деятельности хозяйствующих субъектов, если такая координация приводит к:

- 1) установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок;
- 2) повышению, снижению или поддержанию цен на торгах;
- 3) разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков);
- 4) сокращению или прекращению производства товаров;

---

<sup>1</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>

5) отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками);

6) к установлению цены перепродажи товара, за исключением случая, если продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепродажи товара;

7) установлению обязательства покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца. Данный запрет не распространяется на соглашения об организации покупателем продажи товаров под товарным знаком либо иным средством индивидуализации продавца или производителя.

8) манипулированию ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности).

Из ст. 4 Закона о защите конкуренции следует, что координация экономической деятельности – это согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, не входящим в одну группу лиц ни с одним из таких хозяйствующих субъектов и не осуществляющим деятельность на товарном рынке, на котором осуществляется согласование действий хозяйствующих субъектов. Не являются координацией экономической деятельности действия хозяйствующих субъектов, осуществляемые в рамках "вертикальных" соглашений.

Характерна дискуссия, развернувшаяся в юридическом сообществе по вопросу об институциональной принадлежности данного антимонопольного ограничения - антиконкурентной координации. Здесь есть несколько групп мнений. Первая группа склоняется к мнению о неразрывной связи антиконкурентной координации с антиконкурентными соглашениями, а некоторые даже полагают, что координация в отрыве от соглашений существовать не может.<sup>1</sup> Вторая группа считает, что антиконкурентная

---

<sup>1</sup> Кинев А.Ю. Картели и другие антиконкурентные соглашения, 2014/ Писенко К.А. Правовое регулирование конкуренции и монополии в Российской Федерации: Курс лекций / К.А. Писенко, И.А. Цинделиани, Б.Г.

координация более близка институту согласованных действий. К ним можно отнести Д. Петрова, указывавшего с учетом судебной практики, что «если координация осуществлялась в отношении хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц с координатором, действия которого привели к разделу рынка по территориальному принципу, то такие действия не должны квалифицироваться в качестве согласованных действий, без учета руководящей роли координатора».<sup>1</sup>

И наконец к третьей группе относится С. Паращук, который, анализировал данный институт с позиции отнесения его законодателем к подвиду монополистической деятельности и отмечает его самостоятельность в системе антимонопольных ограничений. По мнению автора «антиконкурентная координация экономической деятельности является нарушением законодательства о защите конкуренции, видом монополистической деятельности. Разграничение запретов на антиконкурентную координацию и запретов на заключение антиконкурентных соглашений и согласованных действий является весьма важным для квалификации данных правонарушений».<sup>2</sup>

Отдельно необходимо отметить позицию антимонопольных органов. Так, по мнению ФАС России под координацией надо понимать такое согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, результатом которого является заключение между этими хозяйствующими субъектами соглашения или осуществление ими согласованных действий, которые приводят или могут привести к последствиям, указанным в части 1 статьи 11 Закона о защите

---

Бадмаев; Под ред. С.В. Запольского. М.: Российская академия правосудия; Статут.2010 // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>1</sup> Петров Д. Вариации координации // Конкуренция и право. 2012// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>2</sup> Паращук С.А. Антиконкурентная координация как вид монополистической деятельности: понятие и содержание запрета. Сборник научно-практических статей II Международной научно-практической конференции "Актуальные проблемы предпринимательского и корпоративного права в России и за рубежом" (22 апреля 2015 года, г. Москва) / Е.А. Абросимова, В.К. Андреев, Л.В. Андреева и др.; под общ. ред. С.Д. Могилевского, М.А. Егоровой. М.: РАНХиГС при Президенте Российской Федерации. Юридический факультет им. М.М. Сперанского, Юстицинформ, 2015// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

конкуренции.<sup>1</sup> Позиция примечательная во многих отношениях. В первую очередь антимонопольный орган, разъясняет содержание понятия, ничего по сути не разъясняя. Во-вторых, антимонопольный орган не различает антиконкурентную координацию и законную координацию, плавно трансформируя определение явления в антимонопольный запрет. По мнению правоприменителя, неотъемлемым элементом координации является ограничение конкуренции. Это о многом говорит участникам рынка, как и высказанная ранее антимонопольным органом позиция о возможном отсутствии необходимости проводить в этом случае анализ рынка.<sup>2</sup> То есть в принципе, можно и не проводить. И наконец, в случае с антиконкурентной координацией, по мнению антимонопольного органа, наказан должен быть и координатор, и координируемые. Эту позицию ФАС России последовательно реализует на практике.<sup>3</sup>

Представляется, что общим для всех приведенных выше мнений (за исключением, разумеется, крайне ортодоксальной позиции антимонопольного органа) является подход к анализу: все комментаторы исследуют данное ограничение с позиций того, как оно сформулировано, в какой раздел его поместил законодатель, какие признаки прописаны в Законе о защите конкуренции. Иными словами, комментаторы воспринимают этот институт как данность, и выявляют его характеристики с позиций позитивного права. Подход, имеющий право на существование, но игнорирующий важную характеристику антимонопольного законодательства – не только российского – экономическую основу любого антимонопольного ограничения.

---

<sup>1</sup> Письмо ФАС РФ от 12.01.2010 № ИА/146 «О применении положения части 3 статьи 11 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции»// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>2</sup> Письмо ФАС РФ от 11.02.2009 № ИА/3890 «О рассмотрении обращения»// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>3</sup> См, например, решение ФАС России от 03 февраля 2010 по делу № № 1 11/119-09. URL: [http://fas.gov.ru/solutions/solutions\\_29076.html](http://fas.gov.ru/solutions/solutions_29076.html) (дата обращения 20.06.2020)

Подойдем к данному ограничению с позиций экономики и особенностей отношений между теми участниками рынка, которым вменяется нарушение данного антимонопольного ограничения.

Для этого необходимо разобраться в механизмах координации.

В первую очередь из самого определения следует, что координируемых должно быть больше одного. В противном случае такое согласование должно быть квалифицировано как «вертикальное» соглашение. Затем, координируемый и координирующий не должны быть членами одной группы лиц, поскольку принадлежность к группе лиц исключает необходимость какого-либо согласования. Координатор должен обладать рычагами воздействия на координируемых для того, чтобы формировать их поведение. Координируемый должен быть экономически зависим от координатора, и тем самым предоставлять координатору возможность управлять своим поведением на рынке. Должны ли результаты незаконной координации быть выгодны координируемым или только координатору? Представляется, что как минимум результаты координации должны быть нейтральны для координируемых. Сложно себе представить несколько хозяйствующих субъектов, на протяжении длительного времени выполняющих финансово невыгодные для себя условия. Невыгодность сделает координацию невозможной.

В чем может проявляться экономическая зависимость? Ответ на этот вопрос позволяет установить «личность» координатора и механизм координации. Итак, механизмы зависимости:

- необходимость членства в некоммерческой организации для осуществления предпринимательской деятельности. Такая необходимость может быть вызвана требованиями законодательства (например, СРО оценщиков, арбитражных управляющих и т.п.) либо характеристиками бизнеса<sup>1</sup>. Некоммерческие организации играют важную роль в формировании рынка. Под воздействием некоммерческой организации, которая

---

<sup>1</sup>Решение и предписание ФАС России по делу №1 10/108-08 в отношении НП "Совет рынка" и ОАО "АТС" от 25 марта 2009. URL: [http://fas.gov.ru/solutions/solutions\\_23625.html](http://fas.gov.ru/solutions/solutions_23625.html) (дата обращения -01.04.2019)

руководствуется собственными представлениями о правильном и неправильном поведении на рынке может формироваться цена на продукцию, разрабатываться и внедряться ценовые модели, устанавливаться коллективные бойкоты и др. Монетарные санкции и потенциальная угроза исключения из некоммерческой организации как следствие невыполнения ее условий являются серьезным мотивом не отступать от руководящих и направляющих указаний.<sup>1</sup>

- договорные отношения. Зависимость может быть следствием договорных условий, отступление от которых может иметь прямые или косвенные последствия для нарушителя. Здесь можно привести пример компании «Балтика», обещавшей вознаграждение своим дистрибьюторам за деятельность исключительно в пределах отведенной им территории. Вознаграждение, правда, было не обязательным и относилось на усмотрение поставщика, но этого оказалось достаточно для квалификации раздела территории.<sup>2</sup>

- системная экономическая зависимость. Механизмы управления не всегда могут быть зафиксированы в конкретных документах, они могут быть следствием зависимости от поставщика: во многих отраслях вступление в систему дистрибуции требует существенных издержек, вложений в недвижимость, оборудование, в обучение персонала. Несоблюдение формальных или неформальных требований поставщика может означать ухудшение условий сотрудничества или полное их прекращение, в то время как возможности компенсации понесенных издержек уже не будет. По этой причине дилер не будет проявлять самостоятельность там, где есть пожелания поставщика.

Итак, мы исходим из того, что зависимость все же является одним из факторов, формирующих координацию, причем не только на финансовой

---

<sup>1</sup> См., например, постановление ФАС ЗСО от 28 августа 2012 по делу № А27-12329/2009// КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>2</sup> Решение Челябинского УФАС России по делу N 29-03/10 URL: <http://solutions.fas.gov.ru/to/chelyabinskoe-ufas-rossii/5256--4> // Постановление ФАС ВСО от 16 декабря 2010 г. № А33-1952/2010// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система



основе. Тогда зададимся вопросом, что же из себя представляют эти отношения? Итак, есть один хозяйствующий субъект, который обладает властью на рынке, в результате наличия этой власти имеет возможность навязывать собственные условия контрагентам без оглядки на их реакцию. То есть мы наблюдаем кальку отношений хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на рынке, со своими контрагентами. Сторонники позитивной теории права могут возразить: но ведь доминирующему положению свойственны количественные характеристики, т.к. оно устанавливается посредством определения доли на рынке. Но я напомню – главенствующие характеристики доминирующего положения (кстати, прямо прописанные в ст. 5 Закона о защите конкуренции) не количественные, а именно качественные, это возможность в одностороннем порядке определять условия обращения товара на рынке, а доля вторична. Чем по сути тогда является норма о запрете антиконкурентной координации при наличии зависимости координируемого как ни субститутутом нормы, применение которой в этом случае требует от антимонопольного органа самой серьезной работы в наиболее не удающейся ему части анализа рынка? Представляется, что в этом случае мы имеем дело с одной из норм «упростителей» деятельности антимонопольного органа. По сути, с ее помощью пресекаются те же самые действия, что и с помощью нормы о запрете злоупотребления доминирующим положением. Странно, что сторонники теории «субординации» не доводят свои размышления в этой части до логического конца.

Но всегда ли координация предполагает зависимость? Рассмотрим другой пример. В 2010 году ОАО «Севуралбокситруда» столкнулось с ростом цен на взрывчатые вещества. Общество закупало их как самостоятельно, так и через агента - ЗАО «Русперфоратор». В очередной плановый период агент уведомил покупателя об увеличении цен на товар. Покупатель попытался самостоятельно выйти на производителей, но отовсюду получил ценовые предложения равные предложению агента, а некоторые из производителей вообще уведомили покупателя о возможности работать исключительно через этого агента. В

данном случае действия ЗАО «Русперфоратор» были квалифицированы антимонопольным органом как координация, а действия производителей как согласованные действия. Суд с этим выводом антимонопольного органа согласился.<sup>1</sup> Рассмотрим механизмы взаимодействия в отрыве от квалификации, данной правоприменителями. Есть ли здесь элемент зависимости от координатора? Безусловно нет, причем никакой. Производители взрывчатых материалов могли действовать как самостоятельно, так и через этого агента или какого-либо иного. Они не были связаны с агентом, никак от него не зависели. Они просто выбрали ту модель ценообразования, которая отвечала их интересам. Могли ли они ее выбрать без участия агента? Тоже безусловный положительный ответ. В данном случае агент мог выступать как инициатор или фасилитатор внедрения этой модели, он взял на себя издержки, связанные с ее операционным внедрением и, видимо, предложил производителям услугу «одного окна» так любимую многими производителями за снижение собственных административных издержек. Был ли у производителей выбор? Конечно. Они добровольно согласились на предложенную модель, понимая, что все участвующие в ней будут придерживаться выбранного курса. Что из себя представляет такое поведение? Собственно, то, что и установил антимонопольный орган, т.е. запрещенные ст. 8 Закона о защите конкуренции антиконкурентные согласованные действия (хотя по сути, конечно же сговор). И тут возникает следующий вопрос: за что пострадал агент? В чем выразилась координация с его стороны, если он был не то, чтобы не важным, но даже незначительным элементом в сложившейся системе правоотношений, и решений не принимал? Налицо самостоятельные действия участников рынка. Так называемый «координатор» получил наказание не за то, что он действительно оказал влияние на рынок и именно его действия привели к ограничению конкуренции – а они не приводили - но по формальным основаниям. Привлечение агента к ответственности в этом случае противоречит

---

<sup>1</sup> См. Постановление ФАС Московского округа от 20.05.2011 по делу № А40-50830/10-144-209.

не только правилам логики, но и самой норме, т.к. причинно-следственная связь между его действиями и наступлением негативных последствий на рынке отсутствует.

Приведенные примеры и рассмотренные механизмы координации показывают, что, собственно, есть 2 ситуации.

Первая – ситуация зависимости. Координируемые зависимы от координатора, поэтому и принимают предлагаемые им условия работы и требования. Да, условия могут быть финансово нейтральны для хозяйствующего субъекта, однако это не значит, что их принятие является результатом его свободного волеизъявления. Координация в этом случае как раз подразумевает отсутствие свободного волеизъявления, отказ от него в пользу выполнения указаний координатора. В случае с координацией даже хронологически на момент начала однотипных действий участников рынка они уже свободной волей не обладают – выполняют обязательства перед координатором. Более того, координация не подразумевает согласование действий координируемых между ними, только с координатором, и выразиться она может в исполнении координируемыми абсолютно различных указаний координатора.

Вторая – ситуация отсутствия зависимости. Согласованные действия, как это видно из ст. 8 Закона о защите конкуренции, подразумевают наличие свободной воли хозяйствующего субъекта, которую он адаптирует к воле своих конкурентов. Если исходить из логики антимонопольных органов о свободном волеизъявлении, то по сути отношения между координатором и координируемыми, а также между координируемыми, можно квалифицировать как соглашение или согласованные действия, соответственно. Но тогда и доказываться и преследоваться они должны в этом качестве.

Перед нами типичная ситуация альтернативного выбора. Однако вместо логически верной альтернативной квалификации правоприменитель, используя вверенный ему инструмент запрета антиконкурентной координации, применяет кумулятивный подход, преследует вне зависимости от реальной ситуации и

участников рынка, находящихся в положении экономической зависимости, и тех, чьи действия не имеют прямой причинно-следственной связи с наступившими негативными результатами для конкуренции на рынке.

Однако проведенный выше анализ наглядно демонстрирует, что одновременная квалификация и антиконкурентной координации и согласованных действий юридически недопустима и логически невозможна.

## ГЛАВА 4. ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ДОМИНИРУЮЩИМ ПОЛОЖЕНИЕМ

### *§1. Определения злоупотребления доминирующим положением и критерии его квалификации. Вопросы злоупотребления экономической зависимостью*

Рассмотрим подход к идентификации злоупотребления доминирующим положением.

Статья 2 Закона Шермана запрещает *монополизацию, сговор с целью монополизации и попытки монополизации*. Универсальное определение монополизации до сих пор не существует. Некоторые американские исследователи определяют ее как действия, направленные на приобретение или удержание монопольной власти для устранения конкурентов с рынка.<sup>1</sup> Т. Салливан заявляет, что монополизация определяется как незаконные действия, с помощью которых компания пытается приобрести или удержать монопольную власть.<sup>2</sup> Он же утверждает, что для установления монополизации необходимо выполнение двух условий: существенная доля власти компании и антиконкурентные действия. По мнению автора, содержание понятия «монополизация» мало менялось.<sup>3</sup>

Э. Гэлхорн и В. Ковачич, как и многие другие американские исследователи, не предоставляют определение данного понятия, они лишь прослеживают эволюцию судебной практики.<sup>4</sup> Особой точки зрения по данному вопросу придерживался Р. Познер, утверждавший, что не существует отдельной теории монополизации. Есть лишь неразумные антиконкурентные действия, которые может совершать любая компания, в том числе, и компания, обладающая большой долей на рынке. По мнению автора, монополизацию влекут за собой не какие-то особые действия, а лишь в обман и принуждение, ответственность за которые установлена в иных законах. А поэтому нет

<sup>1</sup> Black's law dictionary, West Group, 1996, P. 1007.

<sup>2</sup> Sullivan Th., Hovenkamp H. Antitrust law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems P. 23.

<sup>3</sup> Posner R.A. Antitrust law. P. 621

<sup>4</sup> Гелхорн Э., Ковачич В. Е. Антитрестовское законодательство и экономика. С. 70-114.

никакой теории монополизации, и нет необходимости в ее теоретическом обосновании. Если развить теорию, предлагаемую Р. Познером, то можно прийти к выводу об отсутствии необходимости в антимонопольных ограничениях как таковых. Кроме того, эта логика не учитывает еще один аспект антимонопольного регулирования, о котором говорит сам же автор: действия, которые являются законными для небольших предприятий, трансформируются в нелегитимные, если они совершены монополистами.<sup>1</sup>

Многие значимые критерии идентификации монополизации в рамках ст. 2 Закона Шермана были выработаны в рамках дела *Standard Oil Co. v. United States*<sup>2</sup>, где были сформулированы так называемые «классические» критерии монополизации. Суд постановил, что статья 2 Закона Шермана запрещает монополию не саму по себе, а только в случае злоупотребления монопольной властью. Оно трактовалось как неразумное использование власти, которое в форме сговора между будь оно совершено несколькими лицами, составляло бы нарушение ст. 1 Закона Шермана.<sup>3</sup> Эта концепция была названа «теорией злоупотребления» или «классической».<sup>4</sup> Для установления факта злоупотребления необходимо одновременное выполнение двух условий. Первое – поведение, нарушающее ст. 1 Закона Шермана. Второе – намерение монополизации рынка, которое устанавливается судом если у ответчика нет разумных аргументов оправданий, связанных с экономической эффективностью и добросовестностью его деятельности, т.е. фактически производится анализ разумности поведения на рынке – условный «анализ намерений». Данная концепция была впоследствии развита в деле *US v. United States Steel Corp.*:<sup>5</sup> компания практически сразу же после своего создания получила контроль над 90% рынка металлопроката в США. Однако к моменту

---

<sup>1</sup> Именно такая позиция была выработана в ходе применения ст. 2 Закона Шермана американскими судами. См. ниже дела *Aluminum Company of America* 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945), *United Shoe Machinery* 110 F. Supp. 295 (D. Mass. 1953) и др.

<sup>2</sup> 221 U.S. (1911).

<sup>3</sup> Именно этот критерий предлагает Р. Познер уже в начале XXI в.

<sup>4</sup> Hylton K.N. *Antitrust Law*. Cambridge University Press, 2003. P.186.

<sup>5</sup> 251 U.S. 417 (1920)

судебного разбирательства ее доля снизилась до 50%. Верховный суд США пришел к выводу об отсутствии в действиях *United States Steel Corp.* монополизации производства по ряду причин. Во-первых, доля компании на момент судебного разбирательства свидетельствовала о том, что монопольной власти у нее нет. Компания не осуществляла действия, схожие с теми, что ранее послужили причиной преследования *Standard Oil Co.* Суд пришел к выводу о том, что рост компании произошел за счет синергии и специализации, а также внутренней экономии, достигнутой в результате разумной вертикальной интеграции.<sup>1</sup>

Ряд юристов утверждал, что такой подход привел к блокировке применения Закона Шермана вплоть до 40-х годов, использование ст. 2 закона требовало заключения о наличии действий, идентичных сговору. В отсутствие названных действий логичен вывод о том, что динамика была связана с разумным успехом на рынке, эффективностью, а не с ограничением конкуренции.<sup>2</sup> Однако нельзя не отметить, что оценка законности действий с точки зрения ст. 2 Закона Шермана изначально пошла по пути оценки разумности - *rule of reason*.

Важный вклад в определение содержания монополизации внесло каноническое дело *United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa)*, уже упоминавшееся в данной работе.<sup>3</sup> Это дело значительно развило теорию и практику антимонопольных ограничений в США, предложив критерий «структурного анализа».<sup>4</sup>

Канадская корпорация *Alcoa* являлась самым крупным производителем алюминия, в США действовало ее дочернее общество, поэтому для американского правосудия компания считалась американской. Доля *Alcoa* на рынке алюминия на протяжении пяти последовательных лет превышала 90 %.

---

<sup>1</sup> Posner R.A. Antitrust law. P.38-39

<sup>2</sup> Areeda Ph. , Turner D.F. Antitrust law: An analysis of principles and their applications. vol. 4, Boston: Little, Brown &Co., 1980. P.6

<sup>3</sup> 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

<sup>4</sup> Rowe F.M. The Decline of Antitrust and Delusions Models. The Faustian Pact of Law and Economics. 72. Geo.U 1511, 1535 (1984).

Положение на рынке отчасти стало результатом патента, срок действия которого истек в 1909 г. До 1912 г. компания поддерживала свое положение на рынке посредством нескольких соглашений об ограничении импорта алюминия. Компания также заключала с энергоснабжающими организациями договоры, по которым они обязывались не продавать электрическую энергию ее конкурентам. Эти соглашения были расторгнуты Alcoa в 1913 г. Тем не менее, компания оставалась лидером на рынке вплоть до 1937 г.<sup>1</sup> Alcoa была обвинена в нарушении ст. 2 Закона Шермана.

Суд установил, что Alcoa действительно нарушила ст. 2 Закона Шермана и привел 2 аргумента:

- сам по себе размер компании препятствовал развитию конкуренции в силу ее рыночных возможностей;
- положение компании на рынке не являлось результатом конкурентной борьбы или объективных рыночных факторов.<sup>2</sup>

Главное в этом судебном решении – это использованная судом аргументация. Во-первых, суд установил, что фиксация цен на рынке недопустима. Результатом получения возможности увеличения цен на рынке в одностороннем порядке могут стать такие же цены, как и в результате картельного сговора. Во-вторых, монопольное положение, которое стало результатом объективных факторов и добросовестной конкуренции не может считаться противоправным, равно как и монополия, достигнутая благодаря интеллектуальному превосходству и дальновидности. Однако в данном случае компания активно противодействовала появлению на рынке новых участников, опережающими спрос темпами увеличивая производство. В-третьих, Закон Шермана не только об эффективности, он также должен поощрять конкуренцию, решая самым социальные, экономические и политические задачи.

---

<sup>1</sup> Hylton K.N. Antitrust Law. cit. P. 190

<sup>2</sup> В самом судебном решении он обозначен как критерий «пассивного» приобретения монопольной власти. – Прим.авт. Е.Б.



Это обоснование не безупречно. Многими исследователями и судьями до сих пор ставится под вопрос о разумности квалификации увеличения производственных мощностей как доказательства монополистических намерений.<sup>1</sup> По замечанию К. Хилтон, в деле *Alcoa* суду пришлось конкретном анализировать структуру рынка, экономические характеристики производства, потенциальную конкуренцию для оценки ситуации на рынке.<sup>2</sup> Вместе с тем, представляется для применения такого подхода потребуется провести глубокий экономический анализ, без которого вероятность ошибок увеличивается.

Еще один сегодня спорный элемент монополизации – наличие намерения получить всю власть на рынке – в решении *Alcoa* также получил определение. Суд указал, что наличие такого намерения презюмируется, если монопольная власть является результатом действий самой организации, а не была ей каким-либо образом предоставлена, поскольку «ни один монополист не злоупотребляет своей рыночной властью, сам того не зная».<sup>3</sup>

Итак, при рассмотрении *Alcoa* были предложены новые критерии монополизации. Объектом исследования стал способ приобретения власти. После дела *Alcoa* в термин «злоупотребление» включались действия, которые, взятые в отдельности, могли бы были оценены как добросовестные действия, но в совокупности подтверждали монополизацию. Это избавило суды от необходимости изыскивать в ст. 1 Закона Шермана те нормы, которые дали бы возможность привлечь монополиста на основании ст. 2 Закона Шермана, и позволило сосредоточиться на анализе антиконкурентных последствий деятельности ответчика.

Соответственно, определение монополизации намного шире, чем то специфичное и узкое понятие злоупотребления, которое было сформировано по делу *Standard Oil*. И несмотря на то, что и по сей день многие суды повторяют в

---

<sup>1</sup> Так, например, Салливан отмечал, что предложенная судьей Хэндом схема требует постоянного поддержания монополистом большого количества свободных производственных мощностей, что в реальности представляется проблематичным. Sullivan Th., Hovenkump H. Antitrust Law, Policy And Procedure: Cases, Materials, Problems. P. 618

<sup>2</sup> Hylton K.N. Antitrust Law. P.193.

<sup>3</sup> 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945), 3. 440.

своих актах тезис: «никто не монополизует власть, сам того не зная», все же в большинстве дел можно видеть анализ намерений монополиста, оценку эффективности и разумности его поведения.<sup>1</sup>

Кроме того, концепция монополизации мутировала с изменением экономических условий. Значимые корректировки были внесены решением по делу *U.S. v. Griffith*<sup>2</sup>, где Верховный Суд США постарался разъяснить ряд критериев, предложенных по делу *Alcoa*. Компании *Griffith* принадлежали кинотеатры в 85 различных городах США. В 53 городах компания была монополистом. За пять лет, предшествовавших подаче иска в суд, количество городов, в которых *Griffith* занимала монопольное положение, выросло на 15%. Холдинг скупал оптом авторские права для использования во всех принадлежащих ему театрах. Это и послужило основанием для вменения ему нарушения Закона Шермана. Рассматривая спор, Верховный суд США, предложил концепцию ответственности. Суд выразился однозначно: если рынок монополизирован, значит намерение монополизации было. Доказывание намерения необходимо только в случае, если ответчику вменяется сговор с целью монополизации или ее попытка.<sup>3</sup> Верховный Суд США также счел целесообразным изучение того, повлекли ли за собою действия компании устранение конкурентов с рынка (а именно это и случилось в деле *Alcoa*). Судом была расширена дефиниция «монополизации», в нее было включено использование монопольной власти для ограничения конкуренции, приобретения конкурентных преимуществ или устранения конкуренции. В понятие монополизации был также включен запрет использования монопольной власти на одном рынке для приобретения конкурентных преимуществ на другом – так называемый «эффект рычага». Поскольку согласно решению по делу *Griffith* намерение монополизировать рынок не

---

<sup>1</sup> Davidow J. Recent developments in the application of US Antitrust Law// World Competition Law and Economics Review Vol. 20 #3 March 1997, P. 18-23; Sullivan Th., Hovenkump H. Antitrust Law, Policy And Procedure: Cases, Materials, Problems P. 649.

<sup>2</sup> 334 U.S. 100 (1948).

<sup>3</sup> Hylton K.N. Antitrust Law. P.195

требуется доказывать, суд, проанализировав последствия «эффекта рычага», сможет установить факт монополизации и прийти при этом к выводу о том, что ее негативные последствия превышают положительный результат для потребителей.

Перечисленные выше соображения были использованы Верховным Судом при рассмотрении дела *U.S. v. United Shoe Machinery Corp.*<sup>1</sup>, в котором суд постановил, монополизация со стороны ответчика очевидна вне зависимости от того, какая теория использована. Суд определил, что отказ компании продавать свое оборудование на реализацию третьим лицам, равно как и согласие предоставлять оборудование в аренду только при условии, что ремонт этого оборудования должен производиться только *United Shoe* и на платной основе, еще более укрепляет позиции компании на рынке. В таких условиях доступ других компаний и на рынок оборудования, а также на рынок его обслуживания и последующего ремонта был ограничен. Решение по делу *United Shoe* напоминает решение по делу *Alcoa*: оба дела показали, что действия, которые сами по себе законны могут, в сочетании с подавляющей властью на рынке, стать нарушением ст.2 Закона Шермана. Если не являющаяся монополистом компания проводит ограниченные сделки по выдаче напрокат, это не противоречит антитрестовскому законодательству.<sup>2</sup> Для монополиста, однако, подобная практика, если она не является неизбежной и не связана с целями эффективности, запрещена, так как способствует созданию монопольной позиции. Решение по делу *United Shoe*, таким образом, усилило наметившееся уже в деле *Alcoa* отступление от «теории злоупотребления». Для установления монополизации теперь было достаточным доказать, что власть на рынке стала результатом незаконного устранения конкурентов. Суд пришел установил нарушение *United Shoe* ст. 2 Закона Шермана потому, что эта компания:

-контролирует рынок;

---

<sup>1</sup> 110 F. Supp. 295 (D. Mass. 1953)

<sup>2</sup> Wiley J.S., Jr., Rasmussen E. & Ramsayer J. M. The Leasing Monopolist, 37. V.C.L.A. L. Rev. 693 (1990).

- власть компании исключает потенциальную и ограничивает реальную конкуренцию;

- власть компании не является результатом добросовестных практик менеджмента компании, внутренней экономии или адаптации к законам экономики.

Европейский подход несколько отличается от американского. Статья 102 TFEU запрещает злоупотребление доминирующим положением со стороны одного или нескольких хозяйствующих субъектов в той степени, в которой оно может влиять на торговлю между странами-участниками ЕС. В частности, злоупотребление может включать в себя:

- a) прямое или косвенное навязывание несправедливых цен или несправедливых условий торговли;
- b) ограничение производства, доступа на рынок или технического развития в ущерб потребителям;
- c) применение неравных условий к эквивалентным сделкам с третьими лицами, что ставит их в невыгодное положение (лишение конкурентных преимуществ);
- d) требование о заключении договора только при условии приобретения контрагентом товара, не имеющего по своим характеристикам (и характеру договорных отношений) отношения к предмету договора.

Аналогичную формулировку запрета содержит и английский Competition act, а также итальянское и бельгийское антимонопольное законодательство. Немецкий GWB помимо собственно запрета злоупотребления доминирующим положением, отдельно запрещает дискриминационные практики, злоупотребление экономической зависимостью и недобросовестную конкуренцию.

Статья 420-2 Французского торгового кодекса запрещает злоупотребление доминирующим положением со стороны одного лица или группы лиц на

национальном рынке или существенной его части, если такие действия направлены или имеют своим результатом ограничение конкуренции. Злоупотребление может состоять, в частности, в отказе заключить договор, связанных продажах или навязывании дискриминирующих условий договора, равно как и в разрыве экономических отношений по мотиву отказа контрагента подчиниться несправедливым торговым условиям. Кодекс также запрещает злоупотребление экономически зависимым положением контрагента, если оно может повлиять на функционирование рынка.

И судебная практика ЕС, и практика многих национальных правоприменительных органов всегда признавала, что приведенный в нормативных актах перечень форм злоупотребления не является исчерпывающим.<sup>1</sup> Поэтому значительный вклад в определение злоупотребления доминирующим положением внесли судебная практика и доктрина.

В европейском правопонимании понятие «злоупотребление доминирующим положением» характеризуется как объективное и двойственное по содержанию.<sup>2</sup>

Объективность связана с тем, что законодательство о конкуренции не учитывает намерения сторон, фокусируясь только на результате. Как следствие, отсутствие намерения ограничения конкуренции не освобождает от ответственности за имеющийся или потенциальный результат. Поэтому некоторые юристы полагают, что злоупотребление доминирующим положением не является злоупотреблением правом, несмотря на то, что обе дефиниции зачастую относятся к одной и той же ситуации.<sup>3</sup> Такая точка зрения основана на том, что злоупотребление правом рядом юристов связывается с субъективными критериями вины. Некоторые юристы ограничивают понятие злоупотребления правом случаями умысла - когда носитель осуществляет это

---

<sup>1</sup> Например, дело Tetra Pak CJCE 14 Nov. 1996 aff. C-333-94 Tetra Pak Internationale, rec. P.5951.

<sup>2</sup> Malaurie-Vignal M. L'abus de position dominante. L.G.D.J., 2002. P. 80.

<sup>3</sup> Maingui D. L'abus de droit dans les contrats soumis au droit de la concurrence. JCP, 1998 P. 23

право единственно в целях причинения вреда другому. Но есть юристы, допускающие также связь понятия злоупотребления правом с понятием квазиделиктной вины; злоупотребление правом может заключаться в несоблюдении необходимой осмотрительности, в неосторожности или небрежности, что зачастую подтверждается судебной практикой.<sup>1</sup> И поскольку вина для идентификации злоупотребления доминирующим положением существенной роли не играет, в отдельных источниках можно видеть вывод о том, что данная категория не идентична злоупотреблению правом с точки зрения европейского законодательства.<sup>2</sup>

Первоначально считалось, что злоупотребление доминирующим положением предполагает связь злоупотребления с действиями доминирующего хозяйствующего субъекта, который извлекает выгоду из своего положения, на что он не мог бы рассчитывать, не обладай он этой властью. Однако впоследствии Р. Жолье предложил разграничивать поведенческое и структурное злоупотребление. К поведенческим относятся те виды злоупотреблений, которые сегодня перечислены в ст. 102 TFEU и ст. 420-2 Французского торгового кодекса. Структурное злоупотребление – это любое действие доминирующего хозяйствующего субъекта, которое ограничивает конкуренцию, что предполагает абсолютный запрет.

Европейское наднациональное законодательство сохраняет этот дуализм, восприняв все же более широкое толкование структурного злоупотребления. В частности, по делу *Continental Can* суд установил злоупотребление доминирующим положением на основе анализа ситуации на рынке и положения компании. Концепция «структурного злоупотребления» осуждалась как ведущая к запрету простого поддержания рыночной власти, которое экономически разумно для хозяйствующих субъектов. Позднее, в деле *Hoffman La-Roche*<sup>3</sup> Суд ЕС указал на анализ разумности действий хозяйствующего

---

<sup>1</sup> де ла Морандьер Л. Ж. Гражданское право Франции. Ин. лит., М. 1960. С. 417

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> CJCE 13 fev. 1979 Hoffman La-Roche, aff. 85-76, Rec. 1139, att. 90 и 180

субъекта как на необходимую стадию идентификации злоупотребления – т.е. квалификация *by effect*. Суд указал, что поведение компании может приводить к ограничению поддержания или развития конкуренции «путем использования отличных от используемых в обычной деловой практике методов». Для выявления данного феномена необходимо определить, является ли действие разумно необходимым для защиты прав и законных интересов компании<sup>1</sup>. Таким образом теория в ЕС приблизилась к концепции поведенческого злоупотребления – требуется анализ разумности действий. Оценка судебной практики по данному вопросу в ЕС на сегодняшний день неоднозначна. Ряд юристов считает, что судебная практика ЕС все же *е-факто* склонна чаще использовать теорию структурного анализа: поведение будет признано незаконным не потому, что доминирующий хозяйствующий субъект получил какие-либо дополнительные преимущества, а потому, что оно препятствует деятельности конкурентов на рынке или входу этот рынок. Другая часть, например, Декок заявляет, что ЕС, как, кстати, и Франция, все еще в основном руководствуются принципом: «*Dominance oblige*». Однако большинство едино: любое злоупотребление меняет саму структуру конкуренции на рынке.

Общим для американского и европейского подходов является формальное признание права хозяйствующего субъекта осуществлять ту коммерческую политику, которую оно считает для себя необходимой, однако при этом его действия не могут выходить за пределы обычного поведения. Это значит, что хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, должен использовать законные средства, которые не должны чрезмерно вредить конкуренции. Исключением из такого правила является случай, когда хозяйствующий субъект обладает необходимым для осуществления деятельности конкурента оборудованием, но об этом позже.

Вопрос с усилением доминирующего положения и доступом на новые рынки также неоднозначен. Общий подход тот же – любое поведение,

---

<sup>1</sup> United Brands CJCE 14 fev. 1978 United Brands, aff. 27/76, Rec. P. 207, att. 189-190

выходящее за рамки нормального – злоупотребление. Однако трудность состоит в определении того, какое поведение является ненормальным. Так, по мнению М. Малори–Виняль однозначно ненормальным следует считать использование своего финансового преимущества для предоставления товаров потребителям по более выгодным ценам. В США такое поведение незаконным не считается (см. дело *Griffith*, упомянутое ранее).

Большинство авторов склоняются к тому, что на доминирующем хозяйствующем субъекте лежит обязанность воздерживаться от завоевания новых рынков и поддержания своего положения на старых, если это может привести к ограничению конкуренции. И эта обязанность порождает запрет действий, которые были бы признаны законными, будь они совершены предприятием, обладающим меньшей рыночной властью - «доминирующее положение обязывает».<sup>1</sup>

Итак, для перечисленных правопорядков, как и для многих других, не указанных здесь, формально не запрещено наличие доминирующего положения, его появление или его усиление. Тем не менее, как показано выше, хозяйствующие субъекты, обладающие властью на рынке, ограничены в своих гражданских правах при осуществлении предпринимательской деятельности.

В части запрета злоупотребления доминирующим положением названные нормы имеют еще одну общую черту: они не раскрывают понятие злоупотребления – метод, впоследствии позаимствованный российским правом.

В уже упомянутом деле *Hoffmann-La Roche v. Commission* суд подробно рассмотрел концепцию злоупотребления доминирующим положением и дал следующее определение: «Понятие злоупотребления - объективное понятие, относящееся к поведению хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на рынке, которое таким образом влияет на структуру этого рынка, что в результате самого присутствия на нем этого хозяйствующего субъекта ослаблена конкуренция, и которое в результате,

---

<sup>1</sup> Decocq A., Decocq G. Droit de la concurrence interne et communautaire. P.336



использования методов конкуренции, отличающихся от обычно применяемых в конкурентной среде, приводит к устранению еще существующей конкуренции или ее ослаблению».<sup>1</sup> Эти определения суд потом неоднократно пользовался.<sup>2</sup> С точки зрения объекта воздействия злоупотребления доминирующим положением европейские исследователи выделяют эксплуатирующие и исключаящие злоупотребления.<sup>3</sup> К первым относятся злоупотребления в отношении клиентов и контрагентов доминирующего хозяйствующего субъекта, в частности все примеры нарушений, приведенные в ст. 102 TFEU.

Однако можно предположить, что злоупотребление может быть не нацелено на вред определенному контрагенту или же просто не иметь на него никакого отрицательного воздействия, но в целом приводить к ослаблению конкуренции на рынке. Так, например, в 1973 г. в деле *Continental Can* суд, суд отметил, что норма «направлена не только против действий, которые могут нанести ущерб потребителям напрямую, но и против тех, действий, которые отрицательно сказываются на них, поскольку влияют на эффективную конкурентную структуру».<sup>4</sup>

Действительно, Комиссия ЕС признала, что исключаящие злоупотребления более приоритетны для преследования и пресечения, чем эксплуатирующие, поскольку профилактика эффективнее лечения, т.е. если рынки не функционируют должным образом, целесообразно принять меры в отношении одностороннего поведения, которое эту структуру рынка подрывает, а не устранять последствия.<sup>5</sup>

В отличие от ст. 101 TFEU, ст. 102 не указывает на ограничение конкуренции как на цель нарушения. Скорее, формулировку можно охарактеризовать как описывающую потенциальный результат. В любом

---

<sup>1</sup> Case 58/76 Hoffmann-La Roche v. Commission (1979) ECR 461, 516.(1979) 3 CMLR 211

<sup>2</sup> Deutsche Telekom v. Commission, [2008] ECR II-477 (para. 233 и дела, в нем указанные); apel: Deutsche Telekom v. Commission, Case C-280/08P.

<sup>3</sup> Bael I.V. and Bellis J.-F. Competition Law of the European Community, 5th ed. P. 879

<sup>4</sup> Europemballage and Continental Can v. Commission (I), fn.3 (para. 26), также Tetra Pak (I), OJ 1988 L272/27, recital 60; appeal: Tetra Pak Rausing v. Commission, [1990] ECR II-309.

<sup>5</sup> Press Release MEMO(08)761 of 03.12.2008

случае, намерение ограничить конкуренцию в объективную сторону нарушения не входит, а значит, теоретически не должно оцениваться.<sup>1</sup> Тем не менее, Комиссия ЕС неоднократно заявляла, что если намерение совершить злоупотребление установлено, то доказывание объективно агрессивного поведения упрощается.<sup>2</sup>

В отношении необходимости доказывания антиконкурентных последствий прецедентным стало дело *Michelin*, где суд высказался об идентичности установления антиконкурентной цели и антиконкурентного эффекта, то есть для целей реализации ст. 82 Договора о ЕС (нумерация современной ст. 102 TFEU на момент рассмотрения дела) достаточно показать, что поведение доминирующего хозяйствующего субъекта имеет тенденцию к ограничению конкуренции, или способно дать такой эффект.<sup>3</sup> В деле *British Airways*, суд также указал, что ст. 82 не требует доказательств фактического ухудшения конкуренции, если было доказано, что с учетом всех обстоятельств дела возможно ограничение конкуренции.<sup>4</sup>

Кроме того, Европейский Суд продемонстрировал, что готов поддерживать и те решения Комиссии ЕС, в отношении которых вывод о возможности ограничения конкуренции не подтвердился впоследствии. Например, в весьма известном деле *Microsoft*, Комиссия ЕС утверждала, что практика *Microsoft* приведет к снижению использования медиа-плееров иных производителей. Суд оставил в силе решение Комиссии ЕС, хотя ее прогноз оказался неверным: «Microsoft утверждает, что ряд производителей продолжает добавлять в свои ПО медиа-плееры сторонних производителей. Действительно, количество медиа-плееров и случаи использования нескольких плееров, постоянно

---

<sup>1</sup> BPB Industries and British Gypsum v. Commission, [1993] ECR II-389 (para. 70); appeal: BPB Industries and British Gypsum v. Commission, [1995] ECR I-865; *Compagnie Maritime Belge Transports and Others v. Commission (I)*, [1996] ECR II-1201 (para. 149); appeal: *Compagnie Maritime Belge Transports and Others v. Commission*, [2000] ECR I-1365.

<sup>2</sup> Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (the 'Guidance on Abusive Exclusionary Conduct'), OJ 2009 C45/7, para. 20.

<sup>3</sup> *Michelin v. Commission*, [2003] ECR II-4071 (paras 239, 241).

<sup>4</sup> См. также *British Airways v. Commission*, [2003] ECR II-5917 (para. 293); on appeal: *British Airways v. Commission*, [2007] ECR I-2331.

увеличивается. Однако эти факторы не отменяют выводы Комиссии ЕС о том, что оспариваемые действия, скорее всего, ослабят конкуренцию в значении этого термина, выработанного прецедентным правом».<sup>1</sup>

Указание о приоритетных направлениях работы Комиссии в применении ст. 102 TFEU в отношении злоупотребления доминирующим положением (Указание о злоупотреблении доминирующим положением)<sup>2</sup> содержит семь факторов, важных для Комиссии ЕС при применении нормы о запрете злоупотребления доминирующим положением:

- 1) положение хозяйствующего субъекта на рынке. Чем сильнее позиции на рынке, тем вероятнее антиконкурентный эффект;
- 2) условия функционирования рынка. Высокие входные барьеры и такие характеристики рынка, как, например, возможность извлекать прибыль в основном за счет «эффекта масштаба» означают низкие шансы конкурентов войти на рынок и успешно конкурировать на нем;
- 3) положение на рынке конкурентов доминирующего хозяйствующего субъекта. Здесь оценивается не только количество конкурентов, но и их потенциал, а также те стратегии, которые они потенциально применят в случае злоупотребления, направленного против них;
- 4) положение клиентов и вклад поставщиков доминирующего хозяйствующего субъекта. Если, например, лидер рынка придерживается системы селективной дистрибуции, то ограничение конкуренции наиболее вероятно, поскольку очевидно, что все самые эффективные каналы сбыта уже заняты. Аналогично, оценке подлежит потенциальная реакция клиентов на случаи злоупотребления и их способность изменить поведение

---

<sup>1</sup> Microsoft v. Commission, [2007] ECR II-3601 (Para. 664).

<sup>2</sup> Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (Text with EEA relevance) (2009/C 45/02)

доминирующего хозяйствующего субъекта. Кроме того, возможна ситуация, при которой рынком управляет не «сильный поставщик», а «сильный поставщик сырья», и тогда злоупотребление потеряет свой экономический смысл;

- 5) размах злоупотребления. Здесь значение имеет продолжительность нарушения, объем выручки, объемы продаж и т.п.
- 6) возможные свидетельства антиконкурентного эффекта. Если нарушение продолжается достаточно долго, то ситуация на рынке наглядно демонстрирует ограничение конкуренции. Например, путем увеличения доли на рынке хозяйствующего субъекта, или снижения динамики ее падения, или отказа потенциальных конкурентов от входа на рынок.
- 7) прямые свидетельства антиконкурентного поведения, направленного на вытеснение с рынка других участников. К ним относятся внутренняя переписка, свидетельства угроз, разработанные планы действий, и другие доказательства.

Европейская концепция злоупотребления доминирующим положением подразумевает обращение к методам конкурентной борьбы, которые отличаются от общепринятых. Суд ЕС и Комиссия ЕС используют так называемую концепцию «особой ответственности» для предотвращения использования лидерами рынка методов, допустимых для всех остальных его участников. И хотя ст. 102 TFEU подразумевает, равное отношение ко всем доминирующим хозяйствующим субъектам, Комиссия и суд зачастую констатируют, что чем сильнее власть, тем больше ограничения для того, кто ею обладает. Так, в деле *Clearstream* Комиссия ссылается именно на этот

аргумент для обоснования обязанности доминирующего хозяйствующего субъекта сотрудничать с контрагентом.<sup>1</sup>

Европейская практика, как и американская также допускает осуждение за злоупотребление доминирующим положением, которое сказалось на смежном рынке, если это связанные рынки.<sup>2</sup> И наоборот, эта связь будет считаться отсутствующей, если деятельность на смежном рынке дает эффект только на смежном рынке. Данная позиция впоследствии была уточнена в деле *Tetra Pak (II)*,<sup>3</sup> где суд сделал следующие оговорки:

- неконцентрированный рынок должен быть связан с рынком, где доминирующее положение установлено; и
- применение нормы о запрете злоупотребления доминирующим положением должно быть обусловлено особыми обстоятельствами.

Обратимся к России. В соответствии со ст.10 Закона о защите конкуренции злоупотребление доминирующим положением запрещено. В число запрещенных проявлений злоупотребления попали, в частности, следующие деяния:

- 1) установление, поддержание монопольно высокой или монопольно низкой цены товара;
- 2) изъятие товара из обращения, если результатом такого изъятия явилось повышение цены товара;
- 3) навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (экономически или технологически не обоснованные и (или) прямо не предусмотренные федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента РФ, нормативными правовыми актами Правительства РФ, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами

---

<sup>1</sup> Case COMP/38.096, recital 21; on appeal: *Clearstream Banking and Clearstream International Luxembourg v. Commission*, Case T-301/04.

<sup>2</sup> *British Airways v. Commission*, [2003] ECR II-5917 (para. 293); on appeal: *British Airways v. Commission*, [2007] ECR I-2331

<sup>3</sup> *Tetra Pak International v. Commission*, [1996] ECR I-5951.

требования о передаче финансовых средств, иного имущества, в том числе имущественных прав, а также согласие заключить договор при условии внесения в него положений относительно товара, в котором контрагент не заинтересован, и другие требования);

4) экономически или технологически не обоснованные сокращение или прекращение производства товара, если на этот товар имеется спрос или размещены заказы на его поставки при наличии возможности его рентабельного производства, а также если такое сокращение или такое прекращение производства товара прямо не предусмотрено федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента РФ, нормативными правовыми актами Правительства РФ, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами;

5) экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) в случае наличия возможности производства или поставок соответствующего товара, а также в случае, если такой отказ или такое уклонение прямо не предусмотрены федеральными законами, нормативными правовыми актами Президента РФ, нормативными правовыми актами Правительства РФ, нормативными правовыми актами уполномоченных федеральных органов исполнительной власти или судебными актами;

6) экономически, технологически и иным образом не обоснованное установление различных цен (тарифов) на один и тот же товар, если иное не установлено федеральным законом;

7) установление финансовой организацией необоснованно высокой или необоснованно низкой цены финансовой услуги;

8) создание дискриминационных условий;

9) создание препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам;

10) нарушение установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования;

11) манипулирование ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности).

Запрет злоупотребления доминирующим положением также прямо установлен ст. 10 ГК РФ. Пункт 2 ст. 10 ГК РФ не допускает использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке. Если злоупотребление правом повлекло нарушение права другого лица, такое лицо вправе требовать возмещения причиненных этим убытков.

#### *Вопросы злоупотребления экономической зависимостью*

Рассмотрим данный вопрос насколько можно детально. Как уже было сказано выше, институт экономической зависимости и запрет злоупотребления ею существует в законодательстве многих европейских юрисдикций. Так, ст.ст. 19 и 20 GWB специально запрещают прямо или косвенно применять недобросовестные торговые практики к экономически зависимому контрагенту, а также применять к нему отличающиеся от стандартных договорные условия без надлежащего обоснования. В равной степени запрещено требовать от контрагента необоснованных преимуществ, принимая во внимание наличие или отсутствие пропорциональных оснований для такого требования.

Французский торговый кодекс (ст.ст. 420-2, 442-1-442-3) запрещает злоупотребление экономической зависимостью, которое может выражаться в отказе от заключения договора, навязывании дополнительных товаров и дискриминационных практиках, в частности, предоставлении необоснованных преимуществ, наложение дополнительных обременений, несоразмерные штрафы, отказ от поставки при не подтвержденной задолженности, запрет на уступку прав третьим лицам, запрет на предоставление необоснованных преимуществ конкуренту контрагента и многое другое. Статья 442-3 Французского торгового кодекса объявляет договоры, содержащие перечисленные в ней дискриминационные условия, недействительными.

Бельгийский CEL предусматривает, в частности, следующие запрещенные формы злоупотребления экономической зависимостью:

отказ в приобретении, в продаже или других условиях договора;

прямое или косвенное использование неравных ценовых и неценовых условий договора;

ограничение производства, точек продаж или технологической поддержки, если это наносит вред конечному потребителю;

применение неравных условий к эквивалентным услугам по отношению к контрагентам, тем самым ставя их в невыгодное положение с точки зрения конкуренции;

обуславливание заключения контрактов принятием экономическими партнерами дополнительных услуг, которые по своему характеру или в соответствии с коммерческим использованием не имеют отношения к предмету таких договоров (связанные продажи).

В соответствии с итальянским законодательством одной из форм злоупотребления экономической зависимостью является дискриминация, наряду с ней неоправданно обременительные договорные условия, а также произвольный разрыв устоявшихся коммерческих отношений. Характерно, что подобная сделка в соответствии с итальянским законодательством является ничтожной.

Из формулировок запретов можно сделать несколько выводов. Первое - закрытого списка форм злоупотребления экономической зависимостью не существует. Второе - запрет направлен на регулирование договорных отношений; все формы злоупотребления экономической зависимостью так или иначе имеют отношение к заключению, исполнению или расторжению договоров. Далее - очевидно, эти запреты крайне близки к договорным запретам для хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение. Даже если мы обратим внимание на российский Закон о защите конкуренции в ст. 10 мы найдем достаточное количество идентичных по существу, но не идентичных по формулировкам запретов. И снова возникает



вопрос: зачем нужно было создавать целую ветвь законодательства для регулирования отношений, вроде бы уже урегулированных достаточно объемным законодательством о конкуренции, и к тому же с тем же правоприменительным органом: антимонопольным ведомством? Ответ на этот вопрос достаточно прост: с самого начала создания европейского законодательства о конкуренции раздавалась критика, в части «дыры» в конкурентном регулировании: существует ограничитель для недобросовестных торговых практик для уже занимающих доминирующее положение компаний, однако для стремящихся к нему, подобных ограничителей нет.<sup>1</sup> Как уже было показано выше содержание понятий «экономическая зависимость» и «доминирующее положение» значительно отличаются, в равной степени различаются механизмы соответствующих злоупотреблений. Нормы об экономической зависимости и злоупотреблении ею направлены на достижение рыночного равновесия в тех случаях, когда стороны экономически не равны, а юридических средств для достижения равенства недостаточно. При этом европейские взгляды на институт экономической зависимости не единодушно одобрительны. Очевидно, что критиковать много лет существующую, а сейчас обретающую второе дыхание норму не имеет смысла. Однако, так же вызывает удивление попытка разграничить эти 2 запрета злоупотреблением с точки зрения направленности на общее благо и некий аморфный баланс рынка (запрет злоупотребления доминирующим положением) и баланс в торговых отношениях (запрет злоупотребления экономической зависимостью).<sup>2</sup> С точки зрения автора, представляется очевидным, что необоснованное ущемление или

---

<sup>1</sup> Röller L.-H. Exploitative Abuses. 12th Annual Competition Law and Policy Workshop Robert Schuman Centre, 8-9 June 2007 EUI, Florence <https://www.eui.eu/Documents/RSCAS/Research/Competition/2007ws/200709-COMPed-Roeller.pdf>.

Способ разрешения данной проблемы автором предложен не вполне, как представляется, корректный: широко толковать норму о запрете злоупотребления доминирующим положением, пресекая антиконкурентные практики, которые приводят к возникновению доминирующего положения и устранению с рынка его участников. Европейская практика по этому пути не пошла.

<sup>2</sup> Bakhholm M. Abuse Without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance F. Di Porto, R. Podszun (eds.), *Abusive Practices in Competition Law*, Cheltenham, Elgar, 2018, pp. 157-184

дискриминация одного в долгосрочной перспективе повлечет за собой последствия для всего рынка, рынок и его участники существуют во взаимосвязи, не разобщенно и не в вакууме. В этом плане российский подход, заложенный в ст. 10 Закона о защите конкуренции отвечает отчасти европейским веяниям, т.к. норма направлена и на защиту рынка, и на защиту экономически слабой стороны, однако экономически зависимую сторону она все же защищает лишь от хозяйствующего субъекта, чье положение формально признано доминирующим. Но именно эту важную, но не единственную, цель антимонопольного законодательства, преследует норма о запрете злоупотребления экономической зависимостью. И поэтому ее применение в большинстве исследованных случаев отдано на откуп антимонопольному органу со всеми возможностями расследования и принятия им оперативных мер.

Еще один важный аспект – соотношение непосредственно законодательства о заключении, исполнении и прекращении договоров с нормами законодательства об экономической зависимости. Здесь проведенный анализ также позволяет сделать ряд существенных важных выводов. В первую очередь, и этот тезис во многом верен и для классических институтов законодательства о конкуренции (антиконкурентные соглашения, доминирующее положение, недобросовестная конкуренция в широком смысле), законодательство о конкуренции содержит ограничения свободы договора, которые допускаются предпринимательским законодательством. При этом, как это видно из законодательства различных юрисдикций, рассмотренных выше, не существует запретов на применение отдельных видов договора (исключение Россия с запретом на посреднические договоры для торговых сетей), однако есть ограничение на использование определенных предпринимательских практик (в первую очередь тех, которые могут быть отнесены к дискриминационным). При этом оценке подлежит не соответствие договоров или действий, совершаемых для их заключения или исполнения императивным требованиям гражданского законодательства (форма договора, требования о

регистрации и тп.), а последствия от применения тех или иных договоров для отдельных участников рынка с позиций справедливости. При этом у норм о запрете злоупотребления экономической зависимостью есть интересная особенность: во многих случаях инструментом создания зависимости или механизмом реализации злоупотребления ею послужили франчайзинговые договоры, т.е. договоры, содержащие элементы авторского права. Во многих юрисдикциях, например, в России такие соглашения исключены из сферы запретов и к ним применяются антимонопольные иммунитеты. Однако в случае с экономической зависимостью мы наблюдаем абсолютной иной подход правоприменителя: даже в закончившихся с различным результатом делах Carrefour и Apple антимонопольное ведомство изучало содержание договоров франчайзинга, оценивало их последствия для определения наличия зависимости, а не применило автоматически антимонопольный иммунитет.

Следующий немаловажный вопрос в части соотношения норм об экономической зависимости и запрете злоупотребления ею относится к оценке техник навязывания, управления переговорными позициями и SBP в ходе преддоговорного переговорного процесса.

Несмотря на наличие в законодательстве практически всех юрисдикций норм о порядке ведения переговоров (в России, например, это ст. 434.1 Гражданского кодекса РФ), требований о добросовестности сторон при их проведении, которые также теоретически могут защитить экономически зависимую сторону, их практическое применение в краткосрочной перспективе малоэффективно, поскольку обеспечивается только судом, а это значит время и издержки. Однако основная задача любого бизнеса не судиться, а бесперебойно функционировать и оперативно решать поставленные задачи. Поэтому в острой фазе злоупотребления зависимостью применение специального запрета и вмешательство правоприменительного органа может дать более весомые результаты и определенный превентивный эффект, при условии, конечно, что это вмешательство будет качественным.

И последнее, что хотелось бы отметить перед подведением итогов проведенного анализа – это растущий сегодня интерес к внедрению и применению института экономической зависимости и запрета злоупотребления ею. Он помогает решить задачу достижения баланса и добросовестности участников гражданского оборота в тех отраслях, где бессильно и предпринимательское, и конкурентное и зачастую отраслевое законодательство: деятельность торговых сетей и цифровая сфера. Причем в последнем случае речь не гигантах (Facebook и т.д., действия которых чаще рассматриваются с позиции злоупотребления доминирующим положением), а о средних цифровых платформах и всевозможных маркетплейсах, зависимость от которых поставщиков и покупателей только возрастает. В условиях растущего спроса на дистанционную торговлю нет оснований думать, что эта зависимость в ближайшей перспективе пойдет на убыль. Отсюда и «цифровые» пакеты с нормами об экономической зависимости, и просто внедрение этой нормы в отрыве от цифры. Уже не раз цитированный здесь GWB (ст. 18) содержит ряд специальных норм, направленных на оценку положения на цифровых рынках, однако без отсылки к тому, что такое положение должно быть оценено как доминирующее.

Некоторое время назад Россия пыталась разрешить вопросы регулирования конкуренции в цифровой сфере: ФАС сделала весьма неуклюжую<sup>1</sup> попытку описать доминирующее положение на цифровых рынках посредством переведенных на русский язык формулировок из англоязычной версии Википедии, которая, к счастью, не удалась. Возможно, имеет смысл изменить подход, и раз уж российское законодательство о конкуренции зиждется на заимствованиях, расширить соответствующее поле для изучения.

Итак, подведем итоги. Институт экономической зависимости – традиционный институт предпринимательского права, сформированный в

---

<sup>1</sup> Борзило Е.Ю. Эволюция определения «доминирующее положение» в российском антимонопольном законодательстве// Закон. 2018. №10 С. 124-126

законодательстве о конкуренции либо в смежном с ним отраслевым законодательстве. Несмотря на то, что, как правило, проводить расследования и применять санкции уполномочен антимонопольный орган, институт предназначен для защиты прав участников рынка от действий более сильного контрагента и установления баланса в их отношениях, поэтому самостоятельное правоприменение в случае с злоупотреблением экономической зависимостью в судебном порядке возможно и доступно, хотя и не всегда эффективно в краткосрочной перспективе. Экономическую зависимость формирует совокупность качественных критериев, в том числе, безальтернативность, значимое место занимают также характеристики товара и параметры товарного рынка. Запрет злоупотребления экономической зависимостью применяется к недобросовестным договорным практикам, и не аналогичен запрету злоупотребления доминирующим положением, поскольку направлен на установление баланса в неидентичных ситуациях при заключении или исполнении предпринимательских договоров. В условиях современной экономики институт экономической зависимости будучи определенно более гибким и менее формальным, чем доминирующее положение, открывает широкие возможности для достижения баланса между сильными и слабыми участниками рынка и обеспечения свободы предпринимательства.<sup>1</sup>

## ***§2. Отграничение злоупотребления доминирующим положением от обычной хозяйственной деятельности. Вопросы допустимости***

Вопрос отграничения злоупотребления доминирующим положением от обычной хозяйственной деятельности важен не только в контексте проведения водораздела между гражданско-правовым конфликтом и злоупотреблением доминирующим положением. Необходимо определить, какие действия

---

<sup>1</sup> Борзило Е.Ю. Концепция экономической зависимости в регулировании предпринимательской деятельности. Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. №4. 205-229

представляют собой превышение установленных антимонопольными ограничениями пределов реализации прав в ходе предпринимательской деятельности, а какие – нет.

При анализе теории монополизации и теории злоупотребления доминирующим положением уже не раз упоминалась эффективность, как один из факторов, который позволяет констатировать либо допустимость деяния, либо отсутствие нарушения.

Рассматривая американскую концепцию монополизации, необходимо упомянуть, что на нее повлияла «теория эффективности», разработанная Чикагской школой экономики. Чикагская школа до сих пор придерживается позиций невмешательства государства в экономику, полагая, что рыночный механизм обеспечит ее сбалансированное функционирование. Критика теории монополии и антимонопольного регулирования сводится к тому, что она не учитывает все «общественные издержки и выгоды» от монополии, которая может в отдельных случаях быть более выгодна для потребителя, чем существование отдельных конкурирующих предприятий. На этом основаны построения так называемой «экономической теории права» Чикагской школы. Антимонопольные ограничения должны применяться только тогда, иными способами эффективности достичь не удастся. Эта мотивация приводилась в деле *Eastman Kodak v. Image Technical Servs.*<sup>1</sup> Верховный Суд США опирался исключительно на структурный анализ, а год спустя в деле *Brook Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*<sup>2</sup>, уже использовал теорию эффективности, и утверждал, что конкуренция свойственна и высоко концентрированным рынкам.<sup>3</sup>

В отличие от ст.101, ст. 102 TFEU не предполагает наличие каких-либо исключений в связи с эффективностью запрещаемых деяний. Это, однако, не лишает доминирующих хозяйствующих субъектов права ссылаться на то, что

---

<sup>1</sup> 504 U.S. 451 (1992)

<sup>2</sup> 509 U.S. 209 (1993)

<sup>3</sup> Sullivan Th., Hovenkamp H. Antitrust Law, Policy And Procedure: Cases, Materials, Problems. P. 60-61.

их действия соответствует требованиям эффективности, разумности и нормальной конкуренции. Правоприменительные органы ЕС развили теорию так называемого «объективного обоснования» для разграничения между злоупотреблением и нормальной защитой своих коммерческих интересов. В деле *Atlantic Container Line*, Суд Первой Инстанции высказался следующим образом:

«Закон не предусматривает изъятий для злоупотребления доминирующим положением, игнорируя при этом те преимущества, которые могут быть получены не только самими нарушителями, но и третьими лицами. Нельзя отрицать право хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение на защиту своих прав, если в его отношении допускается нарушение, и нельзя отказывать ему в принятии тех мер, которые являются разумными. Если эти меры, конечно, направлены не на усиление положения на рынке. Таким образом, доминирующий хозяйствующий субъект вправе обосновывать свои действия их разумностью. Однако это обоснование не должно создавать какие-либо исключения из действия запрета. Его единственная цель – показать, что применяемая обществом практика должна быть разрешена, поскольку ее целью является разумная защита коммерческих интересов. Поэтому злоупотребление отсутствует».<sup>1</sup> Мы наблюдаем обоснование by effect.

И если обоснование эффективности и разумности предложено, необходимо оценить, преобладают ли они над иными последствиями нарушения. В частности, оценка экономического обоснования системы скидок и бонусов, применяемой хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение, должна делаться с учетом всех обстоятельств дела. Необходимо определить, может ли антиконкурентный эффект от такой системы быть сбалансирован эффективностью для потребителя. Если баланс невозможен или система налагает на ее участников большие ограничения, чем

---

<sup>1</sup> *Atlantic Container line and Others v. Commission* (III, joint cases T-191/98- T - 214/98 [2003], ECR II -3275

необходимы в конечном счете для потребителя, то следует констатировать факт нарушения.<sup>1</sup>

Американская судебная практика и доктрина в некоторых случаях не квалифицируют как незаконную монополизацию действия, положительный эффект которых для потребителей превышает возможные или реально наступившие негативные последствия для конкуренции. Это хотя и критикуемый, но все же распространенный подход.

Французским законодательством о конкуренции также установлены исключения из сферы действия ст. 420-2 Французского торгового кодекса. Они приведены в ст. 420-4 кодекса и являются общими как для злоупотребления доминирующим положением, так и для злоупотребления экономической зависимостью контрагента, и для соглашений. К ним относятся:

- действия, совершенные во исполнение требований нормативных актов;
- действия, в отношении которых лицо, их совершившее, может доказать, что они послужили укреплению экономического прогресса, в том числе, путем создания дополнительных рабочих мест, и что эти действия принесли значительные выгоды потребителям, не давая возможности предприятиям уничтожить конкуренцию в отношении значительной части товаров на данном товарном рынке. Такие случаи тоже достаточно редки, однако встречаются во французской практике.

И совсем по-другому дела обстоят в России. Первое отличие, в основном от европейской практики состоит в том, что отечественное законодательство не делает существенных различий между допустимостью для соглашений, согласованных действий и для злоупотребления доминирующим положением.

В соответствии со ст. 13 Закона о защите конкуренции могут быть признаны допустимыми действия/бездействие хозяйствующих субъектов, предусмотренные ч. 1 ст. 10 данного закона (за исключением действий

---

<sup>1</sup> British Airways v. Commission [2003] ECR II-5917



(бездействия), указанных в пп. 1 (за исключением случаев установления или поддержания цены товара, являющегося результатом инновационной деятельности), 2, 3, 5, 6, 7 и 10 ч. 1 ст. 10 закона), соглашения и согласованные действия, предусмотренные частями 2 - 4 статьи 11, статьей 11.1 настоящего закона, а также сделки экономической концентрации, соглашения о совместной деятельности и согласованные действия, если такими деяниями не создается возможность устранить конкуренцию на отдельном товарном рынке, не налагаются на их участников или третьих лиц ограничения, не соответствующие достижению целей таких действий/бездействия, а также, если реальным или потенциальным их результатом является:

- совершенствование производства, стимулирование экономического или технического прогресса, или повышение конкурентоспособности товаров российского производства на мировом рынке;
- получение покупателями выгод, соразмерных выгодам самого хозяйствующего субъекта от спорных действий.

Определение сложное, что не делает его более эффективным в российских условиях. Рассмотрим его составляющие.

Итак, критерий первый: отсутствие ограничения конкуренции – на нем, в принципе можно и остановиться, поскольку Закон о защите конкуренции запрещает указанные действия, *если они приводят или могут привести к ограничению конкуренции*. Итак, если ограничения конкуренции нет, то *отсутствует объективная сторона правонарушения*, причем это утверждение будет верно как для составов поименованных в ст.13 Закона о защите конкуренции, так и для непоименованных в ней. Здесь также имеет место юридический парадокс противоречия мнения ВАС РФ (негативные последствия прямо поименованных действий предполагаются) с указанием ст. 13 Закона о защите конкуренции, где делается допущение, что негативных последствий может и не быть вообще.

Следующий критерий «не налагаются на участников или третьих лиц ограничения, не соответствующие целям таких действий» изначально некорректно сформулирован: любые действия совершаются с конкретной целью, значит, основная цель – это нормально, а вот дополнительная (причем не важно, какая) уже приводит хозяйствующего субъекта в зону риска.

Критерий третий – назовем его «общественное благо» - самый простой, отчасти в силу протекционистского элемента, свойственного российскому антимонопольному законодательству. Действительно, возможны ситуации, при которых, например, ограничение доступа на рынок для нового хозяйствующего субъекта или применение к нему более жестких условий может стимулировать реализацию товаров. Такие меры предпринимались, например, для поддержания производства отечественных автомобилей и предпринимаются до сих пор для целей локализации иностранных производств в России, т.е. ограничительные меры ведут (ну а вернее, предполагается, что должны были привести) к росту производства в России, созданию новых рабочих мест и т.п. То, что работает на макроуровне (ограничения со стороны государства), допустимо и на микроуровне – ограничения со стороны доминирующего хозяйствующего субъекта. Проблема лишь в том, что данный критерий работает только кумулятивно с остальными. Вывод: ст. 13 Закона о защите конкуренции посвящена не ситуациям, когда нарушение есть, но его признают допустимым, а случаям, когда нарушения просто нет.

По этому же пути пошла в основной массе и судебная практика. Пункт 4 Пленума ВАС РФ № 30 говорит о необходимости применительно к ст. 13 Закона о защите конкуренции проверять соблюдение пределов реализации гражданских прав в каждом конкретном деле. Как следствие арбитражные суды оценивали, совершено ли действие в пределах осуществления гражданских прав или за пределами таковых. Поскольку в каждом из обнаруженных автором дел предметом спора была законность актов антимонопольных органов, решения судов сводились к оценке их законности, а в конечном счете – к оценке того *было ли совершено нарушение*. Ни в одном из обнаруженных дел не

шла речь о допустимости совершенных действий (например, о допустимости установлений ограничения доступа на рынок в связи с их положительным экономическим эффектом), а оценивалось создано ли это ограничение или нет.

<sup>1</sup> И несмотря на то, что судебные акты приняты без учета изменений, внесенных «третьим и четвертым антимонопольным пакетами» изменений с его принятием нет и не будет: ранее действовавшая редакция закона в рассматриваемой части была по существу и форме очень близка к действующей, а указания ВАС РФ на редакциях закона в данном случае не основаны.

Но в этом случае, не ясно каковы различия в применении, например, запрета установления монопольно высоких цен (работает без учета ст. 13 Закона о защите конкуренции) и в создании дискриминационных условий (работает вместе со ст. 13 Закона о защите конкуренции). Получается, что с точки зрения юридической техники, в первом случае суд, помимо установления факта доминирующего положения, должен определить, отвечала ли цена признакам монопольно высокой, а во втором, оправдан ли различный подход к контрагентам с точки зрения гражданского законодательства. Но если смысл ст. 13 Закона о защите конкуренции в разграничении технического подхода к анализу объективной стороны правонарушения, то при чем здесь приведенные выше критерии, а особенно – пресловутое «общественное благо»? Ответ напрашивается сам собой – да ни при чем, судебная практика просто адаптирует трудно адаптируемую норму к отечественным реалиям.

Таким образом, сложившаяся на сегодняшний день практика применения ст.13 Закона о защите конкуренции не оставляет места для выявления допустимости злоупотребления доминирующим положением, но предлагает различные технические подходы к определению того, а было ли нарушение.

---

<sup>1</sup> См., например, постановления ФАС ВСО от 20 апреля 2012 №№ А33-13337/2009, А33-13248/2009, от 27 апреля 2009 №А58-5012/08-Ф02-1542/09, постановления ФАС ЗСО от 16 марта 2012 №А66-4927/2010, постановления ФАС СЗО от 26 августа 2011 № А56-66721/2010//Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

Принимая такой подход как действующую реальность, предлагается ее усовершенствовать с учетом зарубежного опыта. Опуская в рамках данной статьи европейский подход к допустимости (ввиду нецелесообразности по причине «неживучести» аналогичного института в России) рассмотрим зарубежный подход к анализу аналогичных указанным ст.13 Закона о защите конкуренции случаев злоупотребления доминирующим положением. В конечном итоге, их оценка осуществляется с помощью тех же самых критериев общественного блага и эффективности, которые не совсем идеально изложены в самой анализируемой статье.

Речь идет об «essential facilities doctrine» или «доктрине необходимого оборудования». Зародилась она в США, но куда большее распространение получила в Европе. Комментаторы отмечают, что она была «с энтузиазмом»<sup>1</sup> воспринята в деле *Commercial Solvents*, где суд признал, что доминирующий хозяйствующий субъект не вправе прекращать поставку сырья, а затем развита в деле *Magill*, в рамках которого отказ двух телеканалов предоставить издательству информацию о телепрограммах со ссылкой на свои авторские права был признан злоупотреблением доминирующим положением.

Эта доктрина подразумевает применение ответственности за нарушение ст. 2 Закона Шермана в случае, когда компания, имеющая уникальную инфраструктуру, отказывает в доступе к ней конкуренту. Многие федеральные суды распространили действие этой доктрины на случаи, когда контроль над определенными ресурсами используется для устранения конкурента с рынка. Так, например, в часто цитируемом деле *MCI Communications Corp v. American Tel. & Tel. Co.*<sup>2</sup> суд применил эту доктрину, признав, что оператор связи обязан предоставлять доступ к своим местным сетям компаниям, которые конкурируют с ним на рынке удаленной связи. Аналогичные выводы можно видеть и в ряде других споров. К ним можно отнести вывод об обязанности

---

<sup>1</sup>Livingston D. Access to facilities in the transport sector: An Overview of EU and National Case Law, Kluwer Competition Law 13 March 2012

<sup>2</sup> 708 F.2d 1081,1132-33 (7<sup>th</sup> Cir. 1983)

владельцев стадионов предоставлять доступ на свои площадки на разумных условиях своим конкурентам/собственникам спортивных команд.<sup>1</sup>

Поскольку доктрина «необходимого оборудования» представляет собою исключение из правила свободы договора, не раз подтвержденного Верховным Судом США, в том числе и для монополиста, ее применение требует наличия ряда кумулятивно выполняемых условий. Для применения доктрины «необходимого оборудования» требуется: 1) владение монополистом оборудованием, которое не имеет аналогов, 2) неспособность конкурента создать приемлемую копию этого оборудования, 3) факт отказа от предоставления оборудования конкуренту; 4) техническая возможность предоставления оборудования для использования.

Вследствие разработки таких критериев доказывания стала фактическая сложность установления факта незаконной монополизации путем ограничения доступа. Истец должен доказать, что оборудование монополиста действительно необходимо, а в отсутствие доступа к нему хозяйствующий субъект не может конкурировать на рынке. Суд должен определить, что доступ к чужому имуществу действительно является «определяющим, крайне важным», а не просто «удобным» или «более дешевым».<sup>2</sup> Оборудование не может быть признано «необходимым», если существует его эквивалент, а также если выгоды, которые предполагается извлечь из этого оборудования, могут быть получены из других источников. Более того, последнее условие – наличие технической возможности предоставить доступ – свидетельствует о том, что доктрина «необходимого оборудования» не требует предоставлять доступ конкурентам к своему оборудованию, если это является неразумным или лишит монополиста возможности надлежащим образом выполнять обязательства перед своими клиентами.<sup>3</sup> В деле *Otter Tail Power Co. v. United States*, связанном с привлечением к ответственности за то, что при завершении

---

<sup>1</sup> Fishman v. Estate of Writz, 807 F.2d 520, 539-540 (D.C. Cir. 1986), Hecht v. Pro-Football, Inc., 570 F.2d 982, 992-93 (D.C. Cir. 1977).

<sup>2</sup> См. дело *Twin Laboratories, Inc. v. Weider Health & Fitness* (1990)

<sup>3</sup> Pitofsky R., *Op. cit.*, p. 7.

установки электрооборудования не было дано согласие на передачу большого количества электроэнергии к распределительным системам, являющимся муниципальной собственностью, Верховный Суд США дал толкование обоснованным с экономической точки зрения оправданиям ответчика, связанным с его попытками выполнять свои обязательства, из специального распоряжения обеспечивать целостное и повсеместное обслуживание потребителей. В любом случае, доктрина «необходимого оборудования» не может быть использована для привлечения к ответственности за монополизацию при наличии разумного экономического обоснования действий монополиста.<sup>1</sup>

Ф. Арида, комментируя дело *MCI Communications Corp v. American Tel. & Tel. Co.*, указал, что «возможно правильным является понуждение монополиста, при наличии у него технической возможности, предоставлять свое необходимое оборудование конкуренту, если он не может его скопировать».<sup>2</sup> Большинство судов склоняются к тому, что применение «доктрины необходимого оборудования» требует доказывания намерения устранить конкурента с рынка. Более того, в ряде случаев одного отказа от сделки при наличии такого установленного намерения достаточно для фиксации факта монополизации. Суды уже не углубляются в детали «ограничения доступа».<sup>3</sup> Несмотря на то, что классические случаи применения «доктрины необходимого оборудования» относятся к деятельности естественных монополий, на сегодняшний день она используется и в делах, связанных с интеллектуальной собственностью. Поэтому в понятие «необходимое оборудование» помимо реальных активов включены также и патенты и ноу-хау. В деле *Bell South Adver. & Publ'g v. Donnelly Info. Publ'g, Inc.*,<sup>4</sup> суд указал, несмотря на преимущественное применение доктрины «необходимого оборудования» к реальным активам, нет

<sup>1</sup> Areeda P. & Hovenkamp H., Antitrust Law -P. 736.1 - 736.2.

<sup>2</sup> Areeda P., Essential facilities: an epithet in need of limiting principles// Antitrust L.J., 1989.- №21,-P. 841, 853

<sup>3</sup> Pitofsky R. Op. cit.- P.9

<sup>4</sup> 719F. SupP. 1551.1566 (S.D. Fla. 1988), пересмотрено по иным причинам, F.2d 1436 (11<sup>th</sup> Cir.1993), cert. denied 520, U.S. 401 (1994)

причин не применить его в случае неправомерно удерживаемой коммерчески значимой информации. В обеих ситуациях результат идентичен: сторона лишается того необходимого, что ей нужно для конкуренции. При этом нормы законодательства об интеллектуальной собственности не освобождают от ответственности за нарушение антимонопольного законодательства.<sup>1</sup> В ряде случаев доступ к необходимому оборудованию требуется хозяйствующим субъектам, являющимся одновременно и конкурентами, и потребителями. В этом случае злоупотребление на одном рынке направлено на получение преимуществ на рынке, смежном с ним.

В европейском правопонимании хозяйствующий субъект может быть признан обладающим оборудованием необходимым для получения доступа на рынок, если это оборудование не имеет заменителей и если его особые характеристики, например высокая стоимость лишают потенциальных конкурентов возможности выбора: они должны воспользоваться оборудованием или будут отрезаны от рынка.<sup>2</sup> К «необходимому оборудованию» относятся объекты инфраструктуры, в отсутствие которых невозможно осуществлять предпринимательскую деятельность: кабельные сети,<sup>3</sup> аэропорты,<sup>4</sup> порты,<sup>5</sup> сети, установки по производству питьевой воды, а также интеллектуальная собственность.<sup>6</sup>

Злоупотребление может состоять как в полном отказе, так и в согласии предоставить доступ на невыгодных или дискриминационных условиях, сформулированных с тем, чтобы конкурент сам отказался от своего намерения выйти на рынок.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Pitofsky R., Op. cit.-P. 14

<sup>2</sup> Malaurie-Vignal M. L'abus de position dominante. P.121

<sup>3</sup> Cass. com. 18 avril 2000, France Telecom c/ ste NC Numericable, Bull. civ. IV, № 75 : «...оборудование France Telecom –кабельная сеть – является необходимым оборудованием для распространения аудиовизуальной информации ее конкурентами, альтернативы не существует».

<sup>4</sup> TRICE 12 dec. 2000, Aeroport de Paris, aff. T-128/98, Europe 2001, comm.. 62,: «... оборудование Аэропорта Парижа является необходимым оборудованием в том смысле, что его использование требуется для предоставления ряда услуг, в частности, услуг посадки пассажиров в самолет».

<sup>5</sup> Comm. CE Dec. 21 dec. 1993, № IV/34.689, Sea Containers c/ Stena Sealink, JOCE LI5/8,18 janv.1994.

<sup>6</sup> Blaise J.B., « L'arrêt Magill : une illustration de la théorie des installations essentielles », D. aff. 1996- P. 859 et s.

<sup>7</sup> Malaurie-Vignal M., L'abus de position dominante, L.G.D.J. 2002 - P. 153

В ЕС аналогично американскому подходу, обязательным требованием квалификации, является влияние отказа на конкуренцию на смежных рынках. Вместе с тем, эта концепция также применима и к отношениям между неконкурирующими между собою компаниями, если последствия отказа имели негативное влияние на конкуренцию.<sup>1</sup> Поэтому регулирование доступа к необходимому оборудованию осуществляется в ЕС посредством директив, направленных на либерализацию тех сфер, где монополия сложилась самостоятельно или была предоставлена государством, а также путем разделения различных бизнесов.

Однако хозяйствующий субъект вправе оправдать свой отказ со ссылкой на:

- характеристики потенциального конкурента: его слабое финансовое положение, отсутствие у его сотрудников необходимых технических навыков и знаний или возможность того, что он использует оборудование способом, несовместимым с его предназначением;
- невозможность выполнить обязательства перед другими контрагентами в случае предоставления конкуренту доступа к оборудованию;
- свойства оборудования и необходимость обеспечить его эффективное функционирование;
- право хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, защищать свои интересы на рынке. Однако ряд авторов на этот аргумент возражает, что даже в случае положительного эффекта для потребителя как участника рынка, структура совершенной конкуренции нарушается.<sup>2</sup>

Характерно, что на уровне стран –членов ЕС практика разнится: в то время как в Великобритании доктрина применяется весьма ограниченно, и внимание уделяется тому, например, был ли ранее предоставлен доступ на

<sup>1</sup> См., например, Dec. № 99-МС-01, 12 janv. 1999, NC Numeri Câble c/ France Telecom, ВАСС 27 avr. 1999, confirme par CA Paris 15 mars 1999; pourvoi rejeté : Cass. com. 18 2000, Bull. civ.IV, № 75.

<sup>2</sup> Malaurie-Vignal M., Op. cit. -P. 153



рынок и в чем причины отказа, в Германии доктрина применяется очень часто, причем в основном для оправдания отказа в предоставлении доступа или обоснования правомерности применения различных условий доступа (то есть – в оправдание дискриминации).<sup>1</sup>

Помимо безусловной необходимости определения границ рынка и выявления положения на нем хозяйствующего субъекта, в европейском правоприменении рассматриваемой доктрины требуется также доказать:

- наличие явного потребительского спроса на товар на смежном рынке,
- наличие у доминирующего хозяйствующего субъекта оборудования (а в широком понимании - любых активов), необходимых для осуществления деятельности на смежном рынке,
- а также тот факт, что поведение доминирующего хозяйствующего субъекта приведет к устранению конкуренции на смежном товарном рынке.

Применение этих критериев в деле *Oscar Bronner*<sup>2</sup> позволило отказать заявителю – небольшому издательству - в его требованиях воспользоваться сетью распространения продукции и логистическими средствами конкурента - более крупного издательства. К выводу об отсутствии нарушения привела следующая логика: поскольку доставка на дом не единственный способ удовлетворения потребительского спроса на продукцию, отказ в использовании имущества конкурента не приведет к ограничению конкуренции, поскольку заявитель может использовать иные средства, а потребитель при этом ничего не потеряет.

Знакомая логика? Только ст. 13 Закона о защите конкуренции говорит еще и о техническом прогрессе, помимо «общественного блага». В рассматриваемом же случае, технический прогресс не является обязательным.

---

<sup>1</sup> См, например, Dusseldorf Court of appeals overturning Federal Cartel Office decision re Ferry Services, 27.01.2010, Scandlines Deutschland GmbH, e-Competitions №№ 33434, 35659.

<sup>2</sup> ECJ, November 26<sup>th</sup>, 1998, Bronner, Case C-7/97, [1998], ECR I-7791.

Кстати, концепция применяется и в случаях дискриминации. А в деле *E.ON*<sup>1</sup> Комиссия ЕС пошла еще дальше, указав, что долгосрочные соглашения об эксклюзивном доступе к объектам инфраструктуры доминирующего хозяйствующего субъекта нарушают ст.102 TFEU. В этой ситуации, доминирующий хозяйствующий субъект- держатель актива «необходимого оборудования» - должен устранить все препятствия для недискриминационного доступа. Интересный вывод, особенно учитывая склонность российских держателей объектов инфраструктуры «бронировать» свои мощности наперед для «дружественных компаний» и последующего обоснования «технической невозможности» предоставления недискриминационного доступа. Здесь, кстати, прослеживается разница в российском и зарубежном подходах: в России в данном случае, довод о технической невозможности с большой вероятностью сработал бы в рамках обозначенного судом подхода, при условии, конечно, приведения хозяйствующим субъектом соответствующей нормы гражданского законодательства. Другой аспект рассматриваемой проблемы доступа, который целесообразно здесь упомянуть - наличие в Законе о защите конкуренции нормы, регулирующей правила недискриминационного доступа к объектам инфраструктуры. Именно эти нормы зачастую приводят юристы, когда размышляют о месте «доктрины необходимого оборудования» в российском антимонопольном законодательстве.<sup>2</sup> Однако правила недискриминационного доступа не являются даже разновидностью рассматриваемой концепции: изначально правила были предназначены для обеспечения доступа к объектам инфраструктуры субъектов естественной монополии. В 2016 г. правила недискриминационного доступа стали распространяться на хозяйствующие субъекты, занимающие доминирующее положение, с долей на рынке не менее 70%. Принцип введения правил недискриминационного доступа одинаков для обеих категорий хозяйствующих

---

<sup>1</sup> Case COMP/39.317- Commission Decision of 4 May 2010.

<sup>2</sup> См., например, Сушкевич А.Г. Сравнительный анализ целей конкурентного права США, ЕС и России. Юринфор.2015 С. 148.

субъектов: правила принимает Правительство РФ, их основная цель – обеспечить прозрачность и доступность инфраструктуры доминирующего хозяйствующего субъекта. Здесь хотелось бы сделать ряд комментариев: во-первых, правила недискриминационного доступа – это исключение из общего порядка, поэтому они регулируются подзаконными актами Правительства РФ. Правила недискриминационного доступа могут определять порядок предоставления услуг, порядок определения потребителей, которые подлежат обязательному обслуживанию, очередность обслуживания при невозможности предоставить доступ всем желающим с учетом законных интересов граждан, обеспечения безопасности государства, охраны культурных ценностей. Таким образом, правилами недискриминационного доступа может устанавливаться ограничение прав отдельных хозяйствующих субъектов в интересах неопределенного круга лиц, в том числе физических лиц-потребителей, имеющих какой-либо законный интерес. Однако правила недискриминационного доступа имеют четкую направленность: доступ к имуществу доминирующих хозяйствующих субъектов.

Российские антимонопольные органы, говоря о доктрине, приводят ее как одно из средств ограничения прав доминирующих хозяйствующих субъектов, а в качестве примеров, приводимых сотрудниками антимонопольных органов можно увидеть дела о понуждении доминирующих хозяйствующих субъектов к совершению сделок.<sup>1</sup> Такой подход является еще одним доказательством существующего сегодня дисбаланса. Гражданский кодекс РФ в качестве одного из основополагающих принципов гражданских отношений указывает на равенство и диспозитивность. Однако, как уже говорилось, положение хозяйствующих субъектов, обладающих властью над рынком или над контрагентом, изначально отличается - у них больше экономических возможностей. Поэтому закон за счет юридического неравенства, создаваемого для доминирующих хозяйствующих субъектов,

---

<sup>1</sup> Там же, С. 154-157.

посредством ограничения свободы договора пытается добиться экономического равенства участников гражданских правоотношений. Протекционистский подход законодателя и, как следствие, правоприменителей приводит тому, что это экономическое равенство отсутствует. По логике антимонопольных органов доминирующий хозяйствующий субъект должен в любом случае дать доступ к своей инфраструктуре, если это нужно его конкуренту или контрагенту для осуществления предпринимательской деятельности. Таким образом, возможность извлекать прибыль бесспорно приравнивается к защищаемому гражданскому праву.<sup>1</sup>

Логика судов при рассмотрении данной категории дел непредсказуема. Классическим с точки зрения применения «доктрины необходимого оборудования» примером является спор между ПАО «НК «Роснефть» и компанией «Сахалин Энерджи Инвестмент Компани Лтд.» о доступе к свободным мощностям магистрального газопровода «Сахалин-2». Истец - это конкурент основного участника проекта «Сахалин-2» ПАО «Газпром»: обе компании, участвуя в схожих по своему содержанию проектах готовы поставлять газ на экспорт. На сегодняшний день ПАО «Газпром» реализовало это возможность, создав производственные мощности. ПАО «НК «Роснефть» только собирается стать экспортером, однако без доступа к трубопроводу «Сахалин -2» доступ на зарубежные рынки будет затратен. Ответчик и ПАО «Газпром», привлеченный в качестве третьего лица, использовали широкий спектр аргументов. Они оспаривали доминирующее положение «Сахалин Энерджи Инвестмент Компани Лтд.», утверждая, что компания, не предоставляющая услуги третьим лицам, не может занимать доминирующее положение, указывали на отсутствие технической возможности, т.е. на заполненность газопровода, а также использовали аргументацию против «безбилетника», в другой ситуации вполне обоснованную. Действительно, хозяйствующий субъект, который произвел серьезные капитальные вложения,

---

<sup>1</sup> Борзило Е.Ю. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: научно-практическое руководство. М.: Статут. 2014. С.172-205

по экономической логике не обязан предоставлять в пользование свои производственные мощности конкурентам, а конкурент – немаленькая корпорация – вполне может создать свои производственные мощности. Отсутствие доступа здесь не означает отсутствие экономической возможности. Аргументация истца была иной – он ссылаясь на нормы законодательства о газоснабжении, обязывающие предоставлять доступ к магистральным газопроводам и ст. 10 Закона о защите конкуренции. Особенность этого спора в том, что в нем налицо практически все критерии «доктрины необходимого оборудования»: уникальность оборудования, отказ, конкуренция на смежном рынке, затратность (хотя и не невозможность) воспроизводства оборудования. Но самый главный здесь другой элемент, не всегда четко формулируемый: потребительское благо как финальный результат. Оба субъекта борются за экспортный рынок; для российского потребителя в данном случае наличие или отсутствие монополии безразлично. Однако небезразлично для российского бюджета, формируемого, в том числе, и за счет поступлений от спорящих компаний. Большой объем экспорта, большая выручка, больше налоги и выше конкурентоспособность России как участника данного рынка.

«Доктрина необходимого оборудования» - эффективный инструмент для оценки того, стоит ли ограничивать права хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение. Доктрина также важна в контексте разграничения гражданско-правового спора и антимонопольного нарушения. Она позволяет защищать интересы не только отдельного хозяйствующего субъекта, но и интересы конечного потребителя. В отсутствие данного элемента ограничивая свободу договора хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, закон просто отдает предпочтение одному из участников рынка, создает юридическое неравенство, не создавая в действительности экономического равенства.

Хотелось бы также отметить еще несколько текущих важных характеристик российского законодательства и правоприменения.

Одной из самых главных остается разграничение между гражданско-

правовым нарушением и злоупотреблением доминирующим положением: большинство форм злоупотребления так или иначе связаны с заключением или исполнением гражданско-правовых договоров.

Во всех рассмотренных юрисдикциях ключевой характеристикой является значимость влияния доминирующего хозяйствующего субъекта на рынок, которое создает экономическое неравенство. Собственно, норма о запрете злоупотребления доминирующим положением и является инструментом, посредством которого юридическое неравенство обеспечивает экономическое равенство. Таким образом, злоупотреблением доминирующим положением должно признаваться только деяние, неразрывно связанное с положением хозяйствующего субъекта на рынке, ведь именно его он использует для получения конкурентного преимущества. Не всякое действие формально запрещенное ст. 10 Закона о защите конкуренции должно признаваться злоупотреблением, норму необходимо рассматривать в контексте ст. 5 Закона о защите конкуренции. Отчасти такую позицию можно наблюдать в официальных документах антимонопольного органа. Согласно официальной позиции ФАС России следует учитывать, что злоупотребление доминирующим положением предполагает необходимость установления объективной взаимосвязи между рассматриваемыми действиями и доминирующим положением хозяйствующего субъекта на рынке. В отсутствие доминирующего положения применяемый хозяйствующим субъектом способ реализации права становится невозможен или экономически нецелесообразен. Наличие такой объективной взаимосвязи позволяет установить факт злоупотребления доминирующим положением, отграничив его, в частности, от гражданского правонарушения субъекта предпринимательской деятельности.<sup>1</sup> Отдельно

---

<sup>1</sup> Разъяснение Президиума ФАС России от 07.06.2017 №8 "О применении положений статьи 10 Закона о защите конкуренции" (утв. протоколом Президиума ФАС России от 07.06.2017 N 11). Такая позиция сформирована с учетом судебной практики, в частности Определения ВС РФ от 04.07.2016 N 301-КГ16-1511 по делу № А82-777/2015. Суд пришел к выводу о том, что гражданско-правовое нарушение без учета целей Закона о защите конкуренции, без установления обстоятельств, свидетельствующих о нарушении оператором почтовой связи при ненадлежащем оказании услуг почтовой связи норм антимонопольного законодательства, которое обусловлено именно злоупотреблением им своим доминирующим положением, имеет антиконкурентную

хотелось бы отметить, что такой подход никак не входит в противоречие с объективностью нарушения – вина все еще не имеет значения.

Приведу пример, как это должно и как не должно работать. Относительно недавно ФАС России рассматривал достаточно громкие дела о «национальном роуминге» (№ 1-10-31/00-11-18): по факту взимания платы за услуги связи вне «домашнего» региона ФАС России возбудил дело о злоупотреблении доминирующим положением мобильных операторов связи, признанных занимающими коллективное доминирующее положение. По мнению антимонопольного органа, несмотря на то, что ст. 54 Федерального закона Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» (далее – Закон о связи) оставляет вопрос о взимании платы за такие услуги на усмотрение оператора, использование ее операторами связи является злоупотреблением правом, поскольку операторы не несли никаких издержек в связи с предоставлением данной услуги. С учетом ст. 54 Закона о связи реализация права на взимание платы с абонентов за соединение вне домашнего региона является злоупотреблением доминирующим положением, если взимание такой неразрывно связано с положением на рынке хозяйствующих субъектов. Обращаясь к более консервативной позиции антимонопольного органа, упомянутой выше, не будь власти на рынке, такое взимание платы было бы экономически неэффективным. Иными словами, взимание такой платы хозяйствующим субъектом, не занимающим доминирующее положение, лишено экономического смысла, поскольку дополнительные конкурентные преимущества предоставлять не будет, а значит, такая практика должна применяться только доминирующими на рынке хозяйствующими субъектами. Однако правом на взимание платы за соединение вне домашнего региона пользовались не только доминирующие мобильные операторы, а ограничение,

---

направленность, привело или могло привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции и (или) ущемлению интересов других лиц и, соответственно, требует принятия мер антимонопольного регулирования - не является нарушением антимонопольного законодательства// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

обоснованное экономической неразумностью, антимонопольный орган применял только к доминирующим. В результате такого выборочного подхода создается неоправданное неравенство, когда преимущество предоставляется отдельным участникам рынка под предлогом защиты потребителя и пресечения антиконкурентной практики.

Как представляется, для разграничения гражданско-правового спора от антимонопольного нарушения целесообразно использовать кумулятивно 2 инструмента: определение объективной взаимосвязи и анализ последствий. Анализ последствий – это универсальный критерий. Он применим не только для целей разграничения ст. 10 Закона о защите конкуренции и гражданско-правового спора. Необходимо исследовать, привело ли потенциальное злоупотребление к каким-либо последствиям для рынка в целом, а не только для отдельно взятого хозяйствующего субъекта. Собственно, этот критерий во многом заложен в ранее исследованных актах ЕС. Ведь даже альтернативный критерий ущемления прав, заложенный в ст. 10 Закона о защите конкуренции, необходимо толковать в связи с общей целью антимонопольного законодательства как социально ориентированного. Эта социальная ориентированность выражается не только и не столько в защите прав отдельных участников рынка, сколько в создании баланса интересов и в конечном итоге потребительских благ. Так решается извечный вопрос: кого защищает законодательство о конкуренции – конкурентов или конкуренцию? Ответ: конкурентов постольку, поскольку они важны для конкуренции. В противном случае механизмы законодательства о конкуренции могут быть использованы (а в действительности часто используются) как инструмент в различного рода «корпоративных войнах». В тех случаях, когда «пострадавшему» не удастся решить вопрос в арбитражном суде с помощью инструментов ГК РФ, антимонопольное правоприменение используется в качестве способа достигнуть поставленной цели. А это недопустимо. Именно поэтому Пленум ВС РФ № 2 в п. 12 указал, что при возникновении спора о том, имеет ли место злоупотребление доминирующим положением, судам



наряду с установлением признаков злоупотребления в соответствующей форме (например, направленности поведения на недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) причинение вреда, иное подобное ущемление прав участников рынка и усиление в связи с этим позиции лица, занимающего доминирующее положение) также следует принимать во внимание, являлось ли возможным совершение хозяйствующим субъектом определенных действий (бездействие), в том числе недобросовестных по отношению к своим контрагентам (потребителям) в отсутствие доминирующего положения на рынке.

### ***§3. Классификация и анализ отдельных видов злоупотребления доминирующим положением***

Существует несколько способов классификации злоупотреблением доминирующим положением.

Способ первый - на основании характера негативных последствий, обсужденных выше. На этом основании можно выделить злоупотребления, приводящие к:

- ограничению конкуренции;
- ущемлению прав экономически зависимой стороны/неограниченного круга потребителей;
- обоим последствиям.

Классификацию можно также провести по аналогии с классификацией для соглашений – по характеру запрета. Опираясь на позицию Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, высказанную в Пленуме ВАС РФ № 30, и используя формальный подход, можно было бы разделить виды злоупотреблений на:

- абсолютно запрещенные, т.е. прямо поименованные в ст. 10 Закона о защите конкуренции, и

- относительно запрещенные, т.е. не поименованные в нем, доказывание антиконкурентных последствий которых возложено на антимонопольный орган.

Однако типология, предложенная Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации, сегодня представляется спорной, особенно в контексте разграничения злоупотребления доминирующим положением и гражданско-правового спора.

С учетом требований ст. 13 Закона о защите конкуренции и действуя в разрезе все того же индикативного документа Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, полагаю возможным отчасти использовать данную классификацию, но в принципиально ином наполнении. Итак,

- к абсолютным запретам следует отнести те, допустимость которых невозможно доказать с использованием правил о пределах использования гражданских прав;

- к относительным запретам, соответственно, относятся все, что не подпадают в эту категорию.

Необходимо также отметить, что классификация по основанию применения критерия эффективности, используемого во всех исследованных в ходе данной работы правопорядках, в России нецелесообразна, поскольку критерий на практике не применяется.

Еще один способ классификации – по инструменту. В рамках данного подхода можно выделить:

- ценовые нарушения, т.е. самые прямолинейные, те, где инструментом является цена, и

- неценовые нарушения.

Помимо плоскостного инструментального критерия, такая классификация позволяет правильно определить тот набор инструментов, с помощью которого можно выявить, имело ли место злоупотребление.

К возможным способам классификации можно также отнести прямо предусмотренный Законом о защите конкуренции, выделив прямо

поименованные нарушения, а также иные непоименованные. Однако необходимо отметить, что некоторые из поименованных нарушений в действительности обозначают одно и то же поведение. В частности, во многих случаях отказ от заключения договора является ограничением доступа на товарный рынок – это актуально, например, для случаев доступа к инфраструктуре, а также для отказа включения в дилерскую сеть. Как ограничение доступа на рынок может быть квалифицировано и создание дискриминационных условий, и необоснованное установление различных цен на товар, которое, в свою очередь, может также считаться дискриминацией. Те же соображения применимы и к составам «изъятие товара из обращения...» и «экономически и технологически необоснованное сокращение и прекращение производства товара...», поскольку первое может являться технологическим следствием второго.

Поэтому для целей настоящей работы разделим случаи запретов на несколько крупных групп, основываясь не на обозначении запретов в законе, а на содержании поведения хозяйствующих субъектов.

#### *Отказ от заключения договора*

В эту категорию входит как сам отказ, так и бездействие в части заключения договора, а равно и отказ, результатом которого становится ограничение доступа на рынок.

Развитие концепции ограничения свободы договора в связи с запретом монополизации рынка получило толчок в связи с рассмотрением дела *Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co.*<sup>1</sup> Компания Kodak, стремившаяся к созданию единой интегрированной сети продаж, не согласилась поставлять оптом товар розничному продавцу, который отказался продать свой бизнес Kodak. При рассмотрении этого дела Верховный суд пришел к выводу о том, что отказ фирмы, обладающей монопольной властью, от сделки с предприятием, находящимся на другом уровне производственной цепи, может

---

<sup>1</sup> 273 U.S. 359 (1927).

быть признан незаконной монополизацией. Аналогично, по уже упомянутому делу *Otter Tail Power Co. v. United States*<sup>1</sup> отказ большой электростанции передавать электрическую энергию независимых поставщиков в муниципальные образования по своим сетям, минуя снабжающие организации самой электростанции, с целью поддержания монопольного положения таких организаций, суд квалифицировал как монополизацию. Однако эти нормы не затрагивают случаи вертикальной интеграции, реализуемой без скупки уже действующих предприятий. В таких случаях работает ст. 2 Закона Шермана – нормы о монополизации. Следующим этапом в разработке принципа ограничения свободы договора стало дело *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*<sup>2</sup> Владелец трех горнолыжных склонов горы Aspen отказался от совместного с владельцем одного соседнего склона проекта по продаже совместных абонементных билетов. Суд расценил такое поведение как реальное намерение убедить клиентов отказаться от услуг конкурента. Верховный суд США постановил, что такие действия нарушают ст. 2 Закона Шермана, поскольку единственной целью *Aspen Skiing Co.* было уничтожение конкурента. Отсутствие разумного экономического обоснования действий *Aspen Skiing Co.* подтвердило вывод суда о несоответствии действий этой организации ст. 2 Закона Шермана. Экономическая обоснованность играет существенную роль при оценке отдельных действий компаний с точки зрения антитрестовского законодательства. В подтверждение данного тезиса можно привести дело *Olympia Equip. Leasing Co. v. Western Union Tel. Co.*,<sup>3</sup> где суд исходил, прежде всего, из экономической обоснованности действий предприятия, занимающего монопольное положение. Суд исходил из того, что монополист не обязан поощрять усилия своих конкурентов. Такая обязанность скорее ослабит, чем усилит конкуренцию.<sup>4</sup> Отграничив это дело от дела *Aspen*,

---

<sup>1</sup> 410 U.S. 366 (1973)

<sup>2</sup> 472 U.S. 585 (1985)

<sup>3</sup> 797 F.2d 370 (7<sup>th</sup> Cir 1986).

<sup>4</sup> Аналогичный подход мы наблюдаем и в деле *Image Technical Services v. Eastman Kodak Co.* 125 F.3d 1195, (9<sup>th</sup> Cir.1997) cert. denied, 523 U.S. 1094 (1998), где Верховный Суд США указал на экономическую

суд указал, что последнее: «...символизирует принцип, находящийся вне охвата необычайных фактов, сводящийся к тому, что против монополиста может быть вынесен приговор в том случае, если он откажется от сотрудничества с конкурентом на условиях, при которых определенная степень сотрудничества может быть необходима для эффективной конкуренции».<sup>1</sup>

Запрет отказа от заключения договора не абсолютен, такой отказ не безусловно антиконкурентное действие, а значит может быть оправдан необходимостью отказавшегося защищать свои права и экономические интересы. Поскольку теория структурного злоупотребления подразумевает доказывание использования аномальных или незаконных способов, доминирующее предприятие всегда может обосновать экономическую необходимость отказа. Более того, в случае, если предоставляемый доминирующим предприятием товар можно получить из других источников, отказ не будет признан злоупотреблением доминирующим положением. Также нельзя считать злоупотреблением отказ от заключения договора в связи с отсутствием технической возможности предоставить товар, а также отказ одного из участников группы лиц поставлять материал третьим лицам в связи с тем, что этот материал используется в деятельности другого участника группы.<sup>2</sup> При наличии таких обстоятельств доминирующий хозяйствующий субъект не лишен права расторгнуть договор с контрагентом и более не возобновлять его.<sup>3</sup>

В европейском правоприменении ярким примером является дело *Commercial Solvents*,<sup>4</sup> которая занимала доминирующее положение на рынке

---

нецелесообразность поведения компании Кодак с точки зрения конкуренции. Эта компания отказывала в поставке запасных частей к копировальному оборудованию заказчикам, пользовавшимся услугами независимых сервисных мастерских. Верховный суд пришел к выводу о том, что такое поведение направлено на вытеснение с рынка сервисного обслуживания копировальной техники независимых организаций. Особую и негативную для Кодак роль в данном деле сыграл тот факт, что описанное поведение не было для нее типичным. Это дело примечательно и отличается от приведенных выше тем, что в данном случае отказ от сделки был адресован тому лицу, которое непосредственно нуждалось в получении товара Кодак, в результате чего были нарушены права конкурентов.

<sup>1</sup> Цитата приведена по Гелхорн Э., Ковачич В. Е. Антитрестовское законодательство и экономика. С. 108.

<sup>2</sup> Déc. № 2001-D-70 Cons. Conc. 24 oct. 2001 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la mélasse et du rhum à la Réunion, BOCC 21 janv. 2002, P.34.

<sup>3</sup> Malaurie-Vignal M. L'abus de position dominante, L.G.D.J., 2002 P. 121

<sup>4</sup> Cases 6 , 7/73 Commercial Solvents v. Commission (1974) ECR 223,250,251

сырья для медицинских препаратов. До 1970 г. итальянское подразделение корпорации (*Instituto Chemioterapico Italiano SpA*) реализовывало эту продукцию в Италии, причем одним из основных клиентов была компания *Zoja*. В 1970 г. *Instituto Chemioterapico Italiano SpA* начал производство медицинских препаратов на базе сырья, поставляемого *Commercial Solvents*, и в то же самое время последняя решила прекратить в странах ЕС реализацию первичного сырья, а поставлять его производную – продукт перегонки, который затем обрабатывался *Instituto Chemioterapico Italiano* и превращался в продукт, не требующий дополнительной обработки и готовый для использования при производстве лекарств. Когда *Zoja* заказала очередную партию первичного сырья, *Commercial Solvents* ответила отказом. Суд установил в действиях корпорации злоупотребление доминирующим положением, придя к выводу о том, что целью ограничения продаж сырья было облегчение собственного доступа на рынок производных товаров. Такие действия были сочтены недопустимыми, поскольку *Commercial Solvents*, будучи основным поставщиком сырья, имела также возможность контролировать и рынок его производных, и не могло прекратить поставки только на том основании, что оно решило заняться другой деятельностью, так как указанные действия могли привести к устранению с рынка конкурентов.

Отказ от заключения договора - один из наиболее часто встречающихся видов нарушения антимонопольного законодательства в Российской Федерации. Он влечет за собой не только ущемление прав контрагента, но и зачастую ограничение конкуренции. Однако для России более актуальны те случаи злоупотребления доминирующим положением, что связаны с ущемлением прав клиентов в различных формах. Одним из самых острых вопросов на сегодня является вопросов отбора контрагентов доминирующим хозяйствующим субъектом. С момента признания сокращения дистрибьюторской сети ООО «Ново Нордиск» злоупотреблением доминирующим положением любой отбор контрагентов сопряжен с серьезными антимонопольными рисками.

### *Ценовые злоупотребления*

Ценовые злоупотребления принимают различные формы: особо выделяют ценовую дискриминацию, монопольно высокие цены и монопольно низкие цены. Использование монопольно высоких цен в США традиционно не считалось видом монополизации: предполагается, что оно скорее поощряет конкуренцию, стимулируя конкурентов к входу на рынок, где можно извлечь сверхприбыль.<sup>1</sup>

Статья 102 TFEU безусловно запрещает ценовые злоупотребления. С точки зрения классификации в любом правовом порядке можно выделить следующие типы ценовых нарушений:

- установление чрезмерно высоких цен продажи;
- применение чрезмерно низких закупочных цен;
- ценовая дискриминация;
- скидки за лояльность или иные незаконные скидки;
- монопольно низкие/монопольно высокие цены продажи товара.

Комиссия ЕС в формате Указания по злоупотреблениям доминирующим положением признает, что «ценовая конкуренция выгодна для потребителей», и что ее вмешательство целесообразно только в случае, когда поведение доминирующего хозяйствующего субъекта не может быть скорректировано его конкурентами.<sup>2</sup> При этом Комиссия также устанавливает, что «в определенных ситуациях и слабый конкурент может таким образом воздействовать на рынок, что вмешательство перестает быть необходимым». Статья 102 TFEU прямо устанавливает, что злоупотребление может состоять в прямом или косвенном навязывании несправедливых цен продажи, поэтому ряд исследователей выделяют отдельно ценовое злоупотребление, как форму извлечения сверхприбыли, а также как способ борьбы с параллельным импортом.

---

<sup>1</sup> Frazer T. Op. cit.-P.64

<sup>2</sup> Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, 24.02.2009, O.J. C 45/7

Если исходить из презумпции, что доминирующий хозяйствующий субъект безусловно воспользуется своей властью на рынке, тогда ценовое злоупотребление самый вероятный прогноз развития событий. В практике ЕС цена считается чрезмерной, если она не соотносится в разумной степени со стоимостью продукции. Тем самым, необходимо проанализировать состав издержек на производства продукции, из чего состоит стоимость, и в этом смысле бремя доказывания лежит на стороне, доказывающей обоснованность цены. Как это было, например, в деле *United Brands*,<sup>1</sup> где суд счел исследование, проведенное Комиссией ЕС, недостаточным. Выводы, сделанные в рамках этого дела, заслуживают отдельного анализа.

Комиссия признала *United Brands* злоупотребившим доминирующим положением, в том числе, посредством использования чрезмерных цен на свои бананы марки *Chiquita* в Бельгии, Нидерландах, Люксембурге, Дании и Германии. Выводы Комиссии ЕС основывались на следующем:

1. Комиссия сравнила цены, которые *United Brands* применяла в Ирландии и цены на продукцию в других государствах, которые оказались иногда в 2 раза дороже. Тем самым, Комиссия выявила «очень существенную прибыль».

2. Комиссия сравнила цены на бананы под торговой маркой *Chiquita* и бананы «иной» категории и установила разницу в 30-40%, что также сочла необоснованным.

3. Комиссия также сравнила цены на бананы *United Brands* с ценами, применяемыми его конкурентами, не занимающими доминирующее положение на рынке. Цены конкурентов оказались ниже цен *United Brands*.

Однако суд с выводами о ценовом злоупотреблении не согласился, не установив, что *United Brands* извлекло «очень существенную прибыль», а применение якобы пониженных цен в Ирландии не привело к появлению у

---

<sup>1</sup> *United Brands v. Commission* [1978] ECR 207



компании убытков, которые следовало было бы компенсировать по логике монопольно низкого ценообразования. Так появился критерий сопоставимых рынков – один из самых дискуссионных, но эффективно применяемых. В России он является элементом установления для выявления монопольно высокой или низкой цены. Его содержание - для сравнения необходимо использовать показатели на рынках, сходных по составу продавцов и покупателей, общим характеристикам, в том числе и территориальным. В рамках данного дела суд согласился с тем, что применение чрезмерно высоких цен не имеющих разумного экономического обоснования с точки зрения затрат и состояния рынка, представляет собой злоупотребление доминирующим положением. Однако суд не указал, как определять эту чрезмерную цену, при этом дал инструкции изучать: чрезмерна ли эта цена сама по себе или же она может просто казаться таковой при сравнении с ценами других производителей.

Этот дело случай сложность вопроса определения справедливой цены товара. Последующая правоприменительная практика подтвердила, что ответ на этот вопрос совсем не прост, поскольку требует выявления разницы между тем, что является справедливой ценой и тем, что государственный орган по собственной инициативе или по жалобе неэффективного хозяйствующего субъекта считает таковой. Поэтому в дальнейших делах Комиссия ЕС неоднократно утверждала, что непрозрачное ценообразование либо цена, не основанная на издержках компании на производство товара, сама по себе не является антиконкурентной.<sup>1</sup>

Вопрос со справедливой ценой получил неоднозначное решение в России. Однако освещение этого вопроса требует сначала проанализировать характеристики монопольно высоких и низких цен, а также разобраться в вопросах ценовой дискриминации.

### *Монопольно высокие цены*

---

<sup>1</sup> Scandlines Sverige v. Port of Helsingborg, Case COMP/A.36.568/D3

В России вопросы монопольно высоких цен или просто завышенных цен традиционно представляют интерес, в первую очередь в сфере естественных монополий и ТЭК.<sup>1</sup>

В соответствии со ст. 6 Закона о защите конкуренции монопольно высокой ценой товара является цена, установленная занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом, если эта цена превышает сумму необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли и цену, которая сформировалась в условиях конкуренции на товарном рынке, сопоставимом по составу покупателей или продавцов товара, условиям обращения товара, условиям доступа на товарный рынок, государственному регулированию, включая налогообложение и таможенно-тарифное регулирование, при наличии такого рынка на территории Российской Федерации или за ее пределами. Таким образом, принятый в зарубежных государствах критерий сопоставимых рынков, используется и в России. Иногда юристами высказывается мнение об излишней строгости критериев сопоставимости, с которыми все же сложно согласиться. Ссылки самого антимонопольного органа на то, что сопоставимые рынки существуют не всегда, совершенно не означают, что предусмотренные законом критерии чрезмерны.<sup>2</sup> Регионы России развиты неравномерно, однако это не мешает антимонопольным органам находить сопоставимые рынки в тех случаях, когда закон этого требует, как например, в случае с «молочными» делами.<sup>3</sup> Действительно, и зарубежный сопоставимый рынок найти не всегда легко. Но российская экономика, как и экономика любого отдельно взятого государства, имеет собственную специфику, в противном случае глобализация не проходила бы столь болезненно, как мы наблюдаем это сегодня. Очевидно одно – отсутствие критерия сопоставимого рынка приведет к тому, что монопольно

---

<sup>1</sup> Антимонопольное регулирование ТЭК: итоги 2011-2012 гг., презентация Заместителя руководителя ФАС России Голомолзина А.Н. 22 ноября 2012. Не публиковалась.

<sup>2</sup> Интернет-конференция руководителя ФАС И.Ю. Артемьева 20 марта 2009. [Электронный ресурс]. - [www.fas.gov.ru/article/a\\_23150.shtml](http://www.fas.gov.ru/article/a_23150.shtml) (дата обращения 01.02.2010)

<sup>3</sup> См. постановление ФАС ПО от 27.01.2011 по делу № А65-7387/2010, постановление ФАС УО от 11 августа 2010 г. № Ф09-6069/10-С1// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

высокая цена будет определяться на основании затратного метода, т.е. сопоставления себестоимости товара и цены, что будет неизбежно означать определение справедливой цены антимонопольным органом. Важность критерия сопоставимых рынков специально подчеркнута особой оговоркой в Законе о том, что цена товара не признается монопольно высокой в случае непревышения цены, которая сформировалась в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке. В настоящее время судебная практика в основном исходит из необходимости для антимонопольного органа полностью проанализировать оба критерия, в противном случае акт антимонопольного органа подлежит отмене.<sup>1</sup> Также отметим, что сейчас антимонопольный орган активно продвигает изменения в Закон о защите конкуренции, направленные на исключение из сопоставимых зарубежных рынков, оправдывая инициативу сложной геополитической обстановкой.

Закон о защите конкуренции приводит следующие способы установления монопольно высокой цены:

1) путем повышения ранее установленной цены товара, если при этом выполняются в совокупности следующие условия:

а) расходы, необходимые для производства и реализации товара, остались неизменными или их изменение не соответствует изменению цены товара;

б) состав продавцов или покупателей товара остался неизменным либо изменение состава продавцов или покупателей товара является незначительным;

в) 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 неснижения ранее установленной цены товара, если при этом выполняются в совокупности следующие условия:

---

<sup>1</sup> См. постановление ФАС СЗО от 20 ноября 2012 г. по делу № А56-2091/2012// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

а) расходы, необходимые для производства и реализации товара, существенно снизились;

б) состав продавцов или покупателей товара обуславливает возможность изменения цены товара в сторону уменьшения;

в) условия обращения товара на товарном рынке, в том числе обусловленные мерами государственного регулирования, включая налогообложение, тарифное регулирование, обеспечивают возможность изменения цены товара в сторону уменьшения.

Однако в российских условиях конкурентную цену установить крайне сложно. Она не должна быть установлена как среднее арифметическое по России или по отдельно взятому рынку,<sup>1</sup> при этом бремя полного выявления конкурентных цен лежит на антимонопольном органе.<sup>2</sup>

Необоснованные цены на финансовые услуги – отдельная форма злоупотребления доминирующим положением - это своего рода аналог монопольных цен на услуги нефинансовые, однако без столь же четко проработанных критериев. Разрабатываемые на сегодняшний день критерии выявления таких цен включают в себя два подхода. Первый: в расчет принимаются средние по рынку тарифы на сопоставимые услуги. При втором подходе будет применяться исторический принцип, когда тарифы будут сопоставляться с ценами прошлого года.<sup>3</sup> То есть те же самые критерии, которые используются для монопольно высоких и монопольно низких цен. Представляется, что специфика рынка финансовых услуг является недостаточной причиной для того, чтобы выделять контроль за ценами финансового сектора в самостоятельный сектор регулирования, тем более, учитывая отрицательную оценку судами решений, принятых антимонопольными органами в данном направлении.

---

<sup>1</sup> См. постановление ФАС ВВО от 07 сентября 2011 г. по делу № А79-8284/2010// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>2</sup> См. постановление ФАС СЗО от 11 октября 2010 г. по делу № А05-21755/2009 // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>3</sup> Приказ ФАС России от 24.08.2012 г. № 548 «Об утверждении «Методики определения необоснованно высокой и необоснованно низкой цены услуги кредитной организации»//Российская газета. 2012. № 239

*Монопольно низкие цены*

Монопольно низкие цены также именуется «грабительскими». Теория грабительского ценообразования обсуждалась в США в течение длительного времени, однако до сих пор не существует последовательной базы для принятия решений. Это наиболее сложная сфера антимонопольного законодательства, поскольку цена неправильных решений в данном случае слишком высока. Во-первых, ошибочное обвинение в грабительском ценообразовании может ограничить ценовую конкуренцию между фирмами, а именно ее поощрение и является главной целью Закона Шермана. Во-вторых, у ошибочно обвиненной фирмы, как и у потенциального конкурента, пропадает желание участвовать в конкуренции. В ходе рассмотрения многих дел из грабительского ценообразования экономисты показали, что обычная деловая практика, например, скидки, предоставляемые самой эффективной на рынке фирмой, может быть квалифицирована как грабительское ценообразование. На формирование концепции грабительского ценообразования оказали влияние четыре теории.

1) Теория, базирующаяся на анализе себестоимости: Основоположниками этого направления стали Филипп Арида и Дональд Тернер; оно до сих пор крайне популярно. Основной тезис: для разумного хозяйствующего субъекта нецелесообразно установление цены ниже средней прогнозной себестоимости ожидаемой в краткосрочном периоде. Такая цена может быть применена, только если хозяйствующий субъект намерен компенсировать понесенные расходы сверхприбылями. Иными словами, цена ниже средних и ниже средних предельных издержек может быть признана монопольно низкой. Недостаток этой концепции общеизвестен – при определении средней прогнозной себестоимости она использует «среднюю температуру по больнице», абстрактную величину, не учитывающую индивидуальные особенности отдельно взятого бизнеса.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Areeda Ph., Turner D.F. Antitrust Law. P.113

2) Теория обработки структурной информации. Ее представители придерживаются мнения, что анализ себестоимости должен проводиться только тогда, когда характеристики рынка свидетельствуют о возможном ущербе конкуренции. Они полагают, что использование монопольных цен возможно только в том случае, если доступ на рынок затруднителен. Если доступ на рынок конкурентов легок, установление монопольно низкой цены вообще лишено смысла, поскольку монополист не сможет впоследствии возместить свои убытки, подняв цены выше конкурентных.

3) Теория отсутствия нормы. Эта теория полагает монопольно низкое ценообразование настолько редким и нерациональным явлением, что ставит под вопрос необходимость какого-либо вмешательства. Низкие цены выгодны для потребителя, а высокие цены, сверхконкурентные, после установления грабительских цен обычно привлекают новых конкурентов, которые не дают возможности монополисту впоследствии возместить свои убытки.

4) И снова теория игры. Между реальными и потенциальными конкурентами существуют комплексные взаимоотношения, основанные на многовариантности реакций конкурентов на действия монополистов. Есть слишком много факторов, которые могут влиять на процесс принятия решений «игроками» на рынке. Теория, которая стоит за всем этим, делает невозможным для антимонопольного органа и суда, применять ее на практике.

Верховный суд США впервые проявил серьезную заинтересованность проблемой грабительски низких (монопольно низких) цен в деле *Matsushita Electric Industrial v. Zenith Radio Corp.*<sup>1</sup> Возможно, это самое интересное решение Верховного суда США по данному вопросу, хотя касалось оно коллективных действий. Однако выводы суда имеют универсальное значение. Истцы указывали, что японские конкуренты пытаются вытеснить их с рынка, продавая свои телевизоры на территории США по цене ниже себестоимости. В

---

<sup>1</sup> 475 U.S. 574 (1986)

этом деле был разработан «критерий объективной разумности».<sup>1</sup> Для признания судом ценовой политики, проводимой предприятием, грабительским ценообразованием, необходимо одновременное выполнение ряда условий:

1. у компании должны быть реальные перспективы достижения монопольной власти;
2. ценообразование не должно являться результатом усилившейся конкуренции;
3. компании должны быть в состоянии поддерживать свою монопольную власть так долго, чтобы успеть возместить потери и воспользоваться преимуществами монополии.

В отсутствие любого из этих условий суд должен отказать в удовлетворении иска из грабительского ценообразования.

Иск в деле *Matsushita* этим критериям не соответствовал. Входные барьеры на рынок были низкими; ничто не свидетельствовало об успехе политики *Zenith*: после 20 лет предполагаемого грабительского ценообразования доля японских производителей осталась прежней.<sup>2</sup> Суд определил 3 подхода к выявлению монопольно низких цен: сравнение цены и издержек, исследование намерения, структурный анализ, примененный в деле *Matushita*. При этом суд указал, что применение последнего способа чревато меньшими ошибками, чем первых двух. Судья заметил, что анализ цены и издержек ненадежен, поскольку применение заниженных цен в ряде случаев законно, например, в случае продвижения на рынок нового товара. Кроме того, в большинстве случаев сложно правильно определить и средние, и предельные издержки. «Анализ намерений» подвергся еще более серьезной критике, как требующий слишком больших временных затрат и не соответствующий скорости развития и дифференциации экономических отношений.

Наиболее важным этапом развития данной теории стало дело *Brook Group*

---

<sup>1</sup> Hylton K.N. Antitrust Law. P.216

<sup>2</sup> Там же.

*Ltd. v. Brown&Williamson Tobacco Corp.*<sup>1</sup> Компания *Ligett & Mayers*, принадлежащая корпорации *Brook*, заявила, что *Brown&Williamson* использовала цены ниже себестоимости с целью пресечь попытки *Ligett* продавать немарочные табачные изделия в условиях конкуренции. Верховный суд США признал неосновательными требования заявителя, главным образом в связи с тем, что *Ligett* не смогла доказать, каким образом ее конкурент, владея всего 12% рынка, мог бы компенсировать затраты на продажу по ценам ниже себестоимости. По делу *Brook Group* суд постановил, что истцы, предъявляющие обвинения в установлении монопольно низких грабительских цен по ст. 2 Закона Шермана или по Закону Робинсона - Патмана, должны доказать следующие факты факта:

-что цены установлены а) монополистом ниже уровня цен его конкурента, не указав при этом, какая величина (средняя прогнозная или средняя конечная себестоимость) должна служить отправным пунктом;

-что у монополиста была возможность возмещения понесенных им расходов, сделанных в связи с установлением цен ниже себестоимости. Суть вопроса о компенсациях состоит в доказывании факта, что «структура и условия на соответствующем рынке» позволят предполагаемому монополисту приступить к «длительному сверхконкурентному ценообразованию», после того, как его противники будут уничтожены.<sup>2</sup>

Европейский экономический анализ монопольно низкого ценообразования основан на популярной теории Ариды-Тернера, подразумевающей исследование уровня средних издержек в краткосрочном и долгосрочном периоде. Поскольку невозможно прямо доказать наличие намерения устранить конкурента с рынка, такое намерение презюмируется в случае, когда предлагаемая цена ниже средних переменных издержек. Намеренное

---

<sup>1</sup> 509 U.S. 209 (1993)

<sup>2</sup> Гелхорн Э., Ковачич В.Е. Антитрестовское законодательство и экономика С. 105; Борзило Е.Ю. Пределы осуществления гражданских прав хозяйствующими субъектами, занимающими доминирующее положение: понятие, виды и последствия превышения. Сравнительный анализ права России, США и Франции: дисс... канд. юрид. наук.: 12.00.03. М., 2005. С. 183.



причинение себе убытков противоречит экономической логике и поэтому свидетельствует в пользу грабительского ценообразования.

В качестве примера анализа можно привести дело компании *AKZO*. *AKZO* занимала доминирующее положение в Англии и Ирландии на рынке химикатов, для мукомольного производства. Аналогичную продукцию производила компания *ECS*, которая традиционно продавала ее для использования в мукомольном производстве. Компания *ECS* обратилась в Комиссию ЕС с жалобой на *AKZO*, утверждая, что последняя применяет по отношению к клиентам *ECS*, занимающимся мукомольным производством, заниженные цены. Комиссия установила,<sup>1</sup> что *AKZO* намеревалась устранить *ECS* с рынка химикатов, у Комиссии также имелись доказательства того, что *AKZO* действительно угрожала *ECS*. Комиссия не стала проводить анализ ценообразования, заявив, что снижение цены было обусловлено антиконкурентными мотивами, и при этом не имело значения, была цена понижена или повышена. Однако суд, исходя из того, что злоупотребление доминирующим положением – это объективное явление, провел анализ издержек и пришел к выводу о том, что цены ниже уровня переменных издержек, с помощью которых хозяйствующий субъект пытается устранить конкурента, являются доказательством злоупотребления.<sup>2</sup> Аналогичным путем пошел французский Совет по конкуренции, установив в действиях *Coca-Cola Beverage* злоупотребление доминирующим положением, а именно грабительское ценообразование.<sup>3</sup>

Существует несколько способов опровергнуть обвинение в грабительском ценообразовании:

- доказать, что цена соответствует издержкам;
- понижение цены можно обосновать сроком годности товара.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> JO 1985 L/374/1 (1986) 3 CMLR 273.

<sup>2</sup> CJCE 3 juill. 1991, *AKZO*, Rec. P. 1965.

<sup>3</sup> Déc. Cons. Conc. № 96-D-67, 29 oct. 1996, *Sté Coca-Cola Beverage*, BOCC, 1997, P. 134

<sup>4</sup> Dec. *Coca-Cola Beverage*, précité.

Теория грабительского ценообразования не может быть применена к сферам, где монополия и низкие цены - обычное явление, к социально значимым сферам.

Вопрос о разграничении монопольно низкой и просто заниженной цены и вытекающий из него вопрос о разграничении обычной ценовой конкуренции, на поощрение которой направлено законодательство о конкуренции, и антиконкурентной практики в европейской науке и практике является столь же спорным, как и в американской. В США стремление не навредить ценовой конкуренции и не ограничить ее привело к либерализации критериев оценки монопольно низких цен. В Европе – к признанию установления заниженных, не монопольно низких цен злоупотреблением доминирующим положением в ряде случаев.

Европейское законодательство относит к злоупотреблению доминирующим положением применение цен, которые могут предотвратить вход на рынок потенциальных конкурентов. Это цены, которые не могут быть признаны грабительскими в рамках анализа себестоимости и издержек по теории Ариды – Тернера, но являются дискриминационными или не связанными с реальными затратами на производство товара, или же компенсируются за счет завышения цен на другие товары компании.<sup>1</sup> Снижение цены компанией, не занимающей доминирующее положение, не запрещается, это не нарушение *a-priori*. Однако в данном случае, например, во Франции, «доминирующее положение обязывает».

Российская практика применения запрета использования монопольно низких цен очень скромна.

Закон о защите конкуренции признает монопольно низкой цену, установленную занимающим доминирующее положение хозяйствующим субъектом, если эта цена ниже суммы необходимых для производства и реализации такого товара расходов и прибыли и ниже цены, которая

---

<sup>1</sup> Пиндайк Р.С., Рабинфельд Д.Д. Микроэкономика. СПб.: Питер, 2002 С. 99

сформировалась в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке, при наличии такого рынка на территории Российской Федерации или за ее пределами, в том числе установленную:

1) путем снижения ранее установленной цены товара, если при этом выполняются в совокупности следующие условия:

а) расходы, необходимые для производства и реализации товара, остались неизменными или их изменение не соответствует изменению цены товара;

б) состав продавцов или покупателей товара остался неизменным либо изменение состава продавцов или покупателей товара является незначительным;

в) 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:

а) расходы, необходимые для производства и реализации товара, существенно возросли;

б) состав продавцов или покупателей товара обуславливает возможность изменения цены товара в сторону увеличения;

в) 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.

Не признается монопольно низкой цена товара в случае, если:

1) она установлена субъектом естественной монополии в пределах тарифа на такой товар, определенного в соответствии с законодательством Российской Федерации;

2) она не ниже цены, которая сформировалась в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке;

3) ее установление продавцом товара не повлекло или не могло повлечь за собой ограничение конкуренции в связи с сокращением числа не входящих с продавцами или покупателями товара в одну группу лиц хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке.

Таким образом, из определения монопольно низкой цены, приведенной в законе, следует, что она соответствует американскому и европейскому пониманию «грабительской цены», т.е. направленной на вытеснение конкурентов с рынка.

### *Ценовая дискриминация*

Вопросы ценовой дискриминации в США регулируются Законом Робинсона-Патмана. Статья 2а Закона Робинсона-Патмана признает незаконной «ценовую дискриминацию между различными покупателями товаров одного уровня и качества, если результатом такой дискриминации может быть существенно ограничена конкуренция и или создана монополия на любом уровне торговли или если результатом является ущерб, уничтожение или предотвращение конкуренции с лицом, которое получает или предоставляет выгоды от такой дискриминации или с клиентами любого из них».<sup>1</sup>

Можно выделить два вида дискриминации:

- первичная (primary-line). Изначально закон был направлен на предотвращение ущерба конкурентам в результате ценовой дискриминации, т.е. фактически на предотвращение монопольно низкого ценообразования. Вместе с тем, ущерба, причиненного одному из конкурентов недостаточно для констатации факта ограничения конкуренции в целом.<sup>2</sup> С другой стороны, если целью такого поведения является вытеснение конкурентов, то это уже вопрос не рисков отдельного хозяйствующего субъекта, но негативно сказывается на конкуренции в целом.<sup>3</sup> Вопросы, связанные с первичной ценовой дискриминацией обычно возникают когда сеть применяет различные цены за

<sup>1</sup> 15 U.S.C. §13(a).

<sup>2</sup> Rowe F.M. Price discrimination under Robinson-Patman Act. Boston: Little Brown 1977

<sup>3</sup> Гелхорн Э., Ковачич В.Е. Антитрестовское законодательство и экономика. С. 307

один и тот же товар на отдельных географических рынках. При этом необходимо установить, является ли дифференциация предлагаемых продавцом цен средством для устранения конкуренции;

- вторичная (*secondary-line*) – это дискриминация в отношении покупателя. Поскольку между клиентом, покупающим по более низкой цене и клиентом, покупающим по более высокой цене, существует конкуренция, вторичная дискриминация оказывает влияние на конкурентные отношения. Поэтому клиенты, которые не конкурируют между собою на одном рынке, не могут заявить иск из дискриминационного ценообразования.<sup>1</sup>

Закон Робинсона-Патмана иногда называют законом о «ценовой дискриминации», однако по мнению многих исследователей это название неправильное. Так, Т. Салливан считает, что в понимании судов этот закон направлен не против ценовой дискриминации, а против установления разных цен.<sup>2</sup> С экономической точки зрения ценовая дискриминация имеет место в том случае, когда продавец получает различный доход с продаж различным покупателям, иными словами, когда разница между ценой и предельными издержками разная при продаже товара двум разным клиентам. Поэтому, с точки зрения Т. Салливана, если один товар продается по одной и той же цене разным потребителям, но и издержки его производства разные – это и есть ценовая дискриминация. Однако именно такой случай и не подпадает в сферу действия закона Робинсона-Патмана. С другой стороны, действие этого закона направлено и против случаев повышения цены в результате роста издержек предоставления товара отдельному покупателю. Разумеется, у монополиста есть возможность доказать рост издержек, однако суд так строго подходит к этому вопросу, что очень часто находит дискриминацию в случаях изменения цены, ничего общего с дискриминацией не имеющих.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Там же, С. 307//со ссылкой на дела *Adcom Inc v. Nokia Corp.*; *J.F. Freeser Inc. v. Serv-A-Portion Inc.* 1991, а также *Rose Confections Inc v. Ambrosia Chocolate Co.*

<sup>2</sup> Sullivan Th., Hovenkamp H. *Antitrust Law, Policy And Procedure: Cases, Materials, Problems.* P. 767

<sup>3</sup> *Ibidem.*

По большей части этот закон использовался против случаев спонтанного повышения цен и не давал того результата, для получения которого он был принят. В 1977 году Департамент юстиции США в своем докладе отметил низкую эффективность применения Закона Робинсона-Патмана.<sup>1</sup> В настоящее время абсолютное большинство исков из дискриминации подается хозяйствующими субъектами.

Статья 102 TFEU предусматривает, что злоупотребление доминирующим положением может состоять в применении несхожих торговых условий к идентичным сделкам. Эта норма применяется Комиссией ЕС в отношении тех компаний, которые используют необоснованно различные цены по отношению к своим контрагентам, в том числе, посредством использования систем скидок.<sup>2</sup> Норма подлежит применению в том случае, когда результат не реальный, а потенциальный. Она также подлежит использованию в том случае, если к неодинаковым фактическим обстоятельствам применяется одинаковый подход.<sup>3</sup>

Запрет применяется как к случаям первичной, так и к случаям вторичной дискриминации, как, например, в деле *Hilti*,<sup>4</sup> где Комиссия выявила оба типа дискриминации. Наибольшее значение имеет вопрос о том, что такое эквивалентные сделки и неэквивалентные условия. При этом необходимо отграничивать одинаковость и эквивалентность. Так, например, в деле *Irish Sugar*<sup>5</sup> компания предоставляла скидки отдельным своим покупателям, поставляющим переработанный сахар на экспорт. Те, кто не занимался экспортом переработанного сахара, скидок не получали. Однако суд признал эти сделки эквивалентными исходя из условий поставки, а не исходя из круга покупателей, как это предлагал делать *Irish Sugar*.

---

<sup>1</sup> Report on the Robinson-Patman Act (1977), сайт FTC.gov.com.

<sup>2</sup> Case 58/76 Hoffman La Roche v. Commission [1979] ECR 461, British Airways v. Commission, [2003] ECR II-5917, Soda-ash — Solvay (II), OJ 2003 L10/10 и др.

<sup>3</sup> Такой подход можно наблюдать, например, в деле British Airways.

<sup>4</sup> Hilti, OJ 1988 L65/19, recital 81; appeal: Hilti v. Commission (II), [1991] ECR II-1439

<sup>5</sup> Irish Sugar v. Commission, [1999] ECR II-2969

Как следствие, опираясь на концепцию идентичных издержек, разница в цене не должна превышать разницу между издержками на производство продукции или оказание услуг, т.е. необходима пропорциональность. Самым часто используемым аргументом против обвинения в дискриминации является аргумент о расхождении затрат на производство, а также аргумент об отличии характеристик покупателя. Так, обоснованно предоставление объемных скидок для наиболее крупных покупателей, а так же скидок за выполнение дополнительных обязательств, участие в продвижении товара.

Особое внимание необходимо уделять скидкам, которые, например, в ЕС часто преследуются достаточно жестко. В деле *Hoffmann-La Roche* суд высказался следующим образом:

«Хозяйствующий субъект, который занимает доминирующее положение на рынке и связывает покупателя – даже если он это делает по их просьбе – обязательством работать только с ним, злоупотребляет доминирующим положением вне зависимости обусловлено ли это обязательство обещанием предоставить скидку в будущем. Таким образом, скидки за лояльность не могут быть оправданны.»

В деле *Michelin(II)*, компания предоставляла стандартные скидки с объема, в соответствии со шкалой, применяемой равно ко всем покупателям. Шкала состояла из 50 уровней показателей оборота, каждому соответствовала определенная скидка, чем был больше оборот, тем выше скидка. И даже в этой ситуации с учетом продолжительности периода, когда происходило переключение покупателя на более высокий уровень, а также по причине обратной силы этой схемы, и суд и, соответственно, Комиссия ЕС признали эту схему необоснованной.<sup>1</sup> Следовательно, при определении того, как должна функционировать система скидок значение имеют не только качественные и количественные показатели системы скидок, но и временные периоды. Чем дольше период, в течение которого клиент переводится из одной категории в

---

<sup>1</sup> Michelin (II), OJ 2002 L143/1

другую, либо период, в течение которого он должен достичь целевых показателей, тем выше вероятность того, что скидка за объем превратится в скидку за лояльность. В том же деле *Michelin (II)*, Комиссия ЕС и Суд Первой Инстанции пришли к выводу о том, что компания злоупотребила доминирующим положением, предоставив отдельным своим клиентам индивидуальные скидки за рост оборота. Тот же самый вывод был сделан и в отношении программы скидок *British Airways*. Схема предусматривала комиссионное вознаграждение - 3% за продажу международных билетов и 1% - за продажу билетов на внутренние перелеты, с учетом предыдущих продаж конкретного агента.

Российский подход к ценовой дискриминации сложился в условиях борьбы со вторичной дискриминацией, и нарушителями в основном выступали субъекты естественной монополии, применявшие различные условия к различным контрагентам причем на произвольной основе. Именно вследствие такого развития экономической ситуации разрабатывались всевозможные недискриминационные условия доступа к инфраструктуре, не имеющие ничего общего с «доктриной необходимого оборудования», они не учитывали действительная потребность в доступе к инфраструктуре для осуществления предпринимательской деятельности.

Первичная дискриминация в традиционно европейском понимании до развития рынка дистрибуции была недостаточно развита – она была мало кому нужна как инструмент получения преимуществ. Дела, связанные с первичной дискриминацией начали появляться уже после принятия Закона о защите конкуренции, что соответствовало тогдашнему состоянию рынка. Причем состав - дискриминационные условия - как уже было указано выше, сопровождается другими составами, например, применение необоснованно высоких цен и навязывание невыгодных условий.



В качестве примера можно привести дело «Рексам Беверидж»,<sup>1</sup> где правоприменительные органы пришли к выводу о том, что коэффициент, учитывающий инфляционное изменение индекса потребительских цен и индекса цен производителей промышленных товаров, использовался доминирующим хозяйствующим субъектом в формуле корректировки цены продукции для одного контрагента и не использовался для других; наценка за заказ менее минимального объема существенно отличалась для разных контрагентов; цена на продукцию для некоторых контрагентов определялась в иной валюте или по иному порядку расчета курса валюты, чем для большинства потребителей.

Это дело характерно своей простотой, позволяющей наглядно продемонстрировать подход российских правоприменительных органов к дискриминации. Если условие применяется к одному хозяйствующему субъекту, но не применяется к другому, есть предпосылки для дискриминации, которая, скорее всего, будет подтверждена. И также – дискриминация крайне редко устанавливается антимонопольным органом отдельно от других возможных сопутствующих нарушений. В России - это по факту не самостоятельный состав.

#### *Особенности определения конкурентной цены в России*

В российском антимонопольном законодательстве отсутствует универсальное определение справедливой (конкурентной) цены. Статья 4 Закона о защите конкуренции содержит определение конкурентной цены финансовой услуги, под которой понимается цена, сформированная в условиях конкуренции. Под конкуренцией понимается соперничество хозяйствующих субъектов, при котором самостоятельными действиями каждого из них исключается или ограничивается возможность каждого из них в одностороннем

---

<sup>1</sup> См. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08 ноября 2011 г. № 4267/11.

порядке воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке.

Представляется, что данное определение может в значительной степени быть использовано при определении содержания понятия «конкурентная цена».

Кроме того, элементы определения конкурентной цены можно установить из других нормативных правовых актов антимонопольного законодательства. Так, временные Методические Рекомендации ГКАП РФ от 21.04.1994 № ВБ/2053 «По выявлению монопольных цен» определяют конкурентную цену как цену, сложившуюся в условиях свободной конкуренции. В соответствии с Постановлением Правительства РФ от 01.04.2010 № 208 «Об утверждении Положения о предварительном согласовании особенностей формирования стартовой цены на продукцию при ее продаже на товарной бирже» конкурентной ценой признается цена, которая формируется в условиях конкуренции на сопоставимом товарном рынке при наличии такого рынка на территории Российской Федерации или за ее пределами. При отсутствии сопоставимых товарных рынков конкурентной ценой признается цена, сформированная исходя из суммы необходимых для производства и реализации продукции расходов и прибыли хозяйствующего субъекта. Кроме того, ст.ст. 6 и 7 Закона о защите конкуренции, посвященные монопольно высоким и монопольно низким ценам, содержат дефиниции, позволяющие установить содержание термина «конкурентная цена» посредством анализа его отрицательных характеристик. Анализируя совокупность положительных (присущих) и отрицательных (отсутствие которых подтверждает возможность отнесения к определенной категории) характеристик конкурентной цены, можно сделать следующие выводы.

Конкурентная цена -это цена, соответствующая одновременно совокупности характеристик:

- за исключением регулируемых рынков, она устанавливается в результате конкуренции на рынке;
- конкуренция должна быть свободной;

- цена определяется либо посредством анализа ценообразования на сопоставимых рынках (метод сопоставимых рынков), либо анализа издержек хозяйствующего субъекта (затратный метод).

Представляется, что именно такая конкурентная цена может быть признана справедливой, использоваться как ориентир для участников рынка и признаваться недискриминационной. Однако в современной судебной практике справедливой и конкурентной ценой все чаще признается цена, сформированная на торгах в соответствии с законодательством об обязательных закупках.<sup>1</sup>

Такой подход является неправильным по ряду причин. Федеральным законом 18.07.2011 №223-ФЗ «О закупках товаров, работ и услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Закон о закупках) и Федеральным законом от 05.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее – Закон о контрактной системе) предусмотрены закупочные процедуры для отдельных категорий хозяйствующих субъектов».

Однако при использовании закупочных процедур цена на товар формируется не в ходе конкуренции на рынке, а в ходе конкуренции за рынок, т.е., как справедливо указывается в юридической литературе - конкуренции между претендентами на ограниченный ресурс. Конкуренция между участниками торгов /конкуренция между претендентами на получение ограниченного ресурса является конкуренцией за совершение сделки, закрепляющей обладание либо предметом торгов, либо ограниченным ресурсом. Применительно к функционированию товарного рынка такая конкуренция является конкуренцией первого уровня, так как функционирование рынка характеризуется совокупностью совершаемых сделок по купле-продаже товара, относящегося к конкретному товарному рынку. Конкуренция на товарном рынке представляет конкуренцию более высокого

---

<sup>1</sup> См., например судебные акты по делу № А40-18248/2017

уровня, как по предмету соперничества, так и по совокупности сделок на рынке.<sup>1</sup> Поэтому цены, сформированные в рамках обязательных закупочных процедур, не могут оцениваться как цены, сложившиеся на рынке. Не существует законодательных норм, которые бы приравнивали условия проведения торгов к условиям обращения товара на рынке. Цены, сформированные в рамках закупочных процедур, не являются сформированными в результате конкуренции на рынке, а соответственно, не могут быть признаны конкурентными ценами.

Кроме того, цена, сформированная в рамках закупочных процедур, также не всегда является сформированной в рамках свободной конкуренции.

Концепция свободной конкуренции предполагает, что условия обращения товара находятся вне сферы влияния продавцов и покупателей товара. Соответственно, цена на товар формируется в результате свободного встречного волеизъявления участников сделки и не подвержена одностороннему влиянию любого из них.

Однако данное условие не в полной мере выполняется в случае закупок в рамках законодательства об обязательных закупках. Так, Закон о закупках практически не ограничивает заказчиков в определении цены приобретаемого товара (за исключением особенностей осуществления закупок за счет средств, предусмотренных на реализацию инвестиционных проектов).

Принимая участие в торгах, вне зависимости от того, на понижение или на повышение, участник закупки конкурирует с соперниками и формирует итоговую цену. Однако эта конкуренция в любом случае происходит на базе (или в рамках) цены, изначально определяемой заказчиком, а в случае с закупками в рамках Закона о закупках – определяемой заказчиком, как правило, без каких-либо ограничений. И поскольку цена подвержена влиянию покупателя/заказчика, она не может во всех случаях считаться сформированной

---

<sup>1</sup> Башлаков-Николаев И.В. О конкуренции между участниками торгов // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 4// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

в рамках свободной конкуренции. Наличие или отсутствие свободной от влияния покупателя конкуренции обеспечивается не объективными факторами, а исключительно волей покупателя, предсказать которую невозможно.

И наконец, методы определения цен, применяемые в рамках закупок, проводимых в соответствии с Законом о закупках, также не позволяют считать такие цены всегда формируемыми по методам формирования конкурентных цен.

Как было указано выше, на нерегулируемых рынках конкурентная цена определяется либо методом сопоставимых рынков, либо методом анализа издержек хозяйствующего субъекта (затратный метод).

В свою очередь, как было указано выше, Закон о закупках не содержит ограничений для заказчиков в части методов определения начальной (максимальной) цены контракта, за исключением случаев, предусмотренных ст. 3 и ст. 8 Закона о закупках, когда в связи с неисполнением требований законодательства заказчик обязан руководствоваться Законом о контрактной системе, в частности, в части обоснования метода определения начальной (максимальной) цены. Кстати, данный закон помимо затратного метода и метода сопоставимых рынков предусматривает еще три поименованных метода, а также разрешает при определенных условиях использовать иные методы.

Поскольку заказчики наделены значительной свободой в выборе метода определения начальной (максимальной) цены, нет оснований утверждать что цена, сформированная на торгах всегда будет являться конкурентной по критерию применимого метода ее определения. Как следствие, итоговая цена контракта также конкурентной не будет, поскольку не всегда формируется на базе конкурентной стартовой цены.

Таким образом, представляется, что правовые основания считать цену, сформированную в рамках закупочных процедур, во всех случаях эталонной и справедливой, отсутствуют.

*Связанные продажи – навязывание невыгодных условий*

Этот метод предпринимательской деятельности можно также выделить в отдельную категорию. Необходимо отметить, что не существует единого мнения о характере связанных продаж с точки зрения конкуренции. Любой дополнительный продукт, продаваемый совместно с основным тоже имеет определенную полезность для потребителя, пусть даже с точки зрения его последующей реализации. Кроме того, целью связанных продаж может выступать и поддержание хорошего имиджа торговой марки. Вот почему от франчайзи часто требуется покупать все ресурсы у собственника торговой марки. Например, продавцы бензина зачастую требуют, чтобы их станции обслуживания продавали только моторное масло, батареи и иные сопутствующие товары того же бренда. Принудительный ассортимент в любом случае, спорная практика ведения бизнеса, но ее негативные последствия для экономики не очевидны, и современная экономическая теория не способна дать однозначное заключение о последствиях практики связанного ассортимента для общества в целом.

Американский подход к связанным продажам, как представляется, лучше всего иллюстрирует дело *Microsoft*. Суд установил, что *Microsoft* в нарушение ст. 2 Закона Шермана поддерживала монопольное положение на рынке совместимых с *Intel* операционных компьютерных систем, пыталась получить монопольную власть на рынке интернет –браузеров, и незаконно связывала продажи двух разных продуктов: операционной системы *Windows* и браузер *Internet Explorer*. По результатам рассмотрения дела суд присудил разделить бизнес компании по производству операционных систем и приложений на две независимые ветви. Связанные продажи и навязывание дополнительных товаров препятствуют прямой конкуренции этих товаров и реализации права выбора товара потребителем. Эта цель достигается или продажей наборов, или продажей товаров отдельно, но по единой цене. При этом в рамках дела *Microsoft* суд не указал, что в данном случае необходимо скорее применять критерий *rule of reason*, чем правило *per se illegal*. Это результат отсутствия единого мнения относительно последствий связанных продаж.

Для настоящей работы в случае со связанными продажами интересен примененный судом критерий при определении «навязывания». Из судебного решения можно сделать вывод о том, что навязывание состояло в отсутствии у потребителя возможности выбрать первоначальный продукт в связи с огромной на тот момент долей *Microsoft* на рынке операционных систем: более 80% компьютеров в США и мире продавалось с уже установленными операционными системами *Windows*. Таким образом, в связи с преобладающей долей корпорации на рынке операционных систем у потребителя не было свободы в выборе браузеров. Сходный подход был использован и в рамках Европейского дела *Microsoft*. Однако для европейского рынка более свойственен иной тип навязывания – навязывание запасных частей при покупке основного товара, как это было сделано в делах *Hilti* и *Tetra Pak*.

Российская специфика, как в случае с дискриминацией, формировалась в условиях более прямолинейных схем. К ним относятся:

- 1) прямое навязывание, в форме, например, требований о компенсации расходов. Как следствие, например, в сфере электроэнергетики ФАС России подтвердил, что действия собственников и иных владельцев объектов электросетевого хозяйства, не являющихся сетевыми организациями, в части требования от потребителей компенсации расходов на транспортировку электрической энергии через принадлежащие им объекты электросетевого хозяйства (в отсутствие установленного для них соответствующим уполномоченным органом тарифа на услуги по передаче электрической энергии) являются нарушением Закона о защите конкуренции. Действия хозяйствующих субъектов, выражающиеся в препятствовании перетоку электроэнергии через собственные объекты в отношении точек присоединения к электросетям потребителя, посредством необоснованного введения ограничения режима потребления, а также во взимании платы за переток электроэнергии через объекты предприятия нарушают требования о запрете навязывания невыгодных условий и необоснованного

сокращения производства, а также нарушают установленный порядок ценообразования.<sup>1</sup>

- 2) Так называемый «negative option», то есть услуга будет продана, если контрагент от нее не откажется. Так, решением УФАС по Ростовской области от ОАО «РЖД» признано злоупотребившим доминирующим в форме навязывания невыгодных условий договора. Билетные кассиры ОАО «РЖД» являясь страховыми агентами страховых компаний "ЖАСО" и "ЖАСО "Литер-полис", при реализации полисов добровольного страхования пассажиров на железнодорожном транспорте от несчастных случаев не уведомляли покупателей железнодорожного билета о возможности приобретения страхового полиса, а включали его стоимость в стоимость железнодорожного билета и указывали общую сумму приобретения. Таким образом, потребитель был лишен возможности отказаться от покупки полиса, поскольку не знал о том, что платит за него.<sup>2</sup> Характерно, что в negative option – инструмент, применяемый скорее к потребителям-гражданам, чем к потребителям – хозяйствующим субъектам. Последние, как правило, действуют на рынке с должной степенью осмотрительности и инструменты, рассчитанные на невнимательность или на незнание специфики рынка, с ними мало работают. Однако проблема здесь в том, что данный инструмент с рыночными характеристиками применяющего его хозяйствующего субъекта не связан – им может пользоваться как доминирующий, так и недоминирующий хозяйствующий субъект. Поэтому его вряд ли можно назвать исключительно инструментом монополиста - он скорее имеет психологический и субъективный характер.

---

<sup>1</sup>Разъяснения ФАС России по вопросам, касающимся технологического присоединения к электрическим сетям// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>2</sup> Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30 июля 2012 № 991/1// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система



#### ***§ 4. Вопросы злоупотребления коллективным доминирующим положением***

Норма о злоупотреблении коллективным доминирующим положением появилась в российском законодательстве с принятием Закона о защите конкуренции в самой первой редакции. Это имплементированный институт: он существует на уровне ЕС, а также во Франции, Германии и Австрии. Однако нельзя сказать, что в западных государствах он также часто применяется, как в России. Рассмотрим первоисточники.

Так, законодательство ЕС запрещает злоупотребление доминирующим положением «одним или несколькими хозяйствующими субъектами», которые при этом необязательно должны входить в одну группу лиц.

Поскольку норма заимствованная, целесообразно упомянуть об одной особенности квалификации злоупотребления коллективным доминирующим положением в практике Европейского суда: четкое отграничение злоупотребления коллективным доминирующим положением от сговоров и согласованных действий. И действительно, для доказывания наличия сговора или согласованных действий необходимо провести серьезный экономический анализ и подтвердить взаимную координацию действий внешне независимых участников рыночных отношений, что очень сложно. В то время как для подтверждения злоупотребления коллективным доминирующим положением такой анализ не требуется. Достаточно установить доли на рынке и, например, относительно синхронный рост цен. Однако судебные органы ЕС выработали очень ясное правило: злоупотребление «коллективным» доминирующим положением не может выражаться в тех же фактических действиях, что и антиконкурентные соглашения и согласованные действия. Если суд устанавливает, что Комиссии просто не хватило доказательств для обвинения в сговоре или согласованных действиях, возможность использовать запрет коллективным доминирующим положением для «прикрытия» недоработок

судебные органы ЕС не дают.<sup>1</sup> Поэтому Комиссия очень редко вменяет данный состав.

Если трактовать ст. 102 TFEU буквально, то можно прийти к выводу о том, что речь в ней идет о злоупотреблении доминирующим положением со стороны группы лиц. В ряде дел Комиссия ЕС приходила к выводу о наличии доминирующего положения не одного хозяйствующего субъекта, а целой группы. Например, в деле *Continental Can*<sup>2</sup> предметом анализа Комиссии стало поведение на рынке трех компаний, входивших в одну группу лиц: *Continental Can* (США), *SLW* (немецкое дочернее предприятие), которое занимало доминирующее положение в Германии и *Europemballage* (швейцарское дочернее предприятия), которое приобрело компанию-конкурента под названием *TDV*. К злоупотреблению доминирующим положением, по мнению Комиссии, привела совокупность действий всех трех компаний. Аналогично, в деле *Commercial Solvents v Commission*<sup>3</sup> участниками злоупотребления стали 2 юридических лица: американское основное общество *Commercial Solvents*, и его итальянское подразделение *ICI*. При этом необходимо отметить, что в рамках дел все участники группы рассматривались как единый хозяйствующий субъект.

Альтернативный подход состоит в утверждении, что экономически и юридические независимые организации могут занимать «коллективное доминирующее положение». Как следствие, эти организации могут злоупотреблять своим положением, а значит, их действия подпадают под запреты ст. 102 TFEU.

Еврокомиссия впервые попробовала развить идею коллективного доминирования в семидесятых годах XX в., однако Европейский Суд негативно отнесся к этой идее в деле *Hoffmann-La Roche v. Commission*<sup>4</sup>, указав, что

<sup>1</sup> OJ [1989] L 33/44, [1990] 4 CMLR 535.

<sup>2</sup> JO [1972] L 7/25, [1972] CMLR D11, annulled on appeal Case 6/72 *Europemballage Corp and Continental Can Co Inc v. Commission* [1973] ECR 215, [1973] CMLR 199

<sup>3</sup> OJ [1972] L 299/51, [1973] CMLR D50 appeal. Cases 6/73 etc [1974] ECR 223, [1974] 1 CMLR 309.

<sup>4</sup> 85/76 [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211.

следует проводить различие между доминирующим положением и параллельными действиями, которые свойственны олигополии. При олигополии поведение хозяйствующих субъектов формируется совместно, а при доминирующем положении – единолично.

Эта логика весьма обоснована, и очень актуальна для России. Так, очевидно, что если несколько компаний действуют идентично на рынке и ограничивают конкуренцию, то их поведение должно квалифицироваться как сговор и преследоваться соответственно. Нет необходимости распространять на них действие нормы о злоупотреблении доминирующим положением.

Следуя этой логике, Комиссия ЕС достаточно долго не применяла концепцию коллективного доминирования. Например, в уже упомянутом в контексте «доктрины необходимого оборудования» деле *Magill*<sup>1</sup>, Комиссия ЕС могла установить доминирующее положение трех компаний, а вместо этого установила три доминирующих положения и три индивидуальных нарушения.

Однако затем ситуация изменилась. В деле *Italian Flat Glass*<sup>2</sup> Комиссия признала, что три итальянских производителя стекла занимают коллективное доминирующее положение и злоупотребляют им. Поскольку компании действовали в условиях олигополии, они не испытывали давления конкурентной среды, что позволяло им препятствовать эффективной конкуренции, в том числе, не принимать во внимание других участников рынка. Деятельность компаний была признана подпадающей в сферу действия ст.82 Договора (102 TFEU), а ранее была осуждена в рамках ст. 81 (101 TFEU). Тем самым появилась возможность преследования тех коллективных действий, которые не подпадали в сферу действия запрета соглашений и согласованных действий. Однако отменил решение Комиссии ЕС, обвинив ее в том, что она всего лишь переработала ранее установленные факты, свидетельствующие о сговоре, вместо того, чтобы провести надлежащий анализ рынка и определить

---

<sup>1</sup> *Magill TV. Guide* OJ [1989] L 78/43, [1989] 4 CMLR 757, appeal. Cases T-69/89 etc RTE v. Commission [1991] ECR II-485, [1991] 4 CMLR 586 Case C-241/91 P [1995] ECR I-743, [1995] 4 CMLR 718

<sup>2</sup> OJ [1989] L 33/44, [1990] 4 CMLR 535.

власть компаний на рынке, как этого требовала норма о запрете злоупотребления доминирующим положением. Тем не менее, суд все же подтвердил принцип коллективного доминирования: «В принципе ничто не препятствует тому, чтобы несколько хозяйствующих субъектов, хозяйствующих субъекта на основании соглашений или лицензий получают технологическое лидерство, которое позволяет им действовать независимо от своих конкурентов, клиентов и конечного потребителя».<sup>1</sup>

Существенным оставался вопрос о том, что же это все-таки за связи, которые должны объединять независимые хозяйствующие субъекты - две и более самостоятельные компании для последующего признания их коллективно доминирующими. Впоследствии европейские суды уточняли, что наличие соглашения или лицензии не является обязательным условием для установления коллективного доминирующего положения, оно может вытекать из совокупности факторов, в том числе из структуры самого рынка.

Для России принципиально важным является не наличие самого института коллективного доминирующего положения и злоупотребления им, а то, как эта норма применяется. Ведь на практике, она применяется как менее трудоемкий в доказывании состав для пресечения антиконкурентных сговоров.

Еще один немаловажный вопрос, который возникает применительно к коллективному доминирующему положению: можно ли единолично злоупотребить коллективным доминирующим положением? Правоприменители считают, что в принципе можно.<sup>2</sup> Однако, понятое буквально, данное утверждение не согласуется с существом доминирующего положения, в основе которого возможность действовать на рынке без оглядки на поведение других его участников. Ведь при олигополистической структуре рынка злоупотребление одного из участников может поставить его в невыгодное положение по сравнению с остальными: например, если только один поднимет цену, а остальные за ним не последуют, то ценовой лидер столкнется с оттоком

---

<sup>1</sup> Cases T-68/89 etc Societa Italiano Vetro SpA v. Commission [1992] ECR II-1403, [1992] 5 CMLR 302

<sup>2</sup> Cases T-68, 77 and 78/89, Societa Italiana Vetro SpA v. Commission [1992] ECR II-1403, [1992] 5 CMLR 302

клиентов, а значит и с уменьшением прибыли. Поэтому игнорировать поведение других участников на рынке он уже не сможет, равно как и не сможет извлекать сверхприбыль. Олигополистическим рынкам свойственна жесткая конкурентная борьба, ошибка конкурента будет использоваться для его ослабления или даже устранения, а значит, повлечет за собой расширение производственных возможностей. И если в ситуации олигополии один из участников рынка совершает действие, которое потенциально может причинить ему ущерб и лишить его конкурентных преимуществ, а остальные этим не пользуются, то налицо косвенное свидетельство сговора. В российской реальности логическим следствием такого сговора и его внешним проявлением станет поочередное «круговое» злоупотребление. Все как на рынке – сегодня ты повысил цены, мы тебя поддержали, ты сохранил клиентов и извлек прибыль, завтра повысим мы, и ты нас поддержишь. В результате возможно два развития ситуации: либо отсутствие нарушения как такового по причине характеристик рынка, либо сговор. Но уж никак не само злоупотребление.

Хотелось бы также обратить внимание на то, что применение нормы о злоупотреблении коллективным доминирующим положением в любом случае требует идентификации состояния олигополии. В противном случае установление необходимого размера долей было бы невозможно. Но любому олигополистическому рынку свойственна информационная прозрачность и предсказуемость, поскольку коммуникационные связи между участниками рынка очень сильны. И наконец, олигополистическому рынку будет свойственно следование за лидером; обоснованное или нет, оно остается одним из признаков согласованных действий или сговора.

Более того, применение нормы о запрете злоупотребления доминирующим положением к коллективно доминирующим хозяйствующим субъектам создает множественность ограничений для одного и того же типа поведения. Идентичные действия, совершаемые конкурентами, в России могут преследоваться и как сговор, и как согласованные действия и как

злоупотребление коллективным доминирующим положением в зависимости от того, какая норма удобна правоприменителю.

## ГЛАВА 5. АНТИМОНОПОЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ КОНЦЕНТРАЦИИ

Антимонопольное законодательство практически всех стран содержит отдельный блок норм, регулирующих порядок совершения сделок крупными хозяйствующими субъектами. Нормы не применимы к обычным хозяйственным сделкам, они распространяются только на наиболее крупные сделки, совершение которых может оказать влияние на конкуренцию. Такие сделки называют сделками экономической концентрации, и их регулирование – специальный инструмент воздействия, имеющий свои специфические черты, которые и будут рассмотрены в данной главе.

### *§1. Понятие «экономическая концентрация» и его содержание*

Как правило, исследования в области антимонопольного контроля сделок экономической концентрации основаны на описании типов сделок, указанных в антимонопольном законе.<sup>1</sup> Однако представляется, что изучение явления не может строиться на том, как оно описано в законодательстве, поскольку закон лишь фиксирует результат эволюции правоотношений, он не объективная реальность, а ее отражение. Как писал И.Б. Новицкий «Конечным источником содержания права являются материальные условия жизни общества».<sup>2</sup> Тем более данное утверждение актуально для антимонопольного законодательства, которое строится на правовой фиксации экономических по своему характеру отношений.

В случае с антимонопольным контролем экономической концентрации можно наблюдать типичную данной отрасли характеристику – ограничения основаны на последствиях деяния. Именно последствия определяют

---

<sup>1</sup> Корпоративное право / отв. ред. Шиткина И.С. - Волтерс Клувер, 2008., С. 222.

<sup>2</sup> Новицкий И.Б. Римское право. М.: ТЕИС, 2002. С.16.

характеристики тех гражданско-правовых сделок, которые подлежат антимонопольному контролю. Нарушение правил антимонопольного контроля влечет за собой недействительность сделок. Таким образом, в случае экономической концентрации экономические последствия влияют на действительность гражданско-правовых договоров.

Поэтому для понимания правовых антимонопольных ограничений и их причин необходимо понимание экономических первопричин. Ответ на вопрос «почему регулируется?» позволит определить «что и как регулируется». И здесь опять придется обратиться к экономике.

Экономическую концентрацию можно определить как сосредоточение однотипных экономических благ или инструментов, при которой на небольшое число участников рынка приходится большая доля экономической деятельности, выражающейся в объеме совокупных продаж, активов и занятости.

Выделяют следующие виды экономической концентрации:<sup>1</sup>

концентрация покупателей — показатель рынка, при которой большая процентная доля конкретной продукции приобретает сравнительно малым количеством покупателей. В исключительных случаях, при наличии одного покупателя на всю продукцию или все услуги, возникает монополия. Концентрация покупателей является уравновешивающей силой, которая выступает в качестве средства достижения баланса рыночной власти, возникающей в результате высокой рыночной концентрации, или концентрации продавцов.

концентрация собственности является мерой того, насколько широк или узок круг лиц владеющих акциями/долями компаний и их активами. Данный вид концентрации подлежит оценке при определении степени контроля над экономическими активами корпораций отдельных лиц;

---

<sup>1</sup> Большой экономический словарь / под ред А.Н.Азрилияна. — 5-е изд. доп и перераб. — М.: Институт новой экономики, 2002. 469 с.



концентрация капитала - это увеличение размеров капитала. Данное увеличение может достигаться как за счет концентрации собственности, так и в результате накопления (капитализации) части прибавочной стоимости. Накопление прибавочной стоимости увеличивает производительно используемый капитал, как на отдельных предприятиях, так и в масштабе макроэкономики в целом. Концентрация капитала характеризуется следующими показателями: числом работающих на предприятии, производственной мощностью предприятия, количеством перерабатываемого сырья, объемом товарооборота, размером прибыли.

концентрация управления — сосредоточенность функций управления, реализуемых по отношению к какому-либо объекту. Это одна из организационных характеристик структуры системы управления производством. В отличие от централизации управления, степень которой зависит от распределения функций управления по вертикали, концентрация управления определяется распределением функций управления между управляющими звеньями по горизонтали.

концентрация производства, или рыночная концентрация (также известная как концентрация продавцов), показывает относительное положение крупных предприятий как производителей или поставщиков определенных товаров и услуг, таких, как, например, автомобили или ипотечные ссуды. Теоретической основой измерения уровня конкуренции, производства или рыночной концентрации служит экономическая теория промышленного предприятия, содержащая постулат о том, что при прочих равных условиях высокие уровни рыночной концентрации свойственны компаниям. Понятие «концентрация рынка» в данном контексте используется как возможный показатель рыночной власти. Концентрация производства - это сосредоточение производства во все более крупных предприятиях. Из определения концентрации производства следует её экономическая сущность, которая представляет собою двусторонний процесс, с одной стороны это рост доли

предприятий в общем объеме производства отрасли, с другой – рост размеров самих предприятий.

Характерно, что высококонцентрированным с точки зрения производства и денежного капитала отраслям, как правило, свойственна также высокая степень концентрации управления и собственности.

Экономическую концентрацию в равной степени можно рассматривать как состояние и как процесс. В качестве процесса экономическая концентрация представляет собой рост размеров предприятий, объемов активов или сосредоточение управленческих функций, а также как рост капитала за счет различных средств. Экономическая концентрация как процесс имеет определенный уровень (насколько изменилась) и динамику (с какой скоростью изменилась). Уровень и динамика концентрации производства характеризуется системой показателей. Так, уровень концентрации производства в масштабах экономики измеряет относительное положение крупных предприятий в экономике. Этот показатель интересовал экономистов, социологов и, иногда, политологов главным образом в контексте теорий, относящихся к реальной (и потенциальной) экономической и политической власти, которой может пользоваться крупный бизнес в силу своего экономического положения.<sup>1</sup>

В экономической теории промышленной организации существуют различные показатели, или индексы, концентрации. Эти показатели применяются при описании рыночной структуры в качестве надежного показателя рыночной власти или конкуренции. Наиболее часто используемыми показателями являются:

— показатель концентрации удельный вес в процентах от общего объема промышленного производства (или любого подобного показателя экономической деятельности, такого, как доход с продаж, занятость), приходящегося на определенное число крупных фирм. Так, показатель

---

<sup>1</sup> Abel M. Mateus and Teresa Moreira (eds), *Competition Law and Economics*, International Competition Law Series, Volume 31 (Kluwer Law International 2007), pp. 270-311// S.Bishop, M. Walker *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet&Maxwell, 1989, PP. 61-105 etc.

концентрации для четырех фирм ( $CR_4$ ) показывает относительную долю четырех крупнейших фирм в суммарном объеме производства в данной отрасли. Таким же образом можно вычислить  $CR_3$ ,  $CR_5$ ,  $CR_8$  и т.д. Несколько крупных фирм классифицируются и группируются с целью избежать обнародования конфиденциальной экономической информации, имеющей отношение к отдельным фирмам. Недостаток показателя концентрации состоит в том, что он не указывает общее число фирм, которые могут действовать и конкурировать в данной отрасли производства. Например, две отрасли производства с одинаковым уровнем  $CR_4$ , равным 75%, могут кардинально отличаться друг от друга в силу того, что в одной отрасли много фирм, а в другой — мало;

— индекс Герфиндаля—Гиршмана ( $HHI$ ): индекс учитывает общее число фирм, действующих в данной отрасли производства, и их распределение по величине. Он вычисляется как сумма квадратов относительных размеров всех фирм в данной отрасли.

$$\sum_{i=1}^n (S_i)^2, \text{ где}$$

$S_i$  — относительный объем производства (или другого показателя экономической деятельности, например, объема продаж или мощностей) фирмы  $i$ , а  $n$  — общее число фирм в данной отрасли.

В отрасли с одной фирмой (монополия) показатель  $HHI$  равен 1. При дуополии с двумя фирмами одинаковых размеров  $HHI$  равен:

$$(0,5)^2 + (0,5)^2 = 0,50.$$

$HHI$  можно высчитать на базе 1 (см. выше), 1000 или 10 000. Этот индекс, например, используется в Положениях о слияниях, выпущенных антитрестовским отделом Министерства юстиции США, в качестве административного критерия для выявления слияний, которые могут потребовать дальнейшего расследования своего влияния на конкуренцию.

Для оценки концентрации используются следующие значения:

1. нормальная концентрация:  $CR3 < 45\%$ ;  $HH1 < 1000$  – неконцентрированный рынок;
2. средняя степень концентрации:  $45\% < CR3 < 70\%$ ;  $100 < HH1 < 2000$  – умеренно концентрированный рынок;
3. высокая степень концентрации:  $CR3 > 70\%$ ,  $HH1 > 2000$  – слабая конкурентная среда.<sup>1</sup>

Существуют и иные показатели концентрации, такие, как коэффициент Джини. Коэффициент Джини – это статистический показатель, основывающийся на кривой Лоренца. Кривая Лоренца, отражающая неравномерность распределения какого-либо признака, для случая концентрации продавцов на рынке показывает взаимосвязь между процентом фирм на рынке и долей рынка, подсчитанной нарастающим итогом, от мельчайших до крупнейших фирм.

Коэффициент Джини представляет собой отношение площади, ограниченной фактической кривой Лоренца и кривой Лоренца для абсолютно равномерного распределения рыночных долей (так называемой «кривой абсолютного равенства») к площади треугольника, ограниченного кривой Лоренца для абсолютно равномерного распределения долей и осями абсцисс и ординат.

Чем выше индекс Джини, тем выше неравномерность распределения рыночных долей между продавцами, и следовательно, при прочих равных условиях выше концентрация на рынке. При использовании индекса Джини для характеристики концентрации продавцов следует учитывать два важных момента. Первый связан с концептуальным недостатком индекса. Он характеризует, как и показатель дисперсии логарифмов долей, уровень неравномерности распределения рыночных долей. Следовательно, для гипотетического конкурентного рынка, где 10 000 фирм делят между собой рынок на 10 000 равных долей и для рынка дуополии, где две фирмы делят

---

<sup>1</sup> Названные коэффициенты являются самыми часто используемыми в практике российских антимонопольных органов, их описание содержится в Приказе ФАС России № 220.

рынок пополам, показатель Джини будет одним и тем же. Вторым важным аспектом связан со сложностью подсчета индекса Джини: для его определения необходимо знание долей всех фирм в отрасли, в том числе и мельчайших.

Индекс энтропии представляет собой показатель, обратный концентрации: чем выше его значение, тем ниже концентрация продавцов на рынке. Энтропия измеряет неупорядоченность распределения долей между фирмами рынка: чем выше показатель энтропии, тем ниже возможности продавцов влиять на рыночную цену.

В России на практике используются только 2 из перечисленных выше показателей – индекс Герфиндаля-Гиршмана и коэффициент экономической концентрации. Причем, как нетрудно понять, в связке с определением доминирующего положения на рынке и/или применения ограничений, связанных с достижением доли на рынке определенного порога. Таким образом, математическая формула и экономический индекс зачастую используются для обоснования ограничений предпринимательской деятельности.

Экономическая концентрация может принимать форму территориальной, отраслевой и межотраслевой.<sup>1</sup> В первом случае речь идет о географической концентрации, когда на территории одного региона или административно - территориального образования сосредоточивается достаточно большое число предприятий одной отрасли. До развития Интернета географическая концентрация предприятий представляла собой явление, характерное для процесса промышленного развития. Например, в случае с предприятиями, производящими товары народного потребления важным является фактор близости к месту сбыта продукции и транспортной артерии. Для предприятий финансового сектора – банковские услуги, страхование и др. - существенным является их нахождение в месте деловой активности, и т.п. В Российской Федерации территориальной концентрации в этой отрасли свойственна одна

---

<sup>1</sup> Экономика предприятия: Учебник для вузов / В. Я. Горфинкель, Е. М. Купряков, В. П. Прасолова и др.; Под ред. проф. В. Я. Горфинкеля, проф. Е. М. Купрякова. М.: Банки и биржи, ЮНИТИ, 1996. С. 223

специфическая черта. Так, в отличие от большинства развитых стран, коммерческие банки, кредитные учреждения и финансовые институты в Российской Федерации создавались для обслуживания не просто отдельных отраслей, но многие даже для обслуживания отдельных предприятий и холдингов. Поэтому расположены эти организации в месте нахождения головного офиса обслуживаемой им и зачастую материнской компании, в то время как их подразделения и филиалы находятся в местах, где разворачивается производственная деятельность дочерних или зависимых компаний холдинга. Нельзя не отметить, что исключительная направленность на обслуживание интересов «своего» холдинга сегодня встречается в отношении среднего банковского бизнеса. Крупные игроки осознали все преимущества ритейла и стараются приближать точки своего присутствия к потребителю, т.е. расширяют его в крупных городах. При этом в сфере страхования ситуация скорее обратная: во многом благодаря ипотечному кредитованию, сопутствующим продуктом которого является страхование, в России очень мало страховых компаний, которые бы не принадлежали к конкретному банковскому холдингу.

Рассмотрим характеристики отраслевой и межотраслевой концентрации в антимонопольном разрезе. При отраслевой концентрации производства рост размеров предприятий и их доли в общем объеме производства осуществляется за счет наращивания объема выпуска продукции. В конкурентной борьбе при прочих равных условиях действует эффект масштаба – чем больше производство, тем меньше его издержки на единицу продукции. Как следствие, крупное предприятие более эффективно в конкурентной борьбе, чем небольшое. Исключением из этого правила является а) сфера технологий, где за счет использования интеллектуальной собственности либо уникальной технологии либо сложности самого производимого продукта, эффект масштаба неприменим, и б) Интернет-платформы. Но, как правило, для хозяйствующего субъекта стремление к росту объемов и к расширению, экстенсивному или интенсивному – экономическая норма и разумная необходимость. Еще в

упомянутом выше деле *Alcoa* отмечалось, что рост и стремление к лидерству естественны. Кроме того, зачастую отраслевая концентрация является единственным способом противостоять агрессивной конкуренции других участников рынка.

Факторы возникновения внутриотраслевой концентрации не во многом разнятся с факторами возникновения концентрации территориальной. Основное различие заключается в том, что в территориальной концентрации большую роль играют факторы локализации производства, в то время как отраслевая экономическая концентрация диктуется потребностями, связанными с защитой или расширением бизнеса и стабилизацией динамики его роста.

Межотраслевая концентрация – это диверсификация производства. Так, один и тот же холдинг может иметь в своем составе, как предприятия секторов промышленного производства, так и сферы услуг и информационные агентства. Соответственно доля этих предприятий в общем объеме производства растет. В Российской Федерации ярким примером такой компании является ПАО «Газпром», в состав группы которого входят и финансовая организация КБ «Газпромбанк» и АО «Газпром медиа» и газосервисные предприятия, и строительные компании, и снабженческие организации, и т.д. Второй яркий пример нашего времени – группа «Сбербанк», в которую входят и банковские, и страховые компании, и компании, формирующие «экосистему», не связанную со сферой финансовых услуг.

Межотраслевая концентрация обязана своему возникновению не только уже упомянутому эффекту масштаба, но и отчасти глобализации экономики, равно как и потребностью защиты бизнеса. Учитывая, что практически на любом национальном рынке определенную долю занимают импортеры, национальное предприятие логично стремится минимизировать издержки, связанные с увеличением количества конкурентов «вне зоны досягаемости», разнообразив свою продукцию, а также упрочив позиции путем создания вертикально интегрированного предприятия. С помощью диверсификации предприятие выходит на качественно иной уровень: используя трансфертные

цены, оно минимизирует издержки, одновременно создавая некую «страховку» на случай прекращения осуществления первоначального вида деятельности. Диверсификация может быть связана с увеличением выпуска основной продукции, а также с организацией новых видов производства, проникновением в другие отрасли и сферы производства. Для России сегодня диверсификация уже не столько естественный выбор, сколько потребность экономики.

Итак, экономическая концентрация многофакторна и разнообразна, ее существование – объективная экономическая реальность, а иногда – необходимость.

Анализируя антимонопольное законодательство, американские исследователи пришли к универсальному выводу о том, что антимонопольный анализ, основанный только на правовых инструментах, является неполным, без экономического анализа, использование же только экономических инструментов не позволит достигнуть цели закона.<sup>1</sup> Обратимся к законодательным определениям экономической концентрации в антимонопольном контексте.<sup>2</sup>

## ***§2. Характеристики сделок экономической концентрации***

Законодательное оформление контроля экономической концентрации строится на двух направлениях: попытки дать легальное определение экономической концентрации и с учетом содержания данного явления определить, какие сделки а) относятся к сделкам экономической концентрации и б) имеют потенциальный антиконкурентный эффект.

---

<sup>1</sup> Areeda Ph. and Hovenkamp H. Antitrust Law - An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, Aspen Publishers, 1978

<sup>2</sup> Борзило Е.Ю. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: научно-практическое руководство. М.: Статут. 2014.-С.262-270



В ЕС юридическое понятие «концентрация» содержится в Регламенте по слияниям<sup>1</sup> и основано на понятии «смена контроля». Согласно преамбуле Регламента: «целесообразно определить концепцию концентрации таким образом, чтобы она охватывала все сделки, приводящие к долговременной смене контроля над хозяйствующими субъектами, и как следствие, над структурой рынка». К таким сделкам относятся:

- слияние двух и более ранее независимых хозяйствующих субъектов;
- приобретение хозяйствующим субъектом, под контролем которого находится хотя бы один хозяйствующий субъект либо одним или несколькими хозяйствующими субъектами посредством договора, приобретения ценных бумаг или активов прямого или косвенного контроля над другими хозяйствующими субъектами или их подразделениями;

Более развернутое определение можно видеть во французском законодательстве. Согласно ст. 430-1 Французского торгового кодекса к сделкам экономической концентрации относятся:

- слияние двух или более компаний; или
- прямое или косвенное приобретение хозяйствующим субъектом, контролирующим одну или несколько компаний, контроля над одним или несколькими хозяйствующими субъектами или их частями посредством участия в уставном капитале, приобретения активов или иного способа.

Итак, с правовой точки зрения при идентификации сделок экономической концентрации в европейском правопонимании ключевым становится термин «контроль». Контроль может появиться в результате обладания правами, заключения договора или посредством иных факторов, которые вместе или по отдельности и с учетом особенностей применимого законодательства

---

<sup>1</sup> Council Regulation (EC) no 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), OJ C 366, 14.12.2013, P. 1-22

предоставляют хозяйствующему субъекту возможность оказывать решающее влияние на другой хозяйствующий субъект, в том числе посредством:

По правилам ЕС концентрация не происходит в случае:

- обычных хозяйственных операций финансовых организаций (банки, страховые компании и др.), в ходе которых они принимают ценные бумаги на свои счета или на счета третьих лиц, при условии, что они не осуществляют права голоса по таким ценным бумагам или осуществляют их только в связи с планируемым отчуждением таких ценных бумаг, которое должно состояться в течение года с момента получения ими акций.
- назначения конкурсного управляющего, ликвидатора или аналогичного должностного лица в соответствии с законодательством государства-участника ЕС.

В американском праве отсутствует полная аналогия юридического понятия «концентрация». Основным нормативным актом в данной сфере является Закон Клейтона Act to supplement existing laws against unlawful restraint and monopolies and for other purposes -Clayton Act, который трансформировал антитрестовское законодательство США, включив в сферу его действия ряд отношений, явно влияющих на конкуренцию. В соответствии со ст. 7 Закона Клейтона запрещались слияния и приобретение акций корпорации, если такие сделки могут повлечь за собой ограничение конкуренции. Однако правоприменительная практика достаточно быстро выявила существенный недостаток этого положения Закона Клейтона. 1926 г. Верховный суд США заявил, что Закон Клейтона, запрещавший покупку акций конкурирующего предприятия, не препятствует поглощению этого предприятия путем покупки его недвижимости, заводов, оборудования и т.п. В 1950 г. акт Селлера-Кеффера внес поправки в ст. 7 Закона Клейтона, запретив наряду с приобретением акций, и приобретение активов корпораций, если такие сделки негативно влияют на конкуренцию. Следующие важные изменения были внесены в Закон Клейтона актом Харта-Скотта-Родио (1976 г.), ст. 2 которого

ввела в действие ст. 7А в Закона Клейтона, содержащую в том числе процедуру контроля над слияниями.

Таким образом, законодательство США в данном случае идет от частного к общему: не важно, как называется способ, и какие элементы он может содержать, важно к каким результатам он приводит.

Россия пошла по собственному пути. Понятие «экономическая концентрация» не раскрыто в Законе о защите конкуренции, однако гл. 7 Закона носит название «Государственный контроль за экономической концентрацией». Российский законодатель предложил систему финансовых и организационных «фильтров», последовательное применение которых необходимо для определения сделки как подлежащей антимонопольному контролю.

С точки зрения последствий для гражданско-правовой правосубъектности участников можно выделить следующие способы экономической концентрации:

- непосредственно реорганизация, в результате которой два или более юридических лица создают новое юридическое лицо либо прекращают одно из уже существующих;
- «поглощение», или приобретение, когда одно юридическое лицо приобретает другое, причем последнее становится либо частично, либо полностью подконтрольно приобретателю;
- создание совместных предприятий (joint ventures) путем сложения активов двух или более участников сделки для достижения определенных целей, достичь которую по отдельности не представляется возможным. Все участники сделки сохраняют свой статус юридических лиц;
- создание юридического лица с внесением в его уставный капитал долей или акций иного лица.

Возможна иная классификация – юридико-инструментальная. Из перечня раскрытых в Законе о защите конкуренции сделок можно сделать вывод о том, что правовым наполнением экономической концентрации в смысле

российского антимонопольного законодательства являются гражданско-правовые сделки, в рамках которых осуществляется переход права собственности или одного из элементов данного права в понимании ст. 209 ГК РФ – владения, пользования или распоряжения объектами гражданского оборота.

При этом государственному контролю подлежат только те сделки, которые отвечают приведенным в законе признакам.

Определим эти признаки. Закон раскрывает термин «приобретение» исключительно по отношению к приобретению акций. Статья 4 Закона о защите конкуренции относит к приобретению акций покупку, а также получение иной возможности осуществления предоставленного акциями (долями) хозяйственных обществ права голоса на основании договоров доверительного управления имуществом, договоров поручения, других сделок по иным основаниям. В отношении остальных видов сделок понятие приобретения не расшифровано. Тем не менее, исходя из смысла закона, сложившейся правоприменительной практики к способам приобретения следует относить:

- сделки купли-продажи акций, долей хозяйственных обществ, движимого или недвижимого имущества;
- договоры доверительного управления;
- договор о передаче функций исполнительного органа управляющей организации;
- договор залога, если его условиями предусмотрено оставление заложенного имущества в собственности залогодержателя при неисполнении обязательства, обеспеченного залогом либо переход прав голоса залогодержателю;
- договор поручения, в рамках которого поверенный вправе распоряжаться имуществом либо голосами, выраженными в акциях или долях по собственному усмотрению;
- договор аренды имущества, договор пользования имуществом,

- учреждение хозяйственного общества, если его уставный капитал формируется не только за счет денежных средств. Однако здесь важное значение имеет состав и стоимость имущества, передаваемого в уставный капитал учредителями;

- вклад в имущество хозяйственного общества, с оговорками, применимыми к вкладу в уставный капитал;

- получение имущества в результате ликвидации хозяйственного общества;

- создание совместных предприятий;

- кредитный договор, предусматривающий согласие кредитора на заключение определенного типа сделок и смену органов управления;

- иные правовые средства. Список в любом случае останется открытым.

Характерно, что исходя из целей контроля экономической концентрации, предметом ее являются не договоры в ипостаси документа, а договоры в ипостаси сделки, т.е. исполнение договора-документа. Заключение гражданско-правового договора само по себе предметом контроля не является.

Как представляется, для целей антимонопольного законодательства не имеет значение, какой именно способ выбран, ключевым является вопрос о том, получило ли лицо в результате сделки право определять предпринимательскую деятельность хозяйствующего субъекта, или, выражаясь экономическими терминами – произошла ли концентрация производства или управления. Более того, не каждая сделка потенциально может оказывать влияние на конкуренцию. Соответственно, для определения круга тех сделок, которые подпадают в сферу экономической концентрации в антимонопольном понимании, существуют следующие типы критериев.

*Характеристики участников сделки.*

Сумма активов, а также показателей выручки за год, совокупная и индивидуальная, но с учетом группы лиц. Для случаев, когда в результате сделки контроль над ее объектом переходит к новому приобретателю, данные по группе лиц отчуждающего лица не учитываются.

Пороговые показатели активов на протяжении последних лет неоднократно изменялись, однако они существенные, что свойственно и европейским правовым порядкам. Например, во Франции необходима совокупность трех показателей:

- совокупная мировая выручка компаний, участвующих в сделке и их групп лиц превышает 150 млн. евро;
- совокупная выручка во Франции как минимум 2х компаний, участвующих в сделке, превышает 50 млн. евро;
- сделка не относится к компетенции Комиссии ЕС.

#### *Характеристики самой сделки*

##### А) Если объектом сделки являются доли или акции

Используются пороговые значения пакетов акций/долей, превышение которых предоставляет акционеру или владельцу доли дополнительные права, вытекающие из распоряжения правом голоса в соответствии с корпоративным законодательством. В литературе встречается утверждение о том, что различные пороговые значения, применяемые антимонопольным законодательством «определяются правильным пониманием, что в акционерном обществе, как наивысшей форме объединения капиталов, контроль за концентрацией должен быть более жестким, чем в обществе с ограниченной ответственностью.»<sup>1</sup> Представляется, что это утверждение идет вразрез с нормами антимонопольного и корпоративного законодательства. Для оценки последствий экономической концентрации, а также эффекта для конкуренции организационно-правовая форма коммерческой организации значения не имеет. Утверждение о большем внимании антимонопольного законодательства к сделкам в отношении акционерных обществ идентично утверждению, например, о том, что акционерное общество с большей вероятностью занимает доминирующее положение. Более того, при сделках с долями/акциями ключевым вопросом является определение степени контроля

---

<sup>1</sup> Корпоративное право: отв. ред. И.С. Шиткина. М.: Волтерс Клувер, 2008 С. 225

одного хозяйствующего субъекта над другим в результате совершения сделки. А права владельца доли/акционера, и соответственно степень контроля в обществе с ограниченной ответственностью и в акционерном обществе связана с разными пороговыми значениями приобретаемых пакетов и голосов, реализуемых из них. Поэтому в данном случае, российский антимонопольный закон следует за корпоративным законодательством.

Б) Если объектом сделки является движимое или недвижимое имущество

Контролю подлежат сделки с тем имуществом, владение которым означает получение конкурентного преимущества приобретателем и потерю такового продавцом. С позиций российского законодательства этим критериям удовлетворяет переход права собственности на объекты, чья стоимость превышает 20% от стоимости основных производственных средств и нематериальных активов хозяйствующего субъекта, отчуждающего имущество. Оба эти параметра определяются в соответствии с законодательством о бухгалтерском учете.

В) Если объектом сделки являются права управления

Пороговое значение не предусмотрено, в частности, для договора доверительного управления имуществом, договора поручения, договора о передаче функций единоличного исполнительного органа, соглашения о совместной деятельности.

В отличие от договора купли-продажи либо иного договора о передаче имущества, объекты, являющиеся предметом перечисленных договоров, либо не подлежат количественному измерению, либо параметры передаваемого имущества/прав могут быть настолько различны, что применение единообразных правил к ним будет невозможно. Как следствие, решение вопроса о распространении на них требований антимонопольного контроля будет зависеть от содержания названного договора, а точнее, от того объема

прав, который передается в результате их исполнения.<sup>1</sup> Также необходимо отметить, что перечень тех договоров, результатом которых может стать получение прав управления, не ограничен. Одним из частых случаев такого непоименованного договора является корпоративный договор.

### ***§3. Факторы, определяющие результаты антимонопольного контроля***

Изучение данных факторов целесообразно с учетом экономической градации сделок экономической концентрации, поскольку те факторы, от наличия или отсутствия которых зависит, будет ли сделка одобрена государством, также в основном экономические. Исследователи приходят к выводу, что вопрос о том, какие слияния следует разрешить, а какие нет, не может быть решен исключительно правовыми средствами. Не существует единых и точных критериев, которые можно будет воплотить в административных регламентах и использовать во всех случаях. Основа анализа – это экономические критерии, такие как эффективность и ограничение конкуренции,<sup>2</sup> которым необходимо придать правовую форму.

В данном случае правовой анализ снова следует за экономическим. В антимонопольной науке принято выделять три категории сделок экономической концентрации, которые мы в дальнейшем для простоты обозначения будем именовать слияниями:<sup>3</sup>

*Вертикальные.* Осуществляются хозяйствующими субъектами, действующими на разных стадиях производства. Такая интеграция позволяет создать единую производственную цепь и существенно уменьшить издержки производства, в том числе, путем использования трансфертных цен.

---

<sup>1</sup> Борзило Е.Ю. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: научно-практическое руководство. М.: Статут. 2014.С.262-270

<sup>2</sup> Areeda P., Turner D.F. Antitrust law. Aspen Law&Business, 1978. P. 904

<sup>3</sup> Там же.



*Горизонтальные*, участниками которых являются конкуренты. Такая интеграция влечет зачастую монополизацию производства, именно поэтому действия, связанные с горизонтальной интеграцией находятся под жестким контролем государства.

*Конгломератные*, участниками которых являются хозяйствующие субъекты, действующие в различных сферах производства.

Как неоднократно отмечалось, с точки зрения прибыли стремление к олигополии или монополии вполне естественно для производителя продукции, работ или услуг. Поэтому концентрация производства на определенном уровне своего развития подводит к возникновению олигополии или монополии, что само по себе не запрещено на законодательном уровне, однако вызывает озабоченность контролирующих органов. Результатом этой озабоченности является запрет согласования сделок и, как следствие, оспаривание запретов хозяйствующими субъектами.

Так, в первом десятилетии нашего века Комиссия ЕС столкнулась с беспрецедентным количеством отмен судом ее решений об отказе в согласовании сделок. В деле *Airtours*<sup>1</sup> Суд пришел к выводу о том, что Комиссия не предоставила достаточных фактов, подтверждающих вероятность возникновения коллективного доминирующего положения в результате сделки. В деле *Schneider/Legrand*<sup>2</sup> решение Комиссии ЕС об отказе в согласовании слияния двух французских производителей электротехнического оборудования было отменено в результате противоречия между изначальными комментариями Комиссии по сделке и ее позицией в суде. В деле *Tetra Laval/Sidel*,<sup>3</sup> Суд назвал спекулятивными и немотивированными выводы Комиссии ЕС о наличии антиконкурентного эффекта при конгломератном слиянии. Частично в результате судебной практики Комиссии ЕС пришлось более продуманно отнестись к выработке критериев оценки концентрации.

---

<sup>1</sup> *Airtours v. Commission* [2002] ECR II-2585.

<sup>2</sup> *Schneider Electric v. Commission* [2002] ECR II-4071.

<sup>3</sup> *Tetra Laval v. Commission (I)* [2002], ECR II-4381.

Рассмотрим факторы, влияющие на легитимацию сделки по каждой из категорий.

### **А. Горизонтальные слияния**

Итак, один конкурент приобретает контроль над другим, либо оба они проходят процедуру реорганизации. Результатом такой сделки, какой бы ни был выбран правовой способ, станет уменьшение количества самостоятельных хозяйствующих субъектов на рынке, что, например, в понимании российского антимонопольного законодательства является признаком ограничения конкуренции. Значит ли это, что горизонтальные слияния запрещены абсолютно?

В американской юридической науке в отношении оценки горизонтальных слияний предлагается три направления:

- метод оценки предпосылок и последствий.<sup>1</sup> Уполномоченные органы должны проводить глубокий предварительный анализ сделок, особое внимание уделяя перспективе увеличения эффективности для отрасли и синергетическим эффектам. Если после сделки ожидаемые эффекты не достигнуты, то государственные органы должны предоставлять посильную помощь для достижения такого эффекта. В этом подходе акцент делается на то, что у любой горизонтальной сделки есть положительный эффект, надо его только найти.

- метод отбора.<sup>2</sup> Сторонники этого направления полагают необходимым анализировать не каждое дело в отдельности, а с помощью высоких пороговых показателей установить те критерии экономической концентрации, которые позволят достичь участникам процесса наибольшего экономического эффекта.

---

<sup>1</sup> Brodley J.F. The Economic Goals Of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare And Technological Progress, 62, N.Y.U.L. Rev. 1020, 1987.

<sup>2</sup> Fisher A.A., Lande R., Efficiency Considerations In Merger Enforcement, 71 C.L.Rev., 1582, 1983

- метод структурного анализа.<sup>1</sup> Его сторонники полагают необходимым дополнить метод отбора анализом последствий для эффективности функционирования рынка.

Большинство этих методов было разработано в 80-ые годы XX в., то есть во времена активного экономического роста и стимулирования процессов экономической концентрации. Однако они применяются и сегодня.

Результаты американского правосудия в антимонопольной сфере, и в частности в сфере контроля экономической концентрации, в значительной степени зависят от того, представители какой партии находятся у власти. В середине XX в. применение Закона Клейтона шло по пути анализа доли на рынке как одного из решающих факторов при анализе допустимости слияний. Верховный суд США отдавал предпочтение существованию рынка с большим количеством мелких компаний, действующих на нем, но не интеграции и появлению крупных производителей.<sup>2</sup> Отход от этой позиции наметился только в 1974 году, когда в рамках дела *US v. General Dynamics Corp* было одобрено слияние крупных угледобывающих компаний, а суд высказался, что появление крупных производителей не является решающим доказательством ограничения конкуренции.<sup>3</sup>

Схожий подход можно наблюдать сегодня в нормативных актах и правоприменительной практике ЕС. Европейский Регламент о слияниях<sup>4</sup> устанавливает, что с общим рынком несовместимы сделки, которые затрудняют эффективность конкуренции, что измеряется с учетом коэффициентов концентрации либо размеров долей участников, при этом доминирующее положение приводится лишь как один из возможных вариантов. Таким образом, создание или усиление доминирующего положения не единственный

---

<sup>1</sup> Muris T.J., *The Efficiency Defense Under Section 7 Of Clayton Act*, 30, W.R.L.Rev. 381,1980.

<sup>2</sup> См., например, дела *US v. Von's Grocery* (1966), *US v. Pabst Brewing* (1966).

<sup>3</sup> *US v. General Dynamics Corp*, US 486 (1974).

<sup>4</sup> Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 24, 29.1.2004, P. 1–22.

фактор ограничения конкуренции. Ограничение конкуренции может также происходить посредством:

-устранения ранее существовавших ограничений для участника рынка, в результате чего он получает конкурентные преимущества (односторонний эффект);

- получения конкурентных преимуществ несколькими хозяйствующими субъектами, в результате чего увеличивается вероятность их последующего сговора на рынке (эффект координации).<sup>1</sup>

Регламент рассматривает горизонтальные слияния в основном в контексте одностороннего эффекта, применительно к которому мы возвращаемся к вопросу о доле на рынке и к вопросу возникновения доминирующего положения или его усиления. Для целей контроля экономической концентрации доминирующее положение определяется и понимается в смысле, которое ему придано ст. 102 TFEU и нормативными актами Комиссии ЕС.

Руководство по горизонтальным слияниям<sup>2</sup> предусматривает неисчерпывающий перечень факторов, которые подлежат анализу Комиссией для определения одностороннего эффекта. К критериям относятся:

- (1) Доли на рынке участников слияния. Стандартная форма, которая заполняется участниками слияния, прямо предусматривает информацию о любом задействованном рынке, в том числе о рынке, где совокупная доля участников сделки в ее результате превысит 15% или рынке, где отношения между сторонами вертикальные и их совокупная доля составит 25%. Важность доли как показателя доминирующего положения на рынке во многом зависит от того, какова структура рынка. Так, например, для *American Cyanamid/Shell* Комиссия ЕС сочла, что анализ, построенный только на доле на рынке недостаточно показателен для

---

<sup>1</sup> Bael I.V. and Bellis J.-F. Competition Law of the European Community. 5<sup>th</sup> P. 615.

<sup>2</sup> Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings. OJ C 31, 5.2.2004, p. 5–18

быстроразвивающегося рынка исследований, где доля может быстро размыться в результате появления нового продукта или технологии.<sup>1</sup>

Российское законодательство не предусматривает предоставление такой информации самими участниками сделки, однако в ходе анализа рынка в рамках Приказа ФАС России № 220 такая информация подлежит анализу. Тем не менее, отношение к доле на рынке неоднозначно, как и практика самого антимонопольного органа. Так, с согласия антимонопольного органа сначала был монополизирован рынок алюминия, а в 2011г. ФАС России одобрила присоединение ОАО «Сильвинит» к ОАО «Уралкалий», тем самым произошло слияние двух единственных в России производителей калийных удобрений, суммарно производящих 100% этого товара в России.<sup>2</sup> Аналогично, ФАС России одобрила сделку по приобретению ОАО «Уральская горно-металлургическая компания» и ЗАО «Русская медная компания» 84% акций ОАО «Челябинский цинковый завод», что привело к слиянию всех производителей цинка в России. В недавнем прошлом не вызвала сомнений у правоприменителя и сделка, приведшая к монополизации рынка такси. Здесь необходимо отметить, что базовым критерием легитимации сделок в России в соответствии с Законом о защите конкуренции помимо полного раскрытия информации, является отсутствие ограничения конкуренции, в том числе «том числе в результате возникновения или усиления доминирующего положения заявителя либо доминирующего положения лица, которое будет создано в результате осуществления заявленных в ходатайстве сделки, иного действия». И, как мы видим, применяется этот критерий весьма произвольно.

Характерно, что и Комиссия ЕС и ФАС России используют при анализе

---

<sup>1</sup> American Cyanamid/Shell, M.354, 1993, para.33

<sup>2</sup> Решение по ходатайству о присоединении ОАО «Сильвинит» к ОАО «Уралкалий» [Электронный ресурс].- URL: [http://www.fas.gov.ru/solutions/solutions\\_32253.html](http://www.fas.gov.ru/solutions/solutions_32253.html) (дата обращения 15.05.2019)

доли на рынке индекс Герфиндаля-Гиршмана, в чем их поддерживают суды, но результаты и логика решений отличаются.<sup>1</sup> В частности при рассмотрении ходатайства группы лиц в составе компании «Computershare Limited», компании «NRC Investments (UK) Limited» и компании «Computershare Investments (UK) (№5) Limited» о приобретении ОАО «Регистратор НИКойл» было определено, что в результате совершения сделки уровень концентрации на рынке услуг регистраторов Архангельской области возрастет, значения показателей рыночной концентрации увеличатся – индекс концентрации Герфиндаля-Гиршмана (НИИ) на 122,48 единиц (с 4295,57 до 4418,05), коэффициент концентрации на 0,98% (с CR-3 = 86,98% до CR-3 = 87,96%). И тем не менее, сделка была согласована с выдачей поведенческого предписания;<sup>2</sup>

(2) степень конкуренции между участниками слияния. Чем более взаимозаменяемы товары, тем больше вероятность, что в результате сделки экономической концентрации стоимость на них вырастет, а значит, тем меньше вероятность того, что государство согласует сделку.<sup>3</sup> В России этот фактор как таковой во внимание не принимается;

(3) возможность потребителя заменить поставщиков. Покупатели хозяйствующих субъектов, участвующих в экономической концентрации могут потерять возможность выбора поставщика при слиянии, что учитывается Комиссией при рассмотрении заявления.<sup>4</sup> В России этот фактор рассматривается в контексте определения доминирующего положения, соответственно в приведенных выше случаях он не повлиял на решение

<sup>1</sup> См. постановление ФАС УО от 14 марта 2012 № Ф09-389/12// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>2</sup> Решение о рассмотрении ходатайства группы лиц в составе компании «Computershare Limited», компании «NRC Investments (UK) Limited» и компании «Computershare Investments (UK) (№5) Limited» о приобретении ОАО «Регистратор НИКойл» URL: [http://fas.gov.ru/solutions/solutions\\_30529.html](http://fas.gov.ru/solutions/solutions_30529.html) (дата обращения -01.04.2015)

<sup>3</sup> Например, в KnP/Buehrmann-Tetterode and VRG, M.291, OJ 1993 L217/35; Volvo/Scania, fn.226, points 107 and 148; Ryanair/Aer Lingus, fn.162, points 353–490; Continental/Phoenix, M.3436, OJ 2006 L353/7, points 121 et seq.; Metso/Svedala, M.2033, OJ 2004 L88/1; Pfizer/Pharmacia, M.2922, 2003; Orkla/Chips, M.3658, 2005.

<sup>4</sup> Так было в слиянии Boeing/McDonnell Douglas, M.877, OJ 1997 L336/16, а также Agfa-Gevaert/DuPont, M.986, OJ 1998 L211/22.

антимонопольного органа о согласовании сделки;

- (4) вероятность увеличения объема поставки конкурентами; возможность «бенефициара» слияния противодействовать продвижению его конкурентов, а также устранение конкурента/конкурентов с рынка;
- (5) перспективы развития конкуренции (потенциальная конкуренция). Если рынок относится к категории развивающихся, и потенциал конкуренции на нем велик, вероятность запрета горизонтального слияния невелика;
- (6) входные барьеры;
- (7) влияние покупателей на рынок;
- (8) эффективность;

Пункты с 5 по 8 также применимы и к конгломератным, и к вертикальным слияниям.

Однако горизонтальные слияния могут приводить и к эффекту координации - в том случае, если ее результатом является возникновение коллективного доминирующего положения или усиление рыночной концентрации, что в этом случае будет синонимами. В такой ситуации вероятность будущего сговора между участниками рынка увеличивается. Здесь действуют все те же правила, которые применимы к идентификации антиконкурентных соглашений/согласованных действий: олигополистическая структура рынка, его информационная прозрачность являются их предпосылками, а значит допущение такой ситуации на рынке потенциально может привести к ограничению конкуренции. Это подтверждается уже упомянутым делом *Airtours*, где сформулировано несколько критериев, которые должны применяться для выявления эффекта координации:

1. каждый участник олигополистического рынка должен знать, учитывая характеристики рынка, как действуют другие участники, чтобы выработка единой политики стала возможной. Для этого рынок должен быть в достаточной степени прозрачен;

2. скрытая координация должна быть устойчивой, т.е. должна существовать угроза наказания, которое бы послужило бы сдерживающим фактором для нарушителей;
3. общая проводимая на рынке политика олигополистов должна быть устойчива к внешним факторам, в том числе к входу на рынок конкурентов, а также к реакции покупателей.

Как ни странно, в России коллективное доминирующее положение не является существенным фактором при согласовании сделки, данный институт используется как субститут института соглашений/согласованных действий, а не по своему прямому назначению.

#### **Б) Вертикальные слияния**

Вертикальная интеграция, как правило, несет в себе меньше антимонопольных рисков, поскольку напрямую не устраняет конкуренцию. Вопрос состоит в том, каковы цели интеграции, и не приведет ли сделка к ограничению конкуренции на одном из рынков, где действуют ее участники. Анализ допустимости сделки должен учитывать ее конечную цель.<sup>1</sup> С точки зрения результата последствия приобретения хозяйствующего субъекта, находящегося на другой ступени производственной цепи или заключение с ним договора, исключающего предпринимательскую деятельность с другими контрагентами, абсолютно идентичны. Разница лишь в способе и в сроках реализации интеграции. Когда конкурирующий на рынке производитель осуществляет вертикальную интеграцию, возможно, путем приобретения собственных розничных магазинов и создания дистрибьюторских сетей, обычно презюмируется, что он делает это с целью снижения собственных издержек. С помощью вертикальной интеграции можно существенно снизить риски, достигнуть значительной экономии, контролировать, как происходит

---

<sup>1</sup> См., в частности Kaplow, Extension of monopoly power through leverage, 85 Colum. L. Rev. 515, 1985, Hovenkamp H., The monopolization offense, 62 Ohio, St. L.J. 1035 (2000), Sullivan Th., Hovenkamp H. Antitrust Law, Policy And Procedure: Cases, Materials, Problems P. 736-746.



продажа товара. Однако американские суды традиционно склоняются к тому, что вертикальная интеграция, производимая монополистом, таит в себе существенную угрозу конкуренции. В частности, они обратили внимание на то, что, создавая собственные розничные сети, монополист может приобрести также монопольную власть на другом уровне производственной цепи.<sup>1</sup> Таким образом, он достигнет той же цели, что достиг бы при заключении вертикального соглашения.

Однако некоторые исследователи не согласны с тем, что вертикальная интеграция может послужить средством получения монопольной власти, поскольку таким способом достаточно сложно повысить размер монопольной прибыли. Когда розничный покупатель приобретает товар, он заинтересован в его конечной цене; покупателя не волнует наценка на товар на каждом уровне производственной цепи. В то время как монополист должен получать монопольную прибыль на каждой стадии производственного процесса при условии, что все эти стадии достаточно конкурентны. В целом, те же причины, которые делают эффективной вертикальную интеграцию для обычного конкурирующего предприятия, делают ее эффективной и для предприятия, обладающего монопольным положением на рынке.<sup>2</sup>

На практике вертикальное слияние может включать в себя и горизонтальный и негоризонтальный аспекты, например, в случае если речь идет о приобретении многофункционального холдинга. В этом случае оценка должна производиться с учетом всех факторов.

При оценке непосредственно вертикальных слияний критерий потенциальной конкуренции имеет намного большее значение, чем при горизонтальных. Основы оценки потенциальной конкуренции были заложены в рамках дела *US v. Penn-Olin Chem.Co.*<sup>3</sup> Компания *Pennasault* (производитель химикатов) создала совместное предприятие со своим покупателем *Olin*

---

<sup>1</sup> Ibidem

<sup>2</sup> Friedman, Antitrust analysis and bilateral monopoly, 1986 Wis. L. Rev. 873, Glazer & Lipsky, Unilateral refusals to deal under §2 of the Sherman act, 63 Antitrust L.J. 749, 1995

<sup>3</sup> 378 US 158 (1964)

*Matheson* для строительства завода в юго-восточных штатах США и последующей реализации продукции. Обе компании оценивали возможность самостоятельного выхода на новый географический рынок, однако решили, что совместное предприятие имеет больше шансов на успех. При рассмотрении дела, Верховный Суд США отметил необходимость выяснить, могла ли каждая из компаний самостоятельно освоить новый для себя рынок, указав, что если бы даже одна компания стала действительным участником рынка, а вторая - потенциальным, слияние не должно было быть одобрено. В рамках данного дела суды решили, что обе компании вряд ли бы смогли достигнуть такого результата самостоятельно. Эта аргументация впоследствии была применена в деле *FTC v. Procter&Gamble*,<sup>1</sup> когда было запрещено приобретение последним производителя отбеливателей Clorox (49%) со ссылкой на то, что сам *Procter&Gamble* мог стать новым участником рынка, а также развита в концепции «опорных» фирм: приобретение компании с небольшой долей на рынке и последующее ее расширение более эффективно для конкуренции, чем приобретение одного из лидеров рынка.

Схожий принцип содержится и в европейском законодательстве, где оценка производится в соответствии с Руководством по негоризонтальным слияниям.<sup>2</sup> Проблемой вертикальных слияний является односторонний эффект и эффект координации, в том случае, когда создается возможность ограничения доступа на рынок. Таким образом, выяснению подлежит вопрос о том, приведет ли сделка к тому, что приобретатель или новое юридическое лицо смогут препятствовать входу на рынок новых хозяйствующих субъектов либо вытеснять действующих.

Характерно, что в соответствии с Руководством по негоризонтальным слияниям эти эффекты вряд ли возникнут в том случае, когда компании, участвующие в интеграции не имеют существенной власти на рынке,

---

<sup>1</sup> 368 US 568 (1967)

<sup>2</sup> Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, O.J. C 265 18/10/2008.

соответственно, как и в случае с горизонтальными слияниями доля на рынке - фактор очень существенный.

Соответственно, Руководство по негоризонтальным слияниям предоставляют ориентир для определения тех типов сделок, которые не будут иметь негативного влияния на конкуренцию: таким ориентиром являются доля менее 30% в результате сделки, а индекс Герфиндаля –Гиршмана менее 2000. В этом случае «глубокого изучения» при обращении за согласованием сделки проводиться не будет, если также отсутствуют следующие обстоятельства:

- участником слияния является компания, чей рост ожидается в ближайшем будущем, например за счет инноваций;
- состав акционеров или состав органов управления участников слияния существенно совпадают;
- существуют признаки координации их поведения на рынке.

Российский подход к вертикальным слияниям, как, впрочем и ко всем остальным типам, основан, как было указано выше, на произвольном применении критерия возникновения или усиления доминирующего положения, которое, отметим, для случаев обычной хозяйственной деятельности совсем не демонизируется. Так, по результатам рассмотрения ходатайства заявителя о получении разрешения на приобретение 49% обыкновенных именных акций ОАО "Аэропорт Рошино" ФАС России было принято решение об отказе заявителю в удовлетворении ходатайства. Антимонопольный орган сослался на то, что ОАО "Авиакомпания "ЮТэйр", занимающая доминирующее положение в авиаперевозках из аэропорта "Рошино", посредством приобретения активов ОАО "Аэропорт Рошино", превышающих блокирующий пакет акций, получит возможность усилить свое положение на рынке в целом, и оказывать влияние на решения, принимаемые аэропортом "Рошино", в том числе касающиеся ценовой политики, предоставления слотов и присутствия на данном рынке иных авиаперевозчиков. По мнению ФАС России, эти обстоятельства приведут к усилению положения,

занимаемого ОАО "Авиакомпания "ЮТэйр" на рынке регулярных авиаперевозок, что в свою очередь, повлияет на конкуренцию на рассматриваемом товарном рынке.<sup>1</sup> Как минимум странный подход, учитывая, что на момент подачи ходатайства заявитель уже владел простым большинством голосов из акций ОАО "Аэропорт Рошино".

## **В) Конгломератные слияния**

К конгломератным слияниям относятся те сделки, которые нельзя отнести к обеим предыдущим категориям: это и не сделки между конкурентами на одном и том же рынке, и не сделки между продавцом и покупателем. В большинстве случаев такие сделки не приводят к ограничению конкуренции, однако определенные их характеристики приводят к необходимости изучения вопроса о потенциальной конкуренции, о доступе на рынок новых участников и об эффективности таких слияний с точки зрения антимонопольного регулирования, т.е. те же вопросы «одностороннего эффекта» и «эффекта координации». Так, диверсификация деятельности дает компании определенные преимущества, позволяя гибко формировать свою ценовую политику, тем самым также предоставляя определенную власть на рынке, именуемую «портфельной властью», которая позволяет за счет экономии масштаба сохранять свое положение на одном рынке и усиливать на другом.

В качестве примера можно привести дело *Procter & Gamble/Gillette*,<sup>2</sup> обе американские корпорации действовавшие, в том числе, и на территории ЕС. Каждый из них производил и распространял широкий ассортимент продукции, поэтому возникали опасения в том, что результатом сделки станет ограничение конкуренции, в частности, связанные продажи. Сделка была одобрена Комиссией ЕС не в последнюю очередь потому, что у конкурентов обеих компаний ассортимент продукции был очень широк, и при этом влияние на рынок покупателей-торговых сетей было очень велико.

---

<sup>1</sup> См. постановление ФАС МО от 22 декабря 2008 № КА-А40/12010-08// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

<sup>2</sup> Procter & Gamble/Gillette, М.3732, 2005

## Г) Особенности антимонопольного контроля в России

Количество заявлений в рамках контроля экономической концентрации, подаваемых в антимонопольные органы в России огромно.

Это значит, что в России права участников гражданского оборота ограничены в большей степени, чем в других государствах. Более того, Россия является одной из немногих стран, где до совсем недавнего времени контролю подлежали сделки внутри группы лиц, и по сей день отсутствует активно действующая в Европе концепция *de facto* контроля. Российский антимонопольный контроль формалистичен: даже если доля в акционерном обществе у хозяйствующего субъекта составляет 49%, а остальные акции распределены между, например, 1000 акционеров, при пересечении порога в 50% ему потребуются согласие антимонопольного органа. Это при том, что фактически степень его контроля над обществом не изменится.

Кроме того, в России важную роль для принятия решения по сделке играет раскрытие информации антимонопольному органу в полном объеме. В силу ст. 32 Закона о защите конкуренции и подзаконных актов антимонопольного органа, принятых в развитие данной нормы, в антимонопольный орган подлежат представлению следующие группы данных:

- данные о хозяйственной деятельности приобретателя, приобретаемого лица, лиц участвующих в реорганизации и их групп лиц: выручка, объем производства, основные покупатели и поставщики
- финансовые данные о приобретателе, лицах, участвующих в реорганизации, приобретаемого лица – данные бухгалтерской отчетности;
- сведения о группе лиц хозяйствующих субъектов, принимающих участие в реорганизации, приобретателя, приобретаемого лица.

Последняя группа данных, как показывает практика, находится в фокусе изучения антимонопольными органами. Непредоставление данных о группе лиц служит основанием для отказа в согласовании сделки.

Говоря о вертикальных и конгломератных слияниях нельзя не вернуться к уже затронутой теме – схожести механизмов вертикального слияния и эксклюзивного соглашения. Фактически и вертикальное соглашение и вертикальное слияние – инструменты вертикальной интеграции. Exclusive dealing и exclusive dealership дают эффект абсолютно аналогичный приобретению – один хозяйствующий субъект получает в собственное распоряжение имущество, ноу-хау или иные ресурсы другого. Результатом такого «вертикального» соглашения в равной степени может быть и односторонний эффект и эффект координации, все зависит от содержания соглашения. То же самое можно сказать и о конгломератных слияниях – приобретение контроля над хозяйствующим субъектом, действующим на смежном или вообще ином товарном рынке в равной степени возможно и путем заключения соглашения с ним. Руководство по негоризонтальным слияниям, как и De Minimis указывает на незначительность доли на рынке как фактор, исключающий по сути необходимость антимонопольного контроля, равно как и на фактор инноваций, потребительского блага и прогресса. Различия между соглашением и приобретением – кардинальные различия – только два: срок и условия. Различие в отношении срока является внешним: право собственника на отчуждение принадлежащего ему имущества не может быть ограничено. Иными словами, и договор может быть заключен на год и приобретатель имущества может его через год продать. Поэтому использование разных критериев для оценки на том основании, что срок, на который происходят изменения, может быть ограничен – нецелесообразно. Не говоря уже о том, что в результате любого из видов интеграции неустранимые для рынка изменения могут произойти за достаточно короткий срок. Второй – условия приобретения. Здесь все несколько сложнее, поскольку условия эксклюзивности могут быть разными, в то время как приобретение права собственности дает безусловный контроль и право самостоятельно распоряжаться имуществом без ограничений (здесь принимаем за аксиому, что имущество не является предметом залога, поскольку в этом случае ограничения есть и могут быть существенными). Тем

не менее, это соглашений может быть масса, а вот приобретение соответствует лишь ограниченному числу вариантов соглашения об эксклюзивности, условия которой достаточно ясны. Более того, конкурентными ведомствами и судебной практикой выработаны подходы к оценке очень многих видов вертикальных и конгломератных соглашений, от самых незначительных до «грубых».

К чему приводит неиспользование возможности анализировать конгломератные и вертикальные слияния с помощью критериев, применимых для соглашений? Этот вопрос особенно актуален для России, где четких критериев оценки слияний не существует в принципе. Аморфное понятие «ограничение конкуренции» и более конкретный, но как уже показано выше, произвольно используемый критерий возникновения или усиления доминирующего положения не создают достаточно конкретную систему критериев. В то время как для соглашений такие критерии выработаны как на законодательном, так и на правоприменительном уровне: даже в постановлении № 583, списанном с Регламента об общих исключениях, содержится больше информации о случаях эффекта координации и одностороннего эффекта, чем во всех нормах закона о защите конкуренции в отношении сделок экономической концентрации. Характерно, что отголоски такого подхода можно уже наблюдать сегодня в Законе о защите конкуренции: предусмотрено согласование с антимонопольным органом соглашения о совместной деятельности, если финансовые показатели участников сделки соответствуют установленным критериям. Одновременно ст. 13 Закона о защите конкуренции распространяет свое действие на данную категорию соглашений, как и на сделки экономической концентрации в целом, и даже устанавливает самостоятельные критерии, которым такие сделки должны соответствовать. Не возвращаясь к критике самих критериев, отметим принцип – если соглашения о совместной деятельности будут соответствовать названным требованиям

допустимости, они не должны быть признаны антиконкурентными в рамках анализа, применяемого для оценки антиконкурентного эффекта.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Борзило Е.Ю. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: научно-практическое руководство. М.: Статут. 2014.С.277-290



## ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Проведенный анализ показывает, что система антимонопольных ограничений, существующих сегодня в Российской Федерации требует существенной ревизии. Регулирование законодательства о конкуренции давно пошло по ошибочному пути сразу в нескольких направлениях: игнорирование предпринимательского характера конкуренции и, как следствие, частноправовой природы классических антимонопольных ограничений, отсутствие четких и универсальных правил анализа рынка, что само по себе создает широкое поле для манипуляций. Все это сопровождается бездумным копированием европейских и американских норм и правил. Вместо адаптации чужого опыта мы или имплементируем его, даже зачастую, не меняя ни формулировок зарубежных нормативных актов, ни юридических техник (как в случае, например, с общими исключениями). В качестве своего, индивидуального подхода мы мультиплицируем запреты для одного и того же типа поведения (антиконкурентные соглашения, согласованные действия или злоупотребление коллективным доминирующим положением), создавая правовую неопределенность, и опять-таки поле для произвола. При этом институты зарубежного законодательства, качественное внедрение которых позволило бы разрешить массу отраслевых проблем, например, экономическая зависимость, конкретные экономически обоснованные критерии оценки последствий сделок экономической концентрации российским законодателем и правоприменителем игнорируются.

Наиболее очевидным следствием такого подхода является дефектность в первую очередь буквы Закона о защите конкуренции, в котором дефиниции сформулированы или слишком узко, что позволяет их «обойти», либо слишком широко, что оставляет широкое поле для неконтролируемой дискреции государства. В свою очередь, использование европейских и американский судебных прецедентов для совершенствования законодательства о конкуренции в России приводит к тому, что имеющиеся острые проблемы оказываются

вообще не урегулированными, а введенные законодательные новшества – бесполезными в связи с отсутствием в России конкретных проблем, идентичных европейским и американским. Ни тот, ни другой вариант в текущей ситуации трансформации мировой и национальной экономики неприемлем.

Существовавшее последние 25 лет ошибочное мнение о том, что административный орган – это главный правоприменитель в сфере конкуренции, показало свою неэффективность. Главными правоприменителями являются и всегда были сами хозяйствующие субъекты, именно они формируют рынки и конкурируют на них, именно они заинтересованы в добросовестной конкуренции как залого долгов и эффективного бизнеса. Роль государственного органа обусловлена лишь предоставленной гражданским законодательством возможностью хозяйствующего субъекта требовать защиты своего права в административном порядке, но не более того. И эта защита в административном порядке должна быть точечной и эффективной, а не создавать искусственные барьеры и препятствия для развития экономики.

Назревшая, как мне представляется, достаточно давно реформа законодательства о конкуренции, сейчас является жизненно необходимой, чтобы, наконец, реализовать давно провозглашенную, но и только, идею снижения давления на бизнес как базу для дальнейшего развития нашей экономики в очень непростой период.

**БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК****1. Нормативные правовые акты Российской Федерации и международные договоры**

1. Конституция Российской Федерации: принята всенар. голосованием 12 дек. 1993 г. (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ). СЗ РФ. - 2009. - № 4. Ст. 445.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации часть первая: федер. закон от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 31.01.2016). СЗ РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.
3. О защите конкуренции: федер. закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ (в ред. от 10.01.2016). СЗ РФ 2006.- №31 (ч. I). - Ст. 3434.
4. О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»: закон РСФСР от 22.03.1991 г. №948-1. Ведомости СНД и ВС РФ. - 1992.- № 34. - ст. 1966.
5. О защите конкуренции на рынке финансовых услуг: федер. закон от 23.06.1999 г. № 117-ФЗ (в ред. от 30.12.01). СЗ РФ. -1999.- № 26. -ст. 3174.
6. О естественных монополиях: федер. закон от 17.08.95 № 147-ФЗ (в ред от 26.03.2003). СЗ РФ.- 1995. -№ 34. - ст. 3426
7. Об электроэнергетике: федер. закон от 26.03.03 № 35-ФЗ. Российская газета. - 2003.- № 60
8. Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации: федер. закон от 28.12.2009 № 381-ФЗ. СЗ РФ.- 2010. -№ 1.- ст. 2.
9. Об обществах с ограниченной ответственностью: федер.закон от 08.02.1998№ 14-ФЗ. СЗ РФ. -1998. -№ 7.- ст.785.
10. О внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс РСФСР, Гражданский процессуальный кодекс РСФСР, Регламент Верховного Совета РСФСР, Законы РСФСР "О еврейской автономной области", "О выборах народных депутатов РСФСР", "О дополнительных полномочиях

местных советов народных депутатов в условиях перехода к рыночным отношениям", "О крестьянском (фермерском) хозяйстве", "О земельной реформе", "О банках и банковской деятельности в РСФСР", "О Центральном Банке РСФСР (Банке России)", "О собственности в РСФСР", "О предприятиях и предпринимательской деятельности", "О государственной налоговой службе РСФСР", "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках", "О приоритетном обеспечении агропромышленного комплекса материально-техническими ресурсами", "О местном самоуправлении в РСФСР", "О приватизации государственных и муниципальных предприятий в РСФСР", "Об основах бюджетного устройства и бюджетного процесса в РСФСР", "О государственной пошлине"; Законы Российской Федерации "О краевом, областном совете народных депутатов и краевой областной администрации", "О товарных биржах и биржевой торговле": Закон Российской Федерации № 3119-1 от 24.06.1992 . Ведомости СНД и ВС РФ. - 1992.-№ 34. -ст. 1966.

11. О введении в действие Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях: федер. закон от 30.12.2001 № 196-ФЗ .СЗ РФ.- 2002.- № 1 (ч. 1).- ст. 2.
12. О приведении законодательных актов в соответствие с Федеральным законом "О государственной регистрации юридических лиц: федер. закон от 21.03.2002 № 31-ФЗ. СЗ РФ.- 2002.- № 12.- ст. 1093
13. О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках: федер. закон от 09.10.2002 № 122-ФЗ // СЗ РФ. -2002. -№ 41.- ст. 3969
14. О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»: федер. закон от 07.12.2011 № 420-ФЗ . СЗ РФ.- 2011. -№ 50.- Ст. 7362.
15. О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции" и отдельные законодательные акты Российской Федерации»: федер. закон от

- 13.07.2015 N 250-ФЗ (ред. от 05.10.2015) /СЗ РФ. -2015. -№ 29 (ч. I). -ст. 4376.
16. О случаях допустимости соглашений между кредитными и страховыми организациями: постановление Правительства РФ от 30.04.2009 № 386 . СЗ РФ.- 2009. -№ 19.-ст. 2343
17. О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами: постановление Правительства РФ от 16.07.2009 № 583 . СЗ РФ.-2009. - № 30.- ст. 3822
18. О случаях допустимости соглашений между страховщиками, работающими на одном и том же товарном рынке, об осуществлении совместной страховой или перестраховочной деятельности: постановление Правительства РФ от 05.07.2010 № 504 .СЗ РФ.-2010. -№ 28.- ст. 3710
19. Об утверждении порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке: приказ ФАС России от 28.04.2010 № 220 (в ред. от 23.11.2015) . Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. -2010. - № 34.
20. Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по установлению доминирующего положения хозяйствующего субъекта при рассмотрении заявлений, материалов, дел о нарушении антимонопольного законодательства и при осуществлении государственного контроля за экономической концентрацией: приказ ФАС России от 25.05.2012 № 345 . Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти.- 2013. - № 8.
21. Об утверждении порядка проведения анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения кредитной организации: приказ ФАС России от 28.06.2012 № 433 . Российская газета.- 2012. -№ 168.
22. Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по возбуждению и рассмотрению дел о нарушениях антимонопольного

- законодательства Российской Федерации: приказ ФАС России от 25.04.2012 № 339 // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
23. Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по проведению проверок соблюдения требований законодательства Российской Федерации: приказ ФАС России от 25.05.2012 № 340 // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
24. Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по предоставлению государственной услуги по даче разъяснений по вопросам применения федеральным антимонопольным органом антимонопольного законодательства Российской Федерации: приказ ФАС России от 20.01.2012 № 22 . Российская газета. -2012. -N 251
25. Об утверждении формы представления антимонопольному органу сведений при обращении с ходатайствами и уведомлениями, предусмотренными статьями 27 - 31 Федерального закона "О защите конкуренции": приказ ФАС России от 17.04.2008 № 129 // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
26. Приказ ФАС России от 28.12.2007 № 457 «Об утверждении регламента Федеральной антимонопольной службы по осуществлению государственного контроля за экономической концентрацией, осуществляемой группой лиц»// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
27. Об утверждении формы представления перечня лиц, входящих в одну группу лиц: приказ ФАС России от 20.11.2006 № 293 .Российская газета. - 2006. -№ 286
28. Об утверждении административного регламента Федеральной антимонопольной службы по исполнению государственной функции по надзору за соблюдением законодательства о рекламе путем проведения проверок соблюдения законодательства Российской Федерации о рекламе:

приказ ФАС России от 04.06.2012 № 360 // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

29. Соглашение о сотрудничестве в области конкурентной политики между Федеральной антимонопольной службой (Российская Федерация) и Австрийским Федеральным конкурентным ведомством от 19 мая 2011г. // КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
30. Соглашение о единых принципах и правилах конкуренции от 09.10.2010// КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
31. Договор о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014// КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

## **2. Нормативные правовые акты на иностранных языках**

32. Act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies. 1890. §15. U.S.C.
33. Act to supplement existing laws against unlawful restraint and monopolies and for other purposes. 1914. §15. U.S.C.
34. An Act to create a Federal Trade Commission, to define it's power and duties and for other purposes .1914. §15. U.S.C.
35. Antitrust civil process act. 1962. §15. U.S.C.
36. Webb-Pomerene Act (Export Trade). 1918. 15 U.S.C. §61
37. Export trading Company act. 1920. 15 U.S.C. §§ 4001-4021
38. Décret № 53-704 du 9 août 1953 relatif au maintien ou le rétablissement de la libre concurrence industrielle et commercial. JO v. 10.8.1953, S. 7045
39. Loi № 96-588 du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales .J.O № 153 du 3 juillet 1996. p. 9983
40. Ordonnance № 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce.J.O. № 219 du 21 Septembre 2000 p. 14783

41. Loi № 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. J.O. n° 113 du 16 mai 2001 p.7776
42. Code de commerce. Version consolidée au 8 novembre 2014. [Electronic resource].- URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20141210> (reference date 20.06.2022)
43. Décret n°2002-689 du 30 avril 2002, Décret fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence. JORF. 3 mai 2002, p.8055. art.44
44. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [Electronic resource].- URL: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gwb/index.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/index.html) (reference date 01.06.2022)
45. CEL [Electronic resource].- URL [https://www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/20190404\\_loi\\_wet.pdf](https://www.bma-abc.be/sites/default/files/content/download/files/20190404_loi_wet.pdf) (reference date 13.06.2021)
46. Legge 18 giugno 1998. 192 (art. 9 - Abuso di dipendenza economica) Disciplina della subfornitura nelle attività produttive [Electronic resource].- URL <https://www.agcm.it/competenze/tutela-della-concorrenza/dettaglio?id=58e16284-f1d9-4712-9db9-cfcf13959ec4&parent=Normativa&parentUrl=/competenze/tutela-della-concorrenza/normativa> (reference date 16.06.2021)
47. Consolidated version of the treaty on the functioning of the European Union. OJ 9.5.2008 C 115/49
48. Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002, on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, (Text with EEA relevance). OJ L 1, 4.1.2003, p. 1–25
49. Council Regulation (EC) No 1184/2006 of 24 July 2006 applying certain rules of competition to the production of, and trade in, agricultural products. [Electronic resource]/- URL: . (reference date 20.06.2015)



50. Council Regulation (EC) No 246/2009 of 26 February 2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies (consortia) (Codified version). OJ L 79, 25.3.2009, p. 1
51. Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. OJ L 1, 04.01.2003, p.1-25
52. Commission Regulation (EU) no 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements.- [Electronic resource] URL:<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:335:0036:0042:En:PDF> (reference date 20.06.2015)
53. Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, O.J. L 102 (1) – [Electronic resource] URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:102:0001:0007:EN:PDF> (reference date 20.06.2015)
54. Communication from the Commission Notice Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08) [Electronic resource] URL://<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0097:0118:EN:PDF> (reference date 08.04.2019)
55. Regulation on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector, OJ L 129, 28.5.2010.- [Electronic resource] URL:<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:129:0052:0057:EN:PDF> (reference date 20.06.2015)

56. Commission Regulation (EU) No 316/2014 of 21.03.2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements O.J. L93/17 28.3.2014, p. 17–23
57. Commission staff working document Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice 25.06.2014- [Electronic resource] //URL:[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de\\_minimis\\_notice\\_annex.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf) (reference date -08.04.2019)
58. Commission Regulation (EC) of 24 March 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector.OJ L 83, 30.3.2010, p. 1-7
59. Explanatory Communication from the Commission on the application of Article 101(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices in the insurance sector. OJ C 82, 30.3.2010, p.20-23.
60. Commission Regulation (EU) No 316/2014 of 21.03.2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements// O.J. L93/17 28.3.2014. – [Electronic resource]/- URL: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2014.093.01.0017.01.ENG](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.093.01.0017.01.ENG) (reference date 20.06.2015)
61. Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis). OJ C 291, 30.8.2014, p. 1–4.
62. Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector - framework, relevant markets and principles. O.J. C 265, 22.8.1998, p. 0002 – 0028.
63. Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector. O. J. C 233, 6.9.1991, p.2-26
64. Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law. OJ C 372, 9.12.1997. p.5.

65. Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations  
OJ C 56, 05.03.2005, p. 24-31.
66. Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings. OJ C 31, 05.02.2004, p. 5-18.
67. Commission Notice on remedies acceptable under the Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004. OJ C 267, 22.10.2008, p. 1-27
68. Directive of the European parliament and of the council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union 2013/0185 (COD) PE-CONS 80/14

### **3. Акты административных и судебных органов на русском языке**

69. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24.06.2009 N 11-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 2 и 4 статьи 12, статей 22.1 и 23.1 Закона РСФСР "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" и статей 23, 37 и 51 Федерального закона "О защите конкуренции" в связи с жалобами ОАО "Газэнергосеть" и ОАО "Нижнекамскнефтехим»// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
70. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 15 января 2003 № 45-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Арбитражного суда города Москвы о проверке конституционности статей 12 и 30 Федерального закона "О защите конкуренции на рынке финансовых услуг"»// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
71. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 25.04.2011 N 6-П "По делу о проверке конституционности части 1 статьи 3.7

и части 2 статьи 8.28 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью "СтройКомплект»// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

72. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 13 февраля 2018 г. № 8-П по делу о проверке конституционности положений пункта 4 статьи 1252, статьи 1487 и пунктов 1, 2 и 4 статьи 1515 Гражданского Кодекса Российской Федерации в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью "ПАГ"// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
73. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17.01.2013 № 1-П "По делу о проверке конституционности положения части 5 статьи 19.8 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой общества с ограниченной ответственностью "Маслянский хлебоприемный пункт"// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
74. Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 05 мая 1997 № 14 «Обзор практики разрешения споров, связанных с заключением, изменением и расторжением договоров»// Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации.- № 7.- 1997.
75. Информационное письмо Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.03.98 № 32 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением антимонопольного законодательства»// Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации.-№ 5.- 1998
76. Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30 июня 2008 № 8484/08// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
77. Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 28 июня 2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в

связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства»// Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации.-2008.- N 8.

78. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2010 № 9966/10// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
79. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 05 апреля 2011 № 14185/10// КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
80. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08 ноября 2011 г. № 4267/11//Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
81. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30 июля 2012 № 991/12// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
82. Обзор по вопросам судебной практики, возникающим при рассмотрении дел о защите конкуренции и дел об административных правонарушениях в указанной сфере (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 16 марта 2016 г//[Электронный ресурс] – URL: <http://www.garant.ru/hotlaw/federal/703042> (дата обращения 20.04.2022)
83. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 04 марта 2021 № 2 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением судами антимонопольного законодательства»// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
84. Постановление ФАС ВСО от 26 апреля 2004 №А33-6967/03-С6-Ф02-2269/04-С1// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
85. Постановление ФАС МО от 15 июля 2007 по делу № А40-73257/06-121-411// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

86. Постановление ФАС ДВО от 22 декабря 2008 № Ф03-5516/2008//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
87. Постановление ФАС ПО от 20 июля 2009 № А72-8694/2008// Консультант  
Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
88. Постановление ФАС МО от 22 декабря 2008 № КА-А40/12010-08//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
89. Постановление ФАС СЗО от 10 октября 2008 по делу N А66-1947/2008//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
90. Постановление ФАС СЗО от 31 декабря 2008 г. по делу № А26-2221/2008//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
91. Постановление ФАС ЦФО от 23 июня 2008 по делу № А09-7365/07-15//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
92. Постановление ФАС ВВО от 13 ноября 2008 по делу №А43-4849/2008-12-  
227// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая  
система
93. Постановление ФАС МО от 13 октября 2009 № КГ-А40/9043-09, КГ-  
А40/9043-09-2, КГ-А40/9043-09-3// Консультант Плюс [Электронный  
ресурс]: справочная правовая система
94. Постановление ФАС МО от 13 июля 2009 № КГ- А40/73356/08-137-717//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
95. Решение и предписание ФАС России по делу №1 10/108-08 в отношении  
НП "Совет рынка" и ОАО "АТС" от 25 марта 2009//[Электронный ресурс].-  
URL:[http://fas.gov.ru/solutions/solutions\\_23625.html](http://fas.gov.ru/solutions/solutions_23625.html) (дата обращения  
01.04.2019)
96. Постановление ФАС МО от 26 октября 2009 № КГ-А40/10792-09//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
97. Постановление ФАС ВСО от 27 апреля 2009 №А58-5012/08-Ф02-1542/09//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
98. Решение Арбитражного суда Кемеровской области от 14 октября 2009//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

99. Решение ФАС России по делу № 1 11/120-09 в отношении ОАО "Банк Уралсиб" и ЗАО "Тойота Банк" от 17 сентября 2009//[Электронный ресурс].- URL: [http://fas.gov.ru/solutions/solutions\\_26548.html](http://fas.gov.ru/solutions/solutions_26548.html) (дата обращения 20.06.2018)
100. Решение и предписание по делу № 1 10/91-10 в отношении ООО «Ново Нордиск» от 06 октября 2010// [Электронный ресурс]. – URL: [http://fas.gov.ru/solutions/solutions\\_31980.html](http://fas.gov.ru/solutions/solutions_31980.html) (дата обращения 20.06.2020)
101. Постановление ФАС ЗСО от 05 апреля 2010 по делу № А27-12323/2009// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
102. Постановление ФАС МО от 13 июля 2010 по делу № КА-А40/6864-10// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
103. Постановление ФАС СКО от 12 ноября 2010 по делу №А63-444/2008-Сб-21// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
104. Постановление ФАС ВСО от 30 марта 2010 по делу № А33-12066/2009// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
105. Постановление ФАС ВСО от 01 марта 2010 по делу № А33-16490/2009// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
106. Постановление ФАС ВСО от 16 декабря 2010 г. № А33-1952/2010// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
107. Решение ФАС России от 03 февраля 2010 по делу № 1 11/119-09// [Электронный ресурс]. – URL: [http://fas.gov.ru/solutions/solutions\\_29076.html](http://fas.gov.ru/solutions/solutions_29076.html) (дата обращения 20.06.2020)
108. Постановление ФАС МО от 12 июля 2010 г. N КА-А40/7272-10// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
109. Постановление ФАС ВСО от 19 октября 2010 по делу № А69-485/2010// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
110. Постановление ФАС МО от 20 мая 2010 № КГ-А40/3066-10-2// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
111. Постановление ФАС ВСО от 02 сентября 2010 № А19-11048/08// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

112. Решение АС г. Москвы от 14 мая 2010 № А40-165513/09-17-1301//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
113. Решение и предписания УФАС по Чувашской Республике от 09 июля 2010 по делу № 44-АМЗ-2010 [Электронный ресурс]. –URL: <http://udmurtia.fas.gov.ru/solution/7571> (дата обращения 20.06.2019)
114. Постановление ФАС СКО от 23 апреля 2010 по делу № А53-19003/2009//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
115. Постановление ФАС СЗО от 11 октября 2010 г. по делу № А05-21755/2009//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
116. Постановление ФАС УО от 11 августа 2010 г. № Ф09-6069/10-С1//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
117. Постановления ФАС СЗО от 26 августа 2011 № А56-66721/2010//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
118. Постановление ФАС ПО от 27 января 2011 по делу № А65-7387/2010//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
119. Постановление ФАС ВВО от 07 сентября 2011 г. по делу № А79-8284/2010//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
120. Постановление ФАС СЗО от 16 мая 2011 по делу № А45-14060/2010//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
121. Постановление ФАС СЗО от 27 июля 2011 по делу № А26-9477/2010//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
122. Постановление ФАС СКО от 10 февраля 2011 по делу № А61-2353/2009//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
123. Постановление ФАС УО от 21 декабря 2011 № Ф09-8289/1//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
124. Постановление ФАС УО от 21 декабря 2011 № Ф09-8289/1//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система



125. Постановление ФАС ЗСО от 04 августа 2011 по делу № А45-20124/2010//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
126. Постановление ФАС СЗО от 25 октября 2011 по делу № А66-12092/2010//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
127. Постановление ФАС МО от 25 ноября 2011 г. по делу № А40-7463/11-  
139-90// КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая  
система
128. Постановление ФАС СКО от 22 июля 2011 № А32-46701/2009//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
129. Постановление ФАС СКО от 22 февраля 2011 по делу № А32-24150-  
2008// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая  
система
130. Постановление ФАС ВВО от 19 октября 2011 г. по делу № А79-9164/2010  
// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
131. Постановление ФАС ВСО от 05 апреля 2011 № А19-11604/2010//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
132. Постановление ФАС ВСО от 05 апреля 2011 № А19-12460/10//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
133. Доклад о состоянии конкуренции в Российской Федерации за 2011 год  
[Электронный ресурс]: URL: [http://www.fas.gov.ru/about/list-of-reports/list-of-reports\\_30065.html](http://www.fas.gov.ru/about/list-of-reports/list-of-reports_30065.html) (дата обращения – 25.03.2018)
134. Постановление ФАС ВВО от 09 ноября 2011 № А79-10490/2010//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
135. Постановление ФАС МО от 11 марта 2011 по делу № КА-А40/1320-11//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
136. Постановления ФАС СЗО от 16 сентября 2011 по делу № А05-168-2011//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
137. Постановление ФАС ВВО от 19 октября 2011 г. по делу № А79-  
9164/2010// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая  
система

138. Постановление ФАС МО 23 марта 2011 № КГ-А40/755-11// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
139. Постановление ФАС МО от 21 ноября 2011 г. по делу № А40-12967/10-55-90// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
140. Решение по ходатайству о присоединении ОАО «Сильвинит» к ОАО «Уралкалий» [Электронный ресурс].- URL: [http://www.fas.gov.ru/solutions/solutions\\_32253.html](http://www.fas.gov.ru/solutions/solutions_32253.html) (дата обращения 15.05.2018)
141. Постановление ФАС СЗО от 20 ноября 2012 г. по делу № А56-2091/2012// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
142. Постановление ФАС УО от 14 марта 2012 № Ф09-389/12// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
143. Постановление ФАС ВСО от 06 сентября 2012 N А74-3085/2011// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
144. Решение по делу № 1 11/227-11 о нарушении антимонопольного законодательства ПАО «Днепровагонмаш» и ООО «Евразийский трубопроводный консорциум» 26 сентября 2012 // [Электронный ресурс].- URL: [http://fas.gov.ru/solutions/solutions\\_35949.html](http://fas.gov.ru/solutions/solutions_35949.html) (дата обращения 20.06.2019)
145. Постановление ФАС СЗО от 29 февраля 2012 по делу № А 56-6636/2011// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
146. Постановление ФАС СЗО от 20 марта 2012 по делу № А69-6637/2011// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
147. Постановление ФАС ВСО от 11 декабря 2012 по делу № А33-6391/2011// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
148. Решение Арбитражного суда Свердловской области от 15 августа 2012 по делу № А60-23089/2012 // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

149. Постановление ФАС ВВО от 30 июля 2012 по делу № А29-9275/2011//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
150. Постановление ФАС МО от 17 мая 2012 г. по делу № А40-96181/11-139-822//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
151. Постановление ФАС ЗСО от 26 июня 2012 по делу № А27-16193/2011//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
152. Постановление ФАС УО от 02 марта 2012 № Ф09-759/12//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
153. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 31 октября 2011 по делу № А40-39187/11-119-260//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
154. Постановление ФАС ПО от 07 ноября 2012 г. по делу № А65-9084/2011//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
155. Постановление ФАС ВСО от 20 апреля 2012 №№ А33-13337/2009//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
156. Постановления ФАС ЗСО от 16 марта 2012 №А66-4927/2010//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
157. Постановление ФАС ЦО от 22 июня 2012 по делу № А68-4351/11//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
158. Постановление ФАС ЦО от 02 июня 2012 по делу № А68-4313-11//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
159. Постановление ФАС ЦО от 10 апреля 2012 по делу № А68-3777/11//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
160. Постановление ФАС ЗСО от 05 мая 2012 г. по делу № А03-11779/2011//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
161. Постановление ФАС ВВО от 12 ноября 2012 по делу № А38-1798/2011//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
162. Постановление ФАС ВСО от 02 марта 2012 № А19-10107/2011//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

163. Постановление ФАС ВВО от 04 декабря 2012 по делу № А28-9485/2011//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
164. Постановление ФАС СЗО от 30 марта 2012 г. по делу № А56-36258/2011//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
165. Постановление ФАС ПО от 01 марта 2012 г. по делу № А12-5653/2011//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
166. Постановление ФАС УО от 11 сентября 2012 г. № Ф09-6457/12//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
167. Решение по делу в отношении ОАО «Федеральная пассажирская компания» (№ 1 10/201-10) от 04 августа 2012// [Электронный ресурс].-  
URL: [http://fas.gov.ru/solutions/solutions\\_32958.html](http://fas.gov.ru/solutions/solutions_32958.html) (дата обращения 20.06.2018)
168. Решение по делу № 1 11/202-11 по признакам нарушения ЗАО «РОСТА»,  
ОАО «Фармстандарт» Федерального закона «О защите конкуренции» от  
25.05.2012.//[Электронный ресурс].- URL:  
[http://fas.gov.ru/solutions/solutions\\_34835.html](http://fas.gov.ru/solutions/solutions_34835.html) (дата обращения -01.04.2021)
169. Решение по делу по признакам нарушения ООО «Работекс», ООО  
«НордКрафт», ООО «Азимут-С», ЗАО «Лахти», ООО «Альянс Партнер  
СВ», ЗАО «Промышленно-коммерческая фирма «Формекс», ООО  
«СПТекстиль», ООО «ПК Индустар», ЗАО «Железногорская швейная  
фабрика «Финист» и др. от 16.06.2012 по делу № 1 11/6-11.//[Электронный  
ресурс].- URL: [http://fas.gov.ru/solutions/solutions\\_35076.html](http://fas.gov.ru/solutions/solutions_35076.html) (дата  
обращения -01.04.2022)
170. Постановление ФАС СЗО от 21 марта 2013 по делу № А56-13710/2012//  
Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
171. Постановление ФАС УО от 15 марта 2013 № Ф09-315/13// Консультант  
Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
172. Постановление ФС МО от 06 августа 2014 N Ф05-7573/2014 по делу  
№А40-97919/13// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная  
правовая система

173. Постановление ФАС МО от 29 апреля 2014 по делу № А40-79104/12// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
174. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 6 августа 2014 г. по делу № А40-97919/13// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
175. Постановление седьмого арбитражного апелляционного суда от 24 февраля 2015 г. по делу № А45-4076/2014// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
176. Постановление АС СЗО от 23 апреля 2015 № А42-2564/2014// КонсультантПлюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
177. Информация о результатах работы Евразийской экономической комиссии от 29.07.2016//[Электронный ресурс].- URL:<http://www.eurasiancommission.org/ru/nae/news/Pages/29-07-2016-4.aspx> (дата обращения 19.03.2017)
178. Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 18 сентября 2017 года по делу № А26-375/2016// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
179. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 20 ноября 2019 года по делу № А40-22138/2019// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
180. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 20 июня 2019 года по делу № А40-238616/2017// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
181. Постановление Арбитражного суда Московского округа от 17 декабря 2019 года по делу А40-238665/2017// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система

#### **4. Акты административных и судебных органов на иностранных языках**

182. Imperial Chemical Indus. v. EEC Commission, 1972 E. Comm. Ct. J. Rep. 619, 661-63, 11 Comm. Mkt. L.R. 557, 628-30 (1972)

183. J.R. Geigy AG v. EEC Commission, 1972 E. Comm. Ct. J. Rep. 787, 11 Comm. Mkt. L.R. 557 (1972)
184. Case T-112/05 Akzo Nobel NV. and others v. Commission, judgment of 12.12.2007/[Electronic resource].- URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf>. (reference date 20.06.2015)
185. Gosme/Martell DMP O.J. 1991 L185/23.
186. National Panasonic (UK) Ltd [1983], 1 CMLR 497
187. Ideal Standard [1994] ECR I-27893 CMLR 857
188. Polypropylene Cartel [1988] 7 CMLR 347
189. SOCEMAS [1986] CMLR D28,
190. ASPA [1970] OJ L148/9; [1970] CMLR D25.
191. Elopak/Metal Box-Odin, OJ L 209, 8.8.1990\
192. Hoffman La Roche v. Commission [1979] ECR 461
193. AKZO v. Commission [1991] ECR I-3359, [1993] 5 CMLR 215
194. Virgin/British Airways OJ [2000] L 30/1, [2000] 4 CMLR 999
195. Gas Corp. ((537 f.2d 296 (8th Cir. 1976), cert. denied, 429 U.S. 1122 (1977
196. Hugin Kassaregister, AB and Hugin Cash Registers, Ltd v E.C. Commission, OJ [1978] L 22/23, [1978] 1 CMLR D19.
197. Commercial Solvents v. Commission (1974) ECR 223,250,251
198. Schneider Electric v. Commission (I), [2002] ECR II-4071
199. Sea-Invest/EMO-EKOM, M.3848, OJ 2007 L282/47
200. Deutsche Post, OJ 2001 L125/27
201. Chicago Board of Trade v. US 246 US, 231 (1918),
202. Northway Pacific Railway Co.v. US (1958)
203. US v. Sealy, 388 US 350(1967)
204. Standard Oil Co v. US, 221 US, 1, (1911)
205. US v. American Tobacco Co., 221 US 106 (1911)
206. William Prym v. Commission, [2007] ECR II-107
207. Mannesmannrohren-Werke v. Commission (II), [2004] ECR II-2223

208. *Brasserie Nationale and Others v. Commission*, [2005] ECR II-3033 (para. 140.).
209. *ICI v. Commission (I)*. [Electronic resource] – URL: <http://curia.europa.eu/juris>. (reference date 20.06.2015)
210. *Buchmann v. Commission*, [1998] ECR II-813
211. *Finnboard v. Commission*, [1998] ECR II-1617
212. *Moritz v. Commission*, [2000] ECR I-9757.
213. *Tokai Carbon and Others v. Commission (I)*, [2004] ECR II-1181
214. *Vitamins II* OJ 2003 L6/1.
215. *Plasterboard Case COMP/E-1/37.152*, OJ 2005 L166/8. [Electronic resource]-URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32005D0471> (reference date 20.06.2015)
216. *Elevators and escalators*, Case COMP/E-1/38.823, OJ 2008 C75/19.
217. *Vereniging van Cementhandelaren v. Commission*, [1972] ECR 977.
218. *Raw tobacco Spain*, Case COMP/B-2/38.248, OJ 2007 L102/14.
219. *Raw tobacco Italy*, Case COMP/B-2/38.281 OJ 2006 L353/45 ACF  
*Chemiefarma v. Commission*, [1970] ECR 661
220. *Buchler v. Commission*, [1970] ECR 733.
221. *European Sugar Industry*, OJ 1973 L140/17.
222. *HFB v. Commission*, [2002] ECR II-1487;
223. *LR AF 1998 v. Commission*, [2002] ECR II-1705
224. *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Assn*, 856 2Fd 226 (1988)
225. *US v. General Electric Co*, 272, US 476 (1926),
226. *Morrison v. Murray Biscuit Co*. 797F.2d 1430 (7th Cir.1986).
227. *Dr. Miles Medical Co v. John D. Park & Sons Co*. 220 US 373 (1911).
228. *JCB Service v. Commission*, [2006] ECR I-8935;
229. *AEG-Telefunken*, OJ 1982 L117/15; on appeal: *AEG-Telefunken v. Commission*, [1983] ECR 3151
230. *Tampa Electric Co v. Nashville Coal Co*, 365, US 320 (1961),
231. *Omega Environmental, Inc v. Gilbarco, Inc*, 127, F.3d 1157 (9th Cir, 1997),

232. US v. Dairymen, Inc., 660 F2d 192,195 (6th Cir. 1981)
233. Tripoli Co v. Wella Corp. 400 US 831 (1970),
234. Montesato Co v. Spray-Rite serv. Corp, 465 US 752 (1984)
235. Groupement d'achat Édouard Leclerc v. Commission [1996] ECR II- 1961.
236. L'Oréal v. PVBA [1980] ECR 3775,
237. Vichy v. Commission [1992] ECR II- 415
238. Auto 24 SARL v. Jaguar Land Rover France SAS [2012]// [Electronic resource].- URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf>; (reference date -20.06.2015)
239. U.S. v. Syufy Entreprises (903 Fd 659, 667 (9th Cir. 1990)
240. Hoffmann-La Roche v. Commission (1979) ECR 461, 516.(1979) 3 CMLR 211
241. Deutsche Telekom v. Commission, [2008] ECR II-477
242. Tetra Pak (I), OJ 1988 L272/27; Tetra Pak Rausing v. Commission, [1990] ECR II-309
243. BPB Industries and British Gypsum v. Commission, [1993] ECR II-389; BPB Industries and British Gypsum v. Commission, [1995] ECR I-865;
244. Compagnie Maritime Belge Tranports and Others v. Commission (I), [1996] ECR II-1201;
245. Compagnie Maritime Belge Transports and Others v. Commission, [2000] ECR I-1365
246. Michelin v. Commission, [2003] ECR II-4071 (paras 239, 241).
247. British Airways v. Commission, [2003] ECR II-5917; British Airways v. Commission, [2007] ECR I-2331.
248. Case 38549 Architectes Belges COMP/A.38549 24.06.2004 [Электронный ресурс] URL //https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32005D000 (дата обращения 30.10.2018)
- 249.
250. Microsoft v. Commission, [2007] ECR II-3601 (Para. 664).
251. Chattanooga Foundry & Pipe Works v. Atlanta 203 U.S. 390, 396 (1906).



252. Fishman v. Estate of Writz, 807 F.2d 520. 539-540 (D.C. Cir. 1986),
253. Hecht v. Pro-Football, Inc., 570 F.2d 982, 992-93 (D.C. Cir. 1977).
254. General Motors v. Commission (I) [1975] ECR 1367.
255. Irish Sugar v. Commission, [1999] ECR II-2969
256. Europemballage Corpn and Continental Can Co Inc v. Commission [1973] ECR 215, [1973] CMLR 199
257. Magill TV. Guide OJ [1989] L 78/43, [1989] 4 CMLR 757
258. RTE v. Commission [1991] ECR II-485, [1991] 4 CMLR 586 Case C-241/91 P [1995] ECR I-743, [1995] 4 CMLR 718
259. Societa Italiano Vetro SpA v. Commission [1992] ECR II-1403, [1992] 5 CMLR 302
260. Kansas and Missouri v. Utilicorp United Inc. 497 U.S. 199 (1990).
261. Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc. 429 U.S. 477, 485-89 (1977).
262. Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc. 479 U.S. 104 (1986).
263. Standard Oil of California v. US. 337 US 293,305- 306 (1949)
264. United States v. Jerrold Electronics Corp.187F.supp.545, 560 (1960)
265. Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc..504 US 451,462 (1992)
266. Jefferson Parish Hospital District2 v. Hyde.466 US 2,6 (1984)
267. Illinois Tool Work Inc. v. Independent Ink Inc.. 547 US 28,35, 36 (2006)

## **5. Монографии, учебники и учебные пособия на русском языке**

268. Агарков, М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М. Юриздат, 1940. -192с.
269. Алексеев, С.С. Проблемы теории права, Курс лекций в 2-х томах, т.1 Основные вопросы общей теории социалистического права/С.С. Алексеев - Свердловск: Изд.-во Свердл. юр. инст.-та, 1972. - 396 с.
270. Большой экономический словарь / под. ред. А.Н.Азрилияна. – 5-е изд. доп и перераб. – М.: Институт новой экономики, 2002.- 469 с.

271. Борзило, Е.Ю. Антимонопольные риски предпринимательской деятельности: научно-практическое руководство/Е.Ю. Борзило. – М. Статут, 2014.-335с.
272. Варламова, А.Н. Правовое регулирование конкуренции в России/А.Н. Варламова - М: Учебно-консультационный центр ЮрИнфоР, 2000. – 273 с.
273. Варламова, А.Н. Правовое обеспечение развития конкуренции/А.Н. Варламова.- М.:Статут, 2010// Консультант Плюс [Электронный ресурс] : справочная правовая система
274. Варламова А.Н. Конкурентное право и отраслевые рынки: Монография.М. -Зерцало.-. М.2021 -360 с.
275. Волков, А.В. Злоупотребление гражданскими правами. Проблемы теории и практики/А.В. Волков. - М.: Волтерс Клувер, 2009. - 453 с.
276. Гражданское и торговое право зарубежных государств. Учебник: В 2-х томах. Т. 1 / Буднева Г.Н., Васильев Е.А., Грибанов А.В., Зайцева В.В., и др.; отв. ред.: Васильев Е.А., Комаров А.С.. - 4-е изд., перераб. и доп. - М.: Международные отношения, 2006. - 560 с.
277. Гражданское и торговое право капиталистических стран: учебник / Е.А. Васильев, О.Н. Зименкова и др.; под. ред. Мозолина В.П. и Кулагина М.И.- М., 1980. - 382с.
278. Гражданское право России. Общая часть: курс лекций / М.И. Брагинский, В.В. Залесский, Н.И. Клейн и др. ; под общ. ред. О.Н. Садикова. - М.: Юристъ, 2001. - 776 с.
279. Гражданское право. Учебник: В 2-х томах. Т. 1 / Дюжева О.А., Ем В.С., Зенин И.А., Коваленко Н.И., и др.; отв. ред.: Суханов Е.А.. - 2-е изд., перераб. и доп. - М.: БЕК, 1998. - 816 с.
280. Грибанов, В.П. Осуществление и защита гражданских прав/ В.П. Грибанов. - М:Статут, 2001. –411с.
281. Гэлхорн, Э. Антитрестовское законодательство и экономика/Э. Гэлхорн, В.Е .Ковачич – М.:Международный институт права США, 1995. – 375с.

282. Еременко, В.И. Антимонопольное законодательство зарубежных стран/В.И. Еременко М.: Рос. агентство по патентам и товар. знакам. Всерос. НИИ. Ин-т патент. информ. – 1997. – 179 с.
283. Жамен С., Лакур Л., Торговое право: учеб. пособие под общ. ред. Лобри К - Пер. с фр. Азимовой Е.В./ С.Жамен, Л.Лакур - М.: Междунар. отношения, 1993. – 251с.
284. Жидков, О.А. Антитрестовское законодательство США/ О.А. Жидков. - М: Изд.-во УДН, 1963- 183 с.
285. Жидков, О.А. Законодательство о капиталистических монополиях/О.А. Жидков. - М: Юрид. лит., 1968. – 176 с.
286. Жидков, О.А. США: антитрестовское законодательство на службе монополий/О.А. Жидков – М.:Наука, 1976. – 176 с.
287. Зенин, И.А. Гражданское и торговое право капиталистических государств/И.А. Зенин- М., 1993. - С. 62.
288. Иоффе, О.С. Шаргородский, М.Д. Вопросы теории права/О.С. Иоффе, Шаргородский М.Д. - М., Госюриздат, 1961. -381 с.
289. Иоффе, О.С. Обязательственное право/О.С. Иоффе. - М: Юрид. лит. 1975. – 880 с.,
290. Клейн, Н.И. Антимонопольное регулирование предпринимательской деятельности. Предпринимательское право: курс лекций, под ред. Клейн Н.И., Авилова Г.Е./Клейн Н.И., Авилон Г.Е. - М: Юриздат, 1993. – 479 с.
291. Конкурентное право: учебник/Н.Е. Фонарева, Н.И. Клейн. - М.: Логос, 1999. – 436 с.
292. Конкурентное право России. Учебник / Д.А. Алешин, И.Ю. Артемьев, Е.Ю. Борзило и др.; отв. ред. И.Ю. Артемьев, А.Г. Сушкевич; Нац. исслед. ун-т. "Высшая школа экономики". - М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2012. - 391 с
293. Конкуренция и антимонопольное регулирование: учебное пособие/ Н.И. Клейн, Н.Е. Фонарева и др.; под ред. А.Г. Цыганова. - М. Логос, 1999. -367 с.

294. Конституции зарубежных государств, изд. 2-е, исправленное и дополненное - М.: БЕК, 1997. -561 с.
295. Корпоративное право: учебник для вузов/Е.Г. Афанасьева, В.Ю. Бакшинская, Е.П. Губин и др. 2-е изд., перераб. и доп.; отв. ред. Шиткина И.С. - М.: Волтерс Клувер, 2007. - 648 с.
296. Кулагин, М.И. Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо/М.И. Кулагин. - М.: Наука, 1987.- 176.
297. Курс экономической теории: учебник. / Е.А. Киселева.: под общ. ред. М.Н. Чепурина и Е.А. Киселевой. - МГИМО, 1995. – 624с.,
298. Ласк, Г. Гражданское право США/Г. Ласк. - М., 1961.- 772 с.
299. Малиновский, А.А. Злоупотребление субъективным правом/А.А. Малиновский. - Юрлитинформ, 2010 .- 317 с.
300. Мейер Д.И. Русское гражданское право: Издание пятое. / Д. И. Мейер – М.: Книга по Требованию, 2012. – 742 с.
301. Мозолин, В.П. Право США и экспансия американских корпораций/В.П. Мозолин. - М., 1974. – 283с.
302. Мозолин, В.П. Корпорации, монополии и право США/В.П. Мозолин - М., 1966. – 398 с.
303. Морандьер, Ж. де ла Гражданское право Франции/Ж. де ла Морандьер. - Иностранная литература, Т.2, М., 1960. – 726 с.
304. Научные концепции развития российского законодательства: монография. 7-е изд. доп. и перераб. / С.Е. Нарышкин, Т.Я. Хабриева, А.И. Абрамова и др.; отв. ред. Т.Я. Хабриева, Ю.А. Тихомиров; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. – М.: ИД Юриспруденция, 2015. – 544 с.
305. Основные институты гражданского права зарубежных стран: сравн. - правовое исслед. / Залесский В.В. (руководитель авт. коллектива), Авилов Г.Е., Вильданова М.М. и др. - М.: НОРМА, 1999. -645 с.

306. Паращук, С.А. Конкуреннтное право: правовое регулировании конкуренции и монополии: уч.-практ. пособие/ С.А. Паращук.- МГУ им. Ломоносова, Городец, 2002.- 413 с.
307. Перканский, А.Б. США: государство и рынок/ А.Б. Перканский, С.В. Чепраков, С.К. Дубинин. - М.: Наука, 1991. -198 с.
308. Пиндайк, Р.С. Микроэкономика/ Р.С. Пиндайк, Д.Л. Рабинфельд. - Питер, 2002.- 606 с.
309. Поротикова, О.А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом/О.А. Поротикова. - М. Волтерс Клувер, 2007.- 245 с.
310. Покровский, И.А. Основные проблемы гражданского права/И.А. Покровский- М.: «Статут», 2001- 354 с.
311. Право и инновационная деятельность / Отв. ред.: Садовничий В.А. - М., С.-Пб.: Нестор-История, 2011. - 432 с.
312. Правовое регулирование конкуренции и монополии в Российской Федерации. Курс лекций/ Писенко К.А., Цинделиани И.А., Бадмаев Б.Г. - М.: Статут, 2010.-414 с.
313. Радченко, С.Д. Злоупотребление правом в гражданском праве России/С.Д. Радченко. -М. Волтерс Клувер, 2008.- 217 с.
314. Сушкевич, А.Г. Сравнительный анализ целей конкурентного права США, ЕС и России/А.Г. Сушкевич - Юринфор.,2015 -291 с.
315. Тотьев, К.Ю. Конкуренция и монополии. Правовые аспекты регулирования: учебное пособие /К.Ю. Тотьев.- М.: Юрист, 1996.- 117 с.
316. Тотьев, К.Ю. Конкуреннтное право: учебник/К.Ю. Тотьев. - М.: Юрист, 2003. – 476 с.
317. Шершеневич, Г.Ф. Курс гражданского права/Г.Ф. Шершеневич. - Автограф, Тула, 2001.- 719 с.
318. Шиткина, И.С. Холдинги: правовое регулирование и корпоративное управление. Научно-практическое издание./И.С. Шиткина. - М.: Волтерс Клувер, 2006. – 648 с.

319. Черепахин, Б.Б. Труды по гражданскому праву/Б.Б. Черепахин.-М.: «Статут», 2001- 479 с.
320. Частное право в странах бывшего СССР: итоги 30-летия / Под ред. Л. Ю. Михеевой; Исследовательский центр частного права имени С. С. Алексеева при Президенте РФ. – Москва : Статут, 2022. – 546 с.
321. Экономика предприятия: Учебник для вузов / В. Я. Горфинкель, Е. М. Купряков, В. П. Прасолова и др.; Под ред. проф. В. Я. Горфинкеля, проф. Е. М. Купрякова. — М.: Банки и биржи, ЮНИТИ, 1996. — 367 с.

**6. Монографии, учебники и учебные пособия на иностранных языках.**

322. Abusive Practices in Competition Law/ F. Di Porto (ed.).- Elgar, 2018-512p.
323. Aghion, Ph. Contracts as a barrier to entry/ Ph Aghion., P. Bolton //Am. Econ. Rev. -6-1988.- P. 388-401.
324. Albert, J.-L. La politique francaise de la concurrence: Le chant de cygne?/J.-L. Albert. - Lyon: Presses univ. de Lyon, 1992 –180 p.,
325. Akman, P. The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches (Hart Studies in Competition Law)/P.Akman. - Hart Publishing, 2012. -376 p.
326. Andenas, M. European Community law in the English courts/ M. Andenas, F. Jacobs. –Oxford.: OUP, 1998.- 415 p.
327. Areeda, Ph. Antitrust law: An analysis of principles and their applications, vol. 4, Boston: Little, Brown &Co., 1980.-234
328. Armentano, D.T. Antitrust and Monopoly: Anatomy of a Policy Failure2d ed./ D.T. Armentano. - Holmes&Meier, 1990.- 292 p.
329. Auguet, Y. Droit de la concurrence/Y. Auget. - Ellipses Marketing, 2002. – 160 p.
330. Bael, I. van Competition Law of the European Community.5th ed./ I. van Bael, J.-F. Bellis. - Kluwer Law International 2010, - 1615 p.
331. Bain, J.S. Barriers to new competition/J.S.Bain/- Harvard University Press, 1956-329 p.

332. Baker, D.I. Appointing an anti-trust thinker to the Supreme Court/D.I. Baker//  
Europ. Competition law rev. – Oxford, 1995. – Vol. 16- N 3 –P.135-137,
333. Bazex, M. Entre concurrence et regulation, la théorie des facilités essentielles/  
M. Bazex// Rev. Conc. Consom. -.2001- №1 -P.85-113
334. Berlin, D. Les actes de la puissance publique et le droit de la concurrence//  
Actualite jur. Droit administratif. – P., 1995. - №4, - P.259-273.
335. Bidaud L. La delimitation du marché pertinent en droit français de la  
concurrence/Berlin D.- LITEC, 2001- 700 p.
336. Blackburn, J.D. The legal environment of business/ J.D, Blackburn,  
E.I.Klayman, M.H. Malin - IRWIN Homewood, Boston -1994.-667 p.
337. Black, H. Black's Law dictionary(6th edition) / H. Black - M.A.West Group,  
1990-1657p.
338. Blanke, G. EU and US Antitrust Arbitration/ G. Blanke, Ph., Landolt. - Kluwer  
Law International, 2011.-2210 p.
339. Bork, R. The antitrust paradox: a policy at war with itself/R. Bork. - Free Press,  
1993.-479 p.
340. Bork, R. Legislative intent and the policy of the Sherman Act/ R. Bork. -  
Journal of Law and Economics - Vol. 9, (Oct., 1966), pp. 7-48.
341. Brault, D. Politique et pratique du droit de la concurrence en France/ D. Brault.  
- LGDJ, 2004. -776 p.
342. Brodley, J.F. Contract penalties, monopolizing strategies, and antitrust policy//  
J.F. Brodley, Ma. Ching-to Albert// Stanford law rev. – Stanford, 1993.- Vol. 45-  
N 5-P.1161-1213,
343. Brunetti N., Droit de la concurrence et droit des contrats. Université de  
Montpellier I, D.E.A. Concurrence et consommation, 1994-1995/[Electronic  
resource]: URL:<http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/brunetti.htm>  
(reference date 22.04.2013)
344. Boutard-Labarde, M.-Ch. Droit francais de la concurrence/ M.-Ch. Boutard-  
Labarde. - L.G.D.J., 1994.-378p.,

345. Chagny, M. Droit de la concurrence et droit commun des obligations. Vol. 32/ M. Chagny.- Dalloz, 2004. -1108 p.
346. Colino, S.M. Vertical Agreements and Competition Law: A Comparative Study of the EU and US Regimes/S.M. Colino. -Hart Publishing, 2010.-199p.
347. Collard, Ch. Droit de l'entreprise/ Ch. Collard, Ch. Roquilly. - Dalloz, 2001. – 654 p.
348. Competition laws of Europe/ ed. By J. Maitland-Walker.- Butterworths, 1995.- 425p.
349. Competition law and economics. International Competition Law Series. Vol. 31/ Eds. A.M. Mateus, T. Moreira (eds). - Kluwer Law International, 2007.- 379 p.
350. Current problems of law protecting competition: a coll. of essays on the laws of the USA, Japan, EU, Germany, Poland / Ed. Vall M. du. - Krakow: Uniw. Jagiellonski, 1994 -101 p.
351. Davidow, J. Recent developments in the application of US Antitrust Law/J. Davidow// World Competition Law and Economics Review. -1997. -Vol. 20 #- P. 18-23.
352. Decocq A. Droit de la concurrence interne et communautaire/ A. Decocq, G. Decocq.- L.G.D.J. 2002.-578 p.
353. Dekeuwer-Défossez F. Droit commercial : Activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation/F. Dekeuwer-Défossez, E. Blary-Clément. - Montchrestien, 2004. -515p.
354. EC and US Competition Law and Policy/ Gen. ed. Hawk B. Fordham. - Corporate law Institute Kluwer law and taxation Publishers, the Netherlands, 1992. -783p.
355. Jones A., Surfin.B. EU competition law: text, cases & materials 5th ed./ A. Jones, B.Surfin.- Oxford University Press, 2014. -1331 p.
356. Emerson R. W. Business law, 4th ed./ R.W. Emerson. - N.Y:Barrons, 2004. – 708 p.



357. Fasquelle D. Les dommages et intérêts en matière anticoncurrentielle/ D. Fasquelle// Rev. Conc.consom. - mai-juin, 2000. - №115 - P.12-18.
358. Forstinger Ch.M. Takeover Law in the EU and the USA: A Comparative Analysis/ Ch.M. Forstinger. - European Monographs. Volume 41 Kluwer Law International 2002. - 166p.
359. Frazer T. Monopoly, competition and the law: the regulation of business activity in Britain, Europe and America/ T. Frazer. – Sussex. St. Martin’s press, 1992. – 264 p.
360. Gellhorn E. Antitrust law and Economics/ E. Gellhorn, W.E. Kovacic - St. Paul Minn, West publishing Co., 1994. – 485p.
361. Geradin, D. EU competition law and economics/D.Geradin, A. Layne-Farrar, N. Petit. – Oxford University Press, 2012. – 552 p.
362. Gerber D.J. Law and competition in twentieth century Europe: Protecting Prometheus/ D.J. Gerber. - Oxford, OUP, 1998. -400 p.
363. Heudebert, N. Droit civil et commercial/ N. Heudebert. – P.: Presses univ. de France, 1984. -294p.
364. Markby Hewitt, C. Business guide to competition law. The essential facts/ C. Markby Hewitt. - John Wiley&Sons, 1995. - 200 p.
365. Hildebrand D. The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules – The European School/D.Hildebrand- Kluwer Law International, 2002.-484 p.
366. Holmes, M. A practical Guide to National Competition Rules Across Europe 2d ed. / M. Holmes, L. Davey. - Int. Competition Law Series, v. 13, 2007. - 998p.
367. Hovenkamp, H. Economics and Federal antitrust law/ H. Hovenkamp. -St. Paul Minn, West publishing Co. 1985. – 592p.
368. Hylton, K. N. Antitrust Law/ K. N. Hylton. - Cambridge University press, 2003. -413 p.
369. Jones, C.A. Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and USA/ C.A. Jones. - Oxford, OUP, 1999.-158 p.
370. Joliet, R. Monopolisation et abus de position dominante/R. Joliet. - RTD eur., 1969. -380 p.

371. Joliet, R. Monopolization and abuse of dominant position: a comparative study of american and european approaches to the control of economic power/R. Joliet.- The Hague: Nigoff, 1993. -450 p.
372. Komninos, A.P. Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?/ A.P. Komninos// Competition Law Review. -2006. – Vol. 3 Iss. 1 December. [Electronic resource]: URL:<http://www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol3Issue1Art1Komninos.pdf>.
373. Korah, V. EC Competition law and practice. 5th edition/ Korah V. - Sweet & Maxwell, 1999.- 670 p.
374. Korah, V. Foreword: The Reform of EC Competition Law: the challenge of an optimal enforcement system. The Reform of EC Competition Law eds. I. Lianos, I. Kokoris/ V. Korah// International Competition Law Series. Vol. 41. - Kluwer Law International, 2010. - 578 p.
375. Letwin W. The English common law concerning monopolies/W. Letwin// The University of Chicago Law review.-1954-31 p.
376. Letwin W. Law and economic policy in America/W. Letwin//University of Chicago Press.- 1981. -304 p.
377. Lundqvist, B. Standards in EU Competition Rules and US Antitrust Laws: The Rise and Limits of Self-Regulation (New Horizons in Competition Law and Economics series)/ B. Lundqvist.- Edward Elgar Pub, 2014. -480 p.
378. Maingui, D. L'abus de droit dans les contrats soumis au droit de la concurrence/D. Maingui. -JCP, 1998.- 233 p.
379. Malaurie-Vignal, M. L'abus de position dominante/ M. Malaurie-Vignal. - L.G.D.J, 2002.– 186 p.,
380. McAfee, R.P. Private v. public antitrust enforcement: a strategic analysis/ McAfee R.P., Mialon H.M, Mialon S.H.//Emory Law and Economics Research Paper. -2008.-No. 05-20. [Electronic resource]: URL:[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=775245](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=775245).

381. Melamed, A.D. Damages, deterrence, and antitrust – a comment on Cooter/A.D. Melamed//Law and contemporary problems. – Durham, 1997. – Vol. 60- №3/4. – P. 93-96.
382. Mendelson, M. Guide to the EC Block Exemption for vertical agreements/ M. Mendelson, St. Rose. -International competition law series, v4, Kluwer Law Int., 2002.- 430 p.
383. Mousseron, J.M. Le droit francais nouveau de la concurrence/J.M. Mousseron, V. Selinsky.- : LITEC, 1987.- 264 p.
384. Neale, A.D. The Antitrust Laws of the USA. A study of competition enforced by law/ A.D. Neale, D.G. Goyder. - C: Cambridge University Press, 1980. -526 p.
385. O'Donoghue, R. The Law and Economics of Article 102 TFEU: Second Edition/ R.O'Donoghue, J. Padilla.- Hart Publishing, 2013.- 1078 p.
386. Østerud, E. Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law: The Spectrum of Tests, International Competition Law Series. Vol. 45/ E. Østerud.- Kluwer Law International, 2010. - 310 p.
387. Peacock A.T., Willgerodt H. German neo-liberals and the social market economy/ A.T Peacock, H. Willgerodt London: Macmillan, 1989. -242p.
388. Peretz G. Should competition authorities be authorized to intervene in national competition proceedings, especially in the courts? / Peretz G.// National report from the United Kingdom. - LIDC Questions 2001/2002. [Electronic resource].- URL: <http://www.ligue.org>
389. Posner, R.A. Antitrust law/R.A. Posner. - Ch& L: The university of Chicago press, 2001.-316 p.
390. Posner, R.A. Antitrust law: An economic perspective; 2d ed./R.A. Posner. - Ch: The University of Chicago pr., 1976. - 262 p.
391. Raybould, D.M. Comparative law of monopolies/D.M. Raybould, A. Firth.- Graham&Trotman, 1993. – 592 p.
392. Sahuc, G. Les excès inherents a la liberté du commerce et de l'industrie: les pratiques discriminatoires/ G. Sahuc.- Lexilis Europe, 2001- [Electronic

- resource].- URL: <http://lexilis.free.fr/notesjur/note60.htm>. (reference date 20.06.2015 )
393. Serra, Y. *Le Droit français de la concurrence*/Y.Serra. - Dalloz – Sirey, 1997. – 122 p.
394. Stoffel-Munck, O. *Essai sur une theorie de l'abus*/ O. Stoffel-Munck. - LGDJ, Bibl. Dt prive, 2000. – 628 p.
395. Sullivan, L.A. *Handbook of the law of antitrust*/L.A. Sullivan. - St. Paul Minn, West publishing Co. 1992. – 886 p.
396. Sullivan, T.E. *Antitrust law, policy and procedure: cases, materials, problems*/T.E. Sullivan, H. Hovenkump. - LexisNexis, 2004.- 1095p.
397. Sullivan, T.E. *Antitrust Remedies in the U.S. and E.U.: Advancing a Standard of Proportionality* /T.E.Sullivan//[Electronic resource].- URL: [www.tilburguniversity.nl/tilec/events/seminars/11042003/sullivan.pdf](http://www.tilburguniversity.nl/tilec/events/seminars/11042003/sullivan.pdf) #search='Antitrust%20remedies%20in%20the%U.S.%20and%20E.U.'58 (reference date 20.06.2015)
398. Tarbell, I. *The history of the Standard Oil Company*/I. Tarbell.-NY: Dover Pub, 2003.- 227 p.
399. *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union. FIDE 2004 National Reports* / Ed. D. Cahill.- Cambridge. CUP, 2004. – 754 p.
400. Thorelli, H.B. *The Federal Antitrust Policy*/H.B.Thorelli.-Lon: Allen & Unwin, 1954.- 658 p.
401. Tesauro, N. *Private enforcement of EC antitrust rules in italy: the procedural issues*/ ed. Ehlermann C.-D. -European Competition Law Annual 2001.- Oxford/Portland, Hart, 2003. - P. 213-280
402. Vogel, L. *Droit de la concurrence et concentration economique*/L. Vogel. -P : Economica, 1988. -427p.
403. Vogel, L. *L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence*/L.Vogel. –[Electronic resource].- URL: [DGCCRF/mirefi.gouv.fr/BOCCRF](http://DGCCRF/mirefi.gouv.fr/BOCCRF) (reference date 20.06.2015)

404. Vogel, L. Droit français de la concurrence: 55 tableaux pratiques/L.Vogel- P: LawLex, 2002- 270 p.
405. Vogel, L. La loi NRE/L.Vogel, J. Vogel.- P : LawLex, 2002.- 240p.
406. Wisk, R. Competition Law.3d ed. /R. Wisk, B. Surfin. - L. Ed: Butterworths, 1993. -586 p.

## **7. Диссертации и авторефераты диссертаций**

407. Борзило, Е.Ю. Пределы осуществления гражданских прав хозяйствующими субъектами, занимающими доминирующее положение: понятие, виды и последствия превышения. Сравнительный анализ права России, США и Франции: дисс... канд. юрид. наук: 12.00.03 /Борзило Евгения Юрьевна - М., 2005. - 225 с.
408. Варламова, А.Н. Правовое содействие развитию конкуренции на товарных рынках: дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Варламова Алла Николаевна.- М., 2008.- 618 с.
409. Васильева, Н.В. Контроль антимонопольных органов за гражданско-правовыми сделками: дисс. ...канд. юрид. наук: 12.00.03 / Васильева Надежда Викторовна-М., 2001.- 210 с.
410. Сулакшина, А.С. Соглашения и согласованные действия хозяйствующих субъектов, ограничивающие конкуренцию на товарных рынках в Российской Федерации: автореферат дисс. ...канд. юрид. наук: 12.00.03/Сулакшина Алена Степановна - М. 2008. -31 с.

## **8. Статьи на русском языке**

411. Авилов, Г.Е. Применение статей 4 и 18 Закона РСФСР "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" в арбитражной практике/Г. Е. Авилов, Н.И. Клейн // Законодательство и экономика. - М., 2000. - Вып. 6.-С.20-24.
412. Авилов Г.Е., Клейн Н.И, Павлова О.К, Цуканова Н.Ш. Правовые проблемы регулирования отношений в сфере естественных монополий (к

- разработке закона «О естественных монополиях») / Г.Е. Авилов, Н.И. Клейн, О.К. Павлова, Н.Ш. Цуканова // Право и экономика. - 1994.- №21-22.- С.17-19.
413. Авдашева С., Шаститко А. Экономический анализ в делах о нарушении Закона «О защите конкуренции»/С.Авдашева, А.Шаститко// Вопросы экономики. -2011.- № 2. -С. 122-139.
414. Авдашева С., Шаститко А. Международный антитраст: потребности, ограничения и уроки для Таможенного союза/С.Авдашева, А.Шаститко// Вопросы экономики. -2012.- № 9. -С.110-125.
415. Агарков, М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве/М.М. Агарков// Известия АН СССР, отделение экономики и права.- 1946.- № 6-С.424-436.
416. Борзило Е.Ю. Концепция экономической зависимости в регулировании предпринимательской деятельности/Е.Ю.Борзило// Право. Журнал Высшей школы экономики. - 2021. - №4. – С.205-229.
417. Борзило, Е.Ю. Определение продуктовых и географических границ товарного рынка для установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта/Е.Ю. Борзило// Комментарий судебно-арбитражной практики. Вып. 11/Отв. ред. В.Ф. Яковлев. – М., 2004. - С.163-171.
418. Борзило, Е.Ю. Антимонопольные органы вправе на основании ст. 5 Закона РФ «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» возбуждать и рассматривать дела о злоупотреблении доминирующим положением при заключении гражданско-правовых договоров/Е.Ю. Борзило// Комментарий судебно-арбитражной практики. Вып.9./Отв. ред. В.Ф. Яковлев. М., 2004. - С.129-133
419. Борзило, Е.Ю. Эволюция американской судебной практики оценки «связанных продаж»/Е.Ю.Борзило// Евразийский юридический журнал.- 2016.-№3 (94).-С.183-185

420. Борзило, Е.Ю. Группа лиц в российском антимонопольном законодательстве и практические проблемы ее определения/ Е.Ю.Борзило// Законы России: опыт, анализ, практика.- 2016 -№3.- С. 54-58
421. Борзило, Е.Ю. Предупреждения и предостережения антимонопольного органа как инструменты антимонопольного регулирования в России/Е.Ю.Борзило// Бизнес. Образование. Право. -2016- №1 (34).- С.192-195
422. Борзило, Е.Ю. К вопросу о влиянии антимонопольных правил и критериев оценки на принцип равенства участников предпринимательской деятельности/ Е.Ю.Борзило //Законы России: опыт, анализ, практика. -2016- № 1.- С.92-96
423. Борзило, Е.Ю. Правила недискриминационного доступа в системе антимонопольных ограничений Российской Федерации/Е.Ю. Борзило//Евразийский юридический журнал. -2015.- № 12 (91).- С.178-180
424. Борзило, Е.Ю. Отдельные вопросы правового регулирования сделок экономической концентрации в США и ЕС/ Е.Ю. Борзило //Вопросы российского и международного права.-2015- № 10 (декабрь)- С.30-39
425. Борзило, Е.Ю. Критерии оценки деятельности хозяйствующих субъектов в антимонопольном законодательстве Российской Федерации/ Е.Ю.Борзило // Бизнес. Образование. Право. -2015- №4 (33). - С.265-269
426. Борзило,Е. Ю. Критерии определения доминирующего положения: обзор законодательства/ Е.Ю.Борзило // Российский юридический журнал. – 2014. - № 3(96). – С.23-28
427. Борзило, Е.Ю. Возмещение убытков, причиненных нарушением антимонопольного законодательства/ Е.Ю.Борзило //Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2014. - № 5 (258). –С.24-29
428. Борзило, Е.Ю. Возможные механизмы защиты прав от антимонопольных нарушений/ Е.Ю.Борзило //Судебная практика в Западной Сибири. – 2014. - № 3 (19) – С.41-47

429. Борзило, Е.Ю. Вопросы недействительности сделок, совершенных с нарушением антимонопольного законодательства/ Е.Ю.Борзило //Законы России: опыт, анализ, практика. - 2014. - №2 – С.38-41
430. Борзило, Е.Ю. Соглашение и согласованные действия в зарубежном законодательстве антимонопольном законодательстве/ Е.Ю.Борзило // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2013. - Вып. 5 (43) – С.819-823
431. Борзило, Е.Ю. Обзор отдельных видов антимонопольных запретов для «вертикальных» соглашений/ Е.Ю.Борзило //Евразийский юридический журнал. – 2013. - №12 (67) – С.153-155
432. Борзило, Е.Ю. Антиконтурентная координация: вопросы квалификации и применения запрета/ Е.Ю.Борзило // Журнал правовых и экономических исследований. – 2013. - №4 – С.91-94
433. Борзило, Е.Ю. Новые методы ведения торговли в законодательстве Европейского Союза/ Е.Ю.Борзило // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2013. - Вып. 4 (42). – С.606-609
434. Борзило, Е.Ю. Ущемление интересов третьих лиц как критерий антимонопольного нарушения: тенденции российского правоприменения/ Е.Ю.Борзило // Адвокат. - 2013. -№ 6. –С.51-55
435. Борзило, Е.Ю. Антимонопольная политика и поддержка предпринимательства/Е.Ю. Борзило//Закон. – 2002.- № 9. – С. 56-62(1 п.л.)
436. Борзило, Е.Ю. Способы классификации видов злоупотребления доминирующим положением/Е.Ю. Борзило // Глобальный научный потенциал.- 2014. - №1 (34) – С.79-80
437. Борзило, Е.Ю. Доля на рынке как базовый критерий определения доминирующего положения/Е.Ю. Борзило // Наука и бизнес: пути развития.- 2014. - №1 (31). – С.97-99
438. Борзило, Е.Ю. Коллективный бойкот: неоднозначная незаконность/Е.Ю. Борзило // Перспективы науки. - 2014. - №1 (52). – С.70-72



439. Борзило, Е.Ю. Отграничение абсолютных запретов для соглашений между конкурентами от относительных запретов/Е.Ю. Борзило // Наука и бизнес: пути развития. -2013. -№10 (28) –С.164-167
440. Борзило, Е.Ю. Вопросы экономической концентрации/Е.Ю. Борзило // Глобальный научный потенциал. – 2013. -№ 10 (31). – С.138-141
441. Борзило, Е.Ю. Понятие и критерии идентификации соглашений в антимонопольном законодательстве/Е.Ю. Борзило // Перспективы науки. – 2013. - №9 (48)– С.149-152
442. Борзило, Е.Ю. Картель или не картель? /Е.Ю. Борзило //Конкуренция и право. -2014. - №1. – С. 50-54
443. Борзило, Е.Ю. Вопросы квалификации нарушений антимонопольного законодательства/Е.Ю. Борзило // Комментарий судебно-арбитражной практики. Вып.19/Под ред. В.Ф Яковлева-М., 2014. - С.159-165
444. Борзило Е.Ю. Новое в российском антимонопольном законодательстве/Е.Ю.Борзило //Вестник гражданского права. - 2006.- № 2. – С.65-94
445. Братусь, С.Н. О пределах осуществления гражданских прав/С.Н. Братусь// Правоведение. – 1967. -№3- С. 79-86
446. Братусь, С.Н. Юридическая ответственность и законность/С.Н. Братусь // М.: Юридическая литература- 1976. -215 с.
447. Варламова, А.Н. Законодательство Российской Федерации о конкуренции: условия возникновения и цели создания/А.Н. Варламова// Право и экономика. – 1997 - №13-14 - С. 3-8.
448. Гурин Н.В. Картели и их влияние на экономику государства: анализ российского законодательства/Н.В. Гурин//Конкурентное право. -№ 2// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
449. Гутников О.В. Тенденции развития корпоративного права в современных условиях/О.В. Гутников // Журнал российского права. - 2020. - № 8. - С. 59–73
450. Даурова Т. Монополистическая деятельность: понятие, виды, ответственность/Т. Даурова// Закон. – 1996.- №3 – С. 114-118.

451. Даурова, Т.Г. Эволюция российского антимонопольного законодательства/Т.Г. Даурова// Законодательство и экономика- 2004.- Вып.1- С.70-77.
452. Емельянов, В. Пределы осуществления гражданских прав/В. Емельянов// Российская юстиция. – 1999. - №6- С.14-16.
453. Еременко, В.И., Антимонопольное законодательство Российской Федерации// Государство и право. - 2001.- №3-С.21-30.
454. Еременко, В.И. Регулирование конкурентных отношений в Российской Федерации/В.И. Еременко // Законодательство и экономика. – 1995.- Вып.13/14- С. 67-75
455. Еременко, В.И. Реформа антимонопольного законодательства Франции/В.И. Еременко// Законодательство и экономика. – 1994. – Вып. 21/22. –С. 22-30
456. Интервью с главным научным сотрудником Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации заслуженным юристом РФ, профессором Ниной Исаевной Клейн //Конкурентное право- 2012-№ 1// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
457. Казачкова, З.М. Юрисдикция Федеральной торговой комиссии в свете защиты конкуренции и прав потребителей/З.М. Казачкова// Административное право и процесс.- 2011.- № 5// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
458. Клейн, Н.И. Рассмотрение дел, связанных с обжалованием решений (предписаний) антимонопольных органов (Обзор арбитражной практики)/Н.И. Клейн// Комментарий судебно-арбитражной практики. Вып.4/Отв. ред. В.Ф Яковлев.– М.1997.–С.26-50.
459. Клейн, Н.И. Антимонопольные законы государств Содружества/Клейн. Н.И. Авилов Г.Е.//Законодательство и экономика - 1995. -№ 3-4- С. 82-110.

460. Клейн, Н.И. Антимонопольное законодательство и законодательство о естественных монополиях. Проблемы применения и дальнейшего совершенствования/Н.И. Клейн//Право и экономика- 1998. - № 1-С.44-46.
461. Клейн, Н.И. Защита публичного правопорядка и гражданских прав при нарушении антимонопольного законодательства/Н.И. Клейн//Закон. -2008. - № 2 // Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система.
462. Клейн, Н.И. Применение антимонопольного законодательства при рассмотрении арбитражным судом спора об изменении договора энергоснабжения/Клейн Н.И. //Юридическая литература – 2012// Консультант Плюс [Электронный ресурс]: справочная правовая система
463. Клейн Н.И. Принятие решения о понуждении занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта заключить с потребителем договор на снабжение тепловой энергией/Н.И. Клейн// Комментарий судебно-арбитражной практики.Вып.17/Отв. ред.В.Ф. Яковлев.-М., 2010. -С. 159 - 167
464. Коновалов, А. В. Принципы права / Коновалов А.В. - М.:Юр.Норма, 2022. - 792 с.
465. Корнеев В.Г. Прибыль, полученная хозяйствующим субъектом в результате нарушения антимонопольного законодательства, подлежит перечислению в федеральный бюджет независимо от финансовых результатов деятельности хозяйствующего субъекта, нарушившего антимонопольное законодательство/В.Г. Корнеев// Комментарий судебно-арбитражной практики.Вып.8/Отв. ред. В.Ф. Яковлев. - М., 2001. – С.73-84.
466. Малеин, Н.С. Закон, ответственность и злоупотребления правом/Н.С. Малеин // Советское государство и право.- 1991.- № 11. - С. 28-35
467. Никеров, Г.И. Антимонопольное регулирование в США: 115-летний опыт и его итоги/Г.И. Никеров //Государство и право. - 1999. -№6- С.69-76.
468. Олейник, О.М. Запреты, пределы и санкции в антимонопольном законодательстве/О.М. Олейник//Закон. – 1995. - №4 -С.13-17.

469. Пантыкина, М.И. Интегративное правопонимание как неклассическая концепция права/М.И. Пантыкина// Юрист - Правоведь. 2009. -№ 4. -С. 16-20.
470. Пашин, В.М. Институт злоупотребления субъективными правами de lege ferenda/В.М. Пашин//Актуальные проблемы гражданского права- 2003. Вып. 7. - С. 28-62.
471. Рего, А. Предупреждение антиконкурентного поведения: первые результаты и перспективы развития/А. Рего, С. Войченко// Корпоративный юрист. – 2012.- № 10.-С.2-10.
472. Садиков, О.Н. Злоупотребление правом в Гражданском кодексе России/О.Н. Садиков//Хозяйство и право- 2002.- № 2. –С. 40-48.
473. Усенко, Е.В. Доказывание согласованных действий, запрещенных антимонопольным законодательством/Е.В. Усенко// Комментарий судебно-арбитражной практики.Вып.15/под. ред. В.Ф. Яковлева. -М., 2008. С. 192-200
474. Флейшиц, Е.А. Общие- начала ответственности по основам законодательства Союза ССР и союзных республик/Е.А. Флейшиц// Советское государство и право –М. 1962.- № 3.- С. 34-43.

## 9. Статьи на иностранных языках

475. Fass L. Finding the Threads that Bind: Using Antitrust Law as a Scalpel to Carve an Efficiency, Remedy in United States v. Microsoft./L. Fass//[Электронный ресурс].- URL:[www.hofstra.edu/PDF/law\\_cyberlaw\\_fass.PDF](http://www.hofstra.edu/PDF/law_cyberlaw_fass.PDF) (reference date 18.05.2015)
476. Ehlermann C.-D. The modernization of EC antitrust policy: a legal and cultural revolution// Ehlermann C.-D. - CMLRev - 2000.- 37. -P538-540.
477. Ehle D. State regulation under the U.S. antitrust state action doctrine and under E.C. competition law: a comparative analysis/ D. Ehle // Europ.competition law rev. – Oxford, 1998. – Vol. 19, N 6 – P.380-396.

478. Hovenkamp, H., Vertical integration by newspaper monopolist/H. Hovenkamp// 69 Iowa L. Rev. 1984. –P. 451-468.
479. Idot, L. Les conflits de lois en droit de la concurrence/L. Idot//J. du droit intern. –1995. – A. 122 - № 2 – P.321-341.
480. Lande, R. Are antitrust “treble damages” really single damages?/ R. Lande// Ohio St.L.J. – 1993.-Vol.54- P. 115-140.
481. Landes W.M. Market Power in Antitrust Cases/ W.M. Landes, R.A. Posner // Harv. L. Rev. – 1981. –Vol.94 – [Electronic resource].- URL: [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2551&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2551&context=journal_articles) (reference date 14.05.2014)
482. Landes, W.M. Optimal sanctions for antitrust violations/W.M. Landes//U. Chi. L. Rev.-1983. – vol.50 - P.654-703.
483. Paulis, E. La position de la partie plaignante en matiere de concurrence/ E. Paulis // Rev. Trim. de droit europ. – P., 1987. – A. 23, N 4 – P. 621-632.
484. Petersen N. Antitrust Law And The Promotion Of Democracy And Economic Growth/N.Petersen// Journal of Competition Law & Economics. -September 2013.- Volume 9. Issue 3 - pp. 600–636
485. Rating enforcement 2012. Global Competition Review. [Electronic resource] URL: <http://www.globalcompetitionreview.com> (reference date 23.02.2013)
486. Rodger, A. Private Enforcement and the Enterprise Act: An Exemplary System of Awarding Damages?/ A. Rodger//ECLR. – 2003. –Vol. 24- P. 103-120.
487. Rowe, F.M. The Decline of Antitrust and Delusions Models. The Faustian Pact of Law and Economics/ F.M. Rowe// Geo.U.- 1984.- Vol.72. - P. 1511- 1535.
488. Saint-Esteben, R. Developpements recents des droits francais et communautaires de la concurrence. Droit et pratique du commerce intern / R.Saint-Esteben//Intern. trade law and practice. – P., 1989. – P.151-187.
489. Schenck, D.W. Jurisdiction over the foreign multinational in the EEC: lifting the veil on the economic entity theory/D.W. Schenck// U. Pa. J. Int'l Bus. L. – 1989.-Vol.11-2- P.495-517.

490. Šmejkal V. Competition law and the social market economy goal of the EU/ V. Šmejkal //International Comparative Jurisprudence. 2015.- Vol. 1, Issue 1, p.38-40
491. Scuffi, M. Established principles and new perspectives in the Italian antitrust case law/M.Scuffi// Antitrust between EC Law and National Law, Treviso 16-17 May 2002.- Bruxelles/Milano, 2003. -P. 277-278
492. Sullivan, L.A. Post-Chicago Economics: economists, lawyers, judges, and enforcement officials in a less determinate world/L.A. Sullivan// Antitrust L.J. – 1995 – 63. – P.669 -681.
493. Truli E. N. Relative Dominance and the Protection of the Weaker Party: Enforcing the Economic Dependence Provisions and the Example of Greece/E.N.Truli// Journal of European Competition Law & Practice. - November 2017. – Vol. 8, Issue 9 - pp. 579–585