

# Российское конкурентное право и экономика

ЧАСТЬ 4

№ 3(16) 2015

В современных условиях рыночной экономики хозяйствующие субъекты довольно часто сталкиваются с различными формами нарушений с признаками недобросовестной конкуренции. В статье «**Недобросовестная конкуренция**» заместитель руководителя-начальник отдела контроля рекламы и недобросовестной конкуренции **Виктория Викторовна Оберемок** анализирует опыт Краснодарского УФАС России при рассмотрении дел данной категории.

В этом номере мы представляем вниманию читателей главу «**Злоупотребление в отсутствие доминирующего положения? Рыночная власть, доминирование на рынке и злоупотребление экономической зависимостью**», написанную исследователем **Пранаверой Кёлези** для монографии «*Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*» («Злоупотребление доминирующим положением: новые интерпретации, новые механизмы принуждения»). Монография подготовлена специалистами Института проблем интеллектуальной собственности, конкуренции и налогового законодательства им. Макса Планка, Германия, Мюнхен, концентрируется на наиболее актуальных аспектах правовой теории рыночной власти и пока еще не издавалась на русском языке.

# НЕДОБРОСОВЕСТНАЯ КОНКУРЕНЦИЯ

## ОПЫТ КРАСНОДАРСКОГО УФАС РОССИИ

В соответствии с действующим законодательством Российской Федерации недобросовестная конкуренция не допускается, однако в современных условиях рыночной экономики хозяйствующие субъекты часто сталкиваются с самыми различными формами недобросовестной конкуренции.

**О**дна из наиболее сложных категорий дел — это дела, возбужденные с признаками недобросовестной конкуренции, ведь такие нарушения совершаются на разных товарных рынках: торговля, общественное питание, полиграфическая деятельность, медицинская деятельность и т.д.

Формы этих нарушений крайне многообразны: это и распространение ложных, неточных или искаженных сведений, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации; и введение в заблуждение в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара или в отношении его производителей; и некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимой или реализуемой им продукцией с продукцией, производимой или реализуемой другими хозяйствующими субъектами; продажа, обмен или иное введение в оборот товара, если при этом незаконно использовались результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ, услуг и т.п.

Именно поэтому при рассмотрении любого дела данной категории необходимо учитывать специфику деятельности хозяйствующих субъектов.

### ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ СТАТЬИ 14 ЗАКОНА О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ

Управлением Федеральной антимонопольной службы по Краснодарскому краю<sup>1</sup> в 2013 и I полугодии 2014 года рассмотрено несколько показательных дел, возбужденных по заявлениям хозяйствующих субъектов на действия конкурентов с признаками недобросовестной конкуренции. Проанализируем некоторые из них.

<sup>1</sup> Далее также Краснодарское УФАС России, Управление.

### ДЛЯ СПРАВКИ

Государственный контроль за соблюдением антимонопольного законодательства, в том числе требований статьи 14 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», осуществляет антимонопольный орган. Управление Федеральной антимонопольной службы по Краснодарскому краю осуществляет государственный контроль за соблюдением антимонопольного законодательства на территории Краснодарского края. За нарушение требований статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции» в соответствии с частями 1 и 2 статьи 14.33 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрена административная ответственность в виде штрафа.

В соответствии с предоставленными полномочиями Краснодарское УФАС России рассматривает заявления хозяйствующих субъектов на действия конкурентов с признаками недобросовестной конкуренции, возбуждает и рассматривает дела о нарушении статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции», выдает обязательные для исполнения предписания о прекращении нарушения антимонопольного законодательства.

Краснодарским УФАС России по заявлению Региональной общественной организации потребителей «Общество защиты прав потребителей «Равноправие» возбуждено дело № 20/2013 по признакам нарушения **обществом с ограниченной ответственностью «Кубань-Масло»** пункта 2 части 1 статьи 14 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»<sup>2</sup>. Нарушение выразилось во введении в заблуждение потребителей относительно потребительских свойств и качества продукции «Масло сливочное крестьянское 72,5% 200 г «Кубань масло д.в. 07.09.2011».

По результатам рассмотрения дела Комиссией Краснодарского УФАС России принято решение, которым установлен факт нарушения ООО «Кубань-Масло» пункта 2 части 1 статьи 14 Закона «О защите конкуренции», выразившегося во введении в заблуждение потребителей относительно потребительских свойств и качества указанной

<sup>2</sup> Далее также Закон о защите конкуренции, Федеральный закон «О защите конкуренции».

**Еще одной формой недобросовестной конкуренции является приобретение и использование исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг.**

продукции. Противоправные действия производителя были направлены на получение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности с помощью неправомερных методов (привлечение покупательского спроса к продукции ООО «Кубань-Масло» путем применения на ее упаковке наименования «масло» и размещения на упаковке информации о соответствии товара ГОСТ Р 52969-2008 при его фактическом несоответствии требованиям указанного ГОСТа).

ООО «Кубань-Масло» выдано предписание о прекращении нарушения пункта 2 части 1 статьи 14 Закона о защите конкуренции. Предписание исполнено обществом в установленный Управлением срок. По данному факту нарушения ООО «Кубань-Масло» привлечено к административной ответственности по части 1 статьи 14.33 КоАП РФ в виде штрафа в размере 100 000 руб.

Интерес представляет и **дело № 56/2013**, возбужденное Краснодарским УФАС России в отношении **ООО «Елки-Палки»** по признакам нарушения пунктов 2, 4 статьи 14 Федерального закона



«О защите конкуренции». В Управление поступило заявление ЗАО «ЛАНЧ» (г. Москва) о признаках недобросовестной конкуренции в действиях ООО «Елки-Палки» (г. Краснодар), выразившихся в использовании фирменного наименования ООО «Елки-Палки», сходного, по мнению заявителя, до степени смешения с товарными знаками по свидетельствам №№ 163619, 183301, 221388, 221458, правообладателем которых является ЗАО «ЛАНЧ», а также в использовании обозначения «Елки-Палки» на вывеске кафе, то есть в оформлении места осуществления деятельности ООО «Елки-Палки», в меню, а также во внутренних документах.

По результатам рассмотрения дела ООО «Елки-Палки» выдано предписание о прекращении нарушения пунктов 2, 4 статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции» (в дальнейшем переименовано в ООО «Общепит Юг-Сервис»).

Решение по делу № 56/2013 обжаловано ООО «Елки» в Арбитражный суд Краснодарского края<sup>3</sup>, однако суд не нашел оснований для удовлетворения требований общества, признав решение Краснодарского УФАС России законным и обоснованным. По данному факту нарушения ООО «Елки» привлечено к административной ответственности по части 2 статьи 14.33 КоАП РФ, на общество наложен штраф в размере 100 000 руб.

Еще одной формой недобросовестной конкуренции является приобретение и использование исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг. В соответствии

<sup>3</sup> Судебное дело № А-32-27626/2013.



с частью 2 статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции» подобная форма недобросовестной конкуренции не допускается. Примером может служить **дело № 205/2013**, возбужденное Управлением по заявлению общества с ограниченной ответственностью «Техника», о признаках нарушения антимонопольного законодательства в действиях **ООО «АТЛАН»**, которое выразилось в незаконном приобретении и использовании исключительного права на товарный знак по свидетельству № 456973 (действия ООО «АТЛАН», связанные с регистрацией в 2012 году его обозначения *POWER group* в качестве товарного знака, сходного до степени смешения с обозначением *POWER*, введенным в гражданский оборот ООО «Техника» ранее, в 2009 году, и его использованием до 22.05.2013), что противоречит части 2 статьи 14 Закона о защите конкуренции. ООО «АТЛАН» предписание не выдавалось в связи с прекращением исключительных прав на товарный знак по свидетельству № 456973 на дату рассмотрения дела № 205/2013 — 25.09.2013.

Решение по делу № 205/2013 обжаловано ООО «АТЛАН» в Суд по интеллектуальным правам (дело № СИП 361/2013). В ходе рассмотрения дела Судом по интеллектуальным правам установлено, что заявление общества принято с нарушением правил о подсудности. В связи с этим определением от 20.02.2014 суд передал настоящее заявление ООО «АТЛАН» по подсудности в Арбитражный суд Краснодарского края (судебное дело № А32-11934/2014). Арбитражный суд Краснодарского края не нашел оснований для удовлетворения требований общества, признав решение Краснодарского УФАС России законным и обоснованным.

По данному факту нарушения ООО «АТЛАН» привлечено к административной ответственности по части 1 статьи 14.33 КоАП РФ в виде штрафа в размере 100 000 руб.

В соответствии со статьей 8 Закона об Олимпиаде признаются недобросовестной конкуренцией и влекут наступление последствий, предусмотренных антимонопольным законодательством Российской Федерации, введение в заблуждение, в том числе

создание ложного представления о причастности производителя товара, рекламодателя к Олимпийским играм и (или) Паралимпийским играм, в том числе в качестве спонсора.

Управлением Федеральной антимонопольной службы по Краснодарскому краю по заявлению АНО «Оргкомитет «Сочи 2014» возбуждено **дело № 8/2014** от 20.01.2014 в отношении общества с ограниченной ответственностью «**Би Эм Джи**» по признакам нарушения части 1 статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции».

07.02.2014 по результатам рассмотрения дела № 8/2014 Комиссией Краснодарского УФАС России было принято решение, которым установлен факт нарушения ООО «Би Эм Джи» антимонопольного законодательства, выразившегося в незаконном использовании олимпийской символики — наименования «Сочи 2014» — при распространении информации «*HYUNDAI Сочи 2014*» (с изображением автомобиля черного цвета марки *Hyundai* модельного ряда *ix35*) на конструкции, установленной в холле первого этажа ТРЦ «МореМолл», находящегося в городе Сочи.

На основании вступившего в силу решения Комиссии Краснодарского УФАС России, которым установлен факт нарушения антимонопольного законодательства, в отношении ООО «Би Эм Джи» возбуждено дело об административном правонарушении № 94 А/2014 по части 1 статьи 14.33 КоАП РФ. По результатам рассмотрения дела № 94 А/2014 постановлением о наложении штрафа ООО «Би Эм Джи» привлечено к административной ответственности в виде штрафа в размере 100 000 руб.

## ПРОБЛЕМЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Несмотря на тот факт, что Краснодарским УФАС России наработана большая практика применения статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции», при рассмотрении заявлений и дел, возбужденных по признакам нарушения антимонопольного законодательства, при принятии Управлением решений некоторые вопросы вызвали затруднения. Выделим наиболее значимые из них.

**1. Вопросы, связанные с формулировкой статей, содержащихся в IV части ГК РФ, а именно статей 1232 и 1491 ГК РФ.** IV часть ГК РФ не имеет положений, определяющих момент возникновения исключительного права на товарный знак. Так, в соответствии с пунктом 1 статьи 1232 ГК РФ исключительное право на средство индивидуализации (товарный знак) признается и охраняется при условии его государственной регистрации. Однако в соответствии с пунктом 1 статьи 1491 ГК РФ срок действия исключительного права на товарный знак исчисляется с даты подачи заявки на государственную регистрацию (действует в течение 10 лет).

Таким образом, формулировка пункта 1 статьи 1491 ГК РФ позволяет считать датой возникновения исключительного права на товарный знак дату подачи заявки на его государственную регистрацию, что противоречит пункту 1 статьи 1232 ГК РФ, в соответствии с которым исключительное право не может признаваться без его государственной регистрации.

*В свидетельстве на товарный знак указаны две даты:*

- дата приоритета товарного знака (дата подачи заявки);
- дата регистрации в Государственном реестре товарных знаков и знаков обслуживания Российской Федерации.

По данному вопросу Краснодарскому УФАС России Федеральной службой по интеллектуальной собственности<sup>4</sup> были даны письменные разъяснения, в соответствии с которыми дата внесения записи о регистрации товарного знака в Государственный реестр товарных знаков и знаков обслуживания Российской Федерации является датой возникновения исключительного права на товарный знак.

**2. Применение подпункта 8 пункта 2 статьи 1270 ГК РФ.** В соответствии с этой нормой использованием произведения независимо от того, совершаются ли соответствующие действия в целях извлечения прибыли или без такой цели, считается сообщение по кабелю, то есть сообщение произведения для всеобщего сведения по радио или телевидению с помощью кабеля, провода, оптического волокна или аналогичных средств (в том числе путем ретрансляции). Сообщение кодированных сигналов признается сообщением по кабелю, если средства декодирования предоставляются неограниченному кругу лиц организацией кабельного вещания или с ее согласия.

В данной статье ГК РФ не указано, кто будет субъектом, использующим авторское произведение при его сообщении по кабелю. В связи с этим при применении вышеназванной нормы в рамках рассмотрения дел, возбужденных по признакам нарушения статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции», возникают трудности по установлению лица, незаконно использующего авторское произведение, поскольку лицо, представляющее интересы авторов — Российское авторское общество<sup>5</sup>, по мнению Управления, расширительно толкует данную норму, включая в круг субъектов, использующих авторские произведения при сообщении их по кабелю, как вещателей телеканалов, так и операторов кабельного телевидения. По данному вопросу Краснодарскому УФАС России даны разъяснения ФАС России от 29.01.2013 № АГ/2788/13.

<sup>4</sup> Исх. № 02/34-1306/41 от 17.01.2012.

<sup>5</sup> Далее также РАО, Общество.

Особого внимания в этой связи заслуживает **дело № 317/2012**, возбужденное по заявлению РАО в отношении **ООО «Кубтелеком»** по признакам нарушения пункта 4 части 1 статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции» (признаки недобросовестной конкуренции, выражающиеся в продаже, обмене или ином введении в оборот товара, если при этом незаконно использовались результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ, услуг). Управлением было принято решение о прекращении производства по делу № 317/2012 из-за отсутствия нарушения антимонопольного законодательства.

В ходе рассмотрения дела было установлено, что 21.09.2012 ООО «Кубтелеком»:

- при осуществлении вещания по кабелю телепрограммы «A-ONE—Первый Альтернативный» были использованы музыкальные произведения *Bom Bom* (исполнитель *Sam and The Womp*), *Give It Up* (1994) (исполнитель *Public Enemy*), *Tatoo* (исполнители Тимати/L`One/Джиган/Варчун/Крэк/Карандаш), *She Said OK* (исполнители *Big Boi ft. Theophilus London*), *Justice Crew* (исполнитель *Justice Crew*);
- при осуществлении вещания по кабелю телепрограммы *Bridge TV* («Бридж ТВ») были использованы авторские музыкальные произведения *Havana* (исполнитель *Kenny G*), «Корабли» (исполнитель Дмитрий Колдун), *One More Night* (исполнитель *Maroon 5*), *Bara Bara Bere Bere* (исполнитель *Alex Ferrari*), *Du hast* (исполнитель *Rammstein*), *Don't You Worry Child* (исполнитель *Swedish Hous Mafia ft. John Martin*), *Empire State Of Minde* (отрывок записи звучания, исполнитель *Jay-Z ft. Alicia Keys*), *Changed The Way You Kiss Me* (исполнитель *Exemple*), *9PM (Till I Come)* (исполнитель *ATB*).

Согласно части 1 статьи 1225 Гражданского кодекса Российской Федерации результатами интеллектуальной деятельности и приравненными к ним средствами индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, которым предоставляется правовая охрана (интеллектуальной собственностью), являются произведения науки, литературы и искусства и т.д.

В соответствии с частью 1 статьи 1255 ГК РФ интеллектуальные права на произведения науки, литературы и искусства являются авторскими правами.

В соответствии с частью 1 статьи 1259 части 4 ГК РФ объектами авторских прав являются произведения науки, литературы и искусства независимо от достоинств и назначения произведения, а также от способа его выражения, в том числе музыкальные произведения с текстом или без текста.

Согласно части 1 статьи 1229 ГК РФ гражданин или юридическое лицо, обладающие исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (правообладатель), вправе использовать такой результат или такое средство по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом. Правообладатель может распоряжаться исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации (статья 1233 ГК РФ), если настоящим Кодексом не предусмотрено иное.

Правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Отсутствие запрета не считается согласием (разрешением).

Другие лица не могут использовать соответствующие результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации без согласия правообладателя, за исключением случаев, предусмотренных ГК РФ. Использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, если такое использование осуществляется без согласия правообладателя, является незаконным и влечет ответственность, установленную Гражданским Кодексом Российской Федерации, другими законами, за исключением случаев, когда использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации лицами иными, чем правообладатель, без его согласия, допускается Гражданским Кодексом Российской Федерации.

В соответствии с подпунктом 8 пункта 2 статьи 1270 ГК РФ использованием произведения, независимо от того совершаются ли соответствующие действия в целях извлечения прибыли или без такой, считается (в том числе) сообщение по кабелю, то есть сообщение произведения для всеобщего сведения по радио или телевидению с помощью кабеля, провода, оптического волокна или аналогичных средств (в том числе путем ретрансляции). Сообщение кодированных сигналов признается сообщением по кабелю, если средства декодирования предоставляются неограниченному кругу лиц организацией кабельного вещания или с ее согласия.

В соответствии со статьей 1329 ГК РФ организацией эфирного или кабельного вещания признается юридическое лицо, осуществляющее сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач (совокупности звуков и (или) изображений или их отображений).

В соответствии с пунктом 1 статьи 1330 ГК РФ организации эфирного или кабельного вещания принадлежит исключительное право использовать правомерно осуществляемое или осуществленное ею сообщение в эфир или по кабелю передач в соответствии со статьей 1229 ГК РФ любым не противоречащим закону способом (исключительное

право на сообщение радио- или телепередач), в том числе способами, указанными в пункте 2 статьи 1330 ГК РФ. Организация эфирного или кабельного вещания может распоряжаться исключительным правом на сообщение радио- или телепередач. Таким образом, лицом, осуществляющим сообщение произведения по кабелю, является организация кабельного вещания.

Следовательно, предусмотренное подпунктом 8 пункта 2 статьи 1270 ГК РФ использование произведения, а именно сообщение произведения по кабелю, реализуется лицом, осуществляющим сообщение произведения по кабелю, — организацией кабельного вещания.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 27.12.1991 № 2124-1 «О средствах массовой информации» под вещателем понимается российское юридическое лицо, осуществляющее формирование телеканала или радиоканала и его распространение в установленном порядке на основании лицензии на телевизионное вещание, радиовещание.

В соответствии с постановлением Правительства Российской Федерации от 13.2006 № 760 «Об утверждении Правил присоединения и взаимодействия сетей связи для распространения программ телевизионного вещания и радиовещания» вещатель, пользователь услугами связи для целей радиовещания, который составляет телепрограммы и (или) радиопрограммы для их приема неопределенным кругом лиц и на основании лицензии на вещание, распространяет их либо обеспечивает их распространение в полной и неизменной форме третьим лицом.

В соответствии с пунктом 12 статьи 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» оператор связи — это юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, оказывающие услуги связи на основании соответствующей лицензии.

Согласно пункту 32 Федерального закона «О связи», услуга связи — это деятельность по приему, обработке, хранению, передаче, доставке сообщений электросвязи или почтовых отправлений.

В соответствии с распоряжением Правительства РФ от 29.11.2007 № 1700-р «О концепции развития телерадиовещания в Российской Федерации на 2008–2015 годы» услуга связи по трансляции — это деятельность оператора связи по передаче сигнала телевизионного канала, радиоканала для его непосредственного приема пользователями, в том числе абонентами.

Таким образом, оператор связи не является лицом, осуществляющим сообщение произведения по кабелю, и, соответственно, лицом, использующим авторское произведение.

Согласно статье 29 Федерального закона «О связи», деятельность юридических лиц и индивидуальных предпринимателей по возмездному оказанию

услуг связи осуществляется только на основании лицензии на осуществление деятельности в области оказания услуг связи, при этом оператор связи может одновременно являться и организацией кабельного либо эфирного вещания при наличии соответствующей лицензии. В этом случае такое лицо будет осуществлять сообщение произведения по кабелю, и, соответственно, являться лицом, использующим авторское произведение при сообщении его по кабелю в формируемой им телепередаче.

ООО «Кубтелеком» не является вещателем телеканалов *A-ONE* и «Бридж ТВ» (*Bridge TV*), не формирует их, следовательно, не является лицом, осуществляющим их сообщение по кабелю.

В соответствии с лицензией, выданной Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор) ООО «Кубтелеком», наименование лицензионной услуги, оказываемой ООО «Кубтелеком», — услуга связи для целей кабельного вещания.

В соответствии с пунктом 9 условий осуществления деятельности по лицензии № 89354 оказание услуг связи допускается только при наличии лицензии (лицензий) на осуществление вещания и (или) при наличии договора (договоров) на оказание услуг связи с лицензиатом-вещателем.

Таким образом, оператор связи в рамках выданной ему лицензии не может оказывать услуги связи при отсутствии лицензии на вещание или договора с лицензиатом-вещателем. Следовательно, сообщение произведения по кабелю невозможно (неправомерно) при отсутствии вещателя телеканала — лица, на которого положениями ГК РФ возложена обязанность по получению согласия правообладателя на использование авторского произведения. При этом вещателем телеканала может быть лицо, одновременно являющееся оператором связи, либо лицо, не имеющее лицензии на оказание услуг связи. Значит, сообщение по кабелю произведения не может быть осуществлено без участия вещателя телепрограммы и получения данным вещателем согласия автора на сообщение в эфир авторского произведения.

Следует также учитывать, что оператор связи при отсутствии лицензии на вещание телеканала не является лицом, осуществляющим сообщение произведения по кабелю, и, соответственно, не является лицом, обязанным согласно положениям ГК РФ получать согласие автора на сообщение авторского произведения по кабелю.

Отметим, что, как было указано выше, оператор связи вправе оказывать услуги связи только при наличии лицензии на вещание либо при наличии договора, заключенного с лицом, имеющим лицензию на вещание. В случае если оператор связи одновременно является вещателем, на нем лежит обязанность по получению согласия автора

**Вопрос о сходстве до степени смешения двух словесных обозначений, применяемых на товарах заявителя и ответчика, может быть разрешен Комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства с позиции рядового потребителя и специальных знаний не требуется.**

на использование его произведения посредством сообщения по кабелю. В случае если оператор связи не является одновременно вещателем, обязанность по получению согласия автора на использование его произведения лежит на лице, с которым оператором связи заключен договор на оказание услуг связи.

В заявлении РАО было указано, что действия ООО «Кубтелеком», связанные с уклонением от заключения с Обществом лицензионного договора и от оплаты авторского вознаграждения, содержат признаки недобросовестной конкуренции. Однако ООО «Кубтелеком» не является вещателем телеканалов «*A-ONE*–Первый Альтернативный» и «Бридж ТВ» (*Bridge TV*). Вещатель телеканала «*A-ONE*–Первый Альтернативный» — общество с ограниченной ответственностью «Телеканал Первый Альтернативный» (по лицензии № 20127, выданной Роскомнадзором), вещатель телеканала «Бридж ТВ» (*Bridge TV*) — общество с ограниченной ответственностью «Он-Медиа» (по лицензии № 21301, выданной Роскомнадзором). Следовательно, сообщение по кабелю данных телеканалов осуществлялось обществом с ограниченной ответственностью «Телеканал Первый Альтернативный» и обществом с ограниченной ответственностью «Он-Медиа» посредством услуг связи, оказанных ООО «Кубтелеком».

Хозяйствующими субъектами-конкурентами ООО «Кубтелеком» являются юридические лица и индивидуальные предприниматели, оказывающие услуги связи для целей кабельного вещания. Как было указано выше, данные лица обязаны заключать договоры в целях оказания услуг связи с лицензиатом-вещателем, который сообщает в эфир телепрограмму посредством услуг связи, предоставляемых данным оператором. При этом лицензиат-вещатель должен получать согласие автора произведения в случае сообщения его по кабелю.

При добросовестном исполнении оператором связи обязанностей, предусмотренных лицензией на оказание услуг связи для целей кабельного вещания, а именно при оказании данных услуг только при наличии договора с лицензиатом-вещателем, оператор связи не обязан получать согласие автора произведения на его сообщение по кабелю в связи с наличием такой обязанности у вещателя — пользователя услугами связи для целей телерадиовещания.

Следовательно, отсутствие у оператора связи, действующего в рамках выданной ему лицензии, обязанности по получению согласия автора произведения на его использование при сообщении произведения по кабелю, исключает возможность ущемления прав конкурентов данного оператора связи, оказывающих аналогичные услуги, действующих в рамках выданной им лицензии и не получивших согласие автора на сообщение произведения по кабелю (в связи с отсутствием у операторов связи такой обязанности).

Таким образом, в действиях ООО «Кубтелеком» по оказанию услуг связи без получения соответствующего согласия авторов произведений отсутствует нарушение антимонопольного законодательства, поскольку они не могут причинить убытки конкурентам, законно осуществляющим аналогичную деятельность по оказанию услуг связи (в рамках выданных лицензий на оказание услуг связи для целей кабельного вещания). Следовательно, в действиях ООО «Кубтелеком» отсутствует и нарушение пункта 4 части 1 статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции».

По результатам рассмотрения данного дела Краснодарским УФАС России принято решение о прекращении производства по делу в связи с отсутствием нарушения пункта 4 части 1 статьи 14 Федерального закона «О защите конкуренции» в действиях ООО «Кубтелеком».

Решение по делу № 317/2012 было обжаловано РАО в Арбитражный суд Краснодарского края. Однако арбитражный суд Краснодарского края не нашел оснований для удовлетворения требований Общества, признав решение Управления законным и обоснованным (дело № А 32-24770/2013). Тогда РАО обжаловало решение Арбитражного суда Краснодарского края в Пятнадцатый Арбитражный апелляционный суд, однако и он оставил решение арбитражного суда в силе (дело № 15АП-1920/2014).

**3. Нарушение исключительных прав на товарный знак.** При рассмотрении заявлений и дел о нарушении исключительных прав на товарный знак одним из доказательств является заключение либо экспертиза о схожести до степени смешения используемых нарушителями обозначений с зарегистрированными товарными знаками.

По запросу антимонопольных органов Роспатент дает вышеуказанные письменные консультации в виде справок о схожести до степени смешения используемых нарушителями обозначений с зарегистрированными товарными знаками (принимаются судами). Хотелось бы обратить внимание на тот факт, что подобное заключение (либо иная экспертиза) необходимо только для разрешения возникающих при рассмотрении дела вопросов, требующих специальных знаний.

Вопрос о сходстве до степени смешения двух словесных обозначений, применяемых на товарах заявителя и ответчика, может быть разрешен Комиссией по рассмотрению дела о нарушении антимонопольного законодательства с позиции рядового потребителя и специальных знаний не требует. Данная позиция подтверждена пунктом 13 информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.12.2007 № 122 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности», а также рядом судебных решений, в том числе судебным решением Арбитражного суда Краснодарского края по делу № А 32-34694/2013.

**4. Вопросы, связанные с обжалованием решений антимонопольных органов.** При рассмотрении в арбитражных судах дел, связанных с обжалованием решений антимонопольных органов, суды и стороны допускают ограничительное толкование пункта 9 статьи 4 Федерального закона «О защите конкуренции»: суд и стороны указывают на отсутствие признаков недобросовестной конкуренции в действиях хозяйствующего субъекта при недоказанности причинения убытков другому хозяйствующему субъекту независимо от того, что такие убытки *могли быть* причинены.

Вышеуказанные спорные вопросы были разрешены Краснодарским УФАС России с учетом судебной практики, а также разъяснений ФАС России и Роспатента.

Практика показывает, что зачастую хозяйствующие субъекты используют недозволенные формы поведения на определенном товарном рынке, создающие препятствия конкурентам при осуществлении их деятельности, что и является недобросовестной конкуренцией. И только сочетание государственного контроля, в том числе за соблюдением антимонопольного законодательства в части недобросовестной конкуренции, осуществляемого антимонопольным органом, контроля хозяйствующих субъектов за добросовестным осуществлением деятельности конкурентов на товарном рынке и добросовестного поведения на рынке самих хозяйствующих субъектов может считаться эффективным, обеспечивает защиту конкуренции и создает условия для успешного функционирования товарных рынков.

**Оберемок В. В.,**  
заместитель руководителя  
Краснодарского УФАС России –  
начальник отдела контроля рекламы  
и недобросовестной конкуренции



# РЫНОЧНАЯ ВЛАСТЬ И ЭКОНОМИЧЕСКАЯ ЗАВИСИМОСТЬ С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ ПРАВА КОНКУРЕНЦИИ

**В** 2012–2013 учебном году студентам 4 курса факультета права Научного университета – Высшей Школы Экономики, которые проходили обучение по программе специалитета (т.е. без выделения бакалавриата и магистратуры), был прочитан курс лекций «Конкурентное право». Поскольку программа дисциплины предусматривает самостоятельную письменную работу студента, то в качестве таковой учащимся было предложено коллективно перевести главу *Abuse below the Threshold of Dominance? Market Power, Market Dominance, and Abuse of Economic Dependence* («Злоупотребление в отсутствие доминирующего положения? Рыночная власть, доминирование на рынке и злоупотребление экономической зависимостью»), написанную исследователем Пранаверой Кёлези (*Pranvera Këllezi*) для монографии *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*<sup>1</sup>. Научная работа подготовлена специалистами Института проблем интеллектуальной собственности, конкуренции и налогового законодательства им. Макса Планка (Германия, Мюнхен) и концентрируется на наиболее актуальных аспектах правовой теории рыночной власти.

Перевод выполнили студенты 4 курса группы «Трудовое право»: В. Меньшова, К. Орлов, Е. Толмачева, А. Хозилова, Н. Вашковская, В. Дарханова, К. Рахусаар. К. Рахусаар также выполнила предварительное редактирование всего текста, научное редактирование — канд. экон. наук, заслуженный экономист Российской Федерации, помощник руководителя ФАС России А.Г. Сушкевич.

Чем интересна работа Пранаверы Кёлези? Во-первых, она затрагивает тему, которая редко попадает в сферу внимания исследователей: соотношение рыночной власти и экономической зависимости одного участника рынка от другого. Во-вторых, автор не ограничилась только теоретическими изысканиями, но проанализировала законодательства

ряда европейских стран, имеющие отношение к вопросам экономической зависимости, а также подобрала и прокомментировала важнейшие решения Еврокомиссии и Европейского суда, содержащие правовую оценку отношений экономической зависимости.

Работа Пранаверы Кёлези поможет нам глубже понять соотношение доминирующего положения компании на рынке и экономической зависимости участников рынка, связанных договором, а также ответить на вопросы: так ли важна рыночная доля для появления такой зависимости? В каких обстоятельствах возникает экономическая зависимость? Позволяет ли концепция доминирующего положения квалифицировать экономическую зависимость как разновидность доминирующего положения? Требуется ли вмешательство антимонопольного органа для ее устранения?

Работа построена следующим образом: первые параграфы посвящены разбору концепции рыночной власти, далее автор приводит известные примеры правового регулирования экономической зависимости в национальном законодательстве стран-членов Евросоюза (и не только) и выявляет соотношение рыночной власти и экономической зависимости для того, чтобы перейти к анализу концепции доминирующего положения с точки зрения возможности публичного вмешательства в отношения экономической зависимости с применением инструментария пресечения злоупотребления доминирующим положением.

Надеемся, что это исследование послужит удачным примером учебно-методической работы студентов по курсу «Конкурентное право», а также даст возможность по-новому взглянуть на практику применения запрета на злоупотребление доминирующим положением по российскому праву конкуренции.

Редакция научно-практического  
электронного журнала  
«Российское конкурентное право и экономика»

<sup>1</sup> Springer reference. Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms? MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law Volume 5, 2008, pp. 55-88. Abuse below the Threshold of Dominance? Market Power, Market Dominance, and Abuse of Economic Dependence. Author: Pranvera K. Ilez. © 2008 Springer-Verlag Berlin Heidelberg. DOI 10.1007/978-3-540-69965-1\_3.Print ISBN 978-3-540-69958-3.Online ISBN 978-3-540-69965-1.



# ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ В ОТСУТСТВИЕ ДОМИНИРУЮЩЕГО ПОЛОЖЕНИЯ?

## РЫНОЧНАЯ ВЛАСТЬ, ДОМИНИРОВАНИЕ НА РЫНКЕ И ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ЗАВИСИМОСТЬЮ

### 1. ВВЕДЕНИЕ

В традиционном подходе к определению доминирующего положения наибольшее значение придается долям рынка и установлению его границ. С этой точки зрения доли рынка составляют пороговое значение для государственного вмешательства, что может привести к игнорированию антимонопольными органами некоторых типов рыночной власти, хотя такой традиционный подход и повышает уровень правовой определенности. В ряде европейских стран были приняты законы, позволяющие вмешательство в случаях доминирования с незначительной рыночной долей, например, при злоупотреблении экономической зависимостью. В целом, экономическая зависимость появляется, когда поставщик экономически зависим от покупателя или наоборот. Интерес регулятора к экономической зависимости обострился, когда существенно выросла концентрация некоторых отраслей промышленности и действия компаний стали ущемлять интересы малого бизнеса.

В соответствии с Регламентом 1/2003<sup>1</sup>, в отличие от национального законодательства, устанавливающего запрет соглашений, государства-члены могут «принимать и применять на своей территории более строгие законы, запрещающие или разрешающие одностороннее поведение хозяйствующих субъектов»<sup>2</sup>. Такое «исключение» относится к «положениям, которые запрещают или устанавливают санкции за противоправное поведение в отношении экономически зависимых хозяйствующих субъектов»<sup>3</sup>.

В результате буквального толкования положения Регламента 1/2003 мы можем сделать вывод о том, что существующие национальные нормы, касающиеся злоупотребления экономической зависимостью, строже, чем положения статьи 82ЕС (*Article 82EC* содержит запрет на злоупотребление доминирующим положением. — *Ред.*). Однако это не всегда так, и целью данной статьи является более

детальное исследование этого вопроса. Ответ на поставленный вопрос представляет интерес не только для стран, которые уже приняли специальные нормы о злоупотреблении экономической зависимостью. Антимонопольное законодательство всех государств-членов Евросоюза и многих государств, не входящих в него, заимствовало определение понятия *доминирующего положения*, данного Европейским судом в деле *United Brands*<sup>4</sup>.

Еще одна задача, которую ставил перед собой автор данной работы, — определить, имеется ли тенденция к расширительному толкованию понятия доминирующее положение, что подразумевает, в частности, включение в него концепции экономической зависимости.

Изучение экономической зависимости также представляет интерес в рамках процесса модернизации статьи 82ЕС. Размышления о толковании статьи 82ЕС включают в себя обсуждение следующих вопросов: что такое *доминирующее положение*? Как оно соотносится с рыночной властью и долями на рынке? Может ли хозяйствующий субъект с низкой долей на рынке иметь доминирующее положение? Что такое злоупотребляющее поведение? Каков подходящий инструмент для выявления антиконкурентного эффекта? Дискуссия по этим вопросам касается как статьи 82ЕС, так и понимания сути экономической зависимости.

Прежде чем начать, хотелось бы внести ряд важных уточнений. Толкователи антимонопольного законодательства могут вести дискуссии об уместности концепции экономической зависимости или о том, насколько жестко или гибко вмешательство (государства в такие отношения. — *Ред.*). Цель данной статьи состоит не столько в том, чтобы поучаствовать в этих спорах, сколько в том, чтобы представить концепцию экономической зависимости так, как она сформировалась в результате правоприменительной практики в различных национальных антимонопольных законах. Кроме того, мы намереваемся ответить на вопрос, соотносится

<sup>1</sup> Регламент Совета (ЕС) № 1/2003 от 16.12.2002 о применении норм о конкуренции, закрепленных в статьях 81 и 82 Римского договора (далее также Договор), [2003] OJ L 1/1.

<sup>2</sup> Там же, ст. 3 (2).

<sup>3</sup> Там же, пер. 8.

<sup>4</sup> Дело 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission* [1978] ECR 207, абз. 65.



ли концепция экономической зависимости с концепцией доминирующего положения, определение которого дано в европейском антимонопольном законодательстве, а также с концепцией рыночной власти.

Об экономическом определении рыночной власти мы поговорим во второй главе. Там же раскроем соотношение власти с долями на рынке. Глава 3 касается вопроса концепции экономической зависимости в ряде национальных антимонопольных законов, а также применения схожей концепции в Швейцарии. В главе 4 рассматривается определение доминирующего положения по европейскому антимонопольному законодательству, делается акцент на соответствующей судебной практике. Злоупотребляющее поведение и способы судебной защиты кратко изложены в главе 5.

## 2. РЫНОЧНАЯ ВЛАСТЬ

### 2.1. Экономическое определение рыночной власти

Рыночная власть — это ключевая тема в современной экономике и конкурентном праве. В частности, право конкуренции используется для минимизации социальных издержек при осуществлении рыночной власти<sup>5</sup>. Антимонопольные органы нередко сталкиваются с ситуацией, когда один или более одного хозяйствующих субъектов имеют возможность влиять на цены<sup>6</sup>, объем выпуска продукции, а равно и на другие показатели конкуренции, к примеру, на уровень инновационной активности. Европейская Комиссия определила рыночную власть как «возможность влиять на рыночные цены, объем выпуска, инновационную активность, ассортимент и качество товаров и услуг, а также на другие показатели конкуренции на рынке за определенный период времени»<sup>7</sup>. Современные хозяйствующие субъекты придают особое значение важности стратегического поведения, целью которого является получение выгоды от монопольного положения<sup>8</sup>. Это также именуется возможностью устранять с рынка существующих или потенциальных конкурентов<sup>9</sup>.

Рыночная власть определяется при помощи двух критериев: предельных издержек, или уровня цены на конкурентном рынке, и монопольной цены. Неспорным является тот факт, что вся теория экономики промышленности построена вокруг двух рыночных систем: конкуренции и монополии.

<sup>5</sup> Осуществление рыночной власти — один из видов провала рынка.

<sup>6</sup> Цена не является единственным показателем конкуренции. Компания обладает рыночной властью, если она способна влиять на количество, качество, инновации или другие коммерческие условия.

<sup>7</sup> Европейская комиссия. DC Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005. Доступно на <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

<sup>8</sup> Church/Ware, Industrial Organisation. A Strategic Approach, 603 (2000).

<sup>9</sup> См.: Bishop/Walker, The economics of the EC Competition Law, 73 (2002); Church/Ware, сноска 8, 603.

Сравнение обычно показывает преимущество результата функционирования одной системы над другой с точки зрения общественного благосостояния.

В ситуации совершенной конкуренции ни одна компания не обладает рыночной властью или возможностью устанавливать цену<sup>10</sup>. Рыночная цена равна предельным издержкам. Компания, обладающая рыночной властью, имеет возможность с выгодой для себя увеличить цену по сравнению с предельными издержками<sup>11</sup>. Критерий совершенной конкуренции, или отсылка к текущим предельным издержкам, обычно используется для того, чтобы определить рыночную власть компании.

В соответствии с данным подходом хозяйствующий субъект обладает рыночной властью, если он имеет возможность добиться даже небольшого увеличения цены. Поскольку высокие постоянные издержки не могут быть компенсированы без установления цены большей, чем предельные издержки<sup>12</sup>, на рынке обычно складывается ситуация, когда множество фирм обладает некоторой рыночной властью<sup>13</sup>. Как следствие, более точное определение рыночной власти базируется на возможности устанавливать цены, являющиеся более высокими по сравнению со средними долгосрочными издержками<sup>14</sup>.

Монопольное поведение соответствует крайне высокому уровню рыночной власти. Монополист устанавливает цены, поскольку он является единственным поставщиком продукта на рынке. Он имеет возможность назначить цену, которую потребители хотят и могут заплатить: монополист, сталкивающийся с низкой эластичностью спроса, обладает абсолютной властью над своими покупателями и потребителями. Зачастую монопольная власть используется в качестве синонима рыночной власти<sup>15</sup>. Несомненно, рыночная власть является показателем отклонений от критериев эффективной или совершенной конкуренции<sup>16</sup>, а монопольная власть соответствует следующему условию: «Всякий раз, когда компания может оказывать влияние на цену ее продукта, говорят, что фирма обладает монопольной или рыночной властью. Термины *монопольная власть* и *рыночная власть* обычно взаимозаменяемы и обозначают возможность устанавливать выгодную для себя цену выше

<sup>10</sup> Carlton/Perloff, Modern Industrial Organisation, 57 и далее. 2000. 3-е изд.

<sup>11</sup> Church/Ware, сноска 8, 29. Предельные издержки равны цене в ситуации совершенной конкуренции.

<sup>12</sup> Motta, Competition Policy. Theory and Practice, 41 (2004).

<sup>13</sup> Bishop/Walker, сноска 9, 42.

<sup>14</sup> Church/Ware, сноска 8, 603.

<sup>15</sup> Следует отметить, что в США рыночная власть — одно из условий для подачи заявления по статье 2 Акта Шермана. В основном американское законодательство отличает рыночную власть от власти монополиста, хотя рыночная власть обычно используется для объяснения существования монопольной власти. Также власть монополиста, согласно статье 2 Акта Шермана, требует «чего-то большего, чем просто наличия рыночной власти по статье 1» (Eastman Kodak Co. V Image Tech. Servs. 504 U.S. 451 (1992), абз. 481). Власть монополиста равно касается и увеличения цены, и способности исключить конкуренцию (United States v E.I. du Pont de Nemours & Co. 351 U.S. 377 (1956), абз. 391, 392). См. также: Price, Market Power and Monopoly Power in Antitrust Analysis, 75 (1989). Cornell Law Review 190.

<sup>16</sup> Bishop/Walker, сноска 9, 50.



конкурентного уровня (предельных издержек); для такой фирмы коэффициент Лернера (*Lerner Index*) положителен<sup>17</sup>.

Теория промышленной организации исследует ряд промежуточных рыночных структур, отличных от совершенной конкуренции и монополии. Одна из них заключается в одновременном существовании доминирующей фирмы с конкурентными границами. Доминирующая компания «имеет некоторую рыночную власть»<sup>18</sup> или «имеет существенную рыночную власть»<sup>19</sup> в том смысле, что она устанавливает цены, а также может практически игнорировать другие компании, действующие на рынке, что заставляет последних принимать установленную цену.

Чтобы объяснить значение и отличие такой ситуации от монополии, стоит отметить, что доминирующая компания имеет относительно большую долю на рынке в сравнении с другими компаниями<sup>20</sup>. Эта концепция в наибольшей степени коррелирует с правовым пониманием доминирующего положения, поскольку применима к фирме, имеющей доминирующее положение на рынке.

Другая форма конкуренции — средняя между монополией и совершенной конкуренцией — монополистическая конкуренция<sup>21</sup>. На первый взгляд, это выражение похоже на оксюморон, но все становится ясным, когда мы рассматриваем товары известных брендов. Такая форма конкуренции соотносится с ситуацией, при которой на рынке действует множество производителей, каждый из которых выпускает не полностью заменяемые товары, схожие, но существенно различимые<sup>22</sup>. Создание убедительного имиджа бренда, в частности за счет рекламы, увеличивает потребительский интерес в отношении этого бренда, уменьшая взаимозаменяемость продуктов и делая остаточный спрос на такие продукты менее эластичным<sup>23</sup>. Каждый производитель может влиять на свою цену и количество товара, не влияя на решения конкурентов. Каждый из них, таким образом, имеет рыночную власть<sup>24</sup>: ее уровень увеличивается с большей степенью дифференциации продуктов<sup>25</sup>. «Зависимость» покупателя от определенного бренда хорошо видна в этой ситуации.

**Олигополия — еще одна рыночная структура, расположенная между совершенной конкуренцией и монополиями, когда фирмы имеют определенную**

степень рыночной власти при отсутствии у каждой доминирующего положения на рынке. Дупольная или олигопольная цена обычно выше предельной стоимости; количество товара на таком рынке меньше, чем при совершенной конкуренции, но больше, чем при монополии<sup>26</sup>. Фирмы-олигополисты имеют рыночную власть и в отсутствие сговора (несогласованная олигополия), даже если они обладают небольшими долями на рынке.

Рыночная власть может также увеличиваться при существовании информационных пробелов, издержек поиска товара или издержек его замены<sup>27</sup>, при необходимости использования специфичных активов<sup>28</sup>. Информационные пробелы и высокие издержки замены создают так называемый «эффект замыкания». Взаимозаменяемость товаров и услуг в долгосрочных деловых отношениях зависит от издержек замены<sup>29</sup>, с которыми сталкиваются покупатели, потребители или производители. Когда замена одного поставщика другим затратна и технически сложна или когда существует недостаток информации о возможностях такой замены, покупатель оказывается привязан к конкретному поставщику или закупщику. Примером могут служить покупатели товаров на производных рынках<sup>30</sup> (например, на рынке расходных материалов к сложному техническому оборудованию. — *Ред.*)

Целевые инвестиции делают производителя, работающего специально для крупного закупщика, зависимым от него, что в дальнейшем может повлечь оппортунистическое поведение (такая ситуация складывается в отношениях, например, крупного автопроизводителя и его поставщика, для которого автопроизводитель — единственный покупатель. — *Ред.*).

Теория трансакционных издержек детально изучает двусторонние отношения и оппортунизм (т.е. злоупотребление властью, которая есть у единственного и безальтернативного покупателя. — *Ред.*), придавая при этом особое значение обоснованности ограничительных условий контрактов<sup>31</sup>. Странники этой теории детально изучили ограничительные условия контрактов и показали, что во многих случаях они могут быть оправданы соображениями эффективности<sup>32</sup>. В соответствии с их взглядами рассмотрение ограничительных

<sup>17</sup> Carlton/Perloff, сноска 10, 92. Коэффициент рыночной власти Лернера представляет собой разницу между ценой и предельной стоимостью как части цены.

<sup>18</sup> Carlton/Perloff, сноска 10, 107 и далее.

<sup>19</sup> Church/ Ware, сноска 8, 124.

<sup>20</sup> Carlton/ Perloff, сноска 10, 108.

<sup>21</sup> Chamberlian, *The Theory of Monopolistic Competition*. 1933.

<sup>22</sup> Cabral, *Introduction to Industrial Organization*, 92(2000).

<sup>23</sup> Scherer/ Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance* 581. 1990. 3-е изд.

<sup>24</sup> Такой производитель сталкивается с нисходящей кривой спроса. Следует принять во внимание, что размер цены отражает высокие или низкие предпочтения покупателя в отношении бренда или наличия выбора.

<sup>25</sup> Cabral, сноска 22, 209 и далее.

<sup>26</sup> Carlton/ Perloff, сноска 10, 160 и далее.

<sup>27</sup> Cabral, сноска 22, 217.

<sup>28</sup> См.: Williamson, *Economic Organisation: Firms, Markets and Policy Control*, 143 (1986).

<sup>29</sup> Издержки замены — это «реальные или выявленные издержки, вызванные сменой поставщика, но не появляющиеся, если вы пользуетесь услугами того же поставщика». См.: Office of Fair Trade, *Switching costs. Part one: Economic models and policy implications*, абз. 1.1. 2003. Доступно на <http://www.of.gov.uk/NR/rdonlyres/CFD52220-7862-41A7-8F6F-53F3B4FE78FE/0/of655.pdf>.

<sup>30</sup> Bishop/ Walker, сноска 9, 205 и далее.

<sup>31</sup> См.: Williamson, сноска 28.

<sup>32</sup> Williamson, *Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange*, 1983. *American Economic Review* 519, 534 и далее. Williamson заметил, что «попытки объяснения фактов с помощью монополии характерны для ситуации, когда экономисты, юристы и другие заинтересованные лица говорят об условиях, которые не понимают». Он тем не менее добавляет, что «несомненно, обмен может одновременно служить эффективности и целям, направленным на защиту конкуренции. В этом случае, как и везде, когда предлагается компромисс, необходимо этот компромисс оценить».



условий контрактов может выявить как стремление сторон к повышению эффективности, так и их антиконкурентные цели, хотя первое кажется более вероятным.

Разъяснения Еврокомиссии, данные в отношении ограничительных условий в вертикальных соглашениях, придерживаются схожего подхода: пункт 3 статьи 81 ЕС разрешает вертикальные ограничения, если они необходимы для снижения риска оппортунизма (так называемая проблема приостановки исполнения контракта), который возрастает после заключения договора (*ex post*)<sup>33</sup>. Логическим обоснованием ограничительного условия в вертикальном соглашении является предотвращение недостаточного инвестирования контрагентом<sup>34</sup>. Анализ осуществляется *ex ante* и основывается на трех условиях: инвестиции могут предназначаться исключительно для конкретных взаимоотношений; должны включаться только долгосрочные инвестиции, которые не могут возмещаться в короткие сроки; инвестиции обязаны быть асимметричными (т.е. производиться только одной стороной соглашения. — *Ред.*). Эти условия применяются также для выявления потенциальной проблемы приостановки исполнения контракта *ex post*. Обоснование правил экономической зависимости необходимо для предотвращения оппортунистического поведения или проблемы приостановки контракта *ex post*.

## 2.2. Рыночная власть и доли на рынке

Рыночная, или монополистическая, власть соотносится с высокими долями на рынке. Юристы, специализирующиеся на конкурентном праве, широко используют доли на рынке для иллюстрации уровня власти фирмы на рынке: маленькие рыночные доли указывают на ее низкий уровень; напротив, большие доли говорят о высоком уровне рыночной власти. Таким образом, рыночные доли служат отправной точкой в процессе определения рыночной власти и доминирующего положения. Использование долей на рынке в качестве основы является отражением традиционной уверенности в неизменной парадигме «структура—поведение—исполнение»<sup>35</sup> и в статичном подходе, основанном на модели рынка совершенной конкуренции.

Коэффициент рыночной власти Лернера прямо пропорционален уровню доли на рынке<sup>36</sup>: чем больше доля рынка, которую занимает фирма, тем выше коэффициент Лернера. Предполагается, что разумно брать за основу рыночные доли, чтобы показать конкретный уровень рыночной власти.

<sup>33</sup> Европейская комиссия, Guidelines on Vertical Restraints, 2000. OJ C 291/1, абз. 116(4).

<sup>34</sup> Например, в соответствии с вертикальным соглашением производитель может запретить каждому дилеру перепродавать товар за пределами установленной в соглашении с дилером территории. Тем самым производитель «защищает» инвестиции дилера в продвижение товара на закрепленной за ним территории и исключает возможность использования таких инвестиций другим дилером (инвестиции в рекламу, консалтинг и проч.). — *Ред.*

<sup>35</sup> См.: Cabral, сноски 22, 156.

<sup>36</sup>  $L = (p - Cm)/p = -s/\epsilon$ , где  $p$  — цена,  $Cm$  — предельная стоимость,  $s_i$  — рыночная доля фирмы  $i$ , а  $\epsilon$  — эластичность спроса по цене. См.: Carlton/Perloff, сноски 10, 268.

Однако для его определения важно учитывать и другие факторы. С одной стороны, небольшая доля на рынке не исключает рыночную власть вовсе: множество фирм обладает некоторой властью на рынке, особенно те, что производят разную (дифференцированную) продукцию. Важность потенциальной конкуренции, с другой стороны, показывает, что большие доли на рынке необязательно приводят к рыночной власти, а это позволяет говорить о большом значении барьеров входа на рынок как критерии оценки рыночной власти.

В конкурентном праве рыночная концентрация, рыночные доли и барьеры входа являются центральными элементами анализа, в то время как дифференциация продукции, асимметричность информации и инвестиции, продиктованные потребностями потребителя, учитываются изредка и в дополнение к центральным. Тем не менее, эти дополнительные элементы являются причинами возникновения рыночной власти.

Хотя использование долей на рынке в качестве индикатора рыночной власти вполне целесообразно, использование их в качестве порогового значения вмешательства антимонопольного органа неизбежно ведет к вопросу о том, способно ли это пороговое значение учесть все формы негативного влияния отдельной компании на состояние рынка и не увеличивает ли оно риск необоснованного государственного вмешательства. Концепция экономической зависимости, отраженная в законодательстве некоторых стран, позволяет точно ответить на некоторые из поставленных вопросов.

## 3. ЭКОНОМИЧЕСКАЯ ЗАВИСИМОСТЬ

В данном разделе мы кратко опишем специфические нормы и судебную практику Германии, Франции, Швейцарии и Италии. Затем рассмотрим общие критерии положения экономической зависимости и сравним их с концепцией рыночной власти.

### 3.1. Концепция экономической зависимости в Германии, Франции, Швейцарии и Италии

#### 3.1.1. Германия

Германия была первой европейской страной, принявшей специальные нормы о злоупотреблении экономической зависимостью. Это стало главной целью второго изменения немецкого *Act against Restraints of Competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, или GWB)*<sup>37</sup>. В основе данных изменений лежала идея о предотвращении дискриминации со стороны больших нефтяных корпораций по отношению к маленьким нефтяным станциям во время нефтяного кризиса. Кроме

<sup>37</sup> Редакция от 15.07.2005 (BGBl. I 2114) с изменениями, внесенными Законом от 01.09.2005 (BGBl. I 2676).





того, изменения были направлены на снижение зависимости розничных торговцев от развитых брендов, а также против зависимости, сформировавшейся в результате продолжительных деловых отношений<sup>38</sup>.

Часть 1 статьи 20 GWB<sup>39</sup> запрещает любые формы злоупотребления доминирующим положением хозяйствующими субъектами. Часть 2 распространяет это правило и на другие хозяйствующие субъекты, имеющие договорные отношения с малыми и средними предприятиями: «Часть 1 также применяется в отношении хозяйствующих субъектов и их объединений постольку, поскольку малые и средние предприятия-поставщики или покупатели определенных товаров или услуг зависят от них так, что достаточные и рациональные возможности вступить в договорные отношения с другими предприятиями отсутствуют. Поставщик определенных товаров или услуг признается зависимым от покупателя в смысле, заложенном в предыдущем предложении, если покупатель регулярно получает от него в дополнение к скидкам, обычным для сферы торговли, или другому вознаграждению от поставщика специальные привилегии, не предоставляемые при этом аналогичным покупателям»<sup>40</sup>.

Речь идет о так называемом «относительном доминировании» (*relative Marktmacht*) или доминировании в определенной степени, не достигающей уровня классического доминирующего положения. Оценка рыночной власти основывается на двусторонних отношениях между поставщиками и покупателями<sup>41</sup>. Норма GWB четко определила круг субъектов, на которые она распространяется, указав в качестве субъектов защиты только малые и средние предприятия.

В немецкой юриспруденции выделяется несколько видов экономической зависимости<sup>42</sup>. Первый вид — зависимость, основанная на ассортименте товаров или развитом бренде (*sortimentsbedingte Abhängigkeit*). В данном случае розничный продавец находится в зависимости либо от производителя продукции высокого качества или известной торговой марки, либо от производителя широкого ассортимента товаров. Розничный продавец может также находиться в зависимости от производителя одного товара или группы товаров. Второй вид — это зависимость, основанная на деловых отношениях (*unternehmensbedingte Abhängigkeit*), когда два хозяйствующих субъекта состоят в длительных отношениях и партнером по хозяйственной деятельности первого из них в основном является только второй. Третий вид экономической зависимости —

<sup>38</sup> Taube. Das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot für «relativ marktstarke» Unternehmen, 31 (2006), со ссылками на дискуссию в Бундестаге.

<sup>39</sup> Доступно на [http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/GWB\\_7\\_e.pdf](http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/GWB_7_e.pdf).

<sup>40</sup> § 20(2) GWB.

<sup>41</sup> Markert. Immenga/Mestacker (eds), GWB Kommentar zum Kartellgesetz, § 20, абз. 39. 2007. 4-е изд.

<sup>42</sup> См.: Taube, сноска 37; Gloy/Loshelder, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 39, абз. 17. 2005. 3-е изд.; Markert, сноска 40, абз. 61 и след.

дефицитная зависимость (*smangelbedingte Abhängigkeit*), основанная на недостатке продукции. Четвертый — покупательская зависимость, то есть зависимость производителя от закупщика (*nachfragebedingte Abhängigkeit*). Наконец, выделяется техническая зависимость (*technisch bedingte Abhängigkeit*) или зависимость от специфических технических товаров, таких как запчасть.

Одним из первых судебных решений по товарам бренда было дело *Rossignol*<sup>43</sup>. Ведущий специализированный спортивный магазин состоял в продолжительных деловых отношениях с эксклюзивным дистрибьютором лыж *Rossignol* в Германии. Лыжи *Rossignol* образовывали (всего лишь) 3,3% его товарооборота. В 1973 году дистрибьютор отказался осуществлять поставки в спортивный магазин. Федеральный Суд рассмотрел дело, основываясь на новых нормах о злоупотреблении экономической зависимостью.

Суд исходил из основных показателей, определяющих зависимость, а именно «несоответствующие и недопустимые способы смены хозяйствующих субъектов»<sup>44</sup>. Суд постановил: «Часть 2 статьи 26 GWB применяется, только пока хозяйствующий субъект подвергается конкуренции и не занимает доминирующего положения. Существование конкуренции между поставщиками не является тем же самым, что и наличие возможностей смены одной фирмы, дискриминирующей потребителей, на другую. Количество фирм, торгующих аналогичными товарами, не является определяющим фактором (по крайней мере, само по себе). Итоговым определяющим фактором является коммерческая ценность и престиж самого товара на рынке. Этот фактор определяет, существуют ли достаточные возможности выбора между фирмами. Помимо цены товара, его фактическая ценность определяется также качеством и способами продвижения товара на рынке (рекламой)»<sup>45</sup>.

Федеральный суд провел четкую границу между доминирующим положением и экономической зависимостью, заметив, что зависимость не предполагает отсутствие «значительной конкуренции» на рынке. Суд отмечает, что существование «значительной конкуренции» на рынке не говорит о том, что у потребителей есть реальная возможность перейти к потреблению другого товара. Иначе говоря, «значительная конкуренция», выражаясь в терминах Европейского суда (суда высшей инстанции ЕС), — «активная конкуренция»<sup>46</sup> между поставщиками не означает того, что потребители имеют достаточные возможности смены одного договора на другой и не находятся в зависимости

<sup>43</sup> Федеральный суд Германии, *Rossignol* (1976) WuW/E 1391, 1393 и след. Перевод на английский — Институт глобального права. Доступен на [http://www.ucl.ac.uk/laws/global\\_law/germancases/cases\\_bundes.shtml?20nov1975](http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/germancases/cases_bundes.shtml?20nov1975).

<sup>44</sup> Там же. Абз. A.1.2.

<sup>45</sup> Там же. Абз. A.1.2(b)(cc).

<sup>46</sup> См. сноску 91.





от поставщиков. Так, Федеральный Суд признал, что наличие других конкурентов не обязательно делает их альтернативными продавцами для потребителей. Этим решением Федеральный Суд закрепил концепцию зависимости от бренда, сделав заключение о том, что престиж товара на рынке сам по себе может поставить покупателя в состояние зависимости от продавца.

Немецкое право и практика его применения отражают расширительное толкование экономической зависимости. Множество дел, касающихся зависимости от бренда, были разрешены при помощи норм об экономической зависимости, в соответствии с которыми рыночная власть в части возможности дифференциации товаров составляет основу для антимонопольного вмешательства, равно как и рыночная власть, основанная на специфике активов. Таким образом, немецкие суды и антимонопольные органы толкуют соответствующие нормы расширительно.

### 3.1.2. Франция

Во Франции правило об экономической зависимости зародилось в ходе развития розничной торговли. В 1985 году Конкурентная комиссия инициировала принятие правила, которое позволяло бы ей контролировать дискриминационное поведение хозяйствующих субъектов, являющихся обязательными торговыми партнерами (*partenaires obligés*) для производителей, даже если они (обязательные торговые партнеры. — *Ред.*) не занимают доминирующее положение на рынке<sup>47</sup>.

Приказ 1986 года расширил сферу действия категории доминирующего положения, введя специальные нормы об экономической зависимости (*abus de dépendance économique*). В него последовательно вносились изменения в 2001 и 2005 годах<sup>48</sup>. Статья L420-2 Коммерческого кодекса, посвященная злоупотреблению доминирующим положением, гласит: «Также запрещено, вне зависимости от момента наступления последствий для функционирования или структуры конкуренции, злоупотребление фирмой или группой фирм состоянием экономической зависимости, в котором находится фирма-потребитель или поставщик подобной фирмы. Такого рода злоупотребления могут состоять в отказе заключить договор купли-продажи, в навязывании услуг или в других дискриминационных практиках, указанных в статье L442-6».

Привязка к воздействию на функционирование или структуру конкуренции<sup>49</sup> предполагает, что злоупотребление экономической зависимостью

запрещает антиконкурентные действия как таковые<sup>50</sup>: деятельность совершена с целью злоупотребления, если она имеет конкретное воздействие на рынок. Тем не менее, это дополнительное условие создает трудности в применении норм об экономической зависимости к двусторонним и вертикальным отношениям зависимости. В общем, оно ограничило сферу применения статьи L420-2 Коммерческого кодекса.

Французский совет по конкуренции<sup>51</sup> предложил ряд условий для установления экономической зависимости: во-первых, популярность бренда поставщика и размер его долей на рынке; во-вторых, влияние его долей на товарооборот розничного продавца, только если эта доля не является следствием обдуманного (намеренного) выбора потребителя; наконец, сложность поиска аналогичного товара розничным продавцом у других поставщиков<sup>52</sup>. Анализ экономической зависимости основывается на двусторонних отношениях между двумя хозяйствующими субъектами, а не на всех субъектах внутри профессионального сегмента и не на рынке в целом<sup>53</sup>.

Кассационный суд Франции, поясняя условие, позволяющее сменить поставщика, постановил, что для дистрибьютора положение экономической зависимости равноценно ситуации, когда хозяйствующий субъект не имеет возможности заменить текущего поставщика<sup>54</sup>. Суд также добавляет: просто наличия факта того, что дистрибьютор получает большую часть прибыли благодаря конкретному поставщику, не достаточно для констатации существования состояния экономической зависимости.

Чтобы прояснить ситуацию, понимаемую под «экономической зависимостью», представляется важным описать некоторые судебные дела. Французский совет по конкуренции квалифицировал экономическую зависимость в трех делах.

1. *Reims Bio*: Совет установил состояние экономической зависимости *Reims Bio* от *GIPCA* — предприятия, чья рыночная деятельность связана с нетерапевтическим использованием продуктов крови. *GIPCA* была практически полным монополистом на рынке. Около 90% поставок для *Reims Bio* осуществлялись *GIPCA* и только 10% — другим предприятием (вследствие ограниченности производственных мощностей *GIPCA*). На этом рынке отсутствовали другие поставщики, и *Reims Bio*, следовательно, не могло изменить структуру закупок.

<sup>50</sup> Poesy, сноски 46, 631. См. также Decocq/Decocq. Droit de la concurrence interne et communautaire, 383 2004. 2-е изд.

<sup>51</sup> Далее также Совет (прим. ред.).

<sup>52</sup> См.: Французский совет по конкуренции. Решение 05-D-44 от 21.07.2005 La Provence, абзац 23. Доступно на <http://www.conseil-concurrence.fr/user/index.php>.

<sup>53</sup> Французский совет по конкуренции. Решение 03-D-42 от 18.08.2003. Suzuki: Cette dépendance doit s'apprécier dans le cadre de relations bilatérales entre deux entreprises et doivent être évaluées, au cas par cas, et non pas globalement pour l'ensemble de la profession.

<sup>54</sup> Кассационный суд. Решение от 03.03.2004. Société Concurrence. Цитируется Французским советом по конкуренции. Решение 05-D-44 от 21.07.2005. La Provence, абз. 24. Доступно на <http://www.conseil-concurrence.fr/user/index.php>.

<sup>47</sup> Poesy. Ordre concurrentiel et abus de dépendance économique в ULLRICH/RAINELLI/BOY (eds): L'ordre concurrentiel. Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, 620 (2003).

<sup>48</sup> Закон № 2001-420 от 15.05.2001 // Journal Officiel. 16.05.2001. № 113. 7776, статья 66. Изменен Законом № 2005-882 от 02.08.2005 // Journal Officiel. 03.08.2005. Статья 40.

<sup>49</sup> Введено в 2001 г. См.: Закон № 2001-420 от 15.05.2001 // Journal Officiel. 16.05.2001. № 113. 7776, статья 66. Изменен Законом № 2005-882 от 02.08.2005 // ОJ от 3 августа 2005 г., статья 40.





Совет постановил, что компания *GIPCA* злоупотребила ситуацией экономической зависимости, прекратив поставку и отказавшись ее возобновлять в дальнейшем, проявив тем самым дискриминационное поведение по отношению к *Reims Bio*. Совет также выявил доминирующее положение *GIPCA* и злоупотребление им<sup>55</sup>.

2. *Filmdis*: Совет установил, что кинопрокатчик *Filmdis* на Антильских островах фактически являлся монополистом на рынке и, следовательно, независимые кинотеатры зависели от него экономически. Совет особо подчеркнул тот факт, что у кинотеатров не было альтернативных решений. *Filmdis* продемонстрировал злоупотребление экономической зависимостью, навязав кинотеатрам условия о неконкуренции, поздно предоставляя им фильмы и только по очереди друг за другом, сделав их деятельность неприбыльной<sup>56</sup>. Совет указал, что эти же факты могут быть проанализированы с точки зрения норм как о доминирующем положении, так и об экономической зависимости, хотя элементы этих двух составов различаются<sup>57</sup>. Он установил, что *Filmdis* также злоупотреблял доминирующим положением.

3. *Cannes Palm Beach*: Совет в отсутствие детального анализа определил, что, во-первых, управляющий аэропортом для вертолетов занимает доминирующее положение и, во-вторых, лица, желающие использовать данный объект инфраструктуры, находятся в состоянии зависимости от управляющего. Тем не менее, он не установил факта злоупотребления<sup>58</sup>.

Этот краткий обзор последних решений Французского совета по конкуренции иллюстрирует строгое применение условий экономической зависимости. В трех делах, где Совет усмотрел экономическую зависимость, та же ситуация на рынке способствовала и укреплению доминирующего положения.

Однако анализ, проведенный Советом, различает эти две ситуации. В то время как для установления доминирующего положения он исходит из рыночных долей всех конкурентов на рынке, при анализе экономической зависимости Совет основывается на возможности альтернативных решений для заявителя и на значимости доли заявителя в товарообороте ответчика. Анализ сопоставимого рынка не всегда присутствует, хотя Совет никогда напрямую не говорил о его факультативности. Разные подходы к установлению доминирующего

положения и экономической зависимости привели к интересному разрешению дела, где Совет не усмотрел ситуацию экономической зависимости, но признал существование доминирующего положения<sup>59</sup>. Таким образом, согласно французскому конкурентному праву, доминирующее положение не обязательно порождает экономическую зависимость покупателей.

### 3.1.3. Швейцария

Швейцарская комиссия по конкуренции признала, что особые условия могут создать отношения зависимости между двумя сторонами и это будет входить в сферу действия конкурентного права. Уже в семидесятые годы двадцатого века Швейцарская комиссия по картелям провела разностороннее исследование власти покупателя над розничными продавцами. Она описывалась как «двустороннее отношение доминирования и зависимости»<sup>60</sup>. Вообще, когда покупатель может прекратить отношения без убытков для себя, для производителя возникает вероятность значительных потерь или же ему может быть причинен экономический ущерб.

*The Swiss Cartel Act* 1995 года четко не регулировал вопросы экономической зависимости и поэтому в 2004 году был изменен. Сегодня определение доминирующего положения звучит так<sup>61</sup>: «Термин «хозяйствующие субъекты, занимающие доминирующее положение на рынке» означает одного или более одного хозяйствующих субъектов, которые с точки зрения спроса или предложения в состоянии вести себя независимо по отношению к другим участникам рынка (конкурентам, поставщикам или потребителям)»<sup>62</sup>.

Следует отметить, что хозяйствующий субъект занимает доминирующее положение на рынке, если он способен вести себя независимо по отношению к поставщикам или потребителям, то есть здесь оценка отношений с конкурентами не обязательна. Изменения были направлены на то, чтобы охватить вертикальные отношения зависимости между поставщиком и его покупателем, между закупщиком и его покупателями соответственно.

Швейцарская комиссия по конкуренции воспользовалась возможностью продемонстрировать новую концепцию экономической зависимости на примере *CoopForte*<sup>63</sup>. Coop, вторая по величине сеть супермаркетов в Швейцарии, ввела «бонусную» схему: она собирала с поставщиков сумму, равную 0,5% затрат на рекламу. Поставщики обратились в компетентные органы, которые начали расследование.

<sup>55</sup> Французский совет по конкуренции. Решение 04-D-26 от 30.06.2004 SARL Reims Bio. Подтверждено Апелляционным судом Парижа, решение от 25.01.2005, и Кассационным судом, решение от 28.02.2006.

<sup>56</sup> Французский совет по конкуренции. Решение 04-D-44 от 15.09.2004. *Filmdis-Ciné-Théâtre du Lamentin*. См. также Апелляционный суд Парижа, решение от 29.03.2005.

<sup>57</sup> Французский совет по конкуренции. Решение 04-D-44 от 15.09.2004. *Filmdis-Ciné-Théâtre du Lamentin*, абз. 79.

<sup>58</sup> Французский совет по конкуренции. Решение 02-D-16 от 05.03.2002. *Hélistation Cannes Palm Beach*.

<sup>59</sup> Французский совет по конкуренции. Решение 05-D-44 от 21.07.2005. *La Provence*.

<sup>60</sup> Публикации Швейцарской комиссии по картелям (Publ. CCSP). [1976] 95.

<sup>61</sup> Изменения выделены курсивом. — *Ред.*

<sup>62</sup> Статья 4 II *The Swiss Cartel Act* (Федеральный акт о картелях и других ограничениях конкуренции от 06.10.1995, систематическая компиляция Федерального Закона (SR) 251). Изменен в соответствии с параграфом I Федерального Акта от 20.06.2003, вступил в силу 01.04.2004 (AS 2004 1385, 1390; BBl 2002 2022).

<sup>63</sup> Швейцарская комиссия по конкуренции. Решение *CoopForte* [2005] RPW/DPC I 146. См. также BOVET, *Recent developments in Swiss competition law*. 2006. 2 SZW/RSDA 138, 142.



Швейцарская комиссия по конкуренции в своем решении четко разграничила экономическую зависимость и доминирующее положение в классическом смысле<sup>64</sup>: хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, осуществляет хозяйственную деятельность независимо от конкурентов, в то время как экономическая зависимость характеризуется ситуацией независимости хозяйствующего субъекта от своих покупателей. Для Швейцарской комиссии по конкуренции доминирующее положение связано не только с независимостью хозяйствующего субъекта по отношению к конкурентам — это условие не является обязательным. Напротив, хозяйствующий субъект занимает доминирующее положение и в том случае, если он независим исключительно от своих покупателей. Комиссия подчеркивает необходимость выявления этих отношений зависимости на рынке<sup>65</sup>.

Оценка условий конкуренции на рынке закупок потребительских товаров постоянного спроса показала значительный уровень конкуренции. Вообще, производители имеют некоторую рыночную власть над ценами, которые увеличились на более чем 0,5% за годы, прошедшие с момента введения «бонусной» схемы<sup>66</sup>. Тем не менее, проведенное исследование не могло исключить того, что некоторые производители экономически зависели от Coop<sup>67</sup>. Именно экономическая зависимость некоторой группы производителей и интересовала швейцарские компетентные органы. По мнению Комиссии, производитель зависит от дистрибьютора в том случае, если выполняются одновременно два следующих условия.

*Во-первых*, у производителя отсутствует другой аналогичный покупатель, и предельный спрос других покупателей не позволяет ему покрыть фиксированные расходы. Первый критерий — доля товарооборота производителя, приходящаяся на конкретного покупателя: доля более 30% указывает на то, что отношения с покупателем имеют существенное значение для производителя. Кроме этого, возможность выбора другого покупателя также важна: если производитель может продавать товар другим покупателям, он не зависит от конкретного покупателя.

*Во-вторых*, процесс производства определенного товара специализирован настолько, что производитель не может «переключить» его на производство другого товара. Самый важный критерий здесь — стоимость затрат на смену специализации (профиля) производства: чем они выше, тем больше производители зависят от покупателя.

Для оценки экономической зависимости производителей огромное значение имеют два взаимосвязанных элемента — существование альтернативных

потоков сбыта и размер издержек по перекалфикации производства. Первый критерий связан с взаимозаменяемостью разных потоков сбыта: розничная продажа, маленькие местные магазины, рынок обслуживания отелей, ресторанов, кафе, столовых<sup>68</sup> или продажа на экспорт. Прочие магазины розничной торговли не составляют реальной альтернативы: Migros, крупнейший магазин розничной торговли в Швейцарии, занимает долю в 36% рынка и вертикально интегрирован, так что продает в основном «свою собственную» продукцию<sup>69</sup>. Хотя другие каналы сбыта могли бы оказаться подходящей альтернативой для производителей, все они являются только частичными заменителями Coop<sup>70</sup>, в основном из-за издержек, которые производителям пришлось бы понести, чтобы соответствовать требованиям этих альтернативных рынков.

В данном деле защита конкретных производителей не являлась единственной и непосредственной задачей. Швейцарская комиссия по конкуренции сделала попытку очертить границы своего вмешательства: новое понимание доминирующего положения не предполагает защиты хозяйствующих субъектов, не способных выжить в конкурентной среде рынка<sup>71</sup>.

Хотя это прямо не отражено в решении Комиссии, по ее мнению, расширение понятия доминирующего положения не может служить средством защиты неэффективных хозяйствующих субъектов, так как это бы противоречило целям конкурентного права. Особенно в части требования специальных инвестиций — ситуация зависимости производителя от розничного продавца не должна стать результатом его собственных действий, поскольку, в известном смысле, розничный продавец в некоторой степени несет ответственность за специальные инвестиции или дополнительные издержки производителя<sup>72</sup>.

Используя концепцию доминирующего положения, Швейцарская комиссия по конкуренции в деле CoopForte признала жесткие условия, применяемые для определения ситуации экономической зависимости. Поставщик экономически зависим от закупщика только при наличии инвестиций, продиктованных потребностями закупщика: так, в Швейцарии при определении экономической зависимости во внимание принимается покупательская власть в совокупности с рыночной властью, основанной на таких инвестициях. Хотя компетентные органы Швейцарии и применили

<sup>68</sup> Англ.: Horeca — рынок Hotel — Restaurant — Café/Caterer/Canteen.

<sup>69</sup> Поскольку Migros вертикально интегрирован, доля на рынке розничной торговли не является подходящей для рынка сбыта. Coop имеет долю более 30% на рынке сбыта, возможно, более 50%. В действительности, большую часть рыночной доли Migros не следовало принимать во внимание для определения подходящего рынка: Migros просто не доступен для производителей как деловой партнер (Швейцарская конкурентная комиссия, решение CoopForte [2005] RPW/DPC I 146, абз. 114). Но доля свыше 50% эквивалентна «классическому» доминирующему положению, по крайней мере, в европейском конкурентном праве.

<sup>70</sup> Швейцарская комиссия по конкуренции. Решение CoopForte [2005] RPW/DPC I 146, абз. 117.

<sup>71</sup> Там же. Абз. 92.

<sup>72</sup> Швейцарская комиссия по конкуренции. Решение CoopForte [2005] RPW/DPC I 146, абз. 99.

<sup>64</sup> Швейцарская комиссия по конкуренции. Решение CoopForte [2005] RPW/DPC I 146, абз. 93.

<sup>65</sup> Там же. Абз. 92.

<sup>66</sup> Там же. Абз. 64—91 (в особенности 91).

<sup>67</sup> Там же. Абз. 94.





буквальное толкование норм, их решение было подвергнуто критике со стороны судебной власти как чрезмерное вмешательство в рыночные механизмы<sup>73</sup>.

### 3.1.4. Италия

В Италии также существуют нормы, относящиеся к злоупотреблению экономической зависимостью (*abuso di dipendenza economica*), хотя они и не находят свое выражение в антимонопольном законе<sup>74</sup>. Статья 3 *Italian Antitrust Act*<sup>75</sup> содержит запрет на злоупотребление доминирующим положением, сходный с тем, который установлен в статье 82 Римского договора о создании ЕЭС. Проект закона начала 1995 года, касающийся заключения контрактов с субподрядчиками в сфере промышленности, предполагал определение спектра действий, предпринимаемых фирмами-заказчиками, находящимися в лучшем положении, чем их субподрядчики, в результате которых наносился бы вред последним вследствие злоупотребления фирмами-заказчиками доминирующим положением по смыслу статьи 3 *Italian Antitrust Act* (однако данный проект не стал законом на дату написания настоящей главы. — *Ред.*).

С одной стороны, Итальянский антимонопольный комитет<sup>76</sup> выступает против расширения объема понятия доминирующего положения специальным законодательством. В решении от 20 июня 1995 года<sup>77</sup> он установил, что проблемы, касающиеся заключения сделок с субподрядчиками, не могут быть решены путем «размывания искусственным путем понятия доминирующего положения»; хотя законопроект, несомненно, гарантировал равенство в договорных отношениях, он не мог быть представлен в качестве средства, гарантирующего эффективный рынок.

С другой стороны, Итальянский антимонопольный комитет подчеркивал, что концепция доминирующего положения, содержащаяся в Итальянском антимонопольном законе, во-первых, предусматривает и случай власти покупателя (например, крупного сетевого магазина розничной торговли, или ритейлера. — *Ред.*) над продавцами. Так, может быть выявлено, что ритейлер занимает доминирующее положение на рынке закупок, даже если он не занимает доминирующее положение на розничном рынке. Во-вторых, субконтрактные отношения, в которых участвуют партнеры без альтернативных поставщиков, могут подпадать под положение

о злоупотреблении доминирующим положением через «надлежащее определение границ соответствующего рынка».

Во втором решении<sup>78</sup> Итальянский антимонопольный комитет повторно выразил свою позицию относительно злоупотребления экономической зависимостью, указав, что итальянский закон ссылается на статью 82ЕС, которая не содержит аналогичного положения и, соответственно, будет неуместно его менять. Он добавляет, что положение законопроекта, касающегося злоупотребления экономической зависимостью, нацелено на дисциплинирование контрактных отношений между сторонами и должно, таким образом, быть закреплено в гражданском законодательстве. Из этого можно сделать вывод, что нецелесообразно включать данное положение в антимонопольный закон.

Как следствие, статья 9 *Italian Law on Industrial subcontracting*<sup>79</sup> содержит положение, касающееся злоупотребления экономической зависимостью. Тем не менее, нет никакого указания на концепцию доминирующего положения, равно как не изменен и Антимонопольный закон. Экономическая зависимость в основном определяется как состояние экономического дисбаланса. Положение касается, однако, недостатка экономических альтернатив на рынке, хотя, кажется, что это не является необходимым условием. Не удивительно, что примеры, на которые указывается как на нарушения, касаются отказа от сделок, дискриминации и эксплуатации (*exploitation*).

Пример Италии демонстрирует, что понятие экономической зависимости воспринимается национальными антимонопольными органами не без некоторых сложностей. Позиция, принятая Итальянским антимонопольным ведомством, отражает риск смешения целей конкурентного права (касающихся, строго говоря, экономической эффективности) с целями защиты слабой стороны. Так же как швейцарская судебная власть, Итальянский антимонопольный орган выдвинул возражения, основанные на европейском конкурентном праве: расширение концепции доминирующего положения будет отклоняться от понимания доминирующего положения в общеевропейском праве.

Между тем в решении признается, что покупательская способность ритейлера подпадает под понятие доминирующего положения, даже если он обладает долями на рынке ниже стандартного порога доминирования. Более важно, что в решении также признается, что приближение к концепции доминирующего положения подобным образом,

<sup>73</sup> См.: Amstutz/Reinert. Erfasst Art. 4 Abs. 2 KG auch die berragende Marktstellung und die relative Marktmacht? 2005. sic! 537, 631 и след.

<sup>74</sup> См.: Fabbio. Der Missbrauch wirtschaftlicher Abhängigkeit nach italienischem Recht, 2001. 9 WuW 834.

<sup>75</sup> Italian Antitrust Act, Закон № 287 от 10.10.1990 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato), 1990 // Official Gazette от 13.10.1990. № 240.

<sup>76</sup> Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato. Далее — AGGM. <http://www.w.w.agcm.it/>.

<sup>77</sup> AGGM, решение от 20.06.1995 по промышленной субконтрактации (Subfornitura Industriale). Доступно на [http://www.w.w.agcm.it/agcm\\_ita/DSAP/SEGNALA.NSF/0/oca16f3c8d87effbc125645600527b55?OpenDocument](http://www.w.w.agcm.it/agcm_ita/DSAP/SEGNALA.NSF/0/oca16f3c8d87effbc125645600527b55?OpenDocument).

<sup>78</sup> AGGM. Решение от 10.02.1998 по промышленной субконтрактации (Subfornitura Industriale). Доступно на [http://www.agcm.it/agcm\\_ita/DSAP/SEGNALA.NSF/0/7b1062a45c2a97fc12565ae00552c0?OpenDocument](http://www.agcm.it/agcm_ita/DSAP/SEGNALA.NSF/0/7b1062a45c2a97fc12565ae00552c0?OpenDocument).

<sup>79</sup> Закон № 192 от 18.07.1998 о промышленной субконтрактации (Disciplina della subfornitura nelle attività produttive) // Official Gazette of 22 July 1998, № 143. Статья 11 Закона № 57 от 5 марта 2001 года дает полномочие Итальянской антимонопольной комиссии применять правила, касающиеся нарушения экономической зависимости, содержащиеся в Законе о промышленной субконтрактации.



с точным определением соответствующего рынка, может включать в себя и тему отсутствия альтернативных решений (смены контрагента) для производителей (поставщиков розничных сетей).

### 3.2. Общие критерии

Главный критерий для выявления ситуации экономической зависимости — отсутствие для зависимого хозяйствующего субъекта альтернативных возможностей продать или купить свои продукты на рынке. Невозможность найти другие торговые точки отражает тот факт, что хозяйствующий субъект зависит от покупателя. Экономическая зависимость в данном случае исходит или из высокой концентрации рынка или из специальных особенностей двустороннего отношения между хозяйствующим субъектом и покупателем.

Когда зависимость становится результатом низкого уровня конкуренции на рынке, установление ситуации экономической зависимости, как правило, соответствует выявлению доминирующего положения. Это соотносится с мнением, что хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, как правило, понимает: покупатели зависимы от него. Конечно, другие возможности продаж или покупок недостаточны для замены имеющихся деловых партнеров. Для такого анализа соответствующее определение границ рынка и поиск значимой доли на рынке необходимы как предварительное условие.

Однако, как демонстрирует дело *La Provence*<sup>80</sup> (Франция), возможна ситуация, когда доминирующее положение необязательно влечет за собой экономическую зависимость. Несомненно, ключевой элемент последней — отсутствие альтернативного решения. Но существование хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, не препятствует другим участникам рынка конкурировать с ним и предлагать альтернативные решения для контрагентов хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение. При отсутствии специальных факторов, договорных или технических, которые препятствуют покупателю сменить продавца, контрагент доминирующей компании может отказаться от ее услуг в пользу иных продавцов (покупателей). Это подтверждает идею, что экономическая зависимость возникает только в двусторонних отношениях между договаривающимися сторонами.

Конечно, если зависимость становится результатом только особенностей отношений между договаривающимися сторонами, ее установление не соотносится со структурой рынка или уровнем конкуренции на соответствующем рынке. Другие факторы, такие как приверженность бренду или существование специфичных активов, обуславливают возникновение экономической зависимости.

<sup>80</sup> Французская комиссия по конкуренции. Решение 05-D-44 от 21.07.2005 *La Prिवence*.

Условие ослабления конкуренции существует во французском и, косвенно, в швейцарском праве. В классическом антимонопольном законодательстве оно касается структуры рынка и горизонтальной власти на рынке или способности хозяйствующего субъекта не зависеть от действий своих прямых конкурентов. Это условие подрывает силу экономической зависимости как двустороннего отношения, которая, по-видимому, определяется во французском праве. Но конкуренция может быть также уменьшена на этапах рынка, отличных от тех, где действует рассматриваемый хозяйствующий субъект. Например, дискриминация способна исказить конкуренцию на рынке с экономически зависимыми хозяйствующими субъектами.

Другой важный фактор для оценки отсутствия альтернативных решений — так называемый риск или уровень угрозы, означающий относительный размер деловых отношений компании с доминирующим хозяйствующим субъектом. В отношении рыночной власти покупателя уровень риска представляет собой долю выручки поставщика, которая поступает от доминирующего хозяйствующего субъекта, в отношении которого есть основания предполагать наличие угрозы прекращения закупок. Если доля высока, то риск быть зависимым и не иметь возможности смены покупателя возрастает. Легче подыскать бизнес-партнера, который закупает у тебя незначительную долю товаров, чем того, который закупает большую долю. Во-первых, сложность связана с производственными возможностями других участников рынка. Когда их производственные мощности ограничены, они не могут увеличить закупки. Во-вторых, сложность касается невозможности быстрой смены. Требуется время для выработки условий новых договорных отношений.

Хотя оценка уровня риска стала новым методом, который касается непосредственного анализа крупных слияний или экономической зависимости, или, что более широко, двусторонних отношений, существует связь между уровнем риска и уровнем долей на рынке. Конечно, значимость хозяйствующего субъекта в зависимости от доли на рынке частично выражается в том, что объем его продаж (закупок) начнет отражаться на объеме покупок (продаж) покупателей. Например, если хозяйствующий субъект обладает 40% розничного рынка, он скупает около 40% продукции на рынке, и, вероятно, такова же его доля в продажах единичных поставщиков. Это один из методов подсчета доли супермаркетов на рынке закупок: доля на рынке равна средней «угрозе», которую представляет для производителей один супермаркет. В табл. 1 показаны доли на рынке и уровни риска для нескольких национальных дел по экономической зависимости.



Табл. 1. Экономическая зависимость, доли на рынке и уровень риска

Дело	Доля на соответствующем рынке, %	Часть закупок заявителя у хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, %
<i>Rossignol (DE)</i> <i>ABG / Oil (EC)</i>	8 26	3 75
<i>CoopForte (CH)</i> <i>Rewe/ Meintl (EC)</i> <i>Carrefour / Promodes (EC)</i>	40–50 30–40 25	— 22 (уровень риска) 22 (уровень риска)

В Германии малые и средние предприятия являются выгодоприобретателями специальных положений законодательства, касающегося экономической зависимости. Это свидетельствует о регулятивной природе немецкого положения об экономической зависимости.

Хотя немецкая юриспруденция отрицает специальную роль статьи 20(2) *of the GWB*<sup>81</sup>, также как и трудового или договорного права, это положение явно нацелено на защиту малых предприятий и содействие им. При этом к числу достоинств немецкого положения об экономической зависимости следует отнести тот факт, что им не могут пользоваться крупные компании, что было одним из оснований критики *Robinson-Patman Act* в США.

Отсутствие для зависимого хозяйствующего субъекта альтернативных вариантов продажи или покупки своих продуктов на рынке касается рыночной власти, которая появляется в результате продуктовой дифференциации или существования специфики активов. Например, зависимость от бренда или зависимость от ряда товаров относится к рыночной власти дифференцированных продуктов. Зависимость, связанная с деловыми отношениями, и зависимость от покупателя в основном соотносятся со спецификой активов: в длительных отношениях, характеризующихся асимметричными вложениями, потребитель подвергает себя опасности оппортунистического поведения покупателя.

Что касается правоприменения и принуждения, для антимонопольных органов характерна тенденция не слишком «навязывать» определенные положения, имеющие отношение к экономической зависимости, за исключением случаев, касающихся покупательной власти супермаркетов, при этом итальянские органы выступают против любого изменения закона, который включает в себя положения, касающиеся экономической зависимости.

#### 4. ДОМИНИРУЮЩЕЕ ПОЛОЖЕНИЕ В СООТВЕТСТВИИ СО СТАТЬЕЙ 82ЕС

##### 4.1. Юридическое определение доминирующего положения

Согласно статье 82ЕС, любое злоупотребление доминирующим положением одним или несколькими

<sup>81</sup> Markert, сноска 40, абз. 41, 54.

хозяйствующими субъектами запрещается. Соглашение не дает определения термина *доминирующее положение*. В деле *United Brands* (1978) суд определяет его так: «Доминирующее положение, упоминаемое в данной статье, касается позиции экономической силы (мощи), которой обладает хозяйствующий субъект и которая позволяет ему предотвращать эффективную конкуренцию, существующую на соответствующем рынке, обеспечивая себе способность действовать в ощутимой степени независимо от своих конкурентов, покупателей и, в конечном счете, потребителей»<sup>82</sup>.

В деле же *Hoffman-LaRoche* суд добавил: «Такое положение не препятствует конкуренции, которая допускается там, где есть монополия или квази-монополия, но дает возможность хозяйствующему субъекту с прибылью для себя если не определять, то, по крайней мере, оказывать ощутимое влияние на условия, при которых конкуренция будет развиваться, и в любом случае действовать в значительной степени свободно до тех пор, пока такое поведение не наносит ему ущерба»<sup>83</sup>.

Обе выдержки из европейского прецедентного права заслуживают внимательного исследования не только потому, что их интерпретация определяет границы нарушения европейского конкурентного законодательства. Это также поможет ответить на главный вопрос данной статьи, а именно: полностью ли концепция экономической зависимости охватывается статьей 82ЕС?

Последняя часть первого предложения, к которому обращаются в деле *United Brands*, как доказано, является центральным элементом: она служит дефиницией доминирующего положения в европейском конкурентном праве и была кодифицирована в закон в ряде стран-участниц и других европейских государствах<sup>84</sup>. Во всей Европе хозяйствующий субъект с доминирующим положением — тот, который обладает «властью вести себя в существенной степени независимо от своих контрагентов, покупателей и потребителей».

Далее следуют два одинаково важных вопроса. Первый: что такое независимое поведение и независимый хозяйствующий субъект? Второй — кто такие другие, от которых хозяйствующий субъект

<sup>82</sup> Дело 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission* [1978] ECR 207, абз. 65.

<sup>83</sup> Дело 86/76 *Hoffman-LaRoche & Co. AG v. Commission* [1979] ECR 461, абз. 39.

<sup>84</sup> См. законы о конкуренции Албании, Боснии и Герцеговины, Хорватии, Исландии, Македонии, Сербии и Швейцарии.



независим? Это их конкуренты и их потребители? Это их конкуренты или их потребители?

Определение, которое дал суд, признало, что хозяйствующий субъект должен быть способен действовать независимо до «существенной степени», чтобы его можно было признать занимающим доминирующее положение. Это выражение подтверждает мнение о том, что в условиях рыночной власти хозяйствующий субъект должен обладать значительной властью на рынке<sup>85</sup>. Согласно решению Комиссии, «хозяйствующий субъект, способный значительно поднимать цены выше конкурентного уровня на значительный период времени, обладает значительной рыночной властью и имеет достаточную способность действовать в существенной степени независимо от конкурентов, покупателей и потребителей»<sup>86</sup>. Подобным образом директива 2002/21 об электронных средствах связи<sup>87</sup> рассматривает «значительную рыночную власть» как эквивалент доминирования.

Однако процесс разграничения значительной и незначительной рыночной власти довольно сложен и обязательно будет сопровождаться ошибками государственного вмешательства<sup>88</sup>. Если данный взгляд станет господствующим, это исключит из сферы действия статьи 82 ЕС дела, включающие обладание неструктурной (т.е. не связанной с большой долей на рынке. — *Ред.*) рыночной властью, так как в них могут входить случаи наличия дифференцированных продуктов, продуктов вторичного рынка или специфики активов.

Более того, правовая концепция доминирования часто ассоциируется с монопольной властью на самых высочайших уровнях. Для *O'Donoghue & Padilla* «только монополист, действующий на рынке, защищенном непреодолимыми барьерами входа, и сталкивающийся с абсолютно неэластичным спросом, будет способен вести себя независимо от своих конкурентов, покупателей и потребителей»<sup>89</sup>. Согласно данному подходу, можно сказать, что хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, обладает рыночной властью<sup>90</sup>. Также доминирующее положение не позволит существовать на рынке какой-либо конкуренции. Эта точка зрения широко поддерживается экономистами, знакомыми с конкурентным законодательством.

Доминирующее положение хозяйствующего субъекта, понимаемое в качестве монопольной власти, подтверждает мнение о том, что хозяйствующий субъект должен вести себя независимо как

от своих конкурентов, так и от потребителей. Независимость от конкурентов означает, что хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, не сдерживается ценовыми и количественными решениями конкурентов и ведет себя так, как если бы они не существовали. Независимость от своих конкурентов подразумевает также способность вести себя независимо от потребителей. Как указывает суд в *British Leyland*, доминирующим является положение, которое «ставит дилеров (покупателей продукции у крупного производителя для последующей перепродажи. — *Ред.*) в состояние экономической зависимости, что является характеристикой доминирующего положения»<sup>91</sup>. Последние не имеют никакого выбора кроме как продолжать договорные отношения с фирмой, занимающей доминирующее положение. Фактом является то, что существование независимого хозяйствующего субъекта подразумевает существование покупателей, которые зависимы от него: как указывает Комиссия, «экономическая зависимость [...] является характеристикой существования доминирующего положения»<sup>92</sup>.

Однако определение в *United Brands* отражает только буквальный взгляд на доминирующее положение. Одним годом позже и после внимательного рассмотрения суд прояснил определение, смягчив свои требования<sup>93</sup>. В противовес монополиям и квазимонополиям, которые вместе исключают конкуренцию, доминирующее положение допускает некоторую конкуренцию. Как указывает суд в этом же решении, «даже существование оживленной конкуренции на определенном рынке не исключает возможность существования доминирующего положения на этом рынке»<sup>94</sup>. Доминирующее положение возникает, даже если хозяйствующий субъект не способен влиять на ключевые показатели конкуренции: существенного влияния, строго говоря, большого влияния, способного оказывать значительное воздействие на конкуренцию, достаточно.

Итак, мы рассмотрели независимость от действий конкурентов, которая свойственна хозяйствующим субъектам, занимающим доминирующее положение. Однако остается вопрос, на который мы также должны ответить: возникает ли

<sup>85</sup> O'Donoghue/Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, 108 (2006); Bishop/Walker, ссылки 9, 184.

<sup>86</sup> Европейская комиссия, сноска 7, абз. 24.

<sup>87</sup> См. Директиву 2002/21/СЕ Европейского парламента и Совета от 07.03.2002 об основах регулирования сетей электронных коммуникаций и услуг (Базовая директива), [2002] OJ L 108/33, статья 14.

<sup>88</sup> Bishop/Walker, сноски 9, 42.

<sup>89</sup> O'Donoghue/Padilla, сноски 82, 108.

<sup>90</sup> O'Donoghue/Padilla, сноски 82, 108.

<sup>91</sup> Дело 226/84 *British Leyland Public Limited Company v Commission* [1986] ECR 3263.

<sup>92</sup> Европейская комиссия. Решение 89/205/ЕЕС *Magill TV Guide/ITP, BBC and RTE* [1989] OJ L 78/43, абз. 22. Принято судом первой инстанции в деле T-69/89 *Radio Telefis Eireann v Commission* [1991] ECR II-485, абз. 63: «Заявитель, явно занимающий в данный момент доминирующее положение как на рынке, представленном его еженедельными изданиями, так и на рынке журналов, в которых они были опубликованы в Ирландии и Северной Ирландии. Третьи лица, такие как *Magill*, который хотел издавать общий телевизионный журнал, были в позиции экономической зависимости от заявителя, который был таким образом способен препятствовать появлению какой-либо эффективной конкуренции на рынке информации об еженедельных программах». См. также дело T-139/98 *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS)* [2001] ECR II-3413, где Комиссия подчеркнула крайнюю зависимость иностранных дистрибьюторов сигарет от AAMS. Последний был монополистом на рынке распространения сигарет в Италии (абз. 51).

<sup>93</sup> См. дело 85/76 *Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission* [1979] ECR 461.

<sup>94</sup> Дело 85/76 *Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission* [1979] ECR 461, абз. 70.





доминирующее положение, когда хозяйствующий субъект ведет себя независимо от своих покупателей, даже если он не может действовать независимо от своих конкурентов. Положительный ответ позволит подвести экономическую зависимость под определение доминирующего положения.

В *ABG/Oil*<sup>95</sup> Комиссия указала, что единственной двусторонней зависимостью потребителей от поставщиков достаточно для определения доминирующего положения. Дело Комиссии сводилось к рассмотрению экономической зависимости, возникающей во время дефицита: вмешательство Комиссии оправдывалось исключительными обстоятельствами в течение нефтяного кризиса в начале семидесятых годов.

Хотя такое ясное признание экономической зависимости уникально для европейского конкурентного права, оно, тем не менее, подразумевает существование ситуаций, когда независимость в отношении с покупателями подтверждает наличие доминирующего положения. Как следствие, при исключительных обстоятельствах хозяйствующий субъект, который ведет себя независимо от покупателей, может быть рассмотрен в качестве занимающего доминирующее положение.

## 4.2. Установление доминирующего положения

Правовой анализ доминирующего положения требует изучения ряда факторов<sup>96</sup>, выявление которых может означать существование доминирующего положения. Все эти факторы и являются показателями существования рыночной власти.

### 4.2.1. Доли на рынке

С точки зрения долей рынка доминирующее положение возникает, когда один или несколько хозяйствующих субъектов имеют большую долю на соответствующем рынке. Суд подчеркивает, что доминирующее положение может возникать вследствие существования нескольких факторов, среди которых большая доля на рынке является «очень важным моментом»<sup>97</sup>. Также суд указывает, что значение долей на рынке «может меняться от рынка к рынку»<sup>98</sup>, предполагая, что экономический контекст, структура рынка и особенности каждого конкретного случая имеют не меньшее значение. Суд, однако, считает, что особенности рынка не преуменьшают значение размера доли на рынке, оперируя им как неким доказательством доминирования<sup>99</sup>.

В деле *AKZO* суд дал количественную оценку доле на рынке, заявив, что хозяйствующий субъект

считается занимающим доминирующее положение, если его доля на рынке превышает 50% соответствующего рынка<sup>100</sup>. Это значение используется в качестве пороговой величины и играет важную роль в определении доминирующего положения<sup>101</sup>.

Хозяйствующий субъект, который имеет большую долю на рынке по сравнению со своими конкурентами, зачастую не способен вести себя в значительной степени независимо от них. Это объясняет рациональность следующего правила, относящегося к долям на рынке: доли конкурентов должны быть меньше доли хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение. Это подтверждает взгляд на доминирующего на рынке хозяйствующего субъекта как на фирму с особым положением и способностью вести себя независимо от своих конкурентов.

Кроме величины доли рынка, которой обладает хозяйствующий субъект, суд подчеркивает тот факт, что он должен иметь возможность удерживать эту долю в течение некоторого времени, предполагая, что большие доли на рынке свидетельствуют о доминировании только тогда, когда они остаются на стабильном уровне в течение относительно длительного периода времени<sup>102</sup>.

Фактически, стабильность долей на рынке показывает, что в течение длительного периода времени конкуренты не смогли склонить в свою сторону клиентов основного хозяйствующего субъекта, будь то из-за отсутствия возможностей или других факторов, в том числе стратегии хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение. Это, в свою очередь, предполагает, что у клиентов и, в конце концов, у потребителей, выбора как такового нет: большинству из них товар будет поставляться хозяйствующим субъектом, занимающим доминирующее положение, просто потому, что он — единственный, кто в состоянии предложить широкий спектр продукции. В сочетании с ограниченными возможностями конкурентов, высокими издержками или стратегией хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, сильные позиции на рынке одной фирмы приводят к тому, что другие хозяйствующие субъекты лишаются права «завоевания» долей рынка.

Наконец, судебный орган подчеркивает один из наиболее значимых факторов, который делает хозяйствующего субъекта с большой долей рынка «неизбежным» торговым партнером: отсутствие возможности отказаться от деловых контактов с таким хозяйствующим субъектом и заменить его иным участником рынка, что должно продолжаться в течение длительного периода времени. Именно отсутствие возможности смены одного партнера на другого характерно для покупателей

<sup>95</sup> Европейская комиссия. Решение 77/327/EEC *ABG/Oil companies operating in the Netherlands* [1977] OJ L 117/1.

<sup>96</sup> В том числе факторов, которые сами по себе являются положительными, как, например, научно-исследовательские программы. См. объединенные дела T-191/98 и T-212-214/98 *Atlantic Container Line v Commission* [2003] ECR II-3275, абз. 981.

<sup>97</sup> Дело 85/76 *Hoffman-LA Roche & Co. AG v Commission* [1976] ECR 461, абз. 39.

<sup>98</sup> Дело 85/76 *Hoffman-LA Roche & Co. AG v Commission* [1976] ECR 461, абз. 40.

<sup>99</sup> Дело 85/76 *Hoffman-LA Roche & Co. AG v Commission* [1976] ECR 461, абз. 41.

<sup>100</sup> Дело C-62/86 *AKZO Chemie BV v Commission* [1991] ECR I-3359, абз. 60.

<sup>101</sup> См. также *Motta*, сноски 12, 118.

<sup>102</sup> Дело 85/76 *Hoffman-LA Roche & Co. AG v Commission* [1979] ECR 461, абз. 41.



Табл. 2. Доминирующее положение на ЕС и доли рынка

Дело (ЕС)	Доли рынка, %	Комментарии
<i>Hugin*</i>	13	Рынок кассовых аппаратов в Великобритании. <i>Hugin</i> является четвертым по величине производителем, крупнейший из которых — Национальная компания по производству кассовой аппаратуры, занимающая около 40% рынка (см. ниже)
<i>Carrefour /Promodes**</i>	25–26	Французский рынок товаров для перепродажи магазинами розничной торговли. Власть покупателя на этом рынке
<i>ABG/ Oil Companies</i>	26	Дефицит. Нефтяной кризис
<i>Rewel/ Meinel***</i>	25–40	Австрийский рынок товаров для перепродажи магазинами розничной торговли. Власть покупателя на этом рынке, рынке закупок
<i>Virgin/British Airways****</i>	39,7	Рынок пассажирских авиаперевозок. Удовлетворено судом первой инстанции
<i>Coca - Cola*****</i>	40	Если бы следующий по величине конкурент <i>Coca-Cola</i> имел половину рыночной доли <i>Coca-Cola</i> , доминирующего положения не было бы
<i>United Brands*****</i>	40–45	Другие факторы (кроме доли. — <i>Ред.</i> ) также имеют значение для установления доминирующего положения
<i>Hoffman-LaRoche*****</i>	43	На рынке витамина А следующий крупный конкурент имеет 27% рынка. Иные факторы были значимы для определения доминирующего положения
<i>AKZO*****</i>	50	Презумпция доминирующего положения
<i>Hugin*****</i>	100	Рынок запасных частей для <i>Hugin</i> (случай вторичного рынка)

\* Комиссия Европейского союза. Дело 78/68/ЕЕС Hugin/Liptons [1978] OJ L 22/23. Дело рассмотрено в соответствии с долями рынка на двух разных рынках.

\*\* Комиссия Европейского союза. Дело 1999/С359/10 Carrefour /Promodes [2000] OJ С 164/5.

\*\*\* Комиссия Европейского союза. Дело 1999/674/ЕС Rewel/ Meinel [1999] OJ L 274/1.

\*\*\*\* Комиссия Европейского союза. Дело IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways [2000] OJ L 30/1.

\*\*\*\*\* Удовлетворено судом первой инстанции. Дело T-219/99 British Airways v Commission [2003] ECR II-5917.

\*\*\*\*\* Комиссия Европейского союза. Дело 2005/670/ЕС Coca-Cola [2005] OJ L 253/21.

\*\*\*\*\* Дело 27/76 United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission [1978] ECR 207.

\*\*\*\*\* Дело 85/76 Hoffman-LaRoche & Co. AG v Commission [1979] ECR 461.

\*\*\*\*\* Дело С-62/86 AKZO Chemie BV v Commission [1991] ECR I-3359.

\*\*\*\*\* Дело рассмотрено в соответствии с долями рынка на двух разных рынках.

товаров на вторичных рынках (рынках, которые «порождаются» рынком товара, покупка которого требует последующего приобретения иных товаров, работ и услуг, например, как в случае со сложным техническим изделием длительного пользования, расходными материалами и запасными частями к нему, сервисом, ремонтом и т.п. — *Ред.*) или для отношений между специализированными производителями и розничными продавцами. По этой причине подход «неизбежного торгового партнера» рассматривается в некоторой степени в качестве альтернативы концепции экономической зависимости в некоторых государствах-членах ЕС.

Хотя хозяйствующий субъект, обладающий долей рынка в 50%, считается занимающим доминирующее положение, известны случаи, когда доминирующее положение было обнаружено на более низком уровне. В табл. 2 представлены некоторые из них.

#### 4.2.2. Барьеры входа на рынок, потенциальное соперничество и компенсирующая власть покупателя

Другие факторы, которые следует принять к сведению, — это барьеры входа на рынок, потенциальное соперничество и компенсирующая власть покупателя. Барьеры входа свидетельствуют об отсутствии потенциальной конкуренции: новые

конкуренты не имеют доступа на рынок, что приводит к снижению ограничений, налагаемых конкуренцией на хозяйствующих субъектов, присутствующих на рынке. Чрезмерное увеличение долей на рынке как фактор, позволяющий выявить доминирующее положение, обуславливает необходимость рассмотреть барьеры входа вместе с потенциальной конкуренцией.

С другой стороны, компенсирующая власть покупателя, или рыночная власть покупателя, создает препятствия для хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, в части осуществления им рыночной власти, поскольку она будет направлена против его власти.

#### 4.2.3. Экономическая зависимость

В этом разделе рассматривается значение концепции экономической зависимости в прецедентном праве. Комиссия, поддерживаемая европейской судебной системой, после выявления ситуации экономической зависимости в *ABG/Oil* не нашла таковой в деле *Metro*. В остальных случаях, представленных в этом разделе, экономическая зависимость была взята во внимание как дополнительный фактор в определении доминирующего положения.

Дело *ABG/Oil* имеет особое значение, поскольку оно представляет собой пример дела о реальной экономической зависимости в европейском



конкурентном праве. В *ABG/Oil*<sup>103</sup> комиссия постановила, что каждая нефтяная компания оказалась в доминирующем положении относительно своих клиентов во время нефтяного кризиса в начале 70-х годов и что компания *BP* злоупотребляла этой позицией в отношениях со своим покупателем *ABG*<sup>104</sup>.

Ссылаясь на поставщиков, имеющих существенную долю на рынке, Комиссия пришла к выводу, что *BP*, обладающая приблизительно 26% рынка, находилась в доминирующем положении по отношению к *ABG*. Экономические обстоятельства дела оказались более важными, чем доля на рынке сама по себе: нехватка нефтепродуктов поставила покупателей в ситуацию экономической зависимости от поставщиков, которые, в свою очередь, благодаря этой нехватке нефтепродуктов, оказались в доминирующем положении на рынке. Вопреки своим предыдущим решениям и судебной практике европейской судебной системы, Комиссия квалифицировала такое доминирующее положение как доминирующее положение по отношению к своим клиентам. По этой причине в деле *ABG/Oil* устанавливается случай явной экономической зависимости, при которой независимость по отношению к конкурентам не обязательна.

В деле *Metro*<sup>105</sup> суд отклонил утверждение, что *SABA*, производитель электронного оборудования с долей рынка в 5–10%, пользовался доминирующим положением. Компания *Metro*, немецкий дистрибьютор, использующий систему «Кэш энд Керри», оспорила разрешение, данное Комиссией в отношении системы селективной дистрибуции, применяемой *SABA* (система селективной дистрибуции предполагает, что производитель избирает ограниченное количество дистрибьюторов или дилеров, которых наделяет эксклюзивными правами по перепродаже товара, например, эксклюзивной территорией. — *Ред.*), и заявила, что последняя злоупотребляет своим доминирующим положением, отказываясь признать *Metro* в качестве одного из своих дистрибьюторов в Германии. Компания *Metro* указала, что продукция *SABA* из-за своего высокого качества была востребована потребителями, так что все дистрибьюторы должны были включать в свой ряд продукции спектр оборудования, предлагаемый *SABA*<sup>106</sup>.

Отвергая претензии со стороны *Metro*, суд постановил, что, во-первых, доля рынка *SABA* была незначительна, во-вторых, имела место реальная конкуренция и, наконец, высокое качество само по себе не играет роли и не позволяет сделать вывод

о существовании доминирующего положения в соответствии со статьей 82ЕС<sup>107</sup>.

Суд постановил, что рыночная доля в 10% не может привести к доминирующему положению, признав, однако, что при исключительных обстоятельствах это все же возможно. Тем не менее суд исключил качество продукции как возможное исключительное обстоятельство, отвергая на этом основании предположение, что так называемые бренд-зависимость или диапазон-зависимость, предусмотренные в законодательстве Германии, могут квалифицироваться в качестве нарушений запретов из статьи 82ЕС (содержит запрет на злоупотребление доминирующим положением. — *Ред.*).

В то время как производители фирменной продукции могут обладать рыночной властью, этого недостаточно для существования доминирующего положения. Утверждая свою позицию, суд отметил, что факторы, которые следует принимать во внимание для оценки доминирующего положения, должны повышать способность данного хозяйствующего субъекта вести себя независимо от своих конкурентов; тем самым суд породил сомнения в возможности установить доминирующее положение хозяйствующего субъекта только на том основании, что контрагенты хозяйствующего субъекта зависят от его исключительной репутации.

В деле *British Airways*<sup>108</sup> суд первой инстанции оставил в силе решение Комиссии об обнаружении доминирующего положения. Суд первой инстанции постановил, что долю на рынке в 39,7% следует рассматривать как достаточную для установления доминирующего положения. Другая, не вызывающая сомнений точка зрения, заключалась в разрыве между долями рынка *British Airways* и ее конкурентов: ближайший конкурент имел лишь незначительную долю рынка (5–6%)<sup>109</sup>. Большая разница в долях на рынке привела к тому, что даже снижение долей на рынке в *British Airways* было недостаточно для того, чтобы поставить под сомнение сам факт установления доминирующего положения<sup>110</sup>.

Суд первой инстанции отметил, что другие факторы, связанные с зависимостью агента от *British Airways*, имели непосредственное отношение к установлению доминирующего положения. *British Airways* предложила больший выбор маршрутов и более частые рейсы, на которые была продана значительная доля билетов туристическими агентами.

В результате суд первой инстанции постановил, что туристические агенты «в значительной степени зависят от доходов, которые они получают

<sup>103</sup> Комиссия Европейского союза. Решение 77/327/ЕЕС ABG Oil компании, функционирующие в Нидерландах [1977] OJ L 117/1.

<sup>104</sup> Суд отменил решение, заключив, что *BP* не злоупотребляла своим доминирующим положением, без анализа целесообразности подхода Комиссии относительно доминирующего положения. См. дело 77/77 Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV and others v Commission [1978] ECR 1513.

<sup>105</sup> Дело 26-76 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co KG v Commission [1977] ECR 1875.

<sup>106</sup> Дело 26-76 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co KG v Commission [1977] ECR 1875, абз. 16.

<sup>107</sup> Дело 26-76 Metro SB-Großmärkte GmbH & Co KG v Commission [1977] ECR 1875, абз. 17.

<sup>108</sup> Комиссия Европейского союза. Решение IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways [2000] OJ L 30/1.

<sup>109</sup> Там же, абз. 210.

<sup>110</sup> Там же, абз. 223.





от *BA*, если принимать во внимание продаваемые ими услуги по организации авиапутешествий»<sup>111</sup>. *British Airways*, следовательно, не могла не признать себя «обязательным деловым партнером туристических агентов, созданных в Соединенном Королевстве»<sup>112</sup>.

Интересно, что суд первой инстанции посчитал также, что незначительная доля билетов *British Airways*, проданных основными туристическими агентами, не является фактором, способным поставить под сомнение доминирующее положение *British Airways*<sup>113</sup>. Суд первой инстанции сделал вывод, что нельзя отрицать «большую зависимость туристических агентов Великобритании от *BA*»<sup>114</sup>.

Анализ суда первой инстанции показывает, что оценка наличия или отсутствия зависимости во взаимоотношениях между хозяйствующим субъектом и его покупателями является актуальной предпосылкой для определения доминирующего положения. С одной стороны, можно отметить, что, несмотря на относительную новизну анализа, проводимого комиссией и судом первой инстанции, рассмотрение факторов, связанных с экономической зависимостью турагентов от *British Airways*, занимает важное место в общем исследовании. С другой стороны, следует подчеркнуть, что эти факторы дополняют классический анализ определения доминирующего положения, в частности, оценку положения *British Airways* на рынке: хотя доля этой компании на рынке в 39,7% является относительно низкой, имеющий важное значение разрыв в размерах долей между *British Airways* и ее ближайшими конкурентами показывает, что суд первой инстанции в своей позиции несущественно отклоняется от классического подхода по определению доминирующего положения на рынке.

Экономическая зависимость клиентов от поставщиков являлась фактором, который и комиссия, и суд первой инстанции принимали во внимание, чтобы определить, может ли хозяйствующий субъект, имеющий доминирующее положение на одном рынке, злоупотреблять своим доминирующим положением благодаря своему влиянию на другом рынке.

В деле *Aéroports de Paris*<sup>115</sup>, компания *Aéroport de Paris* (далее — *ADP*) была установлена в качестве субъекта, занимающего доминирующее положение на рынке управления аэропортами. *ADP* взимала плату за право оказывать наземное обслуживание и ресторанные услуги в аэропортах Орли и Руасси-Шарль де Голь. Поскольку взимаемые сборы носили дискриминационный характер,

на конкуренцию в сфере предоставления услуг наземного обслуживания и общественного питания не оказывалось негативного влияния. Ссылаясь на решение суда в *Tetra Pak*<sup>116</sup>, *ADP* утверждала, что статья 82 ЕС не применяется, так как *ADP* не действовала ни на одном из конкурентных рынков (на которых была ограничена конкуренция действиями *ADP*. — *Ped.*) и, следовательно, не было никаких исключительных обстоятельств, которые могли бы оправдать применение вышеупомянутого прецедента<sup>117</sup>.

Отвергая аргументы *ADP*, суд первой инстанции признал, что злоупотребление доминирующим положением на одном рынке может быть признано незаконным из-за влияния, которое оно оказывает на другой рынок с отсутствием доминирующего хозяйствующего субъекта, и постановил следующее: «...если хозяйствующий субъект, получающий услуги, осуществляет свою деятельность также на другом рынке, в отличие от лица, которое является поставщиком данных услуг для хозяйствующего субъекта, статья 86 применяется при условии, что из-за доминирующего положения поставщика приобретатель товара находится в состоянии экономической зависимости от поставщика, причем их совместное присутствие на одном и том же товарном рынке не требуется (для применения запрета на злоупотребление доминирующим положением, который содержится в статье 86 Римского договора; в новой нумерации статья 86 стала статьей 82. — *Ped.*). Считается достаточным, если услуга, предлагаемая поставщиком, необходима для осуществления получателем своей деятельности (на том рынке, на котором поставщик услуги не действует. — *Ped.*)»<sup>118</sup>.

В данном случае положение экономической зависимости используется в качестве обоснования применения статьи 82 ЕС к злоупотреблениям не на том рынке, где хозяйствующий субъект занимает доминирующее положение. Поскольку *ADP* не присутствует на нижестоящем рынке услуг по наземному обслуживанию, предлагаемых его клиентом, риск возникновения негативных горизонтальных последствий не наблюдается. Эффект дисторсии (искажения) возникает лишь вне нижестоящего рынка. Необходимая связь между вышестоящим рынком, на котором присутствует *ADP*, и нижестоящим рынком услуг наземного обслуживания и общественного питания обуславливается отношениями экономической зависимости между *ADP* и ее клиентами. Эти отношения взаимозависимости возникли, во-первых, в связи с доминирующим положением *ADP* и, во-вторых, из-за того, что услуги, предоставляемые *ADP*, необходимы

<sup>111</sup> Комиссия Европейского союза. Решение IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways [2000] OJ L 30/1, абз. 216.

<sup>112</sup> Там же, абз. 217.

<sup>113</sup> Там же, абз. 219.

<sup>114</sup> Там же, абз. 220.

<sup>115</sup> Дело T-128/98 *Aéroports de Paris v Commission* [2000] ECR II-3929.

<sup>116</sup> Дело C-333/94 *P Tetra Pak v Commission* [1996] ECR II-3929.

<sup>117</sup> Дело T-128/98 *Aéroports de Paris v Commission* [2000] ECR II-3929, абз. 163. Об исключительных обстоятельствах. См. также C-333/94 *P Tetra Pak* против Комиссии 119961 ECR I-5951, абз. 27.

<sup>118</sup> Дело T-128/98 *Aéroports de Paris v Commission* 120001 ECR II-3929, абз. 165.





для осуществления экономической деятельности на нижестоящем рынке<sup>119</sup>.

Комиссия и Европейский суд одновременно используют концепции неизбежного торгового партнера и экономической зависимости. Но тогда, как в случае с *Aeroport de Paris* и *Deutsche Bahn*, хозяйствующий субъект был признан монополистом в силу закона, что делало его неизбежным торговым партнером, в ситуациях же с *Michelin* и *TACA* обоснование было иным. В деле *TACA*<sup>120</sup> Комиссия, определив, что у линейной конференции (т.е. у *TACA*) доля на рынке составляла 60–70% и что она устанавливала дискриминационные цены, использовала возможность смены поставщика в качестве другого средства выявления доминирующего положения. Комиссия отметила, что «заключительным аргументом в процессе доказывания доминирующего положения *TACA* является ограниченная способность клиентов сменять ее на альтернативных поставщиков; таким образом *TACA* становилась неизбежным торговым партнером даже для негативно настроенных клиентов»<sup>121</sup>.

Аргумент, касающийся ограниченных возможностей выбора другого поставщика, является одним из центральных элементов понятия экономической зависимости. Интересно, что отсутствие возможности выбора другого поставщика приводит к тому, что *TACA* признается неизбежным торговым партнером, то есть обозначается термином, возникшим во Французском праве в рамках концепции экономической зависимости (*partenaire obligatoire*).

В отличие от *Aeroport de Paris* и *Deutsche Bahn*, где установленная законом монополия ставила хозяйствующие субъекты в положение наличия неизбежного торгового партнера, в случае с *TACA* причиной послужило отсутствие возможности выбора другого поставщика, что имело последствием возникновение статуса неизбежного торгового партнера и, следовательно, доминирующего положения на рынке.

Точно также в деле *Michelin* мы находим несколько элементов зависимости от бренда<sup>122</sup>. Бренд и репутация шин *Michelin* ставят специализированных дилеров в положение экономической зависимости и делают эту компанию неизбежным

торговым партнером<sup>123</sup>. Несмотря на то, что бренд и репутация не могут оправдать возникновение доминирующего положения, они способны служить дополнительными элементами, которые будут учитываться при определении последнего.

Анализ вышеперечисленных дел показывает, что отсутствие возможности выбора другого поставщика, экономическая зависимость клиентов и существование неизбежного торгового партнера являются элементами целостного анализа, проводимого Комиссией. Как указывают *Ritter & Braun*, понятие неизбежного торгового партнера не используется для расширения объема правовой охраны по статье 82ЕС<sup>124</sup>. Первоначально данный вывод был сделан Европейским судом в отношении значимости долей на рынке. Однако оценка возможности выбора другого поставщика и экономической зависимости клиентов показывают, что эти элементы могут учитываться и могут дополнить традиционный анализ выявления доминирующего положения на рынке, особенно в случае, когда хозяйствующий субъект, в отношении которого проводится расследование, имеет маленькую долю на рынке.

Ситуация экономической зависимости является важным фактором, который учитывается при контроле слияний. Комиссия разработала последовательную практику относительно концентрации в области розничной торговли.

Одним из основных факторов определения доминирующего положения розничных сетей на рынке, на котором они приобретают товары, была экономическая зависимость производителей от розничных сетей. В *Rewe/Meinl*<sup>125</sup> Комиссия дала согласие на концентрацию только после принятия на себя розничными сетями существенных обязательств по совершению действий, направленных на сохранение и развитие конкуренции (на рынках, где розничные сети проводят закупки товаров. — *Ped.*). Она полностью исследовала экономические взаимоотношения розничных сетей и производителей на товарном рынке. В деле *Carrefour/Promodes*<sup>126</sup> Комиссия с разных сторон изучила отношения зависимости, возникшие в связи с тем, что доля создаваемой компании на товарном рынке составляла не более 25%.

Особенность дела состоит в небольших долях на рынке. Комиссия сослалась на слияние *Promodes/Casino*, отметив, что в этом случае доля на рынке, составлявшая 25–26%, не позволяла развиваться конкуренции<sup>127</sup>. Тем не менее, в деле *Promodes/Casino*<sup>128</sup> Комиссия отметила, что во Франции наличествует тенденция к концентрации

<sup>119</sup> См. так же дело T-229/94 *Deutsche Bahn AG v Commission* [1997] ECR II-1689, абз. 57: «Далее из прецедентного права следует, что, поскольку (как в данном случае) услуги, представленные в сегменте рынка, являются предметом установленной законом монополии, приводящей к нуждающимся в данных услугах к экономической зависимости от поставщика услуг, не может отрицаться существование доминирующего положения на ином рынке, даже если услуги, оказанные на монополистическом рынке, связаны с продуктом, конкурирующим с иными продуктами [ссылка отсутствует]».

<sup>120</sup> Европейская комиссия. Решение 99/243/ЕС Trans-Atlantic Conference Agreement (TACA) [1999] OJ L 95/1. Решение поддержано Европейским судом в части того, что касается ст. 81ЕС и существования коллективного доминирования, но не поддержано в части, относящейся к злоупотреблению доминирующим положением (объединенные дела T-191/98 и T-212-214/98 *Atlantic Container Line v Commission* [2003] ECR II-3275).

<sup>121</sup> Европейская комиссия. Решение 99/243/ЕС Trans-Atlantic Conference Agreement (TACA) [1999] OJ L 95/1, абз. 538.

<sup>122</sup> Европейская комиссия. Решение 02/405/ЕС *Michelin* [2002] OJ L 143/1, абз. 202 и 204, отнош. к Делу C-322/81 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v Commission* [1983] ECR 3461.

<sup>123</sup> Хотя в решении указаны доли на рынке от 50 до 70%, *Michelin* обладало около 32% долей рынка всего Сообщества, на рынке шин — 47,2%.

<sup>124</sup> *Ritter/Braun*, «European Competition Law. A Practitioner's Guide» 404, 2004. 3-е изд.

<sup>125</sup> Европейская комиссия. Решение 1999/674/ЕС *Rewe/Meinl* [1999] OJ L 274/1.

<sup>126</sup> Европейская комиссия. Решение 1999/С359/10 *Carrefour/Promodes* [2000] OJ C 164/5.

<sup>127</sup> Там же, абз. 51.

<sup>128</sup> Европейская комиссия. Дело IV/M.991 *Promodes/Casino*.



в розничном секторе, а это означает, что Комиссия учитывала бы усиление позиции *Carrefour* на рынке. Таким образом она сочла, что иные факторы способны усилить рыночную власть указанных компаний.

Одним из таких ключевых факторов стал так называемый уровень риска или угрозы (*taux de «menace»*)<sup>129</sup>. В среднем производители имели долю приблизительно в 22% (т.е. в их продажах доля продаж в адрес *Carrefour/Promodes* составляла примерно 22%. — *Ред.*), что соответствует той доле, которую Комиссия выявила в деле *Rewe/Meinl*. Комиссия пришла к следующему заключению: «Можно сделать вывод о том, что когда доля розничного продавца превышает в товарообороте производителя вышеуказанную долю, последний оказывается де-факто в положении экономической зависимости»<sup>130</sup>. Было выявлено, что, во-первых, создаваемая в результате слияния компания значительно превысит данный уровень риска и, во-вторых, ее конкуренты не достигли такого уровня<sup>131</sup>. Аналогично мы рассуждаем относительно долей на рынке, а точнее, разницы между долями на рынке данной фирмы и ее конкурента, но здесь дело касается уровня риска или угрозы для конкретного производителя-продавца. Помимо классических факторов, таких как существование барьеров выхода на рынок и потенциальная конкуренция, Комиссия выявила иные факторы, дающие преимущество создаваемой в результате слияния компании<sup>132</sup>.

Как и в деле *British Airways*,<sup>133</sup> Комиссия не ограничивала свой анализ изучением долей на рынке, барьеров входа и потенциальной конкуренции. Она сочла дополнительные факторы способными определить общую экономическую силу новой компании в отношении ее конкурентов. Но главным пунктом в исследовании стала экспертиза экономической зависимости многих поставщиков, которая подтверждает важность анализа двусторонних отношений между создаваемой компанией и ее клиентами: доминирующее положение может быть установлено при контроле слияний, если новый хозяйствующий субъект будет способен действовать независимо от своих клиентов, даже если он не сможет игнорировать своих конкурентов, а только займет более выгодную позицию, чем они. Подход Комиссии, наконец, показывает, что при «исключительных обстоятельствах», самым важным из которых является наличие экономически зависимых клиентов, даже очень маленькие доли

на рынке могут указать на существование доминирующего положения.

#### 4.3. Доминирующее положение в конкурентном законодательстве ЕС и экономическая зависимость

В результате анализа судебной практики по статье 82ЕС мы приходим к выводу, что экономическая зависимость клиентов от хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, является одним из факторов, который может быть принят во внимание при оценке доминирующего положения. По отношению к рыночной доле экономическая зависимость является дополнительным элементом, который может оказаться достаточным для окончательного вывода о наличии доминирующего положения. В ситуации с небольшими долями на рынке Европейский суд учитывает экономическую зависимость, которая будет включена в анализ при исключительных обстоятельствах. Это имело место в *ABG/Oil*, где нехватка нефти являлась важным фактором для обоснования существования доминирующего положения.

В отношении различных форм экономической зависимости мы приходим к выводу, что статья 82ЕС учитывает все три вида экономической зависимости: во-первых, зависимость покупателя от продавца в условиях дефицита; во-вторых, зависимость производителей-продавцов от сильных покупателей; и, в-третьих, техническую зависимость, относящуюся к вторичному рынку.

Для признания экономической зависимости могут быть учтены специфичность актива, эффект «захвата покупателя продавцом» (создание продавцом условий, при которых покупатель не может переключиться на другого, альтернативного продавца. — *Ред.*) и другие исключительные состояния. Зависимость от бренда и зависимость, основанная на ассортименте товаров, не включены в понятие доминирующего положения. В результате рыночная власть, которая возникает вследствие разнообразия товаров, сама по себе не является основанием для государственного вмешательства по статье 82ЕС, хотя может быть принята во внимание как дополнительный фактор для определения доминирующего положения.

Тем не менее неясно, касается ли статья 82ЕС так называемой зависимости, связанной с деловыми отношениями. Специфика активов и существование продолжительных отношений не достаточны для определения доминирующего положения, хотя их можно принять во внимание при выявлении других классических условий доминирующего положения.

В целом по статье 82ЕС для признания доминирующего положения необходима крупная доля на рынке. Кроме особых обстоятельств, Комиссия не стремится вмешиваться в дела хозяйствующих субъектов, имеющих малую долю на рынке.

<sup>129</sup> Европейская комиссия. Решение 1999/C359/10 *Carrefour/Promodes* [2000] OJ C 164/5, абз. 52.

<sup>130</sup> Там же, абз. 52.

<sup>131</sup> Там же, абз. 54.

<sup>132</sup> Сначала обе стороны были представлены в каждом типе розничной дистрибуции (гипер-, супермаркеты, дискаунтеры и небольшие ретейлеры). Потом создаваемая компания стала бы доминировать на рынке гипермаркетов. Далее создаваемая компания получила бы преимущество в области выдачи потребителям дисконтных карт, затем стала более комплексной, чем конкуренты. Наконец, у создаваемой компании уже появился бы финансовый потенциал, не сопоставимый с ее конкурентами.

<sup>133</sup> Европейская комиссия. Решение 2000/74/EG *Virgin/British Airways* [2000] OJ L 30/1.





Действительно, понятие экономической зависимости используется в некоторых европейских странах безотносительно к отношениям с другими конкурентами: только вертикальные отношения между поставщиком и покупателем являются решающими. В результате порождается тенденция к вмешательству антимонопольных органов в дела компаний, не имеющих существенной доли на рынке.

Проблемы, рассматриваемые в пределах двусторонних отношений, разрешаются законом, регулирующим вертикальные соглашения. Как это происходит в отношении ограничительных условий в вертикальных соглашениях, нормы, касающиеся экономической зависимости, стремятся устранить ограничения конкуренции, которые происходят в пределах или из-за отношений между хозяйствующими субъектами, действующими на двух различных рынках. Например, Комиссия выявила экономическую зависимость, существующую между производителем автомашин и его дилерами, даже при том, что у производителя (*Volkswagen*) была доля на рынке Европы приблизительно 10%<sup>134</sup>. В данном случае Комиссия рассматривала использование экономической зависимости какотягчающее обстоятельство в деле *Volkswagen*<sup>135</sup>. Все это доказывает, что экономическая зависимость может быть установлена даже в отношении хозяйствующих субъектов с малой долей на рынке или с низким уровнем рыночной власти.

Тем не менее, в отличие от злоупотребления экономической зависимостью, которое касается одностороннего поведения, законодательство о вертикальных ограничениях обязательно затрагивает соглашения между двумя хозяйствующими субъектами<sup>136</sup>.

Однако невмешательство Комиссии в ситуации экономической зависимости можно объяснить и иными причинами, а именно отсутствием в таких делах «коммюнитарного интереса» (т.е. масштаба затрагиваемых отношений, который бы позволял Комиссии принимать дело к рассмотрению. — *Ред.*). В *Sodima*<sup>137</sup>, деле, касающемся дистрибуции автомобилей, Комиссия отклонила жалобу из-за нехватки «коммюнитарного интереса». Истцы неудачно ходатайствовали о признании экономической зависимости дилера<sup>138</sup>. Комиссия<sup>139</sup>,

поддержанная судом первой инстанции<sup>140</sup>, отметила, что заявитель мог подать иск в государственный суд страны-участницы ЕС.

Действительно, Комиссия имела право отказаться от рассмотрения данного дела. Во-первых, злоупотребление экономической зависимостью может не затрагивать торговлю между государствами-членами (т.е. не входить в сферу компетенции наднациональных органов Евросоюза. — *Ред.*). Чаще всего поведенческие эффекты ограничены территорией единственного государства-члена<sup>141</sup>. Во-вторых, Комиссия может быть не заинтересована в рассмотрении дел, касающихся относительно маленьких фирм. Наконец, при применении принципа субсидиарности в области, где Комиссия не наделена исключительной компетенцией, органы государственной власти могли бы более эффективно рассматривать дела об экономической зависимости.

## 5. ПРИМЕРЫ ЗЛУПОТРЕБЛЕНИЯ

### 5.1. Виды злоупотребления экономической зависимостью

В основном злоупотребление экономической зависимостью проявляется в дискриминации, отказе поставлять или покупать, в чрезмерных ценах и несправедливых коммерческих условиях. К примеру, зависимость от торговой марки или диапазона выбора включает в себя отказ в доставке брендового товара дистрибьютору. Зависимость от покупателя и зависимость, непосредственно связанная с деловыми отношениями, выражается также и в отказе от покупки или в навязывании низкой цены в совокупности или в отдельности с недобросовестными торговыми условиями; производитель в такой ситуации либо устраняется с рынка, либо эксплуатируется иным образом. Кратковременная зависимость может выразиться в частичном отказе поставлять товары или в высоких ценах на них. В тот момент, когда покупатели, от которых зависят продавцы-производители, обращаются к определенным клиентам, появляется дискриминация. Все вышеупомянутое в основе своей касается существующих

<sup>134</sup> Европейская комиссия. Решение 98/273/EC VV [1998] OJ L 124/60, абз. 7 и 220.

<sup>135</sup> Европейская комиссия. Решение 98/273/EC VV [1998] OJ L 124/60, абз. 220. Дело T-176/95 *Accinauto SA v Commission* [1999] ECR II-1635, абз. 124, в котором Суд первой инстанции поддержал Комиссию в решении по результатам рассмотрения заявления о злоупотреблении экономической зависимостью дилеров как отягчающего обстоятельства.

<sup>136</sup> Объединенные дела C-2/01 P и C-3/01 P *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV and Commission v Bayer AG* [2004] ECR I-23.

<sup>137</sup> Дело T-62/99 *Societe de distribution de mecaniques et d'automobiles (Sodima) v Commission* [2001] ECR II-655.

<sup>138</sup> Дело T-62/99 *Societe de distribution de mecaniques et d'automobiles (Sodima) v Commission* [2001] ECR II-655, абз. 83.

<sup>139</sup> Дело T-62/99 *Societe de distribution de mecaniques et d'automobiles (Sodima) v Commission* [2001] ECR II-655, абз. 54.

<sup>140</sup> Дело T-62/99 *Societe de distribution de mecaniques et d'automobiles (Sodima) v Commission* [2011] ECR II-655, абз. 90: «истец не доказал, что Комиссия совершила ошибку, принимая во внимание то, что государственный суд имеет возможность делать юридические выводы из того факта, что экономическая зависимость дилеров является чрезмерной и искажает баланс между производителями и дилерами, предусмотренный в Регулировании 123/85». См. так же объединенные дела T-185/96 и T-189-190/9 *Riviera Auto Service Etablissements Dalmasso SA, Garage des quatre vallees SA, Pierre Joseph Tosi, Palma SA (CIA — Groupe Palma), Christophe and Gerard Palma v Commission* [1999] ECR II-93.

<sup>141</sup> См. дело 22/78 *Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd v Commission* [1979] ECR 1869, абз. 17. Решение Комиссии было отменено, потому что поведение Hugin's не затрагивало торговлю между государствами-членами. Комиссия может вмешиваться, например, в случаях, которые касаются интеграции рынка: запрет на параллельный импорт, международная торговая дискриминация или дискриминационные отказы иметь дело с подданными других стран. Вместе с тем, когда у предполагаемых злоупотреблений есть негативные последствия только в стране, для которой злоупотребление экономической зависимостью имеет значение, власти этого государства более заинтересованы в самостоятельном рассмотрении такого дела.



клиентов и появляется из-за того, что они не имеют альтернатив для смены контрагента.

Антиконкурентный эффект — ключевой элемент в правовом регулировании злоупотребления. Такое поведение запрещено по большей части из-за того, что оно ведет к «закрытию» вертикально интегрированных или смежных рынков, а также к эксплуатации непосредственных и «косвенных» клиентов.

Поскольку обычно зависимый хозяйствующий субъект (клиент) и хозяйствующий субъект, в отношении которого проводится расследование, не являются вертикально интегрированными, угроза горизонтального<sup>142</sup> или вертикального закрытия рынка в понимании *Commission's Discussion Paper*<sup>143</sup> не является предметом выявления антимонопольным органом при рассмотрении злоупотребления экономической зависимостью. Последняя, напротив, относится к примерам практик эксплуатации клиента (потребителя или производителя). Тем не менее, структуре рынка может быть нанесен ущерб в результате исключения мелких предприятий.

## 5.2. Антиконкурентный эффект

Вопрос вмешательства становится более понятным тогда, когда интересующее нас поведение анализируется специально предложенными тестами на антиконкурентность. Интересно разобраться с тем, как различные тесты характеризуют ущерб для конкуренции, а также что они говорят об уместности вмешательства антимонопольного органа. Однако все они должны восприниматься как тесты, разработанные специально для случаев злоупотребления, подразумевающих устранение конкурентов с рынка, и поэтому не подходят к оценке эксплуатирующего поведения, связанного со злоупотреблениями. К примеру, эксплуатирующее поведение не принято тестировать с помощью метода «соотношение прибыли/жертв» (*profit-sacrifice test*), так как это больше подходит для оценки «хищнического» поведения на рынке (*predatory conduct*).

Мы сосредоточимся на тесте на определение одинаково эффективных конкурентов и тесте на определение благосостояния потребителей. Первый особенно необходим, так как конкурентное законодательство имеет целью увеличение экономической эффективности<sup>144</sup>, второй полезен в связи с тем, что конкурентное законодательство служит для обеспечения благосостояния потребителей в целом.

Наряду с пониманием права хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение,

на защиту своих коммерческих интересов суд первой инстанции постановил: «Во время рассмотрения дела защита (оправдание) коммерческого положения хозяйствующего субъекта, имеющего доминирующее положение со всеми вытекающими последствиями, должна при любых условиях быть законной и базироваться на критериях экономической эффективности и удовлетворять интересам потребителей»<sup>145</sup>.

Две эти цели образуют базу конкурентного законодательства Европейского Союза и государств, входящих в него.

Тест на определение одинаково эффективных конкурентов служит для выявления действий вытесняющего характера и квалификации их в качестве злоупотребляющего поведения только в том случае, если они способны исключить из рынка столь же эффективного конкурента (как и хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение. — *Ред.*). Комиссия объясняет это следующим образом: «столь же эффективный конкурент — такой конкурент, у которого почти те же самые затраты и расходы, как и у хозяйствующего субъекта, имеющего доминирующее положение. Вытеснение с рынка столь же эффективного конкурента возможно только в том случае, если цены хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, ниже его собственных расходов/затрат»<sup>146</sup>. Иными словами, хозяйствующий субъект, занимающий доминирующее положение, злоупотребляет таким положением, если его поведение вызывает уход с рынка конкурента столь же эффективного, как и он сам.

Исключение неэффективных хозяйствующих субъектов не влечет за собой антиконкурентных последствий на торговом рынке и поэтому не является злоупотреблением. Целесообразность и особенность теста заключается в том, что он очень важен для определения экономической рациональности: неэффективные предприятия не улучшают благосостояние общества и не способны конкурировать на достойном уровне. Другими словами, они не так важны для поддержания уровня конкуренции и не способны влиять на конкуренцию на рынке. Как следствие, их исчезновение не влечет за собой потерю эффективности и не приносит никакого вреда конкуренции.

Для применения данного теста эффективность хозяйствующего субъекта, имеющего доминирующее положение, сравнивается с эффективностью его конкурента. Но в ситуации с вертикально интегрированными хозяйствующими субъектами, которые осуществляют свою деятельность на различных рынках, эффективность продавца не может быть соотнесена с эффективностью покупателя.

<sup>142</sup> Другими словами, лишение права в так называемом выше- и нижерасположенном торговых рынках.

<sup>143</sup> Европейская комиссия, сноска 7, абз. 69 и далее.

<sup>144</sup> Комиссия четко указала, что экономическая эффективность будет основой ее вмешательства в ситуации, касающиеся защиты конкуренции. См.: Европейская комиссия, сноска 7, абз. 63 и далее.

<sup>145</sup> Дело T-228/97 *Irish Sugar plc v Commission* [1999] ECR II-2969, абз. 189.

<sup>146</sup> Европейская комиссия, сноска 7, абз. 63





Хотя этот тест и не подходит для определения поведения самих покупателей, он выделяет важные основы конкурентного законодательства: предельный эффект вмешательства антимонопольного органа должен повысить, а не снизить, уровень благосостояния общества. Защита неэффективных производителей может плохо сказаться на хозяйствующих субъектах, имеющих доминирующее положение, и привести к предельному снижению благосостояния общества и покупателя как такового. Это приравнивается к субсидированию мелких и неэффективных компаний частным сектором (частная помощь).

Тест на благосостояние потребителей фокусируется на вреде, причиненном покупателям. Главным является вопрос о том, снижает ли соответствующее поведение (которое может потенциально расцениваться как злоупотребление доминирующим положением, — *Ред.*) благосостояние покупателей: неправомерное поведение становится только при условии, что оно снижает благосостояние потребителей. Поведение, которое наносит вред конкурентам, а не потребителям, не будет расцениваться как злоупотребление доминирующим положением. С этой точки зрения вред, причиненный потребителю, расценивается как обстоятельство, сопутствующее вреду, причиненному конкуренту либо же покупателю (клиенту). Акцентируя внимание на важности защиты потребителей как одного из ключевых объектов защиты конкурентного законодательства, результаты теста могут создавать условия для непосредственного государственного вмешательства.

Устранение продавца или мелкого производителя с рынка, вполне вероятно, и не отразится негативно на покупателях. К примеру, отказ производителя брендовых товаров в их поставке ритейлеру (продавцу) никак не влияет на покупателей, они могут приобрести этот же товар и в другом месте. То же самое и с магазинами розничной сети, которые отказываются закупать товар у мелких производителей, — негативного воздействия на покупателей в этой ситуации тоже не будет при условии, если эти магазины могут предоставить сопоставимые аналоги данной продукции.

Оба теста (одинаково эффективных конкурентов и благосостояния потребителей) имеют своей целью разграничение защиты конкуренции от защиты конкурентов. Тем не менее большинство известных типов злоупотребления доминирующим положением в ситуации экономической зависимости направлены на клиента (покупателя или поставщика), который находится в вертикальных отношениях с доминирующим хозяйствующим субъектом, а не на конкурентов последнего. Скорее, проблемой является выяснение того, направлен ли закон о защите конкуренции на выравнивание правил игры для всех участников рынка посредством защиты особых участников, будь они большими или маленькими.

### 5.3. Доступные способы исправления ситуации

Выявление злоупотребления экономической зависимостью требует вмешательства исполнительной или судебной власти не только для того, чтобы прекратить его, но и для того, чтобы определить, что в таком случае должен сделать хозяйствующий субъект-нарушитель. Тогда как обнаружение доминирующего положения увеличивает риск чрезмерного вмешательства, существуют дополнительные риски, связанные с природой самих коррекционных мер. Более того, исходя из вида злоупотребления — отказ в поставке, дискриминация или завышение цен — риск ошибок второго типа возрастает из-за регуляторного характера коррекционных мер.

Когда власти дают указание о принудительной поставке, предписание должно содержать правила определения для запрашиваемого количества, цены, качества товара и указание на то, как долго обязанность предоставления товара должна исполняться. Это предписание имеет регуляторный характер. Когда новому покупателю дается возможность получить товар, власти должны учитывать, сколько еще предприятий могут попросить этот же товар. Будет ли разумным наложить не ограниченную условиями обязанность, связанную с поставкой товара, на компанию, в отношении которой проводится расследование?

Также запрет дискриминации включает в себя регулирование цен. Фактически неясно, как определять равноценные сделки и требовать одинакового отношения к одинаковым сделкам со стороны доминирующего хозяйствующего субъекта. Более того, запрет дискриминации может привести к снижению количества предлагаемых товаров на рынке. Если низкие цены применялись в отношении новых покупателей, а предписание обязывает применять одни и те же цены как для новых, так и для старых покупателей, исполнение предписания приведет к снижению количества реализуемых товаров и к росту цены.

Регуляторный характер коррекционных мер в делах о злоупотреблении экономической зависимостью должен привлечь внимание антимонопольного органа, выдающего соответствующее предписание, к вероятному риску чрезмерного регулирования. По этой причине, в то время как использование рыночных долей в качестве индикатора может привести к риску недостаточного государственного вмешательства (поскольку экономическая зависимость, как было показано выше, часто не связана с большой рыночной долей. — *Ред.*), выявление злоупотребления экономической зависимостью как таковой и издание предписания по его устранению обуславливает риск избыточного государственного вмешательства.



Балансирование обоих типов ошибок требует переосмысления как доминирующего положения в праве конкуренции Евросоюза, так и концепции злоупотребления. В то время как расширение концепции доминирующего положения будет включать в рамки этой концепции и иные случаи рыночной власти, которые мало связаны с общепринятыми пороговыми значениями долей компаний на товарном рынке, хорошо продуманное описание поведения, представляющего собой злоупотребление, поможет обеспечить точное и точное вмешательство антимонопольного органа в случаях серьезного ограничения конкуренции. Как следствие, такой подход отразится на выявлении еще большего количества случаев доминирования, что будет соответствовать концепции рыночной власти, развиваемой в рамках экономической теории, сохраняя в центре внимания неэффективное рыночное поведение, несущее угрозу конкуренции.

## 6. ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Традиционно принятое определение доминирующего положения фокусируется на рыночных долях и исключительном положении хозяйствующего субъекта на товарном рынке. В отличие от доминирующего положения, экономическая зависимость производна от концепции рыночной власти, которая не является результатом исключительного положения на рынке.

Другие факторы и формы рыночной власти ответственны за зависимость определенных участников рынка от их поставщиков или покупателей. Информационные разрывы, издержки поиска, специфичность активов — вот некоторые из источников рыночной власти, которые могут стать причиной экономической зависимости. К сожалению, данные обстоятельства остаются недооцененными.

Другой источник рыночной власти — это дифференциация товаров. Правомочность вмешательства антимонопольного органа в случае, если рыночная власть основана на дифференциации товаров, также весьма спорна.

Из анализа судебной практики по статье 82ЕС мы сделали вывод, что экономическая зависимость контрагентов от хозяйствующего субъекта, предположительно занимающего доминирующее положение, является одним из факторов, который необходимо принять во внимание перед тем, как сделать окончательный вывод о положении хозяйствующего субъекта на рынке. Что касается долей рынка, экономическая зависимость является дополнительным элементом, который может учитываться при анализе доминирующего положения, в частности, когда хозяйствующий субъект, в отношении которого ведется расследование, имеет небольшие доли на рынке. В самом деле, толкование

суда разрешает включить экономическую зависимость в анализ в качестве исключительного обстоятельства.

Относительно различных форм экономической зависимости мы можем сделать вывод, что статья 82ЕС охватывает три типа экономической зависимости: кратковременную зависимость, зависимость производителей от покупателей и техническую зависимость, связанную с продукцией вторичного рынка.

Для выявления ситуаций экономической зависимости учитываются специфика активов, эффект «захвата покупателя продавцом» и другие особые условия. Зависимость от бренда или от поставки набора товаров не охватывается концепцией доминирующего положения. Как следствие, рыночная власть, основанная на продуктовой дифференциации, не дает повода для антимонопольного вмешательства в соответствии со статьей 82ЕС, хотя и может быть расценена как дополнительный фактор для выявления хозяйствующего субъекта, имеющего доминирующее положение. Однако остается неясным, охватывает ли статья 82ЕС так называемую зависимость, связанную с деловыми отношениями. Специфика активов и наличие долгосрочных деловых отношений не достаточны сами по себе для выявления доминирующего положения, но их можно принять во внимание, если другие традиционные условия доминирующего положения наличествуют.

Злоупотребление экономической зависимостью может и не влиять на торговлю между странами-участниками, которые считают, что Комиссия не имеет полномочий на рассмотрение соответствующих дел, а проще говоря, в таких делах отсутствует какой-либо коммюнитарный интерес. В результате применение национального конкурентного законодательства представляется более обоснованным.

Вмешательство антимонопольного органа в ситуациях экономической зависимости может тем не менее стать причиной ошибки. В то время как расширение концепции доминирующего положения позволяет включать в эту концепцию почти все виды рыночной власти и ослаблять таким образом значимость долей на рынке, широкая трактовка злоупотребления и регулятивный характер предписаний антимонопольного органа, направленных на устранение ситуации экономической зависимости, повышают риск чрезмерного государственного вмешательства в отношения участников рынка. Чтобы снизить такой риск, требуется точно определить условия и методологию, применяемые для выявления антиконкурентных эффектов злоупотребления доминирующим положением, которое проявляется в форме эксплуатации доминирующим хозяйствующим субъектом своего потребителя или поставщика.

*With permission of Springer Science+Business Media.*



Научно-практический электронный журнал «Российское конкурентное право и экономика» № 3(16) 2015

**Учредитель:**

ФАС России

**Главный редактор:**

Алексей Сушкевич

**Редакционная коллегия:**

Сергей Максимов, Ирина Кашунина, Елена Осипова,  
Анна Нумерова, Андрей Юнак

**Выпускающий редактор:**

Наталья Быкова

**Литературный редактор:**

Наталья Быкова

**Дизайн и верстка:**

Роман Кокарев

**Тираж:**

600 экз.

**Дата выхода в свет:**

16 октября 2015 г.

**Адрес журнала:**

Москва, ул. Садовая Кудринская, д. 11, Д-242, ГСП-5, 123995

**Адрес в Интернете:**

<http://fas.gov.ru/eljournal>

**E-mail:**

[editor@fas.gov.ru](mailto:editor@fas.gov.ru)

**Издание отпечатано в типографии:**

ООО «Производственная Группа «КУРАНТЫ»

При полном или частичном использовании материалов ссылка на ФАС России обязательна. Сайт зарегистрирован Россохранкультурой в качестве средства массовой информации. Регистрационное свидетельство Эл № ФС77-24394 от 15 мая 2006 г.