



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

Distr.: Limited  
30 August 2010  
Russian  
Original: English

---

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

Женева, 8–12 ноября 2010 года

Пункт 6 а) предварительной повестки дня

**Обзор опыта применения и осуществления  
Комплекса**

**Типовой закон о конкуренции (2010 года) –  
Статья IV**



## Типовой закон о конкуренции (2010 года) – Статья IV

*Действия или поведение, представляющие собой злоупотребление доминирующим положением на рынке*

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

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

- i) когда предприятие, действуя либо самостоятельно, либо совместно с несколькими другими предприятиями, обладает возможностью контролировать соответствующий рынок конкретного товара или услуги либо группы товаров или услуг;
- ii) когда такие действия или поведение доминирующего предприятия ограничивают доступ к соответствующему рынку или иным образом неправомерно сдерживают конкуренцию, что оказывает или может оказать отрицательное влияние на торговлю или экономическое развитие.

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

- a) хищническое поведение по отношению к конкурентам, например использование цен ниже себестоимости для устранения конкурентов;
- b) установление дискриминационных (т.е. неоправданно дифференцированных) цен или условий при поставке или закупке товаров или услуг, в том числе посредством использования политики ценообразования в сделках между дочерними предприятиями, которые устанавливают завышенную или заниженную цену на покупаемые или поставляемые товары или услуги по сравнению с ценами аналогичных или сопоставимых сделок с предприятиями, не являющимися дочерними;
- c) установление цен, по которым проданные товары могут перепродаваться, включая импортированные и экспортированные товары;
- d) ограничения на импорт товаров, которые на законных основаниях были отмечены за границей товарным знаком, идентичным или подобным товарному знаку, который защищен применительно к идентичным или подобным товарам в импортирующей стране, в тех случаях, когда данные товарные знаки имеют одно и то же происхождение, т.е. принадлежат одному владельцу или используются предприятиями, являющимися взаимозависимыми с экономической, организационной, управленческой или юридической точки зрения, и когда цель таких ограничений состоит в поддержании искусственно завышенных цен;
- e) если не поставлена задача достижения таких законных коммерческих целей, как обеспечение качества, безопасности, надлежащего распределения или предоставления услуг;

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

### **III. *Разрешение или изъятия***

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

## Комментарии к статье IV и различные подходы в действующем законодательстве

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

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

- i) когда предприятие, действуя либо самостоятельно, либо совместно с несколькими другими предприятиями, обладает возможностью контролировать соответствующий рынок конкретного товара или услуги либо группы товаров или услуг;*
- ii) когда такие действия или поведение доминирующего предприятия ограничивают доступ к соответствующему рынку или иным образом неправомерно сдерживают конкуренцию, что оказывает или может оказать отрицательное влияние на торговлю или экономическое развитие.*

### **Введение**

1. Злоупотребление доминирующим положением является одним из наиболее противоречивых вопросов, возникающих в связи с законами о конкуренции. Вопрос о том, когда можно считать какую-либо компанию доминирующей и какие действия могут представлять собой злоупотребление доминирующим положением, по-разному толкуется в различных странах, и ответ на него может зависеть от целей каждого регулирующего конкуренцию режима (благополучие потребителей, эффективность, защита процесса конкуренции) и от включения в анализ конкуренции или исключения из него "других" ценностей, таких как добросовестность. В настоящей статье приводятся общие критерии определения наличия доминирования. В ней содержится также не исчерпывающий перечень действий, которые можно рассматривать как антиконкурентные.

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

3. В законах о конкуренции вопрос о том, должна ли какая-либо компания рассматриваться как доминирующая, толкуется весьма по-разному. В ряде законов о конкуренции не содержится конкретного определения доминирования, а

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

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

5. Есть и такие юрисдикционные системы, в которых считается, что, если его рыночная доля превосходит определенный пороговый уровень, то предприятие является доминирующим. В рамках таких юрисдикционных систем бремя доказывания отсутствия рыночной власти возлагается на ответчика, если было доказано, что предприятие имеет предусмотренную рыночную долю. Если предприятие-ответчик не справится с этим бременем, то оно будет рассматриваться как доминирующее.

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

7. К другим факторам, которые следует учитывать при определении того, является ли какое-либо предприятие доминирующим, относятся конкуренция за выход на рынок и конкуренция в области импорта. Если одно или несколько предприятий легко выходят на рынок, то любая попытка уже работающего на рынке предприятия повысить цену или сократить производство будет подрываться новыми рыночными субъектами. Легкость выхода на рынок определяется высотой барьеров, препятствующих такому выходу. Конкретный анализ барьеров, препятствующих выходу на рынок, см. во вставке 4/1. Конкуренция в

области импорта может рассматриваться как особая форма выхода на рынок, когда иностранные предприятия начинают продавать конкурирующие товары на внутреннем рынке. Таким образом, импорт может являться важным источником конкуренции и должен приниматься во внимание при оценке доминирующего положения.

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

Вставка 4/1

**Барьеры на пути проникновения на рынок согласно режимам законодательства и политики в области конкуренции**

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

**Структурные барьеры** на пути проникновения на рынок связаны с такими ключевыми характеристиками отрасли, как технология, издержки производства и спрос. Вокруг вопроса о том, какие факторы представляют собой структурные барьеры, ведутся определенные споры. Из наиболее широкого определения вытекает, что барьеры на пути проникновения на рынок обусловлены дифференциацией продукции, абсолютными преимуществами действующих на рынке фирм с точки зрения издержек и эффектом экономии на масштабах. Дифференциация продукции создает преимущества для уже обосновавшихся на рынке фирм в силу того, что "новички" вынуждены иметь дело с устоявшейся репутацией торговой марки существующей продукции. Абсолютные преимущества с точки зрения издержек означают, что "новичок" проникает на рынок при более высоких удельных издержках на любом уровне производства – возможно, в силу более низкого качества технологии. Эффект экономии на масштабах приводит к ограничению числа фирм, которые могут действовать на рынке данного размера при минимальных издержках. Более узкое определение структурных барьеров на пути выхода на рынок было сформулировано Джорджем Стиглером и сторонниками чикагской школы антитрестовского анализа. По их мнению, барьеры на пути проникновения на рынок возникают только в тех случаях, когда "новичок" вынужден идти на расходы, которые не несут действующие на рынке фирмы. Таким образом, согласно данному определению, эффект масштаба и расходы на рекламу барьерами не являются (поскольку они представляют собой издержки, которые уже действующие на рынке фирмы были вынуждены понести для обеспечения своих позиций на рынке). Другие экономисты подчеркивают также важное значение в качестве барьера для выхода на рынок невозвратных издержек. Поскольку "новички" вынуждены нести подобные расходы, а обосновавшиеся на рынке фирмы уже произвели их ранее, на пути проникновения на рынок воздвигается барьер. Кроме того, невозвратные издержки

сужают возможности выхода с рынка и тем самым порождают дополнительные риски для потенциальных "новичков".

**Стратегические барьеры** на пути проникновения на рынок связаны с поведением фирм, обосновавшихся на рынке. В частности, такие фирмы могут предпринимать шаги по наращиванию структурных барьеров на пути выхода на рынок или угрожать нанести "новичкам" ответный удар, если они все же проникнут на рынок. Однако такие угрозы должны быть убедительными в том смысле, что фирмы, уже обосновавшиеся на рынке, должны иметь стимул к их осуществлению, если "новичок" все же пойдет на такой шаг. Стратегическое сдерживание проникновения на рынок новых фирм нередко связано с определенными упреждающими действиями обосновавшихся на рынке фирм. Одним из примеров является упреждающее приобретение объектов, при котором действующая на рынке фирма осуществляет чрезмерные вложения в производственные мощности для создания угрозы развязывания ценовой войны в случае реальной попытки новых фирм проникнуть на рынок. Ограничение доступа к необходимой инфраструктуре, например транспортной или портовой, также может являться стратегическим барьером на пути проникновения на рынок.

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

9. В ряде юрисдикционных систем под доминирующим положением понимается не только положение одного предприятия, действующего самостоятельно, но и ситуация, когда два или более предприятий, действующих совместно, обладают рыночным влиянием или имеют стимул к тому, чтобы действовать согласованно и, соответственно, вместе они держат рынок под контролем (коллективное доминирование). Это касается высококонцентрированных рынков, где два или более предприятий контролируют значительную долю рынка, создавая и используя условия, при которых они могут доминировать или осуществлять операции в значительной мере таким же образом, как это делал бы монополист. Этот критерий был принят Европейской комиссией и Судом первой инстанции Европейских сообществ<sup>1</sup> при вынесении решения по делу "Ветро пьяно в Италии"<sup>2</sup>, а вскоре и в решении по делу о слиянии компаний "Нестле" и "Перье"<sup>3</sup>. Совокупный эффект использования той или иной конкретной практики, например связывающих соглашений, вполне может представлять собой злоупотребление доминирующим положением.

<sup>1</sup> В настоящее время Генеральный суд Европейского союза.

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

<sup>3</sup> Информация, представленная Европейской комиссией. Решение относительно "Нестле-Перье" от 22 июля 1992 года.

## Различные подходы в действующем законодательстве – квалификация положения субъектов в качестве доминирующего

Регион/страна

### Африка

Замбия

В Замбии в соответствии с пунктом 2 статьи 7 Закона о конкуренции и добросовестной торговле 1994 года злоупотребление доминирующим положением характеризуется как действие или поведение, которые ограничивают доступ к рынкам или иным образом неправомерно сдерживают конкуренцию, или имеют, или, по всей вероятности, будут иметь неблагоприятные последствия для торговли или экономики в целом. Как правило, считается, что предприятие доминирует, если оно обладает таким рыночным влиянием, которое позволяет действовать независимо от конкурентного давления (например, стратегий ценообразования и распределения). Важным, но не решающим фактором при установлении факта доминирования, является рыночная доля предприятия. Предприятие вряд ли является доминирующим, если его рыночная доля составляет менее 40%, хотя справедливость этого утверждения в значительной степени зависит от конкретных обстоятельств.

### Азия/Океания

Китай

В соответствии со статьей 17 (2) Антимонопольного закона Китайской Народной Республики доминирующее положение на рынке определяется как положение на рынке бизнес-операторов, способных контролировать цены или количество товаров или другие условия торговли на соответствующем рынке или блокировать проникновение на соответствующий рынок других бизнес-операторов, или влиять на этот процесс.

Кроме того, в статье 18 приводятся шесть основных факторов, предопределяющих доминирующее положение на рынке какого-либо бизнес-оператора: i) рыночная доля бизнес-оператора и его конкурентный статус на соответствующем рынке; ii) способность бизнес-оператора контролировать рынок продаж или рынок поставок сырьевых материалов; iii) финансовые и технологические условия бизнес-оператора; iv) степень использования данного бизнес-оператора другими бизнес-операторами при осуществлении сделок; v) степень сложности выхода на соответствующий рынок других бизнес-операторов; и vi) другие факторы, имеющие значение для установления факта доминирующего положения на рынке бизнес-оператора.

В статье 19 (1) предусмотрена опровержимая презумпция доминирования для ситуаций, когда какое-либо предприятие удовлетворяет одному из следующих условий: i) рыночная доля одного предприятия составляет

---

*Регион/страна*


---

половину или более соответствующего рынка; ii) совокупная рыночная доля двух предприятий составляет две трети или более соответствующего рынка; или iii) совокупная доля трех предприятий составляет три четверти или более соответствующего рынка.

Однако согласно условию, предусмотренному в подпунктах ii) и iii) пункта 1 статьи 19, если рыночная доля какого-либо предприятия составляет менее одной десятой, это предприятие не должно рассматриваться как занимающее доминирующее положение на рынке. Кроме того, предприятие, в отношении которого делается допущение относительно его доминирующего положения на рынке, не рассматривается как занимающее доминирующее положение, если оно может представить доказательства обратного.

*Индия*

В индийском Законе о конкуренции 2002 года "доминирующее положение" определяется как прочная позиция на соответствующем рынке в Индии, позволяющая предприятию: i) действовать независимо от конкурентных сил, преобладающих на этом рынке, или ii) влиять на конкурентов, потребителей или соответствующий рынок в своих интересах. Комиссия по вопросам конкуренции Индии, рассматривая вопрос о том, занимает ли то или иное предприятие доминирующее положение, должным образом учитывает все эти факторы или любой из них.

*Монголия*

В соответствии со статьей 3 (1) закона Монголии о запрещении недобросовестной конкуренции доминирование имеет место тогда, когда на один хозяйствующий субъект, действующий самостоятельно, или на группу хозяйствующих субъектов, выступающих сообща, на соответствующем рынке постоянно приходится свыше 50% предложения определенного товара или аналогичных товаров, продуктов или объема выполненных работ или оказанных услуг.

## Регион/страна

**Европа (страны,  
не являющиеся  
членами ЕС)**Российская  
Федерация

В соответствии со статьей 5 (1) Федерального закона Российской Федерации "О защите конкуренции" 2006 года доминирующим положением признается положение, дающее хозяйствующему субъекту или группе хозяйствующих субъектов возможность: i) оказывать решающее влияние на общие условия на соответствующем рынке, ii) устранять с этого рынка других хозяйствующих субъектов или iii) затруднять доступ на этот рынок другим хозяйствующим субъектам.

В статье 5 (2) предусмотрена опровержимая презумпция доминирования для ситуаций, когда рыночная доля какого-либо хозяйствующего субъекта превышает 50%. Хозяйствующий субъект, рыночная доля которого составляет от 35 до 50%, может рассматриваться как занимающий доминирующее положение на основе экономической оценки, учитывающей такие факторы, как стабильность рыночной доли хозяйствующего субъекта во времени, соответствующие рыночные доли конкурентов хозяйствующего субъекта и способность других хозяйствующих субъектов выйти на соответствующий рынок. Положение хозяйствующих субъектов, рыночная доля которых не превышает 35%, не может быть признано доминирующим, если только законом не предусмотрено иное, например в случае, когда доминирующее положение занимает группа хозяйствующих субъектов или когда речь о рынках электроэнергии, на которых не может быть признано доминирующим положение предприятия по производству электроэнергии с рыночной долей в 20% или менее.

**Европа (ЕС)**

Европейский союз

Статья 102 Договора о функционировании Европейского союза (ДФЕС) запрещает злоупотребление доминирующим положением, но определения доминирующего положения не содержит. В своей практике принятия решений европейские учреждения определяют доминирующее положение как прочное экономическое положение какого-либо предприятия, которое позволяет ему не допускать поддержания эффективной конкуренции на соответствующем рынке, предоставляя ему возможность вести себя в значительной степени независимо от своих конкурентов, клиентов и, в конечном счете, потребителей<sup>4</sup>. Руководство Европейской комиссии по правоприменению

<sup>4</sup> См. Court of Justice of the European Union case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental v. Commission* [1978] ECR 207, paragraph 65; Court of Justice of the

---

Регион/страна

---

менительным приоритетам в применении статьи 82 Договора о ЕС (теперь это статья 102 ДФЕС) к случаям неправомерного монопольного поведения доминирующих предприятий устанавливает критерии, которые должны приниматься Европейской комиссией во внимание при оценке доминирующего положения, в частности:

- ограничения, обусловленные текущими поставками действующих конкурентов и их положением на рынке (положение на рынке доминирующего предприятия и его конкурентов);
- ограничения, связанные с реальной угрозой будущей экспансии нынешних конкурентов, или проникновения на рынок потенциальных конкурентов (экспансия и проникновение на рынок);
- ограничения, обусловленные сильными переговорными позициями клиентов предприятия (компенсирующее влияние покупателей).

Подчеркивается, что рыночные доли являются полезным начальным показателем рыночной структуры и соответствующей значимости различных предприятий, действующих на рынке. Однако Европейская комиссия будет толковать рыночные доли в свете соответствующих рыночных условий, и в частности динамики рынка и степени дифференциации товаров.

Польша

В соответствии со статьей 4 (10) польского Закона о защите конкуренции и потребителей от 16 февраля 2007 года считается, что фирма занимает доминирующее положение, когда ее рыночная доля превышает 40%.

Чешская  
Республика

Согласно статье 10 (1) чешского Сводного закона о защите конкуренции считается, что одно или несколько предприятий совместно (совместное доминирование) занимают доминирующее положение на соответствующем рынке, если их рыночное влияние позволяет им вести себя в значительной степени независимо от других предприятий или потребителей. Согласно статье 10 (3) п, если не будет доказано иное, считается, что предприятие или предприятия, совместно доминирующие на рынке, не занимают доминирующего положения, если его/их доля на соответствующем рынке за рассматриваемый период не превышает 40%.

---

European Union case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. v. Commission* [1979] ECR 461, paragraph 38.

## Эстония

В Эстонии считается, что предприятие занимает доминирующее положение, если оно способно действовать в значительной степени независимо от конкурентов, поставщиков и покупателей. Считается, что предприятие или несколько предприятий доминируют, когда их рыночная доля на соответствующем рынке превышает 40%. Предприятия, обладающие специальными или эксклюзивными правами или контролирующими существенно важные объекты, также рассматриваются как доминирующие; см. § 13 эстонского Закона о конкуренции.

## Литва

В литовской Законе о конкуренции доминирующее положение презюмируется при рыночной доле в размере 40%. Кроме того, закон предусматривает, что имеет место совместное доминирование в тех случаях, когда три крупнейшие фирмы на рынке в совокупности контролируют его на 70%. Для розничных рынков пороговые показатели рыночной доли, при которых презюмируется доминирование, установлены на более низком уровне. См. статью 3 (11).

## Германия

Согласно Закону о борьбе с ограничением конкуренции Германии какое-либо предприятие считается доминирующим, когда оно в качестве поставщика или покупателя определенных товаров или коммерческих услуг на соответствующем товарном или географическом рынке i) не имеет конкурентов или не испытывает сколько-либо значительной конкуренции или ii) занимает главенствующее положение на рынке по сравнению со своими конкурентами. Для этой цели учитываются, в частности, его рыночная доля, его финансовые возможности, его доступ к поставкам или рынкам, его связи с другими предприятиями, правовые или фактические барьеры, препятствующие выходу на рынок других предприятий, фактическая или потенциальная конкуренция со стороны предприятий, созданных в рамках или за пределами сферы применения данного закона, и его способность переключать свои поставки или спрос на другие товары или коммерческие услуги, а также наличие у конкурентов возможности прибегнуть к услугам других предприятий. Два предприятия или более занимают доминирующее положение в тех случаях, когда между ними не существует значительной конкуренции в отношении определенных категорий товаров или коммерческих услуг и когда они совместно удовлетворяют изложенным выше критериям. Считается, что какое-либо предприятие является доминирующим, если его контроль распространяется по меньшей мере на одну треть рынка. Считается, что группа предприятий занимает доминирующее положение, когда она i) состоит из трех

или меньшего числа предприятий, совокупная рыночная доля которых составляет 50%; или ii) состоит из пяти или меньшего числа предприятий, совокупная рыночная доля которых составляет две трети, если только эти предприятия не докажут, что, как можно предполагать, условия конкуренции будут поддерживать значительную конкуренцию между ними или что данная группа предприятий не занимает главенствующего положения на рынке по сравнению с остальными конкурентами.

#### Испания

Испанский Закон о конкуренции не содержит определения доминирования. Согласно подходу, лежащему в основе решений испанского органа по вопросам конкуренции, считается, что какая-либо компания доминирует, когда она способна вести себя в значительной степени независимо от своих конкурентов, клиентов и потребителей и, таким образом, может корректировать ценообразование или какие-либо другие характеристики товаров или услуг в своих собственных интересах.

#### Латинская Америка

##### Бразилия

Согласно Закону 8/884 от 1994 года считается, что какая-либо фирма занимает доминирующее положение, когда компания или группа компаний контролирует 20% соответствующего рынка. Административный совет по защите экономики (АСЗЭ) может устанавливать иной процент для конкретных секторов экономики (статья 20, пункт 3).

##### Колумбия

В Указе 2153 от 1992 года доминирующее положение определяется как "возможность определять, прямо или косвенно, условия на рынке". Факт доминирующего положения устанавливается отдельно в каждом конкретном случае. Никаких пороговых значений рыночной доли закон не предусматривает.

#### Северная Америка

##### Канада

Согласно подразделу 79(1) канадского Закона о конкуренции, для применения санкций за злоупотребление доминирующим положением суд должен сначала установить, что одно лицо или более в значительной мере или полностью контролируют во всей Канаде или в каком-либо ее районе определенную категорию или вид бизнеса. В обновленных Руководящих принципах правоприменительных действий в случае злоупотребления доминирующим положением Канадского бюро по вопросам конкуренции (разделы 78 и 79 Закона о конкуренции) разъясняется, что значительный или полный контроль рассматривается как понятие, синонимичное рыночному влиянию.

|                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|-------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Соединенные Штаты | <p>В Соединенных Штатах монопольное влияние в законе не определено, однако в судах оно традиционно определяется как "возможность контролировать рыночные цены или исключать конкуренцию". <i>United States v. E.I. du Pont de Nemours &amp; Co.</i>, 351 U.S. 377, 391 (1956).</p> <p>Рыночная доля – это не единственный фактор, который учитывается при установлении факта монопольного влияния.</p> |
|-------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

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

10. Как упоминалось ранее, законодательство о конкуренции не запрещает занимать доминирующее положение/оказывать значительное влияние на рынок, а это означает, что само по себе занятие доминирующего положения не является антиконкурентным и что доминирующее предприятие имеет право конкурировать, используя свои преимущества. Запрет злоупотребления доминирующим положением вступает в действие тогда, когда доминирующее предприятие использует свое влияние на рынок так, что это нарушает конкуренцию.

11. В целом предприятие злоупотребляет своим доминирующим положением, когда оно осуществляет действия, которые увеличивают его экономическое влияние и не учитывают интересов потребителей и/или рынка. В качестве примера злоупотребления доминирующим положением можно привести действия, которые устанавливают барьеры на пути конкурентов и не предоставляют потребителям преимуществ, компенсирующих вред от таких барьеров. В некоторых юрисдикционных системах используется более широкое определение злоупотребления доминирующим положением с целью защиты мелких конкурентов от недобросовестного вытеснения с рынка более эффективными доминирующими предприятиями.

12. Представить исчерпывающий перечень действий, которые могут представлять собой злоупотребление доминирующим положением, невозможно. Понятие "злоупотребление доминирующим положением" как таковое охватывает все действия, подпадающие под определение, приведенное в вышеизложенном пункте. Тем не менее в качестве практического руководства для правоприменительных действий в некоторых законах о конкуренции приводятся исчерпывающие перечни действий, которые считаются злоупотреблением и запрещаются. К таким видам поведения может относиться весь диапазон стратегий предприятий, направленных на создание препятствий к выходу на рынок. В статье 4 (2) Типового закона о конкуренции приводится ряд примеров действий доминирующего предприятия, которые рассматриваются как злоупотребления и которые комментируются ниже. Следует отметить, что порядок перечисления примеров в статье 4 (2) вовсе необязательно основывается на их распространенности и серьезности с точки зрения антиконкурентного воздействия. Следует также подчеркнуть, что такие действия, как "поддержание уровня цен при перепродаже" и "параллельный импорт" в настоящее время классифицируются как вертикальные ограничения, а не как действия, представляющие собой злоупотребление доминирующим положением как таковое. Хотя перечисленные действия выглядят как антиконкурентные, на самом деле они могут и не быть

такowymi. Орган по вопросам конкуренции должен проводить анализ в каждом конкретном случае с целью определения воздействия каждого такого вида практики.

13. Аналитическая база, используемая органами по вопросам конкуренции для оценки того, представляют ли какие-либо действия доминирующих предприятий злоупотребление их рыночным влиянием, с течением времени развивалась. В настоящее время все больше органов по вопросам конкуренции принимают свои решения относительно того, можно ли рассматривать определенную практику доминирующего предприятия как злоупотребление, на основе надежной экономической оценки (так называемый подход, ориентированный на анализ воздействия). Традиционно режимы ряда законов о конкуренции предусматривали применение формального подхода, согласно которому орган по вопросам конкуренции должен был оценивать, соответствует ли рассматриваемое поведение одному из правовых примеров поведения, квалифицируемого как злоупотребление, без проведения всесторонней экономической оценки.

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

14. Одной из наиболее распространенных форм хищнического поведения является хищническое ценообразование, под которым обычно понимается действие предприятия по установлению цены на свои товары ниже себестоимости. В ряде юрисдикционных систем для квалификации поведения компании как хищнического достаточно причастности предприятия к практике установления цен на низком уровне исходя из стратегических соображений с целью ликвидации соперников, независимо от того, является ли цена ниже или выше себестоимости. Предприятия могут вести себя таким образом с целью вытеснения конкурирующих предприятий из бизнеса для сохранения или укрепления доминирующего положения. Чем шире диверсификация деятельности предприятия с точки зрения товаров и рынков и чем большими финансовыми ресурсами оно обладает, тем шире его возможности для хищнического поведения.

15. Что касается меры издержек, которая используется для установления факта хищнического установления цен, то она в различных юрисдикционных системах варьируется. В большинстве юрисдикционных систем предусматривается, что хищническое установление цен имеет место тогда, когда цена товаров устанавливается на уровне ниже средних переменных затрат. Однако ведутся споры по поводу того, имеет ли место хищническое установление цен тогда, когда цена устанавливается ниже уровня средних валовых затрат. Для установления факта злоупотребления доминирующим положением в форме хищнического установления цен некоторые юрисдикционные системы требуют, чтобы у ответчика имелась разумная перспектива или "опасная вероятность" возврата денег, потерянных в результате установления цен на уровне ниже себестоимости. Если такого возврата не происходит, то практика снижения цен фактически может способствовать повышению благосостояния потребителей<sup>5</sup>. В других юрисдикционных системах считают, что для его установления наличие разумной перспективы или опасной вероятности необязательно<sup>6</sup>. Достаточным пока-

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

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

зателем является действие ответчика по продаже товара без привязки к себестоимости.

16. Поскольку установление низких цен обычно идет на благо потребителей, юрисдикционные органы могут быть не настроены квалифицировать установление цен как хищническое. В зависимости от структуры своих рынков они должны уравнивать благотворное и вредное воздействие такой практики. В развивающихся юрисдикционных системах, как правило, отмечается меньшее нежелание подвергать осуждению практику хищнического установления цен, поскольку рынки таких стран могут быть более концентрированными, поскольку барьеры на пути проникновения на них являются значительными, устранение мелких конкурентов может быть более проблематичным. С другой стороны, потребители и мелкие предприятия в развивающихся странах могут получать больше выгод от менее высоких цен, что делает соответствующие органы менее склонными к вмешательству. Соответственно, равновесие необходимо устанавливать отдельно в каждом конкретном случае.

17. Хищническое поведение не ограничивается лишь ценообразованием. Как хищническое поведение можно квалифицировать также применение других средств, таких как приобретение товаров и услуг в целях приостановления деятельности конкурента. При определенных обстоятельствах как хищническое поведение можно также квалифицировать отказ предприятия, занимающего доминирующее положение, поставлять материалы, крайне необходимые для производственной деятельности клиента, который способен составить данному предприятию конкуренцию.

#### **Различные подходы в действующем законодательстве – хищническое поведение**

---

*Регион/страна*

---

##### **Азия/Океания**

###### **Австралия**

Вопросы, касающиеся хищнического установления цен, регулируются двумя положениями Закона о торговой практике 1974 года (ЗТП).

Общий запрет содержится в подразделе 46 (1) ЗТП

В соответствии с подразделом 46 (1) ЗТП корпорация, имеющая возможность оказывать значительное влияние на каком-либо рынке, не должна использовать в своих интересах это влияние на данном или любом другом рынке для достижения одной из трех запрещенных нижеперечисленных целей.

Если корпорация поставляет товары или услуги на протяжении достаточно длительного периода времени по цене меньшей, чем соответствующие издержки корпорации на поставку этих товаров или услуг, то согласно положениям подраздела 46 (1AAA) эта корпорация, возможно, нарушает положения подраздела 46 (1) даже в том случае, если она не может и, возможно, никогда не имела возможности компенсировать потери, связанные с поставками соответствующих товаров или услуг. То есть общий запрет, содержащийся в подразделе 46 (1), не требует установления факта возврата потерь.

Запрет, содержащийся в подразделе 46 (1AA) ЗТП

В соответствии с этим разделом корпорация, имеющая значительную рыночную долю, не должна поставлять или предлагать поставлять товары или услуги в течение достаточно длительного периода времени по цене меньшей, чем издержки этой корпорации на поставку таких товаров или услуг, для достижения одной из трех запрещенных целей.

Этот запрет отличается от общего запрета, содержащегося в подразделе 46 (1), в двух важных моментах:

- i) положение вступает в действие тогда, когда корпорация имеет "значительную долю" на рынке, а не обладает "значительным влиянием";
- ii) требование в отношении того, что корпорация должна использовать свою рыночную долю в своих интересах, не предусмотрено.

Китай

Нормативные положения о хищническом установлении цен содержится, например, в Законе о противодействии недобросовестной конкуренции Китайской Народной Республики от 2 сентября 1993 года. В его статье 11 говорится, что оператору (т.е. предприятиям или частным лицам) не разрешается продавать свои товары по цене ниже себестоимости с целью вытеснения своих конкурентов с рынка. В законе приводится также ряд случаев, в которых практика установления низких цен не должна рассматриваться как недобросовестная. Это, например, продажа свежих продуктов, сезонное снижение цен, внесение изменений в производственную линию или закрытие предприятия.

Монголия

Статья 4 (3) Закона Монголии о запрещении недобросовестной конкуренции запрещает доминирующему предприятию продавать свои товары по цене ниже себестоимости с целью воспрепятствовать выходу на рынок других хозяйствующих субъектов или вытеснить их с рынка.

*Регион/страна***Европа (ЕС)**

Европейский союз В соответствии со статьей 102 ДФЕС непосредственное или косвенное установление несправедливых закупочных или продажных цен представляет собой злоупотребление доминирующим положением. В Руководстве Европейской комиссии по правоприменительным приоритетам в применении статьи 82 Договора о ЕС (теперь это статья 102 ДФЕС) к случаям неправомерного монопольного поведения доминирующих предприятий разъясняется, каким образом Европейская комиссия оценивает действия по вытеснению конкурентов с помощью цен, включая хищническое установление цен. Европейская комиссия обычно вмешивается тогда, когда имеются доказательства того, что доминирующее предприятие ведет себя хищническим образом, преднамеренно неся потери или отказываясь от прибыли в краткосрочной перспективе в целях вытеснения или возможного вытеснения одного или нескольких своих фактических или потенциальных конкурентов ради укрепления или сохранения своего влияния на рынок, чем наносится вред потребителям.

Венгрия В статье 21 h) венгерского Закона о конкуренции (2005 год) запрещается установление крайне низких цен, не основывающихся на более высокой эффективности по сравнению с эффективностью конкурентов и способных привести к вытеснению конкурентов с соответствующего рынка или воспрепятствовать их выходу на рынок.

**Латинская Америка**

Бразилия Закон 8.884 от 1994 года запрещает предприятию, занимающему доминирующее положение, необоснованно продавать товары по цене ниже себестоимости (статьи 20 и 21, XVIII).

Колумбия В Указе 2153 от 1992 года предусматривается, что в случае, когда предприятие занимает доминирующее положение, хищническое установление им цен рассматривается как злоупотребление. В законе конкретно указывается, что снижение цен ниже себестоимости в целях устранения различных конкурентов либо недопущения их на рынок или их экспансии квалифицируется как злоупотребление в тех случаях, когда предприятие занимает доминирующее положение.

## Северная Америка

### Соединенные Штаты

В Соединенных Штатах Верховный суд пришел к выводу, что для установления факта хищнического ценообразования необходимо наличие двух элементов. Во-первых, обжалуемые цены должны быть "ниже соответствующего показателя издержек", и, во-вторых, для конкурента, устанавливающего низкие цены, должна существовать "опасная вероятность" возврата инвестиций в цены, устанавливаемые на уровне ниже издержек. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. (1993). См. также *Cargill Inc. v. Monfort of Colorado Inc.*, 479 U.S. 104, 117 (1986). Верховный суд Соединенных Штатов указал, что важно проводить различие между способствующим конкуренции снижением цен и антиконкурентным хищническим установлением цен, поскольку "снижение цен в целях расширения деловых операций нередко составляет саму суть конкуренции". *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 594 (1986).

*b) Установление дискриминационных (т.е. неоправданно дифференцированных) цен или условий при поставке или закупке товаров или услуг, в том числе посредством использования политики ценообразования в сделках между дочерними предприятиями, которые устанавливают завышенную или заниженную цену на покупаемые или поставляемые товары или услуги по сравнению с ценами аналогичных или сопоставимых сделок с предприятиями, не являющимися дочерними;*

18. Ценовая дискриминация – поведение, заключающееся в том, что предприятие продает какой-либо товар или услугу по разным ценам, несмотря на идентичные затраты на поставку товаров, – хотя и редко является антиконкурентной, может представлять собой стратегию недобросовестного вытеснения конкурентов с рынка. Установление низких цен для потребителей может быть признаком конкуренции, и по этой причине такая дискриминация редко является антиконкурентной с точки зрения экономики. Однако дифференциация цен может квалифицироваться как дискриминационная, если у нее отсутствует объективное коммерческое обоснование. Например, так называемые "скидки для постоянных клиентов" могут не иметь объективного коммерческого обоснования, тогда как скидки на крупные партии могут являться обоснованными с точки зрения экономии на масштабах. Однако необходимо подчеркнуть, что различающиеся цены могут являться результатом рыночных условий, в которых работает доминирующая компания, и объясняться, например, тем, что переговоры проходили в различных рыночных ситуациях, или тем, что клиент просто-напросто более эффективно торговался. Таким образом, органам по вопросам конкуренции необходимо тщательно оценивать воздействие ценовой дифференциации на конкуренцию в каждом конкретном случае.

19. "Скидки для постоянных клиентов" являются элементом стратегий ценовой дискриминации, которые заключаются в том, что продавец предоставляет покупателям скидку, если они приобретают значительный процент от общих

закупок соответствующего товара у этого продавца в течение определенного периода времени. Такие скидки могут быть эффективными и способствовать росту благосостояния потребителей в результате снижения цен. Однако при некоторых обстоятельствах они могут и наносить ущерб конкуренции, в частности, когда такие скидки предоставляются предприятиями с сильными рыночными позициями. Связь между условиями, дающими право на получение скидки, и предоставлением низкой цены может вести к антиконкурентной практике, направленной на вытеснение конкурентов. Антиконкурентное воздействие может быть связано с поведением, граничащим с хищническим ("по аналогии с хищничеством"), или с наращиванием гарантированных "пакетных продаж" с целью вытеснения конкурентов с тех рынков, за которые ведется борьба ("по аналогии с практикой комплектования пакетов")<sup>7</sup>.

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

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

#### **Различные подходы в действующем законодательстве – ценовая дискриминация**

##### *Регион/страна*

|          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|----------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Перу     | В законодательстве Перу дискриминационное ценообразование приводится как пример злоупотребления, при этом, однако, предусматривается, что не являются злоупотреблением доминирующим положением те скидки или бонусы, которые соответствуют общепринятой торговой практике и предоставляются в силу особых обстоятельств, таких как предоплата, количество, объем и т.д., при условии, что предоставляются они в сходных обстоятельствах всем потребителям (статья 10.2 b) Законодательного декрета 1034 об утверждении Закона о пресечении антиконкурентного поведения). |
| Колумбия | Указ 2153 от 1992 года предусматривает, что в тех случаях, когда хозяйствующий субъект занимает доминирующее положение, в качестве злоупотребления рассматриваются следующие действия: установление дискриминационных условий для эквивалентных сделок, в результате которого определенные потребители или поставщики оказываются в неблагоприятной ситуации по сравнению                                                                                                                                                                                                |

<sup>7</sup> Padilla, A. Jorge. "The Law and Economics of Loyalty Rebates".

с другими потребителями или поставщиками в аналогичных условиях; продажа или предоставление услуг в какой-либо части страны по цене, отличающейся от цены, предлагаемой в другой части страны, в тех случаях, когда цель или последствия подобной практики заключаются в снижении или устранении конкуренции в данной части страны и эта цена не соответствует структуре транзакционных издержек; осуществление продажи одному покупателю на условиях, отличающихся от условий, предлагаемых другому покупателю, с целью снижения или устранения конкуренции на рынке.

#### Австралия

В соответствии с подразделом 1 бывшего раздела 49 австралийского Закона о торговой практике 1974 года запрет на дискриминацию не ограничивается ценовой дискриминацией, а распространяется также на кредиты, предоставление услуг и плату за услуги в связи с товарами. Было также отмечено, что дифференцированные условия не должны считаться незаконными, если они связаны с различиями в издержках. В более общем плане недопущение того, чтобы предприятия предлагали более низкие цены некоторым клиентам, вполне может препятствовать снижению предприятиями своих цен для кого-либо вообще. Поскольку действие раздела 49 австралийского Закона о торговой практике 1974 года было отменено в 1995 году, поведение, которое считалось бы запрещенным согласно упомянутому положению, теперь охватывается в разделе 45, если оно ведет к значительному ослаблению конкуренции, или разделе 46, если оно ведет к злоупотреблению каким-либо предприятием своим влиянием на рынок.

*с) Установление цен, по которым проданные товары могут перепродаваться, включая импортированные и экспортированные товары*

22. Практика установление цен перепродажи товаров, обычно применяемая производителем или оптовиком, получила название "поддержание перепродажных цен (ППЦ)". В ряде законов о конкуренции ППЦ рассматривается само по себе как незаконное явление, тогда как другие законы о конкуренции предусматривают применение к ППЦ "правила разумности" с учетом того, что оно может также способствовать развитию конкуренции. Например, ППЦ может являться средством содействия расширению инвестиций в услуги и активизации усилий розничных продавцов по рекламированию товаров, что позволяет контролировать "свободных торговцев". Тем не менее ППЦ может также приносить пользу картелям, помогая их членам определить производителей, сбивающих цены.

23. В этом контексте необходимо также подчеркнуть, что в ряде законов о конкуренции поддержание розничных цен квалифицируется не как конкретный вид злоупотребления доминирующим положением, а как частный случай антиконкурентных вертикальных соглашений.

## Различные подходы в действующем законодательстве – поддержание перепродажных цен

### Регион/страна

#### Латинская Америка

**Бразилия** Закон 8.884 от 1994 года запрещает предприятию, занимающему доминирующее положение на рынке, "устанавливать для дистрибьюторов, розничных торговцев и представителей розничные цены на какие-то товары и услуги, скидки, условия оплаты, минимальные и максимальные объемы, маржи или какие-либо другие условия сбыта в рамках их бизнеса с третьими сторонами" (статья 20 и статья 21, XI).

#### Европа (ЕС)

**Европейский союз** В законодательстве ЕС о конкуренции ППЦ квалифицируется не как конкретный вид злоупотребления доминирующим положением, а как антиконкурентный элемент вертикальных соглашений. Согласно статье 4 а) соответствующего Постановления 2010 года, касающейся группового изъятия для определенных категорий вертикальных соглашений, на ППЦ распространяется положение о строгом ограничении, которое исключает применение группового изъятия к соответствующему вертикальному соглашению. Оно определяется как ограничение возможности покупателя устанавливать свою продажную цену без ущерба для возможности определения поставщиком максимальной продажной или рекомендуемой продажной цены при условии, что эта цена не является фиксированной или минимальной продажной ценой в результате давления какой-либо из сторон или предоставления какой-либо из сторон соответствующих стимулов.

**Швеция** В Швеции к регулированию вопроса о поддержании перепродажных цен был избран экономический подход. Установление минимальных цен, оказывающих ощутимое влияние на конкуренцию, охватывается положением о запрете антиконкурентного сотрудничества, содержащимся в шведском Законе о конкуренции. Вместе с тем установление максимальных цен, как правило, не запрещается.

#### Северная Америка

**Канада** В прошлом канадский Закон о конкуренции предусматривал уголовное наказание за поддержание перепродажных цен. Однако в 2009 году этот предусматривающий уголовные санкции запрет был заменен положением гражданского права, которое разрешает Канадскому суду по вопросам конкуренции запрещать соответствующую практику только в том случае, если она оказывает "вредное воздействие на конкуренцию";

см. раздел 76 канадского Закона о конкуренции. Следует иметь в виду, что данное положение применяется не только к компаниям, занимающим доминирующее положение, но также к любому лицу, "а) которое участвует в деловых операциях по производству или поставке какого-либо товара; b) предоставляет кредит с помощью кредитных карточек или каким-либо иным образом участвует в бизнесе, связанном с кредитными карточками; или c) имеет эксклюзивные права и привилегии, обеспечиваемые патентом, товарным знаком, авторским правом, зарегистрированным промышленным образцом или зарегистрированной топологией интегральной схемы".

Соединенные  
Штаты

В Соединенных Штатах Верховный суд постановил, что поддержание минимальной перепродажной цены является незаконным *per se* согласно разделу 1 закона Шермана, однако при этом должно иметься фактическое соглашение, обязывающее дистрибьютора соблюдать оговоренные цены. См. *Business Elecs. Corp. v. Sharp Elecs. Corp.*, 485 U.S. 717, 720, 724 (1988). В силу того, что ограничение максимальной перепродажной цены может иметь своим результатом низкие цены, Верховный суд в недавно вынесенном решении определил, что поддержание максимальной перепродажной цены не является правонарушением *per se*. Суд, таким образом, применил к рассматриваемому поведению анализ, основанный на "правиле разумности", в соответствии с которым соглашение должно быть проанализировано с целью определения того, является ли оно действительно антиконкурентным. См. *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc. dba Kay's Klostet*, 551 U.S. 877 (2007).

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

24. Наиболее распространенной формой ограничений, о которых говорится в главе IV (II) d) Типового закона о конкуренции является параллельный импорт. Те, кто стремится дискредитировать параллельный импорт, называют его также "серым" импортом, и такой импорт можно определить как импорт товаров, произведенных в соответствии с режимом охраны прав интеллектуальной собственности (например, товарного знака, патента или авторского права), которые

вводятся в обращение на одном рынке владельцем права интеллектуальной собственности или с его согласия, а затем импортируются на другой рынок без разрешения владельца зарегистрированного на месте права интеллектуальной собственности (ПИС). Обычно такой владелец является лицензированным местным дилером, который может стремиться предотвратить параллельный импорт с целью избежания конкуренции внутри бренда. В качестве еще одного примера практики, регулируемой вышеупомянутым положением Типового закона о конкуренции, можно привести использование различных товарных знаков для одного и того же товара в различных странах с целью закамуфлировать "международное исчерпание прав" и предотвратить импорт со стороны кого-то другого<sup>8</sup>.

25. Способность правообладателя на законных основаниях не допустить параллельный импорт с конкретного рынка зависит от законов об интеллектуальной собственности и конкуренции импортирующего государства. Режим интеллектуальной собственности, регулирующий истечение срока действия прав на национальном уровне, предоставляет право препятствовать параллельному импорту, а положения о "международном исчерпании прав" легализуют такой импорт. В соответствии с национальным режимом, регулирующим истечение срока действия прав, эксклюзивные дистрибьюторские права прекращают действовать после первой продажи в какой-либо стране, однако это не влияет на существование эксклюзивных дистрибьюторских прав в другой стране, что дает местным обладателям ПИС в этой другой стране право на предотвращение параллельного импорта из страны первой продажи. Согласно положениям о "международном исчерпании прав" дистрибьюторские права прекращают действовать после первой продажи в любой точке мира, при этом параллельный импорт исключен быть не может<sup>9</sup>. И наконец, согласно режиму, регулирующему истечение срока действия прав на региональном уровне, эксклюзивные дистрибьюторские права прекращают действовать после первой продажи охраняемых товаров в конкретном регионе, при этом параллельный импорт в данном регионе разрешается, но не из-за пределов этого региона. В этом контексте необходимо отметить, что все эти режимы соответствуют минимальному стандарту<sup>10</sup>, предусмотренному в соглашении ТРИПС<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Такая практика лежала в основе решения Суда правосудия 3/78 [1978] ЕКСР 1823. В иске компании "Центрафарм Б.В." против компании "Америкэн хоум продактс корпорейшн" (АХП), "Центрафарм" утверждала, что как параллельный импортер она имела право без какого-либо разрешения от АХП продавать в Нидерландах под товарным знаком "Сереста" некоторые лекарственные средства, поступившие от АХП. Последняя предложила эти лекарственные средства для продажи в Соединенном Королевстве под названием "Серенид Д". АХП утверждала, что было нарушено ее ПИС, тогда как "Центрафарм" доказывала, что оба лекарственных средства были идентичными, и, таким образом, действие ПИС АХП закончилось по поступлении лекарства на рынок Соединенного Королевства. Суд постановил, что использование права интеллектуальной собственности может представлять собой скрытое ограничение торговли на общем рынке, если можно доказать, что практика использования различных знаков для одного и того же товара или недопущения использования названия товарного знака на переупакованных товарах применялась с целью разделения рынков и поддержания искусственно завышенных цен.

<sup>9</sup> См. "Parallel imports in pharmaceuticals: Implications on competition and prices in developing countries". Имеется по адресу [http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/studies/pdf/ssa\\_maskus\\_pi.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/studies/pdf/ssa_maskus_pi.pdf).

<sup>10</sup> См. статью 6 Соглашения ТРИПС.

<sup>11</sup> Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности.

26. Сторонники запрещения параллельного импорта утверждают, что местный обладатель ПИС, действующий в качестве розничного продавца с эксклюзивной территорией, более склонен инвестировать в систему обслуживания клиентов, предпродажное консультирование и т.д., зная о том, что ни один из его конкурентов не сможет бесплатно извлечь выгоду из его усилий. По мнению таких сторонников, эти стимулы, наверное, оправдывают запрет на параллельный импорт.

27. Противников запрещения параллельного импорта в большей степени заботит негативное воздействие этого запрещения на внутрибрендовую конкуренцию. Поэтому региональные юрисдикционные системы, преследующие цель рыночной интеграции, как, например, система Европейского союза, допускают параллельный импорт в рамках их общего рынка. В этом контексте параллельный импорт является важным средством обеспечения равновесия между защитой эксклюзивных прав и свободным потоком товаров.

28. Подытоживая вышесказанное, можно отметить, что законодательный подход к параллельному импорту варьируется в зависимости от того, какой из двух точек зрения отдается предпочтение. Однако следует отметить, что в юрисдикционных системах, разрешающих параллельный импорт, попытки подорвать такой импорт обычно не квалифицируются как конкретный вид злоупотребления со стороны доминирующего предприятия, но могут представлять собой антиконкурентное вертикальное ограничение.

#### **Различные подходы в действующем законодательстве – ограничения на импорт товаров**

##### *Регион/страна*

|                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Япония           | В Японии в ряде случаев принимались меры по борьбе с недобросовестным предотвращением параллельного импорта фирменной фарфоровой посуды, пианино, мороженого и автомобилей.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| Европейский союз | Согласно принципу одновременного истечения срока действия прав во всем ЕС обладателям ПИС не разрешается ограничивать параллельный импорт в ЕС. Это является постоянным элементом судебной практики Суда Европейского союза со дня принятия им своего исторического решения по делу "Дойче граммофон/Метро" <sup>12</sup> . "Противоречит правилам, предусматривающим свободное передвижение товаров в пределах общего рынка, запрещение обладателя законно признанного исключительного права на распределение продавать на национальной территории товары, размещенные им или с его согласия на рынке другого государства-члена, на том основании, что распределение товара имело место не в пределах национальной территории. Такое запрещение, которое может узаконить изоляцию национальных рынков, противоречило бы основной цели договора, которая заключается в объединении рынков в единый рынок". |

<sup>12</sup> Суд Европейского союза, 78/70 [1971] E.C.R. 487.

---

*Регион/страна*

---

Новая Зеландия

Параллельный импорт является законным, когда удовлетворяются условия, перечисленные в разделе 12 (5A) Закона № 143 об авторском праве 1994 года. Соответствующее положение гласит:

"Объект, который какое-либо лицо импортирует или намеревается импортировать в Новую Зеландию, не считается согласно разделу 3 b) экземпляром, произведенным в нарушение авторских прав:

a) если он был изготовлен обладателем или с согласия обладателя авторского или другого эквивалентного права интеллектуальной собственности на соответствующее произведение в той стране, в которой данный объект был изготовлен, или же,

b) когда ни одно лицо не обладает авторским или другим эквивалентным интеллектуальной собственности на соответствующее произведение в той стране, в которой данный объект был изготовлен, применяется любое из нижеследующих положений:

i) срок действия охраны авторского права (или другого эквивалентного права интеллектуальной собственности), которая была ранее предоставлена соответствующему произведению в данной стране, истек;

ii) лицо, имеющее в силу иных обстоятельств право являться владельцем авторского права (или другого эквивалентного права интеллектуальной собственности) на соответствующее произведение в данной стране, не предприняло тех или иных предусмотренных законодательством шагов для гарантирования авторского права (или другого эквивалентного права интеллектуальной собственности) на это произведение в данной стране;

iii) объект является трехмерной копией художественного произведения, которое было воспроизведено в промышленных масштабах в этой стране так, как это предусмотрено в разделе 75 (4);

iv) объект был изготовлен в этой стране обладателем авторского права на данное произведение в Новой Зеландии или с его согласия".

---

е) Если не поставлена задача достижения таких законных коммерческих целей, как обеспечение качества, безопасности, надлежащего распределения или предоставления услуг:

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

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

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

#### Различные подходы в действующем законодательстве – отказ вести дела

##### Регион/страна

|                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|-------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Бразилия          | Закон 8.884 от 1994 года запрещает предприятию, занимающему доминирующее положение на рынке, "отказываться продавать определенные товары или услуги на таких условиях оплаты, которые, как правило, используются в обычной деловой практике и политике" (статьи 20 и 21, XIII).                                                                                                                                                           |
| Соединенные Штаты | "Тот факт, что мы высоко ценим право на отказ вести дела с другими фирмами, еще не означает, что это право является безоговорочным ( <i>Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.</i> , 472 U.S. 585, 601, 105 S.Ct 2847, 86 L.Ed.2d 467 (1985)). При определенных обстоятельствах отказ сотрудничать с конкурентами может представлять собой антиконкурентное поведение, которое нарушает положения законодательства [раздела 2]. |

---

Регион/страна

---

Мы проявляем большую осторожность в вопросе признания целесообразности таких исключений ввиду неопределенности преимуществ принудительного дележа и трудности выявления и исправления антиконкурентного поведения какой-либо одной фирмы. (...)

Мы никогда не признавали такую доктрину [существенно важных объектов] (...), и мы не считаем необходимым ни признавать, ни отвергать ее здесь. С учетом наших нынешних целей достаточно отметить, что непереносимым требованием для ссылки на эту доктрину является невозможность получения доступа к "существенно важным объектам"; в тех случаях, когда такой доступ имеется, эта доктрина не нужна<sup>13</sup>.

---

е) *Если не поставлена задача достижения таких законных коммерческих целей, как обеспечение качества, безопасности, надлежащего распределения или предоставления услуг:*

[...]

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

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

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

33. Результаты таких ограничений аналогичны результатам, достигаемым путем вертикальной интеграции в рамках хозяйствующего субъекта: каналы распределения контролируются поставщиком, однако, как в ранее приведенном

---

<sup>13</sup> В отношении односторонних отказов вести дела см. *United States v. Colgate & Co.*, Supreme Court of the United States, 1919. 250 U.S. 300, 39 S.Ct. 465, 53 1.Ed. 992, 7 A.L.R. 443. См. также *Eastman Kodak v. Image Technical Services Inc.*, 504 US 451 (1992) (в этом постановлении говорится, что монополистическое право на отказ вести дела с конкурентом не является абсолютным и что судебный орган должен быть наделен правом определять, не являются ли представленные ответчиком основания отговоркой).

случае, предприятие-поставщик и дистрибьютор не находятся в общей собственности.

34. Следует отметить, что в значительном числе законов эксклюзивные соглашения о распределении товаров рассматриваются не только в связи с запрещением злоупотребления доминирующим положением, но также в контексте антиконкурентных вертикальных соглашений.

*е) Если не поставлена задача достижения таких законных коммерческих целей, как обеспечение качества, безопасности, надлежащего распределения или предоставления услуг:*

*[...]*

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

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

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

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

38. Договоренности о территориальном распределении или распределении клиентов используются для реализации соглашений об исключительном праве на сбыт, позволяющих поставщикам, занимающим доминирующее положение в области поставок соответствующих товаров, изолировать отдельные рынки друг от друга и устанавливать на них различные цены в зависимости от возможностей каждого рынка. Кроме того, избирательная система распределения зачастую используется для того, чтобы не допустить перепродажи путем экспорта за пределы установленной территории из-за опасений возникновения ценовой конкуренции в тех районах, где цены установлены на наиболее высоком уровне.

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

*е) Если не поставлена задача достижения таких законных коммерческих целей, как обеспечение качества, безопасности, надлежащего распределения или предоставления услуг:*

*[...]*

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

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

41. "Практика применения связывающих условий и продажи пакетом" может вредить конкуренции, когда она ведет к антиконкурентному давлению и способствует сохранению или усилению рыночного влияния. В большинстве юрисдикционных систем подразумевается, что орган по вопросам конкуренции должен продемонстрировать антиконкурентное воздействие связывающих условий и пакетных соглашений, тогда как на доминирующую компанию возлагается бремя доказывания того, что ее поведение оправдывается соображениями эффективности.

## Различные подходы в действующем законодательстве – "Практика связывающих условий и пакетных соглашений"

*Регион/страна*

### Латинская Америка

Бразилия Закон 8,884 от 1994 года запрещает предприятию, занимающему доминирующее положение, выставлять в качестве условия продажи какого-либо товара приобретение другого товара или заключение договора о предоставлении какой-либо услуги или выдвигать в качестве условия предоставления какой-либо услуги заключение договора на предоставление другой услуги или покупку товара" (статьи 20, 21 XXIII).

### Северная Америка

Соединенные Штаты Верховный суд Соединенных Штатов определил соглашения о связывающих условиях как "соглашения, в соответствии с которыми сторона продает один товар, но только при условии, что покупатель также приобретает другой товар (товар в нагрузку) или по крайней мере соглашается с тем, что он не будет покупать этот товар у какого-либо другого поставщика"<sup>14</sup>.

Соглашения о связывающих условиях считаются незаконными, когда продавцы используют свой рыночный контроль над одним товаром для принуждения несогласных покупателей приобретать другой товар<sup>15</sup>. Ответственность за продажу в принудительном ассортименте, согласно разделу 1 Закона Шермана, возникает тогда, когда i) речь идет о двух отдельных товарах; ii) ответчик не оставляет клиентам иного выбора, кроме как вынуждены приобрести навязываемый товар, чтобы получить тот товар, который им нужен; iii) соответствующее соглашение затрагивает значительный объем торговли между штатами; и iv) ответчик обладает "рыночным влиянием" на рынке сбыта навязываемого товара<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 56, 78 S. CT. 514, 518, 2 L.Ed.2d 545 (1958).

<sup>15</sup> См.: *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 12(1984); *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 US1, 6(1958); *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 US 594, 605 (1953).

<sup>16</sup> *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde*, 466 US.2 (1984); *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc.*, 504 US. 451, 461-62 (1992).

### **III. Разрешение или изъятия**

*В отношении действий, практики или сделок, не запрещенных полностью законом, может быть предоставлено разрешение, если о них направляется уведомление, как это предусмотрено в возможных элементах статьи 6, до того, как они реализуются, если все соответствующие факты достоверно сообщаются компетентным органам, если затрагиваемым сторонам предоставляется возможность быть заслушанными и если после этого признается, что предлагаемое поведение, которое при необходимости изменяется или регулируется, будет соответствовать целям закона.*

42. В некоторых законах о конкуренции предусмотрено, что орган по вопросам конкуренции может разрешить поведение, которое не является антиконкурентным *per se*, в тех случаях, когда возможные преимущества в плане повышения эффективности перевешивают антиконкурентное воздействие. В европейском законодательстве о конкуренции этот подход к антиконкурентным соглашениям и практике сговора использовался до 2004 года. Иными словами, Европейская комиссия не только была уполномочена предоставлять "групповые изъятия", проясняющие условия, при которых определенные категории контрактов не должны рассматриваться как антиконкурентные, но и давала санкцию на заключение определенных контрактов и применение практики согласованных действий на индивидуальной основе по представлению заинтересованными компаниями соответствующего заявления. Последняя возможность была закрыта в 2004 году, и в настоящее время отдельные компании сами должны оценивать, соответствует ли их поведение требованиям законодательства о конкуренции.

43. Не все страны, разработавшие свои законы о конкуренции на основе законодательства о конкуренции ЕС, одинаково приняли новый порядок, предусматривающий проведение оценки самими фирмами. Например, законы о конкуренции ряда африканских стран по-прежнему уполномочивают орган по вопросам конкуренции предоставлять индивидуальные изъятия в отношении соответствующих соглашений и практики согласованных действий. Дополнительную информацию по этому вопросу см. в комментариях к статьям 3 и 5.

44. Следует иметь в виду, что традиционно разрешения и изъятия касаются только антиконкурентных соглашений и практики согласованных действий. Однако не исключается, что в некоторых законах о конкуренции эта возможность предусматривается также в отношении злоупотребления доминирующим положением.