



КОНФЕРЕНЦИЯ ОРГАНИЗАЦИИ
ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
ПО ТОРГОВЛЕ И РАЗВИТИЮ

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/CLP/71
29 May 2008

RUSSIAN
Original: ENGLISH

СОВЕТ ПО ТОРГОВЛЕ И РАЗВИТИЮ

Комиссия по инвестициям, предпринимательству
и смежным финансовым вопросам

Межправительственная рабочая группа экспертов
по законодательству и политике в области конкуренции

Девятая сессия
Женева, 15-18 июля 2008 года
Пункт 3 а) предварительной повестки дня

Недавние важные дела о конкуренции, затрагивающие
больше одной страны

Доклад секретариата ЮНКТАД*

Резюме

В настоящем докладе рассмотрены недавние дела, связанные с ограничительной деловой практикой, включая слияния и приобретение и концентрацию в развитых и развивающихся странах и странах с переходной экономикой. Некоторые дела имеют трансграничные аспекты, затрагивая другие страны или иностранные фирмы, действующие в данной стране. Прошлый опыт расследования дел и обсуждения на межправительственных совещаниях показывают необходимость более глубокого понимания преимуществ сотрудничества между органами по конкуренции как развитых,

* Настоящий документ был представлен в указанную выше дату из-за задержек при обработке.

так и развивающихся стран на двустороннем и региональном уровне. Сотрудничество позволяет расширить оперативные возможности развивающихся стран. Развивающиеся страны также продолжают изучать методы обеспечения соблюдения законодательства о конкуренции, включая программы смягчения ответственности правонарушителей при расследовании картельных дел. Некоторые проблемы, стоящие перед развивающимися странами, обусловлены структурными слабостями законодательства о конкуренции, в то время как другие вызваны противоречиями между политикой конкуренции и политикой государства в других областях, например параллельной юрисдикцией отраслевых регулирующих органов и органов по конкуренции в вопросах конкуренции. Было проанализировано примерно 30 дел о трансграничной антиконкурентной практике, и в настоящем докладе излагается опыт 11 примеров сотрудничества в возбуждении, расследовании и разрешении дел между органами по конкуренции, отраслевыми регулирующими органами и другими государственными учреждениями.

I. Введение и общие сведения

1. Настоящий доклад продолжает подготавливаемую секретариатом ЮНКТАД серию докладов по делам о конкуренции, в которых внимание заостряется на прогрессе, достигнутом развивающимися странами в применении законодательства о конкуренции. На своей восьмой сессии Межправительственная группа экспертов по законодательству и политике в области конкуренции просила секретариат ЮНКТАД подготовить документ о последних крупных делах, касающихся конкуренции, с заострением внимания на делах, затрагивающих более одной страны, и с учетом информации, получаемой от государств-членов.
2. Рассматриваемые в этом докладе дела были отобраны из материалов, представленных государствами-членами в ответ на просьбу секретариата ЮНКТАД о представлении информации или взяты из других общедоступных материалов. С учетом относительной малочисленности дел по развивающимся странам, о которых удалось получить информацию, для разбора был выбран широкий круг дел, включая а) дела, оказывающие влияние на рынки более чем одной страны, в том числе на рынок отдельной развивающейся страны, б) дела с участием предприятий, имеющих свои штаб-квартиры или другие структуры за пределами страны, в которой рассматривалось данное дело, или с) дела с участием развитых и развивающихся стран, связанные с вопросами или секторами, которые значимы в международном плане, особенно для развивающихся стран.
3. Дела, рассмотренные в настоящем докладе, показывают, что в условиях глобализации и либерализации законодательство и политика конкуренции становятся

ключевым элементом экономической политики некоторых развивающихся стран. Они также показывают, что во многих странах применение законодательства о конкуренции способствует устранению антиконкурентной практики, которая распространена на рынках развитых и развивающихся стран, включая наименее развитые страны и страны с переходной экономикой. Вместе с тем относительная малочисленность дел и стран, из которых взяты рассматриваемые примеры, говорит о том, что большему числу стран необходимо активизировать усилия в целях принятия и эффективного применения законов о конкуренции, а также создания или укрепления культуры конкуренции. Некоторые из рассмотренных дел показывают, что такая антиконкурентная практика, как сговоры и злоупотребление господствующим положением, встречается в самых разных секторах и что во многих случаях такая практика представляет собой сочетание незаконных вертикальных и горизонтальных операций. Аналогичным образом от органов по конкуренции все чаще требуется оценивать потенциальные антиконкурентные последствия слияний, приобретений и концентрации, имеющих внутригосударственное или международное измерение. В этом докладе речь идет об успехах в осуществлении такого законодательства, коллизиях или координации различных мер политики, а также о стоящих задачах. Вместе с тем еще многое предстоит сделать для совершенствования правоприменительной практики, а также координации действий между вновь созданными органами по конкуренции, в особенности в развивающихся странах и странах с переходной экономикой, и органами развитых стран.

II. Антиконкурентная практика

A. Таиланд: принудительное лицензирование в фармацевтическом секторе

4. Недавно Таиланд вошел в число стран, воспользовавшихся возможностями гибкости, предусмотренными в Соглашении о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (Соглашении о ТАПИС), разрешив принудительное лицензирование патентов на фармацевтическую продукцию для расширения возможности получения лекарств в его системе здравоохранения. С ноября 2006 года по ноябрь 2007 года министерство здравоохранения выдало лицензии на два патентованных антиретровирусных препарата: Эфавиренз, реализуемый компанией "Мерк" как Стокрин, а также Лупинавир+Ритонавир, реализуемый компанией "Эбботт" как Калетра. Соглашение о ТАПИС разрешает лицензирование для общественного пользования без переговоров с патентовладельцем. Другие страны, выдавшие принудительные лицензии на лекарства от СПИДа, - это, в частности, Гана, Замбия, Индонезия, Малайзия, Мозамбик, Эритрея и Южная Африка¹.

¹ www.cptech.org/ip/health/cl/recent-examples.html.

5. Когда в Таиланде была выдана принудительная лицензия, компания "Эбботт" требовала 2 200 долл. за количество препарата Калетра, достаточное на год, что было примерно в 10 раз больше самой низкой цены на генерик. Считая, что при такой цене он не сможет обеспечить лечение всех нуждающихся в нем, Таиланд попытался договориться о более низких ценах на Калетру и другие необходимые лекарства. Когда эти переговоры окончились безрезультатно, правительство Таиланда выдало лицензии на закупку препаратов-генериков.

6. В марте 2007 года в ответ на принудительное лицензирование Калетры компания "Эбботт" сообщила, что она больше не будет регистрировать новые лекарства для продажи в Таиланде. Отказ в реализации единственной термостабилизированной версии усиленного ретронивиром ингибитора протеазы в бедной тропической стране создает угрозу для жизни многих людей и, как показано ниже, нарушает закон Таиланда о конкуренции ВЕ.2542. В ответ на решение Таиланда выдать принудительную лицензию на Калетру и другие препараты, основанное на его законодательстве и международном праве, компания "Эбботт" заявила, что она откажется от реализации новой термостабилизированной версии Калетры, а также некоторых других лекарств в Таиланде. В апреле 2007 года таиландские организации за права больных подали жалобу в Комиссию по конкуренции в торговле, заявляя, что отказ "Эбботт" от реализации своих товаров нарушает закон о конкуренции Таиланда. Закон запрещает компаниям, занимающим доминирующие позиции, которые осуществляют торговые операции в стране, не поставлять товар без уважительных с точки зрения конкуренции причин.

7. Как показывает недавний анализ², Таиланд, возможно, также рассмотрит другие, связанные с конкуренцией основания жалобы на "Эбботт" за отказ лицензировать генерические версии Калетры для поставки на рынок Таиланда до выдачи принудительной лицензии. Такие основания могут дополнить уже приводившиеся основания интересов здоровья населения, которыми мотивировалось принудительное лицензирование, что в соответствии с Соглашением о ТАПИС могло бы дать право наказать "Эбботт" выплатой сниженных (включая нулевые) лицензионных отчислений, а также разрешением неограниченного экспорта товара, на который выдана принудительная лицензия. Отказ "Эбботт" лицензировать генерический продукт, возможно, нарушает положения пункта 1 статьи 25 закона Таиланда о конкуренции, который запрещает "необоснованное установление или поддержание закупочных или продажных цен на товары или услуги". Возможно, он также нарушает статью 29, которая запрещает "любое действие, которое способно создать препятствия или ограничить коммерческую

² www.wcl.american.edu/pijip/thai_comp_licenses.cfm.

деятельность других хозяйствующих субъектов или не дать возможности другим лицам заниматься хозяйственной деятельностью".

8. В декабре 2007 года Комиссия по конкуренции в торговле пришла к выводу, что отзыв ответчиком своей заявки на регистрацию препарата не был нарушением закона о торговой конкуренции по следующим причинам:

- a) уведомление Комиссии по конкуренции в торговле необходимо для хозяйствующих субъектов, доминирующих на рынке, что определяется как продажа товаров или услуг с рыночной долей в предыдущем году свыше 50% и на сумму не менее 1 млрд. бат (приблизительно 32 млн. долл.). Однако оборот "Эбботт лэбореториз" был меньше этой суммы. Кроме того, не было установлено, что действия компании вели к необоснованному приостановлению, сокращению или ограничению сбыта, поставок или ввоза в целях снижения количества до уровня ниже требуемого рынком;
- b) отзыв компанией регистрации в Управлении продуктов питания и лекарственных средств не имело своей целью причинить ущерб тайландским потребителям.

Комментарий

9. Многие законы о конкуренции, включая законы Таиланда, запрещают доминирующим компаниям, осуществляющим коммерческую деятельность, придерживать товар без достаточных с точки зрения конкуренции оснований. Компания "Эбботт" отказывалась предлагать версию своего продукта Калетра, необходимую для самых бедных потребителей³. Этот случай показывает то значение, которое тайландская комиссия придает жалобам активистов, считающих, что стратегии сегментации рынка, неблагоприятные для неимущего населения, как антиконкурентные в соответствии с доктриной отказа в поставке. Хотя жалоба на "Эбботт" была признана необоснованной, в свете того, что данное дело теперь получило резонанс, оно, возможно, все же действует в качестве сдерживающего фактора для других предприятий, занимающих доминирующее

³ Другая возможная аналогичная ситуация - когда энергетическая компания после принятия государством решений об установлении коммунальных тарифов, которые ей не нравятся, отзывает заявление о строительстве новых модернизированных линий передачи и генерирующих мощностей, ограничивая производство существующим объемом, тем самым сдерживая энергоснабжение растущего населения. Такого рода решения доминирующих поставщиков товаров первой необходимости, по-видимому, "приостанавливают или ограничивают обслуживание, производство, закупку, сбыт, поставку и импорт без уважительных причин".

положение и владеющих правами интеллектуальной собственности, который предостерегает их от злоупотребления своим доминирующим положением на рынке. Кроме того, оно способствует применению законодательства о конкуренции в виде принудительных лицензий на лекарства и другие товары для спасения жизни. Другой пример Кампания действий за лечение в Южной Африке, которая в 2001 году подала жалобу в Комиссию по конкуренции Южной Африки на "Джи-эс-кей" и "Би-ай" за установление чрезмерных цен на лекарства от СПИДа первой линии. В 2003 году Комиссия постановила, что эти компании занимают доминирующее положение на своих соответствующих рынках и злоупотребляли таким доминирующим положением, назначая чрезмерные цены и отказываясь в лицензировании генериков.

В. Южная Африка: ценовой сговор и распределение рынков в продовольственном секторе

10. С февраля 2007 года Южноафриканская комиссия по конкуренции ведет расследование ценового сговора и распределения рынков в хлебобулочной промышленности фирмами "Пионер фудс" ("Саско и Дьюэнс бейкериз"), "Премьер фудс" (фирменное наименование "Блю риббон бейкери") и "Тайгер брэндс" ("Олбани бейкериз") после получения ею по телефону жалоб от нескольких независимых фирм по сбыту хлебобулочной продукции в провинции Западный мыс. Комиссия расширила свое расследование на всю страну, а также начала отдельное расследование различных видов практики в мукомольной промышленности. Некоторые хлебобулочные компании получили иммунитет в соответствии с программой освобождения от ответственности в ходе проведенного расследования в отрасли. Программа освобождения от ответственности, недавнее нововведение в практике выявления картелей, предусматривает защиту членов картелей, сигнализирующих властям и сотрудничающих в ходе расследования с антимонопольными органами.

11. В январе 2008 года Южноафриканская комиссия по конкуренции предупредила, что она отменит иммунитет, предоставленный хлебобулочным и мукомольным компаниям, если окажется, что они вступили в сговор в связи с последним увеличением цен на хлеб. Комиссия решила, что необходимо провести дополнительное расследование увеличения цен в хлебобулочной и мукомольной отраслях. "Премьер" получила иммунитет от ответственности из-за ее содействия расследованию и признания своей роли в картеле. "Тайгер брэндс" также решила сотрудничать с Комиссией, в итоге признав свое участие в картеле, за что она была наказана штрафом в размере примерно 13 млн. долларов.

12. Недавно "Тайгер брэндс" стала назначать чрезмерные цены за хлеб "Олбани". "Пионер фудс" и "Премьер фудс" также повысили свои цены. В ноябре 2007 года

"Фудкорп" также подняла цену своего хлеба "Санбейк", хотя рынок на это практически не прореагировал. На этих четырех продовольственных гигантов приходится более 65% из примерно 7 млн. батонов хлеба, ежедневно реализуемых в стране. Реагируя на рост цен, Комиссия утверждала, что "такая неприкрытая спекуляция - это вызов стране, в особенности неимущим. Она показывает, что сговор продолжается или члены картеля действуют для поддержания искусственно высокой нормы прибыли, достигнутой ими незаконными действиями"⁴.

13. Производители хлеба утверждали, что рост цен обусловлен ростом затрат, в частности цен на пшеницу, основное сырье, почти удвоившихся за последний год. Как считает отдел по контролю и изъятиям Комиссии, цена на хлеб поддерживалась искусственным образом в результате сговора и цены должны были остаться теми же, а не возрасти. Кроме того, хлебобулочные компании хотели сохранить свою норму прибыли. Комиссия потребовала объяснений у хлебобулочных компаний и проверяет, действительно ли рост производственных издержек привел к обоснованному увеличению цен на хлеб. Она может аннулировать иммунитет, если окажется, что компании опять вступили в картель, от ответственности за участие в котором они были освобождены.

14. В 2007 году производственные издержки росли теми же темпами, а в некоторых случаях даже быстрее, чем цены на пшеницу. С учетом того, что, в частности, большинство членов Таможенного союза Юга Африки (ТСЮА) покупают хлебобулочные изделия в Южной Африке, такой рост цен оказывает в масштабах таможенного союза трансграничное воздействие.

15. 5 мая 2008 года Комиссия по конкуренции постановила, что компания "Пионер фудс" и "Фудкорп" нарушили закон о конкуренции 1998 года, передав дело в суд. Исходя из действий этих фирм и ввиду того, что их действия имели наиболее пагубные последствия для самых бедных слоев общества, Комиссия передала в суд материалы расследований о картельной деятельности в масштабе страны в хлебобулочной отрасли, на основании которых она ходатайствовала перед судом: а) признать "Пионер фудс" и "Фудкорп" нарушившими положения частей i) и ii) подпункта b) пункта 1 статьи 4 закона; b) запретить "Пионер фудс" и "Фудкорп" вступать в сговор о ценах; c) взыскать административный штраф с первого и второго ответчиков в размере 10% их годового оборота за 2006/07 финансовый год; а также d) предписать какие-либо дополнительные или альтернативные меры защиты в случае, если он сочтет их необходимыми.

⁴ См. www.fin24.co.za/articles/default/display_article.aspx?ArticleId=1518-25_2255314.

Комментарий

16. Для того чтобы иммунитет был эффективным, он должен применяться при некоторых условиях. В случае компаний, нарушающих закон, необходимы более строгие требования к отчетности, в частности когда имеются признаки картельной деятельности. В свете числа дел, связанных с ценовым сговором и распределением рынков, одна из главных целей южноафриканских антимонопольных органов – противодействие картельной деятельности. В этой связи предлагаемое изменение правил освобождения корпораций от ответственности нацелено на создание более эффективного инструментария выявления и наказания картелей, которые являются преступными во многих районах мира.

17. Соображения, связанные с изменением ныне действующих правил освобождения от ответственности, включают а) ужесточение пределов усмотрения при предоставлении гарантий иммунитета и распространение возможности освобождения от ответственности на всех участников картеля; б) представление сведений в устной форме, а не в письменном виде; с) принятие системы "маркера", когда фирма могла бы заранее установить, может ли она пользоваться освобождением от ответственности и занять свое место в очереди. Этот случай показывает, что в ситуациях предоставления иммунитета компаниям, участвующим в картельной деятельности, необходимо принимать последующие действия и меры по обеспечению соблюдения, чтобы не допускать повторного участия компаний в картельной деятельности.

С. Республика Корея: злоупотребление доминирующим положением в машиностроении

18. 17 января 2007 года Корейская комиссия по добросовестной торговле (ККДТ) приняла корректирующие меры, взыскав штраф в размере 23 млрд. вон (приблизительно 23,5 млн. долл.) с компании "Хюндай мотор" за злоупотребление доминирующим положением, выразившимся, в частности, в ограничении переноса или расширения своих магазинов агентами компании, а также в таком использовании торговых представителей, когда агентам по продажам назначались чрезмерно высокие задания по продажам. После приобретения "КИА моторс" компания усилила свои позиции на внутреннем автомобильном рынке. На основе жалоб, поданных на компанию в ККДТ, и фактов, собранных по инициативе самой ККДТ, антимонопольный орган пять раз проводил на местах проверки компаний "Хюндай мотор" и ее торговых агентов.

19. Первоначальные расследования ККДТ показали, что компания осуществляла следующие действия: а) ограничение перебазирования торговыми агентами своих

магазинов; b) подписание соглашения со своим профсоюзом, предусматривающего ограничения в отношении агентов по продажам при найме торговых представителей, ограничения, которые местные отделения профсоюза потребовали от компаний сохранить и усилить, и c) установление годовых заданий по продажам и их распределение среди местных отделений.

20. ККДТ вынесла решение, что компания нарушила закон о регулировании монополий и добросовестной торговле, поскольку она допускала следующие виды антиконкурентной практики: a) злоупотребление доминирующим положением на рынке в целях ограничения перебазирования своих магазинов ее агентами по продажам; b) злоупотребление доминирующим положением в целях ограничения найма агентами по продажам новых работников и c) создание препятствий для деятельности конкурентов, что запрещено в статье 3-2 (1), 3, и злоупотребление доминирующим положением на рынке, как то определено в статье 23 (1), 4, в результате установления чрезмерных заданий по продажам для своих сбытовых агентов.

21. ККДТ приняла корректировочные меры в отношении компании в целях устранения ограничений на перебазирование магазинов и наем новых работников, а также назначения чрезмерных заданий по продажам. Кроме того, компании было предписано в 60-дневный срок изменить или устранить некоторые из условий контрактов, подписанных со своими сбытовыми агентами, и отменить или изменить соглашение со своим профсоюзом, включая местные отделения. Помимо таких корректировочных мер ККДТ наложила на компанию штраф в 23 млрд. вон (приблизительно 23,5 млн. долл.), рассчитанный на основе основанный соответствующего оборота за период нарушения закона.

Комментарий

22. Решение ККДТ о принятии мер против компании, принятое в целях защиты интересов потребителей, обеспечило соблюдение законодательства о конкуренции и пресечении злоупотребления доминирующим положением и недобросовестной торговой практики на высоко концентрированном отечественном автомобильном рынке. Еще один момент: необходимо, что антимонопольные органы создавали систему, позволяющую повторно анализировать слияния на рынке, чтобы слившиеся компании не злоупотребляли своим положением на рынке, а условия утверждения, если они предъявлялись, были выполнены. Это позволит сэкономить ресурсы антимонопольных органов благодаря профилактике злоупотреблений доминирующим положением. Поскольку "Хюндай" и "КИА", как и многие другие транснациональные компании, имеют дочерние компании по всему миру, антимонопольным органам было бы полезно

ознакомиться с подходом, принятым в этом деле, и путями его урегулирования и применять сходные методы в других аналогичных случаях.

D. Зимбабве: исключительные соглашения в отрасли по добыче никелевой руды

23. В апреле 2007 года Зимбабвийская комиссия по конкуренции и тарифам получила жалобу на недобросовестное соглашение об экспортном сбыте между "Биндур никел корпорейшн" ("БНК"), "Минералз маркетинг корпорейшн оф Зимбабве" ("ММКЗ") и швейцарской компанией "Гленкор интернэшнл АГ". Разбирательство по жалобе велось на основании статьи 28 закона о конкуренции (глава 14:28), где ограничительная практика определяется как заключение соглашений, в существенной степени ограничивающих конкуренцию.

24. В настоящее время "БНК" является единственным производителем никеля в Зимбабве. Компания имела четыре никелевых рудника ("Ипок", "Мадива", "Шангани" и "Троян"), хотя в данный момент действуют только два ("Шангани" и "Троян"). При этом оба действующих рудника эксплуатируются не на полную мощность из-за проблем с рентабельностью. Хотя "Зимбабве платинум майнз" ("Зимплатс") в определенных количествах производит никель как побочный продукт производства других основных металлов, этот продукт имеет вид белого мата, который вывозится на переработку в Южную Африку, а затем экспортируется. "ММКЗ" - компания, созданная актом парламента в качестве единственного агента по сбыту всех минералов, производимых в Зимбабве, за исключением золота и серебра. Она сбывает минералы от имени компаний-производителей. "Гленкор интернэшнл" - глобальный покупатель никеля.

25. "БНК", "ММКЗ" и "Гленкор интернэшнл" заключили соглашение о продаже "Гленкор интернэшнл" всего объема производства никеля на выработках "БНК" в Зимбабве. Соглашение рассчитано на первоначальный период в 20 месяцев, с возможностью продления. В соответствии с соглашением, "ММКЗ" оставляет за собой право сохранить 15% ежемесячного объема производства никеля "БНК" для конкретных клиентов, если условия таких сделок продажи будут не хуже условий продажи "Гленкор интернэшнл", а покупатели находятся за пределами исключительных рынков "Гленкор интернэшнл".

26. Весь никель, производимый "БНК", экспортируется. Продукт используется в ряде специализированных промышленных технологий, которые в настоящее время не применяются в Зимбабве, таких как производство нержавеющей стали, авиакосмическая промышленность и производство автомобильных комплектующих. Поэтому внутри страны спроса на продукт не имеется. В 2006 году экспорт никеля пополнил экспортные

поступления Зимбабве на 35,8 трлн. зимбабвийских долл. (приблизительно 1,2 млрд. долл.), уступив по значению только экспорту золота, стоимость которого составила 53,7 трлн. зимбабвийских долл. (приблизительно 1,8 млрд. долл.). На международном рынке с конца марта 2007 года произошел взлет мировых цен на металлы, в частности на никель и платину, при этом цены на никель достигли нового рекорда за шестилетний период, 50 342 долл. за тонну, прирост на 100% по сравнению с 2001 годом. Однако "БНК", выступающая через "ММКЗ", - малозаметный игрок, общий объем производства которого составляет менее 1% мирового рынка.

27. В объяснение причин исключительной договоренности о сбыте между "БНК", "ММКЗ" и "Гленкор интернэшнл", указывалось, что "БНК" в настоящее время работает не на полную мощность и нуждается в некоторых производственных материалах. Сырье, необходимое для переработки местных материалов, поступает из-за границы, чем и вызвана необходимость привлечения иностранной компании, имеющей валюту для содействия в закупке этих материалов. Без такого финансирования "БНК" оказалась бы неспособной производить и сбывать никель. Поэтому "ММКЗ" было выявлено три таких иностранных компании, включая "Гленкор интернэшнл", которая была выбрана как наиболее подходящая компания, предлагающая самые выгодные условия. "Гленкор интернэшнл" согласилась финансировать эту схему в обмен на получение всего объема производимого продукта. Без предоплаты "Гленкор интернэшнл" "БНК" не смогла бы иметь рентабельное производство, поскольку ее производственные издержки были бы чересчур высоки.

28. "БНК" также утверждала, что соглашение было заключено потому, что для рентабельной эксплуатации крупного плавильного и обогащательного комплекса в Биндуре компания всегда закупала никелевый концентрат в Южной Африке и Ботсване. Никелевый концентрат - импортный материал, на который приходится свыше 40% суммарного годового производства никеля. Однако импортируемый никелевый концентрат должен оплачиваться до поставки, а у "БНК" не имеется возможностей оплаты таких поставок в иностранной валюте. Комиссия отметила, что, даже если соглашение о сбыте никеля между "БНК", "ММКЗ" и "Гленкор интернэшнл" было ограничительным, его влияние на конкуренцию ощущалось скорее на иностранных рынках, а не на местном рынке Зимбабве, где "БНК" является единственным производителем никеля и где этот товар не потребляется. Поэтому это соглашение не оказывало воздействия на конкуренцию на местном рынке и как таковое не относится к области применения закона о конкуренции (глава 14:28).

Комментарий

29. В этом случае следует отметить, что закон о конкуренции применяется только в отношении хозяйственной деятельности "на территории Республики Зимбабве или имеющей последствия на ее территории". Комиссия отметила, что, даже если соглашение относится к сфере действия закона о конкуренции, оно могло бы иметь многочисленные положительные результаты для общества не только в виде гарантированных экспортных поступлений и финансирования импорта товаров первой необходимости, но и в виде повышения эффективности производства никеля в Зимбабве, что могло бы перевешивать отрицательные последствия его ограничительности.

30. Ввиду того большого значения, которое производство никеля имеет для развития зимбабвийской экономики и увеличения потенциального спроса, этот случай показывает важность законодательства и политики конкуренции в вопросах контроля и пресечения антиконкурентного поведения. Можно было бы также увидеть, как законодательство и политика конкуренции могут дополнять структурную политику на тех рынках, где спрос на данный товар предъявляется не внутри страны, а за рубежом. Кроме того, этот случай показывает возрастающую необходимость правового регулирования конкуренции на региональном или международном уровне в целях устранения трансграничных антиконкурентных последствий.

Е. Хорватия: прямое применение решения Европейской комиссии по "Майкрософту"

31. В данном случае в Хорватский орган по конкуренции не было подано официальной жалобы. Однако по предложению Органа по конкуренции "Майкрософт" было подписано обязательство. В нем "Майкрософт" обязалась уважать нормы конкуренции на территории Хорватии в соответствии с условиями и обязательствами, установленными Европейской комиссией в своем решении 2007/53 ЕС от 24 марта 2004 года, которое было поддержано в решении Суда первой инстанции 17 сентября 2007 года.

32. В решении Европейской комиссии по делу "Майкрософт" указывалось, что компания отказалась предоставить информацию для интероперабельности. Комиссия постановила, что, отказавшись предоставить эту информацию, "Майкрософт" создала препятствия для разработки и сбыта продуктов рабочей группы серверной операционной системы. Кроме того, она указала, что "Майкрософт" поставила предоставление клиентской операционной системы ПК "Уиндоуз" в зависимость от одновременного приобретения проигрывателя "Уиндоуз медиа". Из-за ее огромной доли рынка серверных операционных систем требования доминирования, установленные Европейской

комиссией, были выполнены. Эти обстоятельства чрезвычайного характера позволили сделать вывод, что отказ "Майкрософт" представляет собой необоснованное злоупотребление доминирующим положением, несовместимое со статьей 82 Договора о Европейской комиссии.

33. Ссылаясь на это решение Европейской комиссии, Хорватский орган по конкуренции обязал "Майкрософт" обеспечить раскрытие соответствующих спецификаций серверного протокола "Уиндоуз" для всех компаний на рынке на территории Хорватии на основе недискриминационного использования и равных условий, применимых в отношении компании на территории Европейского союза. Кроме того, он потребовал, чтобы нынешние операционные системы Windows XP и Windows Vista без проигрывателя Windows Media могли быть получены на всех языках, доступных в Европейском союзе, на недискриминационной основе путем предложения двух вариантов "Уиндоуз" по одной и той же цене и чтобы было обеспечено наличие новой хорватской версии операционных систем Windows XP и Windows Vista без проигрывателя Windows Media.

Комментарий

34. Поскольку нормативный акт Европейского союза не касается хорватского рынка как такового, прямое экстерриториальное применение решения Европейской комиссии в деле "Майкрософт" о злоупотреблении доминирующим положением имеет особый интерес. Поэтому следует отметить то, каким образом европейская юрисдикция влияет на зарубежные антимонопольные органы в том плане, как они рассматривают сходные дела. Вместе с тем не следует забывать, что в хорватском случае высокая степень соответствия между национальной и европейской юрисдикцией в связи с будущим членством в Европейском союзе отвечает интересам данной страны. Осуществление европейского решения на хорватском рынке, а также то, каким образом тот же вопрос рассматривался КФТК в 2005 году, показывает, что это толкование доступности информации для интероперабельности и воздействия принудительного ассортимента на вторичные рынки приобретает все большую поддержку за пределами юрисдикции Европейского союза. Связь между сценариями для Хорватии и Республики Кореи заключается в том, что развивающиеся страны с ограниченными ресурсами могут применять решения более крупных юрисдикций в своей собственной ситуации.

Е. Португалия: злоупотребление доминирующим положением в секторе телекоммуникаций

35. В 2007 году Португальский орган по конкуренции (ПОК) предписал "ПТ Комуникасойнш" заплатить штраф в 38 млн. евро (приблизительно 59 млн. долл.) за

злоупотребление доминирующим положением в нарушение положений пункта 1 и подпункта b) пункта 3 статьи 6 закона о конкуренции и статьи 82 Договора о Европейской комиссии. Дело было возбуждено в 2003 году по жалобе "ТвТел", после чего в 2004 году жалоба была подана еще одним конкурентом на рынке, "Кабовисан", которые утверждали, что "ПТ Комуникасойнш" отказывается предоставить доступ к своей подземной сети связи.

36. В ходе расследования были проведены необъявленные проверки в помещениях "ПТ Комуникасойнш". ПОК обнаружил доказательства того, что "ПТ Комуникасойнш" – национальная телекоммуникационная компания – отказывала своим конкурентам на рынках последующих операций, "ТвТел" и "Кабовисан", в доступе к подземной сети связи, которая представляла собой существенно важную инфраструктуру. Из-за отказа в предоставлении доступа к существенно важной инфраструктуре конкуренты "ПТ Комуникасойнш" не имели возможности провести свою кабельную сеть в примерно 73 000 домов, что тем самым ограничивало предложение кабельного телевидения, широкополосного Интернета и услуг проводной телефонной связи. ПОК пришел к выводу, что "ПТ Комуникасойнш" обладала доминирующим положением на рынке применительно к доступу к инфраструктуре для установки кабелей и инфраструктуре для сетей электронной связи, а также на соответствующих рынках последующих операций. В результате 73 000 домов не имели возможности выбрать какого-либо другого поставщика услуг кабельного телевидения кроме "КАТВП-ТВК кабо Португал", компании, большинство акций которой принадлежало "ПТ груп". Кроме того, "ПТ Комуникасойнш" закрыла доступ на рынок некоторых важных городских районов в Португалии.

37. Тем самым действия "ПТ Комуникасойнш" имели своей целью и следствием недопущение, ограничение или деформирование конкуренции на рынке в нарушение как законодательства страны, так и норм Европейской комиссии о конкуренции. Это отрицательно сказалось на рынках платного телевидения, широкополосного Интернета и проводной телефонной связи для широкой клиентуры. В соответствии с законодательством Португалии запрещается только злоупотребление доминирующим положением, а не обладание таким положением само по себе – статья 6 закона о конкуренции (закона 18/2003 от 11 июня), которая по своему содержанию аналогична статье 82 Договора о Европейской комиссии.

38. В соответствии с законом о конкуренции Португалии доминирующее положение имеет место в том случае, когда: а) компания присутствует на рынке, на котором она не сталкивается со сколь-нибудь значительной конкуренцией или на котором она имеет доминирующее положение по отношению к своим конкурентам (единственное

доминирующее положение), или b) две или более компании действуют согласованно на рынке, на котором они не сталкиваются со сколь-нибудь существенной конкуренцией или на котором они доминируют по отношению к третьим сторонам (коллективное доминирующее положение) (пункт 2 статьи 6 закона 18/2003).

39. Португальский закон о конкуренции считает злоупотреблением "отказ предоставить при соответствующей оплате любому другому предприятию доступ к основной сети или другой инфраструктуре, контролируемой первой стороной, когда без такого доступа по фактическим или юридическим причинам вторая сторона не может действовать в качестве конкурента данного предприятия, которому принадлежит доминирующее положение на рынке предыдущих или последующих операций, во всех случаях за тем исключением, что доминирующее предприятие докажет, что в силу практических или иных причин такой доступ не является разумно возможным" (подпункт 3 b) пункта 6).

Комментарий

40. Данный случай был расценен как нарушение португальского законодательства о конкуренции и Договора о Европейском союзе. Чтобы не допустить сходных ситуаций, антимонопольный орган составил перечень часто задаваемых вопросов, который позволяет уточнить все элементы, касающиеся злоупотребления доминирующим положением. Отказ в доступе к объектам необходимой сети, тем самым блокирующий конкуренцию на вторичном рынке, имел центральное значение в европейских делах в свете статьи 82 Договора о Европейской комиссии. К этому относятся такие дела, как: а) решение 2007 года Европейского суда первой инстанции по делу "Майкрософт"; б) дело Магил (связанное с телевизионными программами, которые, в отличие от обычной практики, защищаются авторским правом в Ирландии, в стране, где возник этот спор); а также с) дело "ИМС хэлс" (связанное с защищаемым авторским правом методом организации данных о фармацевтических продажах в Германии, который стал де-факто стандартом). В своем решении ПОК подтвердил эту правовую конструкцию.

Г. Индонезия: условия контракта в оптовом секторе

41. Индонезийская комиссия по надзору за хозяйственной конкуренцией (Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU)) согласно соответствующим регламентам провела расследование и приняла решение по делу № 02/KPPU-L/2005. Это дело касается жалобы на нарушение индонезийского закона № 5/1999 о запрете монопольной практики и недобросовестной хозяйственной конкуренции в связи с соглашением об условиях, которые предлагал своим поставщикам "Карфур Индонезия" со штаб-квартирой во Франции. Совет Комиссии решил, что "Карфур" поддерживал отношения купли-продажи

со своими поставщиками с использованием письменных соглашений, в которых были перечислены условия, устанавливаемые с каждым поставщиком, такие, как перечисление выплат, установленные скидки, удержания, условия оплаты, регулярные скидки и издержки общего ассортимента. Как было указано в этом докладе, по мнению поставщиков, эти условия трудно соблюдать, в частности в том, что касается товаров, применительно к которым требуется плата за включение в прейскуранты и отрицательная маржа.

42. Как сообщил "Карфур", плата за включение в прейскуранты - это плата, вносимая поставщиками, желающими поставлять новый товар "Карфуру" с гарантией на случай, если товар не будет распродан. Плата за включение в прейскуранты определяется лишь один раз и не подлежит возврату. Суммы такой платы различаются между крупными и мелкими поставщиками, причем такая плата взимается не со всех поставщиков. Поступления "Карфура" в счет платы за включение в прейскуранты в 2004 году составили 25 млрд. рупий (приблизительно 2,7 млн. долл.). Отрицательная маржа - гарантия поставщиков "Карфуру", что продажная цена их товара - самая низкая продажная цена. Согласно этому условию, если "Карфур" получает письменное подтверждение, что его конкурент может продавать тот же товар по более дешевой цене, чем покупная цена "Карфура", "Карфур" имеет право требовать от поставщиков компенсацию в размере разницы в ценах между покупными ценами "Карфура" и фактическими продажными ценами конкурента. Такое удержание из суммы счета рассчитывается путем умножения разницы в ценах на сумму остающихся запасов товара поставщика на складах "Карфура". Цель "Карфура" заключается в том, чтобы предлагать самую дешевую продажную цену среди всех конкурентов. Поступления "Карфура" в результате применения санкций по условию отрицательной маржи в отношениях с 99 поставщиками в 2004 году составили 1,9 млрд. рупий (приблизительно 200 000 долл.).

43. КППУ решила, что в данном случае соответствующий рынок - розничный гипермаркет с прямой конкуренцией в Джакарте, Тангеранге, Бандунге, Сурабае и Медане за такие товары первой необходимости, как продукты питания и напитки в упаковке, не требующие подготовки, основные продукты питания, свежие продукты, хозяйственные товары и электроника. Конкуренты "Карфура" в розничном секторе гипермаркетов - "Джаент", "Хайпермарт" и "Клабстор". Совет Комиссии решил, что "Карфур" обладает более мощными позициями на рынке по сравнению с "Хайпермартом", "Джаентом" и "Клабстором", поскольку он располагает наибольшим числом магазинов, размещенных в стратегических местах с высоким уровнем удобства и полноты обслуживания. Ввиду его доминирующего положения на рынке местные поставщики, желавшие, чтобы их товары продавались и выставлялись в гипермаркетах, зависели от возможностей сбыта в "Карфуре".

44. КППУ решила, что "Карфур" злоупотребил своими позициями на рынке, вынуждая поставщиков соглашаться с невыгодными условиями. Такие формы давления включали затягивание оплаты и односторонний отказ от продажи товаров поставщика. Совет Комиссии предложил "Карфуру", осуществляя свою коммерческую деятельность, больше внимания уделять тому, что каждое условие договора с поставщиками должно быть выгодным как для "Карфура", так и для поставщиков, а также воздерживаться от навязывания ограничительных условий поставщикам, в частности малым и средним предприятиям. Наконец, основываясь на результатах расследования в данном деле, Совет Комиссии постановил, что Сторона, поименованная в жалобе, нарушила, что доказано убедительным образом в установленном законом порядке, статью 19 закона № 5/1999. Он предписал ответчику по жалобе прекратить злоупотребления в виде требования выплаты поставщиками отрицательной маржи, а также взыскала с ответчика по жалобе штраф в 1,5 млрд. рупий (приблизительно 150 000 долл.).

Комментарий

45. Дело "Карфура" дает пример проблем асимметрии на переговорах, связанных с многонациональными корпорациями, базирующимися в промышленно развитых странах, с одной стороны, и малыми и средними поставщиками и/или клиентами в развивающихся странах - с другой. "Карфур", вторая по величине розничная группа в мире, располагает соответствующими средствами для стратегического проникновения на индонезийский рынок с помощью навязывания ограничительных условий торговли местным поставщикам, вынужденным использовать его инфраструктуру после оттеснения других конкурентов. Это дело показывает прогресс, достигнутый некоторыми развивающимися странами в действенном применении их законодательства и политики конкуренции. Однако остается открытым вопрос, оставляют ли нормы законодательства развивающихся стран достаточно пространства для надлежащего пресечения таких злоупотреблений, т.е. достаточно ли велики назначаемые штрафы, чтобы они выполняли роль сдерживающего фактора, в частности в случае многонациональных компаний.

II. Слияния и приобретения

A. Бразилия: слияние в фармацевтическом секторе

46. Единственное слияние в Бразилии, не связанное с сельскохозяйственной отраслью, недавно было утверждено с ограничениями КАДЕ (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) на его очередной сессии 4 октября 2006 года. В этом случае речь шла о слиянии двух европейских компаний, "Аксалто холдинг" (Нидерланды) и "Гемплюс

интернэшнл" (Люксембург), которые производят пластиковые карточки-пропуска и коммерческое программное и аппаратное обеспечение и сопутствующие услуги. Анализ основывался в основном на воздействии доминирующего положения технологических ресурсов на конкуренцию. Как указывал член Совета-докладчик, компании, выступающие на этом рынке, можно подразделить на две стратегические группы:

а) такие компании, как "Аксалто" и "Гемплус", обладающие технологическими ресурсами для конкуренции на основе инноваций и получающие доход не только от продажи карточек, но и от лицензирования технологии; и б) компании, конкурирующие на рынке карточек, которые опираются не на инновации, а на снижение издержек.

47. Это дело также рассматривалось европейскими органами по конкуренции, подтвердившими, что компании обладают большим портфелем патентов в Европе. Исходя из этого, органы Европейского союза постановили одобрить слияние, однако только при условии, что компании будут лицензировать свои права интеллектуальной собственности, поскольку их доминирующее положение в части таких основных активов могло бы заблокировать доступ на рынок карточек. Однако это решение действительно только на европейской территории.

48. В Бразилии КАДЕ установил, что использование патентов не так важно для бразильского рынка с учетом низкого числа предоставленных патентов (приблизительно 1% европейской патентной защиты). С другой стороны, контроль "Аксалто" и "Гемплус" за действительными патентами и патентами, которые могут пользоваться потенциальной защитой в Бразилии в силу международных договоров об интеллектуальной собственности, могло бы обеспечить сторонам доминирующее положение. Исходя из этого, КАДЕ установил те условия, в соответствии с которыми компании должны принять обязательство лицензировать свои патенты, выданные в Бразилии, связанные с картами модуля определения абонентов (СИМ-картами), любым заинтересованным сторонам, действующим на бразильском рынке, в любой форме на справедливой, разумной и недискриминационной основе.

Комментарий

49. Указанное выше дело дает пример расширения возможностей применения законодательства и политики в развивающихся странах, стремящихся уменьшить антиконкурентные последствия зарубежного слияния. В соответствии с доктриной последствий международное публичное право может оправдывать применение внутригосударственного права в вопросах контроля за слияниями в случае слияния компаний, базирующихся за рубежом, когда можно прогнозировать, что оно будет иметь значительные последствия на территории данного государства, как в данном случае на

бразильском рынке пластиковых карточек-пропусков. Соответственно, хотя обе компании базировались в Европейском союзе, бразильский антимонопольный орган предъявил определенные условия к слиянию, чтобы не допустить антиконкурентных последствий для бразильского рынка. Кроме того, следует отметить, что бразильский антимонопольный орган тщательно рассмотрел степень последствий, приняв к сведению интеллектуальную собственность, принадлежавшую обоим участникам слияния.

В. Чили: предложение о слиянии в розничном секторе

50. Чилийский антимонопольный суд в своем постановлении не разрешил слияние двух крупнейших розничных фирм страны, в результате которого образовалась бы компания со стоимостью активов порядка 15 млрд. долл., ставшая бы второй по величине розничной группой в Латинской Америке. "Фалабелья", крупнейшая в Чили сеть универсальных магазинов, планировала купить крупнейшую в стране сеть супермаркетов "ДиС".

51. Ожидалось, что благодаря созданию синергизмов более активного развития розничной торговли обе компании, контролируемые семьями Солари, Кунео, Дель Рио и Ибаньес, доведут рыночную капитализацию до свыше 15 млрд. долларов. Контролирующие органы одобрили слияние компаний "Фалабелья" и "ДиС" и их соответствующих областей деятельности - универсальные магазины, супермаркеты, ремонт квартир, финансовые и розничные услуги и торговые центры. Подав сообщение о существенном событии в Управление ценных бумаг и страхования, советы директоров обеих компаний сообщили о соглашении, которое повлечет за собой слияние всех операций, в настоящее время осуществляемых "Фалабельей" и "ДиС" как в Чили, так и за рубежом.

52. В результате этой сделки акционеры обеих компаний, как ожидалось, должны были стать акционерами нового конгломерата. Такой вновь образованный холдинг "Фалабелья" и "ДиС" стал бы крупнейшей сетью универсальных магазинов в Южной Америке с отделениями в Чили, Перу, Аргентине и Колумбии, а также стал бы крупнейшим в Чили продавцом продуктов питания (супермаркеты "Лидер"). Кроме того, такая новая компания объединила бы подразделения по ремонту жилья, риэлтерскую фирму "Сайтек" и другие структуры - "КМР Престо", "Фалабелья банк", "Сан-Франсиско" и "Тоттус". Ожидалось, что каждое такое подразделение продолжит деятельность без каких-либо существенных изменений. Вся операция предусматривала слияние компаний и соединение акционерного капитала обеих компаний. Не планировалось какого-либо публичного предложения акций, поскольку все акционеры каждой компании участвовали бы в слиянии на одинаковых условиях и имели бы от него одну и ту же выгоду. Слияние дало бы поставщикам возможность облегченного выхода на международные рынки,

повышения эффективности распределительной сети и снижения логистических издержек. Поскольку не имелось перекрывания географических рынков, не была бы затронута и конкуренция. В январе 2008 года чилийский суд постановил отказать в разрешении по следующим причинам: а) реальное осуществление этой операции привело бы к колоссальным изменениям структуры рынка в результате создания в розничном секторе доминирующей (интегрированной) компании, контролирующей все сегменты - универсальные магазины, ремонт квартир и аренду жилья - при создании барьеров для выхода на рынок, б) слияние повлекло бы за собой значительные и постоянные проблемы в плане конкуренции (например, воздействие на цены, качество и количество) товаров, имеющих огромное значение для чилийских потребителей, что сказалось бы и на потребителях за рубежом, и с) имеются признаки того, что антиконкурентные последствия перевешивают ожидавшиеся положительные результаты слияния. Компенсационные меры недостаточны для уменьшения рисков, связанных с такой операцией.

Комментарий

53. Хотя бизнес-модель интегрированной розницы становится более и более распространенной, важно проводить различие между крупным розничным предприятием, образовавшимся в результате конкуренции на рынке, и предприятием, образовавшимся в результате слияния крупного розничного предприятия и его крупнейшего конкурента. Такого рода слияние, связанное с различными товарами и уменьшающее число независимых игроков, вероятно, создаст проблемы на рынке, а не принесет положительные результаты. Кроме того, ввиду масштабов чилийского рынка внутренние возможности роста невелики. Поэтому антимонопольному органу важно проводить действенную политику в нужный момент. Также важно отметить, что участники слияния всегда могут представить веские, по их мнению, мотивы для слияния. Антимонопольному же органу надлежит проверить их действительность в соответствии с законом.

С. Германия: слияние на рынке слуховых аппаратов

54. Одно интересное транснациональное дело слушалось в 2007 году германским органом по конкуренции, Бундескартельамтом в 2007 году. 10 ноября 2006 года он получил уведомление, что "Фонак холдинг АГ" из Штефы (Швейцария) планировал купить у "ГН стор норд (АС)" из Баллерупа (Дания) предприятия "ГН ресаунд АС", "ГН ресаунд ГмбХ хортекнологи" и "ГН ЮС холдинг инк". Эти предприятия находятся в Баллерупе (Германия), Мюнстере (Германия) и Миннесоте (Соединенные Штаты). Вместе они образуют отделение слуховых аппаратов "ГН норд АС" и занимаются

разработкой, производством и сбытом слуховых аппаратов и принадлежностей для них, а также аудиологического диагностического оборудования. "Фонак" - один из крупнейших в мире производителей слуховых аппаратов. Два других ведущих производителя - "Сименс" и датская компания "Вильям Демант/Отикон".

55. Своим решением от 11 апреля 2007 года Бундескартельамт запретил запланированное слияние. По мнению Бундескартельамта, приобретение "ГН ресаунд" привело бы к коллективному доминирующему олигополистическому положению компаний "Сименс", "Фонак" и "Отикон". Эти компании уже тесно связаны рядом деловых связей. Кроме того, они сотрудничают в области основных патентов и специальных технологий и создали широкую систему конъюнктурной информации с привлечением центральной ассоциации электротехнической отрасли (Zentralverband Elektrotechnik und Elektrotechnikindustrie E.V., ZVEI). Стабильная конъюнктура спроса и предложения, поддержание всеми олигополистами связи практически со всеми магазинами, торгующими слуховыми аппаратами, и прозрачность в том, что касается сроков выпуска новых товаров, уже содействуют параллельному поведению олигополистов. Кроме того, средние цены, назначаемые "Сименс", "Фонак" и "Отикон", для магазинов, торгующих слуховыми аппаратами, не отличаются в сколь-либо заметной степени.

56. Бундескартельамт постановил, что после слияния и без того слабая конкуренция в рамках олигополии могла бы стать вообще незначительной, поскольку совместная доля рынка выросла бы до приблизительно 90%. Взяв под контроль технологический и производственный потенциал "ГН ресаунд" и обеспечив путем дальнейших покупок свое ведущее положение в секторе базовой технологии, олигополия смогла бы успешно устранить тот незначительный потенциал конкуренции, который еще оставался на рынке. Слияние еще больше ослабило бы инновации и ценовую конкуренцию, в конечном счете - в ущерб потребителю.

57. Хотя проект слияния был начат за рубежом, Бундескартельамт воспользовался своим правом запрета на основании положений пункта 2 статьи 130 германского закона против ограничений конкуренции (АРК). В соответствии с этим положением АРК применяется в случае любых ограничений конкуренции, оказывающих воздействие в пределах его применения, даже если их причина находится за пределами сферы его применения (так называемая доктрина последствий). Последствия проекта внутри страны не оспаривались, и пороговое требование оборота также было выполнено.

58. Вместе с тем участники слияния утверждали, что Бундескартельамт не имел права запрета, поскольку в соответствии со статьей 25 Конституции принцип невмешательства

как общая норма международного права имеет более высокий статус, чем нормы АРК. По их мнению, доктрина последствий соответствует принципу невмешательства только в том случае, если применение внутреннего права и основывающихся на нем мер ограничивается этими внутренними последствиями. Они утверждали, что если проект слияния не может быть разделен на внутреннюю и иностранную часть, право запрета неприменимо. В своем решении Бундескартельамт отверг эти утверждения, отметив, что общие нормы международного права включают не только запрещение вмешательства, но и доктрину последствий. Поскольку в данном случае слияние не могло быть разделено, Бундескартельамт поэтому в соответствии с преобладающим мнением исходил из того, что он имеет общее право запрета в отношении слияния в целом, чтобы обеспечить достижение целей положений пункта 1 статьи 36 АРК. Участники слияния обжаловали решение в региональном суде второй инстанции Дюссельдорфа. Решение по жалобе еще не принято.

Комментарий

59. В соответствии с международным публичным правом применение национального законодательства о контроле над слияниями может быть оправдано в случае слияния компаний, базирующихся за рубежом, если можно предвидеть, что предлагаемая концентрация будет иметь существенные последствия на территории данного государства. Доктрина последствий составляет основу применения антитрестовского законодательства не только в Германии, но и в других важных странах. Тем самым это усиливает необходимость того, чтобы развивающиеся страны имели дееспособные законы и политику конкуренции, а также правоприменительные органы как основу для таких юридических мер воздействия. Если экстерриториальное слияние существенно затрагивает местный рынок, как в указанном выше случае, развивающиеся страны, в частности, должны иметь возможность вмешиваться, особенно если, как в данном случае, речь идет о секторе, важном для уязвимой части общества.

Д. Колумбия: интеграция предприятий на рынке систем труб/ПВХ

60. Колумбийское управление промышленности и торговли (УПТ) сообщило об операции, проведенной в марте 2007 года, благодаря которой "Мексикем" должна была усилить бы свое лидерство, интегрировав "ПАВКО С.А.", "Аманко лдта", "ПВМ С.А.", "Петрокимика коломбиана" ("ПЕТКО") и "Мексикем коломбия С.А."; контролируя "ПЕТКО", "Мексикем" также контролировала бы "ПАВКО" (дочернюю компанию "Арманко холдинг инк."). Эта операция имела бы последствия на территории страны. Это приобретение усилило бы позиции "Мексикем" в Латинской Америке в производстве

и сбыте смол и дало бы ей критическую массу, необходимую для сохранения своего регионального лидерства в производстве поливинилхлоридных (ПВХ) смол.

61. После того как колумбийский орган по конкуренции провел свой анализ, он пришел к выводу, что "ПЕТКО" - единственный поставщик ПВХ-смол - назначает на внутреннем рынке более высокие цены, чем на иностранных рынках. Что касается соответствующего рынка, то необходимо сначала взять рынок ПВХ-смол, которые используются для производства труб и принадлежностей, изготавливаемых из ПВХ, т.е. рынок первичного продукта. В силу параметров цен и возможностей использования они не имеют заменителя на рынке. Что касается географического рынка, то производство указанных выше ПВХ-смол ограничивается территорией страны. Во-вторых, на соответствующем рынке систем труб, изготовленных из ПВХ (вторичном рынке), географический рынок или последующий рынок систем труб из ПВХ также охватывает территорию страны. Проанализировав затрагиваемые рынки (т.е. первичный рынок и рынок систем труб), Управление пришло к выводу, что они характеризуются высокой концентрацией. Предприятия, желающие выйти на рынок ПВХ-смол, должны вложить большие средства и иметь большой опыт в этой отрасли. Импорт связан с дополнительными издержками для потребителей в силу высоких тарифов, транспортных издержек и страховых расходов. Что касается систем труб из ПВХ, то "ПАВКО" - лидер на рынке. Рынок принадлежностей и труб в целом также высоко концентрирован.

62. По поводу того, как предлагаемая интеграция затрагивает условия конкуренции, было установлено, что в случае одобрения слияния лидирующее предприятие может ограничить или приостановить поставки на вторичные рынки. Для таких поставок характерно следующее: а) на ПВХ-смолы приходится большая доля стоимости производства систем труб из ПВХ, где "Мексикем" обладает доминирующим положением, б) не имеется особых альтернатив использования других источников из-за высоких тарифов и транспортных расходов, с) в случае импортных продуктов имеются трудности с получением технического и сервисного содействия, и d) низкая конкурентоспособность на рынке.

63. В случае объединения "ПЕТКО" и "ПАВКО" при проведении намеченной интеграции они приобрели бы контроль над первичным рынком, а косвенным образом - и над расходами конкурентов "ПАВКО" на вторичном рынке (трубы из ПВХ). Кроме того, "Мексикем" была бы информирована о количествах и ценах и имела бы другие сведения о приобретении конкурентами "ПАВКО" первичного сырья. Кроме того, "ПАВКО" могла бы использовать сырье, получаемое по стоимости производства "Мексикем". Это увеличило бы рыночные возможности "ПАВКО", а другие конкуренты имели бы две возможности выбора: либо покупать сырье на условиях, предлагаемых "ПАВКО", либо в

ином случае ввозить его или создавать свои предприятия для производства смол. Это неизбежно привело бы к увеличению издержек.

64. Ссылаясь на озабоченности тем, что слияние окажет вредное воздействие на конкуренцию и благосостояние потребителей, УПТ (в июле 2007 года) в своем решении отказался одобрить эту операцию. Однако его решение было обжаловано, и в сентябре 2007 года УПТ вновь рассмотрел это дело, разрешив интеграцию "ПАВКО" и предприятий "Мексикем" в Колумбии с соблюдением следующих условий:

а) структурное условие, состоящее из продажи активов по производству систем труб из ПВХ третьей стороне, и б) условия поведения, в соответствии с которыми "ПЕТКО" соглашалась бы поставлять местным клиентам продукцию по надлежащим условиям, ценам, срокам поставки и т.д. Серьезным вопросом также оставалось бы обеспечение конфиденциальности информации, в частности в отношении "ПАВКО". Служба аудита должна была следить за реальным выполнением этих условий; для обеспечения соблюдения согласованных обязательств был заключен договор страхования.

Комментарий

65. После апелляции "Мексикем", "ПЕТКО" и "ПАВКО" операция была в итоге утверждена с условиями, установленными колумбийским антимонопольным органом. Этот случай показывает, что даже тогда, когда операция утверждается после апелляции, орган по конкуренции все же может устанавливать обязательства, которые должны соблюдаться для того, чтобы избежать негативных воздействий операции. В силу прочных позиций "Мексикем" в регионе УПТ следует следить за соблюдением компаниями договоренностей. Эта операция представляет собой один из юриспруденционных прецедентов для анализа дел о слиянии в других странах с аналогичными условиями.
