



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

Distr.: Limited
30 April 2012
Russian
Original: English

**Межправительственная группа экспертов
по законодательству и политике
в области конкуренции**

Двенадцатая сессия

Женева, 9–11 июля 2012 года

Пункт 3 а) предварительной повестки дня

**Консультации и обсуждения, посвященные экспертным
обзорам законодательства и политики в области
конкуренции, рассмотрению Типового закона
и исследованиям, касающимся положений
Комплекса принципов и правил**

**Типовой закон о конкуренции (2012 года)
Пересмотренная глава III¹**

¹ Настоящий документ – пересмотренный вариант документа TD/RBP/CONF.7/L.3.

Ограничительные соглашения или договоренности

I. Запрещение следующих соглашений между конкурирующими или потенциально конкурирующими фирмами независимо от того, являются ли такие соглашения письменными или устными, официальными или неофициальными:

- a) соглашения, устанавливающие цены или иные условия продажи, в том числе в международной торговле;
- b) участие в торгах по тайному сговору;
- c) распределение рынков или покупателей;
- d) ограничение производства или продажи, в том числе с помощью квот;
- e) сговор об отказе от закупок;
- f) сговор об отказе от поставок;
- g) коллективный отказ в присоединении к договоренности или ассоциации, имеющей решающее значение для конкуренции.

II. Разрешение или изъятие

В отношении практики, подпадающей под действие пункта I, может быть предоставлено разрешение или изъятие, если заблаговременно направляется должное уведомление и если фирмы, ее применяющие, действуют в условиях реальной конкуренции, при условии, что должностные лица органов по вопросам конкуренции придут к заключению, что соглашение в целом будет иметь итоговый положительный эффект для общества.

Комментарии к главе III и различные подходы в ныне действующем законодательстве

Введение

1. В главе III Типового закона о конкуренции рекомендуется запретить "*ограничительные соглашения или договоренности*". В основу соответствующей статьи лег пункт 3 раздела D Комплекса принципов и правил Организации Объединенных Наций для контроля за ограничительной деловой практикой, который гласит:

"Предприятия – за исключением тех случаев, когда они поддерживают взаимные связи в рамках экономической единицы, в которой они находятся под общим контролем, в том числе на основе права собственности, или не могут действовать независимо друг от друга по иным причинам, – осуществляющие на рынке деятельность, которая является конкурирующей или потенциально конкурирующей, должны воздерживаться от указанных ниже видов практики в тех случаях, когда они при помощи официальных, неофициальных, письменных или устных соглашений или договоренностей ограничивают доступ к рынкам или же иным образом неправомерно сдерживают конкуренцию, что оказывает или может оказать отрицательное влияние на международную торговлю, особенно на торговлю развивающихся стран и на экономическое развитие этих стран:

- a) соглашения, устанавливающие цены, включая экспортные и импортные цены;*
- b) участие в торгах по тайному сговору;*
- c) соглашения о распределении рынков или покупателей;*
- d) распределение квот на продажу и производство;*
- e) коллективные действия в поддержку договоренности, например сговор об отказе вести дела;*
- f) сговор об отказе от поставок потенциальным импортерам;*
- g) коллективный отказ в присоединении к договоренности или ассоциации, имеющей решающее значение для конкуренции.*

2. Содержащаяся в главе III в ее нынешнем виде формулировка – "*соглашения между конкурирующими или потенциально конкурирующими фирмами*" – указывает на то, что запрет антиконкурентных соглашений распространяется лишь на горизонтальные соглашения. В то же время, поскольку многие законы о конкуренции запрещают как горизонтальные, так и вертикальные антиконкурентные соглашения, в комментариях к главе III речь идет и о вертикальных соглашениях.

Соглашения или договоренности

3. В отличие от действий одной фирмы, антиконкурентные соглашения запрещаются из-за того вреда, который они наносят конкуренции в результате сговора или сотрудничества по меньшей мере двух независимых компаний. Взаимодействие между компаниями отражается понятием соглашения или до-

говоренности. Концепция "соглашения" в законодательстве о конкуренции может отличаться от той, которая используется в гражданском праве данной страны, и этот термин обычно толкуется расширительно, охватывая все виды соответствующих действий.

4. Соглашения могут принимать многочисленные формы. Они могут быть письменными или устными, официальными или неофициальными. Даже многозначительный кивок может означать достижение соглашения². Поэтому многие законы о конкуренции составляются в довольно общих формулировках и их действие распространяется на все виды соглашений. Аналогично этому, законы о конкуренции применяются к любым соглашениям независимо от того, планировалось ли придать им юридически обязательный характер или нет. Зачастую запрет антиконкурентных соглашений распространяется и на менее официальные договоренности – согласованные действия.

5. Поскольку важнейшую роль в заключении и обеспечении действия соглашений могут играть отраслевые ассоциации, во многих законах о конкуренции определение соглашений распространяется и на решения отраслевых ассоциаций. В других странах, например в Республике Корея и Малави, противоправным действиям отраслевых ассоциаций посвящена отдельная норма.

6. Следует отметить, что запрет антиконкурентных соглашений обычно не распространяется на фирмы, находящиеся в общей собственности или под общим контролем. Считается, что такие фирмы представляют собой единый хозяйствующий субъект, действующий в качестве одного участника рынка. Эта концепция нашла отражение и в пункте 3 раздела D Комплекса принципов и правил Организации Объединенных Наций, в котором установлено, что антиконкурентные соглашения между предприятиями запрещаются *"за исключением тех случаев, когда они поддерживают взаимные связи в рамках экономической единицы, в которой они находятся под общим контролем, в том числе на основе права собственности, или не могут действовать независимо друг от друга по иным причинам"*.

7. В некоторых правовых системах наряду с понятием антиконкурентных соглашений и согласованных действий применяется концепция коллективного или совместного доминирования. Эта концепция предполагает существование нескольких фирм, но привлекается в случае олигопольного поведения, т.е. параллельных действий в рамках олигополии³ в отсутствие соглашения или договоренности в какой-либо форме.

Различные подходы в ныне действующем законодательстве – понятие соглашения

Страна

Европейский союз	"Соглашения между предприятиями, решения деловых ассоциаций и согласованные действия" (пункт 1 статьи 101 Договора о функционировании Европейского союза (ДФЕС)).
------------------	---

² *Esco Corp. v. United States*, 340 F.2D 1000, 1007 (9th Cir. 1965).

³ Whish, Richard (2009), *Competition Law*, 6th ed., Oxford University Press.

Страна

Индия	"Под "соглашением" понимается любая договоренность, взаимопонимание или совместное решение, независимо от того: i) являются ли они официальными или заключенными в письменном виде; или ii) предполагают ли они их обеспеченность правовой санкцией" (закон о конкуренции 2002 года, статья 2).
Ямайка	"Любое соглашение, договоренность или взаимопонимание независимо от того, являются ли они устными или письменными и предполагают ли они их обеспеченность правовой санкцией (закон о добросовестной конкуренции, статья 2).
Южная Африка	"Соглашение между компаниями, согласованные действия компаний или решение объединения компаний", когда соглашение представляет собой "контракт, договоренность или взаимопонимание независимо от того, обеспечено ли оно правовой санкцией", а согласованные действия означают "совместные или координируемые действия компаний, которые осуществляются в непосредственном или опосредованном контакте вместо самостоятельных действий, но которые не являются соглашением" (закон о конкуренции, статья 1).

Источник: UNCTAD Handbook on Competition Legislation.

Различия между горизонтальными и вертикальными соглашениями

8. Соглашения между предприятиями в принципе бывают двух видов: горизонтальные и вертикальные. Горизонтальные соглашения заключаются между конкурентами, под которыми понимаются компании, действующие на одном функциональном уровне процесса производства или сбыта и ведущие конкуренцию за одних и тех же клиентов. К горизонтальным соглашениям можно также отнести соглашения между потенциальными конкурентами. Потенциальными конкурентами являются компании, которые способны выйти и, по всей видимости, выйдут на соответствующий рынок и которые могут оказать конкурентное давление на уже работающих на нем конкурентов.

9. Вертикальные соглашения заключаются между предприятиями на разных функциональных стадиях процесса производства и/или сбыта. Иными словами, такие соглашения заключаются между поставщиками и их клиентами, например между производителями комплектующих и производителями готовых изделий из этих комплектующих, между производителями и оптовиками или между оптовиками и предприятиями розничной торговли. Отдельные соглашения могут иметь одновременно и горизонтальные, и вертикальные аспекты.

10. Главное различие между этими двумя видами соглашений – в том, что в отличие от горизонтальных соглашений, особенно тех, которые направлены на повышение цен и ограничение производства и в большинстве случаев наносят вред конкуренции, вертикальные соглашения обычно создают не столь большую угрозу для конкуренции и даже могут быть полезными в плане повышения эффективности. С учетом этого во многих странах применяются разные право-

вые стандарты оценки горизонтальных и вертикальных соглашений, причем стандарты, применяемые к горизонтальным соглашениям, более строги.

Формулирование запрета антиконкурентных соглашений

11. Хотя большинство законов о конкуренции запрещают как горизонтальные, так и вертикальные антиконкурентные соглашения, в разных странах этот запрет зачастую формулируется по-разному. Во многих системах правового регулирования конкуренции общий запрет антиконкурентных соглашений распространяется как на горизонтальные, так и на вертикальные соглашения. Например, в Соединенных Штатах законодательство о конкуренции содержит общий запрет антиконкурентных соглашений, позволяющий оспорить как горизонтальные, так и вертикальные соглашения.

12. Наоборот, в законах о конкуренции некоторых стран, например Индонезии, Коста-Рики и Южной Африки, вертикальным и горизонтальным соглашениям посвящены отдельные нормы. Помимо этого, законы о конкуренции могут содержать общие нормы, касающиеся лишь горизонтальных антиконкурентных соглашений, в то время как вертикальные соглашения могут регулироваться рядом специальных норм, касающихся, например, поддержания перепродажных цен, ограничительной практики организации сбыта, принудительного ассортимента и т.д. Следует отметить, что запрет злоупотребления доминирующим положением может распространяться и на вертикальные соглашения, если одна из сторон такого соглашения занимает доминирующее положение и злоупотребляет им в силу антиконкурентных условий соглашения.

13. С этим связан и вопрос о том, следует ли конкретно перечислять в законе все виды запрещенных действий или целесообразнее сформулировать общий запрет, распространяющийся на разные виды антиконкурентных соглашений. Как отмечалось выше, в некоторых законах о конкуренции содержится общий запрет антиконкурентных соглашений, в то время как конкретные запрещенные действия определяются в рамках правоприменительной практики. Хотя такой подход дает возможность гибкости в вопросах правоприменения, он может не давать необходимых ориентиров для общества и антимонопольных органов, не имеющих возможности опереться на прочную базу законодательства о конкуренции, особенно в странах со вновь созданными режимами регулирования конкуренции, где общество еще недостаточно хорошо осознает всю противозаконность антиконкурентных соглашений.

14. В качестве альтернативы примеры запрещенных действий можно перечислить в положении о запрете антиконкурентных соглашений. Во многих странах общий запрет антиконкурентных соглашений дополняется неисчерпывающим перечнем тех категорий действий, которые считаются противозаконными. Такой подход достаточно гибок и при этом ориентирует в части правоприменительных приоритетов.

Различные подходы в ныне действующем законодательстве – формулирование запрета антиконкурентных соглашений

Страна

Соединенные Штаты	"Объявляется незаконным всякий договор, объединение в виде треста или иной форме, а также сговор с целью ограничения торгового или коммерческого обмена между различными штатами или с иностранными государствами" (закон Шермана, статья 1).
Европейский союз	<p>"Запрещаются как несовместимые с внутренним рынком любые соглашения между предприятиями, решения объединений предприятий и согласованные действия, которые способны затрагивать торговлю между государствами-членами и имеют целью или следствием недопущение, ограничение или нарушение конкуренции на внутреннем рынке, в частности следующие:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) прямое или косвенное совместное установление закупочных или продажных цен или любых других условий торговли; b) ограничение или контроль производства, сбыта или технического развития или инвестиций; c) раздел рынков или источников поставок; d) применение неодинаковых условий в эквивалентных операциях с другими контрагентами, ставящее тех в невыгодное конкурентное положение; e) заключение контрактов с условием принятия другими сторонами дополнительных обязательств, которые в силу своего характера или сложившейся коммерческой практики не имеют никакого отношения к предмету таких контрактов" (пункт 1 статьи 101 Договора о функционировании Европейского союза – ДФЕС).
Южная Африка	<p>"Соглашения между компаниями, согласованные действия компаний или решения объединений компаний запрещаются, если они принимаются участниками горизонтальных отношений и если</p> <ul style="list-style-type: none"> b) они связаны с любым из следующих видов ограничительной горизонтальной практики: <ul style="list-style-type: none"> i) прямым или косвенным совместным установлением закупочных или продажных цен или любых других условий торговли; ii) разделом рынков путем распределения клиентов, поставщиков, территорий или конкретных видов товаров или услуг; iii) сговором на торгах".

Страна

	"Соглашения между сторонами, находящимися в вертикальных отношениях, запрещаются, если они имеют результатом существенное воспрепятствование или уменьшение конкуренции на рынке" (закон о конкуренции, статьи 4 и 5).
Канада	<p>Закон о конкуренции содержит два запрета антиконкурентных горизонтальных соглашений: статья 45 прямо запрещает соглашения между конкурентами, направленные на установление цен, раздел рынков или ограничение производства, которые представляют собой прямое ограничение конкуренции, в то время как пункт 1 статьи 90 запрещает другие разновидности горизонтальных соглашений, которые могут существенно воспрепятствовать конкуренции или уменьшить ее.</p> <p>Помимо этого, закон содержит ряд положений, запрещающих конкретные виды вертикальных соглашений, например соглашения о поддержании перепродажных цен (статья 76), исключительных правах на сбыт, принудительном ассортименте и ограничении рынка (статья 77).</p>

Источник: UNCTAD Handbook on Competition Legislation.

Горизонтальные антиконкурентные соглашения

15. В интересах определения правоприменительных приоритетов и стандартов анализа было бы полезно среди горизонтальных соглашений проводить различие между так называемыми явными картелями и иными видами антиконкурентных соглашений.

16. Соглашения, перечисленные в главе III Типового закона ЮНКТАД о конкуренции, представляют собой так называемые явные картели, которые доказали свое исключительное вредное влияние на конкуренцию. По общему мнению, явные картели всегда носят антиконкурентный характер, и их с полным основанием можно назвать незаконными без проведения каких-либо дополнительных расследований⁴. Поэтому во многих правовых режимах регулирования конкуренции они прямо запрещены как нарушения закона *per se* или как антиконкурентные по своей цели.

17. В отличие от явных картелей другие виды соглашений между конкурентами могут иметь некоторые положительные последствия. Например, совместная сбытовая деятельность, позволяющая быстрее и эффективнее снабжать товарами клиентов, может обеспечивать определенные преимущества в плане повышения эффективности. В то же время, такие соглашения могут вредить кон-

⁴ Верховный суд Соединенных Штатов постановил, что "существуют определенные соглашения или виды практики, которые ввиду их пагубного воздействия на конкуренцию без всяких благотворных последствий неопровержимо считаются неоправданными и, следовательно, противозаконными без тщательного расследования конкретного ущерба, который они принесли, или экономических оснований их применения" (*Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958)).

курении, уменьшая возможности или желание участвующих в них компаний действовать самостоятельно или подталкивая и поощряя их к заключению антиконкурентных соглашений. В каждом конкретном случае общее влияние на конкуренцию зависит от характера соглашений и особенностей рынка. Поэтому такие виды потенциально антиконкурентных соглашений требуют более тщательного изучения и обычно подвергаются анализу на основе правила разумности, когда антимонопольные органы должны продемонстрировать вредные последствия предполагаемого картельного сговора.

18. С учетом учащения случаев уголовного преследования явных картелей в последнее время разница между двумя разновидностями горизонтальных соглашений приобретает еще большее значение. В некоторых странах явные картели считаются уголовными преступлениями и наказываются лишением свободы, в то время как другие виды сговоров между конкурентами влекут за собой гражданскую или административную ответственность.

Явные картели

19. Как отмечалось выше, явные картели представляют собой антиконкурентные соглашения между конкурентами, единственной целью или следствием которых является повышение цен или ограничение производства. К явным картелям обычно относятся четыре вида соглашений, направленных на установление цен, ограничение производства, раздел рынков и сговор на торгах.

20. В расширенный перечень явных картелей можно также включить групповой бойкот со стороны предприятий. В главе III Типового закона о конкуренции к подгруппе групповых бойкотов относятся явные картели, сговор с целью отказа от закупок или поставок, а также коллективный отказ в допуске к соглашению или к ассоциации, которые имеют решающее значение для конкуренции⁵.

21. Как отмечалось выше, соглашения, перечисленные в главе III Типового закона, обычно считаются явными картелями.

а) Соглашения, устанавливающие цены или иные условия продажи, в том числе в международной торговле

22. Пункт D.3 а) Комплекса принципов и правил предусматривает запрещение "соглашений, устанавливающих цены, включая экспортные и импортные цены". Совместное установление цен является одной из наиболее распространенных форм картельной практики, которая во многих странах рассматривается как нарушение *per se*.

23. Под совместным установлением цен понимается любое соглашение между конкурентами, направленное на повышение, согласованное определение или поддержание иным способом цен на товары или услуги. Согласованное установление цен может также включать соглашения об установлении минимальной цены, отмене скидок или использовании стандартной формулы расчета цен и т.п. Оно также имеет место в ситуациях, когда покупатели вступают в сговор для определения максимальных цен, которые они готовы заплатить за сырье или полуфабрикаты. Согласованное установление цен охватывает также другие условия продажи, которые влияют на цены для потребителей, например стоимость доставки, гарантии, программы скидок или ставки финансирования.

⁵ Бойкоты со стороны потребителей обычно не подпадают под этот запрет.

b) Участие в торгах по тайному сговору

24. Сговор на торгах может дать участвующим в нем конкурентам возможность реально повысить цены в тех случаях, когда коммерческие контракты присуждаются путем выбора среди заявок нескольких конкурентов. По сути, речь идет о ситуации, когда конкуренты заранее договариваются о том, кто из них выиграет торги и по какой цене, что противоречит самой цели проведения торгов, заключающейся в получении товаров или услуг по наиболее выгодным ценам и на наиболее выгодных условиях.

25. Сговор на торгах может принимать разные формы. Конкуренты могут договориться выигрывать торги по очереди. Некоторые конкуренты могут согласиться подать неприемлемые заявки, чтобы скрыть сговор на торгах. В других случаях конкуренты могут попросту согласиться не участвовать в торгах или отозвать уже поданные заявки. Помимо собственно подачи или неподачи заявки на торгах сговор на торгах должен также содержать определенный элемент компенсации якобы проигравшим участникам. Такие договоренности могут предусматривать привлечение проигравших торги участников к выполнению части полученного контракта или выплату другим участникам картеля денежной компенсации.

26. В большинстве стран сговор на считается незаконным. Даже в тех странах, где законодательство о конкуренции отсутствует, зачастую существует специальный закон о торгах. В большинстве стран сговор на торгах наказывается строже, чем заключение других горизонтальных соглашений, ввиду его мошеннического характера и, в особенности, ввиду его неблагоприятных последствий для государственных закупок и расходов.

Различные подходы в ныне действующем законодательстве – сговор на торгах

<i>Страна</i>	
Китай	Согласно статье 15 закона Китайской Народной Республики о пресечении недобросовестной конкуренции, участники торгов не имеют права подавать заявки в сговоре друг с другом с целью повышения или понижения цены. Кроме того, участники торгов не должны вступать в сговор с их организаторами в целях устранения конкурентов от участия в добросовестной конкуренции.
Германия	В законе о конкуренции отсутствуют положения, прямо посвященные сговорам на торгах. Однако сговор на торгах прямо запрещен уголовным правом Германии, см. статью 298 Уголовного кодекса.
Кения	Сговор на торгах считается уголовным преступлением, наказуемым лишением свободы на срок до пяти лет или штрафом в размере до одного миллиона шиллингов или тем и другим вместе. См. пункт 9 статьи 21 закона о конкуренции, Cap 504

Источник: UNCTAD Handbook on Competition Legislation.

c) Распределение рынков или покупателей

Справочник ЮНКТАД по законодательству о конкуренции

27. К соглашениям о распределении рынков и покупателей относятся такие соглашения, которые заключаются конкурентами для раздела рынков между собой. Эти соглашения, по сути, представляют собой отказ от конкуренции: "Я не буду продавать на твоём рынке, если ты не будешь продавать на моём". В рамках таких соглашений конкурирующие компании могут делить районы сбыта по географическому признаку или распределять клиентов или категории клиентов между конкретными членами картеля. Соглашения о географическом разделе рынков могут быть более эффективными, чем соглашения об установлении цен, позволяя избежать расходов и сложностей, связанных с согласованным установлением цен. Контроль за соблюдением соглашения участниками относительно прост, поскольку простое присутствие товаров конкурента на "чужом" рынке обнаруживает обман⁶.

28. Соглашения о распределении покупателей могут иметь место как во внутренней, так и в международной торговле. В последнем случае они зачастую предусматривают раздел международных рынков по географическому признаку с учетом уже сложившихся между поставщиками и покупателями связей. Компании, участвующие в таких договоренностях, очень часто соглашались не конкурировать на внутренних рынках друг друга.

29. Соглашения о распределении рынков и клиентов подрывают конкуренцию, ограничивая возможности более эффективных производителей группы выходить на рынки за пределами своих географических границ или работать с новыми клиентами. Поэтому такого рода ограничения, вероятно, затрудняют фирмам снижение удельных производственных затрат за счет использования эффекта масштаба.

d) Ограничение производства или продажи, в том числе путем установления квот

30. Ограничения производства или продажи – так называемые ограничения выпуска – призваны воздействовать на цены за счет искусственного ограничения предложения.

31. Ограничения выпуска могут быть связаны с соглашениями об ограничении производства, продаж или роста рынка. Такие ограничения зачастую применяются в секторах, где имеется избыток мощностей, а участники сговора хотят повысить цены. Чтобы обеспечить выполнение таких договоренностей, часто создаются пулы, через которые предприятия, превысившие свою продажную квоту, должны выплачивать компенсацию предприятиям, не выбравшим свою квоту.

32. По своим последствиям соглашения об ограничении выпуска аналогичны сговору об установлении цен: при снижении выпуска происходит рост цен. Поэтому более эффективные или инновационные фирмы не могут расти; фирмы могут быть лишены возможности полностью реализовать эффект масштаба. Снижается конкуренция и потребители платят более высокие цены.

⁶ Whish R (2009), Competition Law, Oxford University Press, 6th Ed.

- | | |
|----|-------------------------------------|
| e) | <i>Сговор об отказе от закупок</i> |
| f) | <i>Сговор об отказе от поставок</i> |

33. Сговор об отказе от закупок или поставок, иногда называемый групповым бойкотом, – это соглашение между конкурирующими фирмами о прекращении или ограничении своих продаж конкретным клиентам или, наоборот, прекращении или ограничении закупок у конкретных поставщиков. Групповой бойкот может использоваться как инструмент противоправной антиконкурентной практики. Например, в интересах выполнения соглашения об установлении цен компании-конкуренты могут договориться вести дела с другими партнерами лишь на согласованных условиях. В других случаях групповые бойкоты могут использоваться для того, чтобы не допустить ту или иную компанию на рынок или поставить в невыгодное положение уже работающего на нем конкурента. Цель бойкота может заключаться и в том, чтобы оказать давление на конкурентов, торгующих по сниженным ценам, чтобы заставить их выполнять договоренность о поддержании перепродажных цен. В некоторых случаях бойкот может быть неосуществим, однако угроза бойкота может побудить "потенциальную жертву" или "потенциальных жертв" придерживаться предписанной линии поведения.

34. Групповые бойкоты могут быть горизонтальными (т.е. компании-конкуренты могут договориться между собой не продавать товары определенным предприятиям или физическим лицам или не осуществлять у них закупки) или вертикальными (соглашения между участниками на разных стадиях процесса производства и сбыта, об отказе вести дела с третьей стороной, которая, как правило, является конкурентом участников соглашения).

35. В целом ряде стран групповые бойкоты считаются противозаконными, в особенности когда они используются для обеспечения выполнения других договоренностей или для ограничения конкуренции без каких-либо коммерческих оснований. Соответственно, сговор об отказе от поставки или закупки часто рассматривается как нарушение *per se*.

Различные подходы в ныне действующем законодательстве – бойкоты

Страна

Германия	Помимо общего запрета антиконкурентных соглашений, закон о борьбе с ограничениями конкуренции содержит конкретные положения, посвященные бойкотам (статья 21).
Соединенные Штаты	Верховный суд отметил, что не во всех случаях горизонтальные сговоры об отказе вести дела являются противоправными <i>per se</i> . Ответчик, закупочный кооператив, исключил одного из членов, не представив при этом никаких объяснений и не обеспечив процессуальных возможностей оспорить это исключение. Суд пришел к выводу, что подобные кооперативы обычно создаются в целях повышения экономической эффективности и постановил, что, если этот кооператив не обладал рыночным влиянием или исключительным доступом к тому или иному элементу, существенно важному для эффективной конкуренции, исключение члена должно

Страна

оцениваться с привлечением правила разумности и, соответственно, вполне может оказаться законным.

(Northwest Wholesale Stationers, Inc. V. Pacific Stationary & Printing Co., 472 U.S. 284 (1985))

В другом деле Верховный суд постановил, что групповой бойкот с целью повлиять на цену, уплачиваемую за услуги членов группы, является незаконным *per se* вне зависимости от рыночного влияния участников. (FTC v Superior Court Trials Lawyers Ass'n, 493 U.S. 411 (1990))

Источник: UNCTAD Handbook on Competition Legislation.

g) Коллективный отказ в присоединении к договоренности или ассоциации, имеющей решающее значение для конкуренции

36. Широко распространенным явлением в сфере производства и продажи товаров и услуг является членство в профессиональных и коммерческих ассоциациях. Такие ассоциации обычно устанавливают определенные правила приема новых членов, и в обычных условиях все те, кто отвечают таким требованиям, имеют право вступить в ассоциацию. Однако правила приема могут быть составлены таким образом, чтобы исключать некоторых потенциальных конкурентов либо путем их дискриминации, либо путем создания своего рода "клуба для избранных", что может привести к ослаблению или сдерживанию конкуренции. В то же время основанием для исключения лиц из профессиональных ассоциаций могут служить и веские профессиональные мотивы, например несоблюдение норм профессиональной деятельности.

37. Коллективный отказ в присоединении к договоренности может также иметь форму отказа в доступе к той или иной системе, необходимом для эффективной конкуренции на рынке.

Другие виды горизонтальных соглашений

38. Горизонтальные соглашения, помимо явных картелей, зачастую признаются антиконкурентными в силу либо их последствий, либо правила разумности. К таким соглашениям, как правило, относятся соглашения о совместном маркетинге, совместных закупках, совместных проектах НИОКР, а иногда и соглашения об обмене информацией.

39. Как отмечалось выше, во многих странах такие соглашения оцениваются в соответствии с правилом разумности, поскольку конкурентам иногда приходится сотрудничать или взаимодействовать в рамках стратегических союзов или совместных предприятий и поскольку такое взаимодействие может не только быть неопасным для конкуренции, но и стимулировать ее.

40. В то же время следует отметить, что назвать договоренность "совместной деятельностью" еще недостаточно для того, чтобы избежать ответственности *per se* в тех случаях, когда участники совместной деятельности используют этот механизм для повышения цен или ограничения производства.

Совместный сбыт

41. Совместный сбыт может принимать форму соглашений о совместной продаже товаров и услуг, их распределении или продвижении на рынках. Такие соглашения могут способствовать развитию конкуренции, если объединение взаимодополняющих ресурсов может обеспечить сокращение издержек и повышение эффективности в иных формах. В то же время сотрудничество в сфере сбыта может принимать форму соглашений о ценах, объемах производства и иных параметрах, имеющих важное значение для конкуренции, которые могут оказывать на нее пагубное влияние. Даст ли данная договоренность итоговый положительный результат для общества – этот вопрос должен решаться анти-монопольным органом в свете конкретных обстоятельств каждого дела.

Совместные закупки

42. Соглашения о совместных закупках заключаются компаниями для совместного приобретения необходимых им товаров и услуг. Соглашения о совместных закупках часто способствуют развитию конкуренции, помогая их участникам получать более от поставщиков значительные скидки, отражающие, в частности, более низкие сбытовые издержки, или экономить на доставке и распределении. В то же время в тех случаях, когда такие соглашения ведут к сговору за счет стандартизации издержек участников, они могут ослаблять конкуренцию. В Германии в закон о борьбе с ограничениями конкуренции были внесены поправки, предусматривающие особое исключение для договоренностей мелких предприятий или отраслевых объединений о совместных закупках, при условии что отдельные фирмы могут при желании вести закупочную деятельность самостоятельно. Федеральное антикартельное управление вмешивается здесь лишь в редких случаях, когда такого рода договоренность оказывает существенное отрицательное влияние на конкуренцию.

Совместные проекты НИОКР

43. Одна из разновидностей сотрудничества между конкурентами – соглашения о совместном ведении исследований и разработок. Большинство совместных предприятий, создаваемых конкурентами в сфере НИОКР, благоприятствуют конкуренции, принося существенные выгоды. Например, сотрудничество в сфере НИОКР может позволять участникам объединять взаимодополняющие ресурсы, технологии и ноу-хау, способствуя созданию новых или усовершенствованных товаров. Соглашения о совместных НИОКР могут ослаблять конкуренцию или препятствовать ей тогда, когда они ограничивают возможности участников использовать материальные результаты их сотрудничества.

Соглашения об обмене информацией

44. Соглашения могут предусматривать обмен обширной информацией между конкурентами. Хотя такой обмен информацией может быть необходим для налаживания сотрудничества, способствующего развитию конкуренции, иногда он повышает опасность сговора. В частности, поскольку обмен информацией о ценах, издержках, условиях сделок, маркетинговых стратегиях и других важных конкурентных параметрах может создавать проблемы для конкуренции, подобные соглашения в некоторых странах считаются антиконкурентными *per se*. Обмен критичной для конкуренции информацией может вести к сговору.

Вертикальные соглашения

45. К вертикальным соглашениям относятся соглашения между компаниями, находящимися на разных стадиях процесса производства или сбыта, т.е. соглашения между производителями и сбытовыми организациями или между оптовиками и предприятиями розничной торговли. Поскольку фирмы часто конкурируют друг с другом только косвенным образом, в общем итоге такие соглашения скорее ведут к росту эффективности, чем к существенному уменьшению конкуренции. Хотя в главе III Типового закона вертикальные соглашения не затрагиваются, некоторые виды потенциально антиконкурентных вертикальных соглашений упоминаются в главе VI Типового закона, посвященной злоупотреблению доминирующим положением. В то же время в системном плане представляется более правильным рассматривать вертикальные соглашения в связи с запретом антиконкурентных соглашений.

46. Во многих странах к вертикальным ограничениям применяется подход, основанный на "правиле разумности", в соответствии с которым считается, что такие ограничения не всегда вредны и при определенной структуре рынка могут быть даже полезны. Неценовые вертикальные ограничения редко вызывают возражения антимонопольных органов.

47. К вертикальным соглашениям, которые традиционно считаются проблемными с точки зрения конкуренции, относятся соглашения о поддержании перепродажных цен (ППЦ), исключительных правах сбыта, исключительной территории обслуживания или территориальном (географическом) ограничении рынка сбытовой организации и о принудительном ассортименте. В отличие от соглашений о перепродажных ценах, которые экономисты по-прежнему считают крайне нежелательными, к ограничительной практике организации сбыта предъявляется гораздо меньше претензий.

Поддержание перепродажных цен

48. Соглашения о поддержании перепродажных цен могут заключаться между поставщиками и сбытовыми организациями, когда поставщики обязывают их продавать свою продукцию по оговоренным ценам. Под практикой поддержания перепродажных цен обычно понимается установление розничных цен поставщиком. Очевидно, что поддержание розничных цен удушает конкуренцию товаров одной торговой марки, когда розничные организации, торгующие продукцией одной торговой марки, не могут конкурировать друг с другом по цене. Вместе с тем оно может способствовать конкуренции между товарами с разными торговыми марками в силу того, что розничные организации будут стремиться реализовать эффект масштаба. Как производители, так и розничные организации могут усматривать для себя интерес в поддержании розничных цен, и можно утверждать, что оно имеет интерес и для общества. Поскольку поддержание минимальных розничных цен ограничивает конкуренцию товаров разных торговых марок, когда на рынке реализуется продукция только одной из них, оно равнозначно сговору об установлении минимальных цен. Именно так часто обстоит дело в развивающихся странах, где экономическая концентрация, как правило, гораздо выше, чем в развитых странах, из-за гораздо меньшего совокупного национального дохода и, соответственно, более низкого спроса на фирменные товары, что оставляет нишу только для одного-двух крупных поставщиков каждого товара. В этой ситуации развивающиеся страны, скорее всего, будут рассматривать поддержание перепродажных цен как нарушение *per se*, притом что в развитых странах наблюдается другая тенденция – поддержание перепродажных цен разрешается в случае доказуемой пользы для общества.

49. Более подробную информацию о различных методах оценки практики поддержания перепродажных цен см. в комментариях к главе IV Типового закона о конкуренции.

Ограничительная практика организации сбыта

50. Договоренности об ограничительной практике организации сбыта могут содержаться в соглашениях, ограничивающих выбор покупателей или поставщиков, т.е. обязывающих покупателя приобретать все необходимые товары или услуги только у одного продавца или обязывающих продавца продавать свою продукцию только одной фирме. Почти все договоры франшизы содержат положения такого рода, запрещающие франшизополучателю закупать производственные компоненты, во всяком случае определяющие специфику торговой марки, со стороны, а не у франшизодателя. Проблема с ограничительной организацией сбыта с точки зрения конкуренции связана с тем, что такая практика способна закрыть рынок. Например, если в данном географическом регионе значительная часть розничных организаций определенного вида и уровня связана соглашениями об ограничительной организации сбыта с одним производителем, другой производитель не сможет воспользоваться достаточно большой сбытовой сетью для продажи своих товаров на этом рынке. Ограничительная организация сбыта запрещается, только если она существенно уменьшает конкуренцию на рынке. Более подробную информацию о различных методах оценки соглашений об ограничительной практике организации сбыта см. в комментариях к главе IV Типового закона о конкуренции.

Территория исключительного обслуживания или территориальное ограничение рынка

51. Подобное может быть предусмотрено в соглашениях, в которых поставщик ограничивает территорию, обслуживаемую сбытовой организацией. Подробнее о соглашениях об ограничении территории обслуживания см. в комментариях к главе IV Типового закона о конкуренции.

Договоренности о принудительном и полном ассортименте

52. Под соглашением о принудительном ассортименте понимается согласие одной из сторон продать определенный товар, но лишь при условии, что покупатель купит и другой товар (продаваемый "в нагрузку") или, по крайней мере, согласится не покупать такой товар у других поставщиков⁷. В крайнем случае продажи с полным ассортиментом покупатель обязан купить весь ассортимент товаров, производимых фирмой, чтобы получить один-два действительно необходимых. Продажи с принудительным ассортиментом могут отрицательно сказываться на конкуренции, если из-за продаж с нагрузкой значительная часть рынка оказывается закрыта, а конкурентам приходится в этих условиях уходить с него.

53. Подробнее об оценке соглашений о принудительном ассортименте см. в комментариях к главе IV Типового закона о конкуренции.

⁷ N. Pac. Ry. Co. v. United States, 356 U.S. 1, 5–6 (1958).

II. *Разрешение или изъятие*

В отношении практики, подпадающей под действие пункта I, могут быть предоставлены разрешение или изъятие, если заблаговременно направляется должное уведомление и если фирмы, ее применяющие, действуют в условиях реальной конкуренции, при условии, что должностные лица органов по вопросам конкуренции придут к заключению, что соглашение в целом будет иметь итоговый положительный эффект для общества.

54. Практически во всех странах запрет антиконкурентных соглашений допускает определенные изъятия. В то же время, поскольку в разных странах действуют разные режимы, их системы изъятий и разрешений отличаются друг от друга. В то время как в пункте II настоящей главы Типового закона о конкуренции предусмотрена такая система разрешений, в рамках которой национальные органы наделяются дискреционными полномочиями разрешать соглашения, о которых они получили уведомление, в других законодательных актах могут быть предусмотрены лишь юридические изъятия для конкретных видов соглашений, не оставляющие органам по вопросам конкуренции никакой свободы усмотрения. Например, антитрестовское законодательство Соединенных Штатов не предусматривает никаких изъятий или разрешений со стороны органов по вопросам конкуренции этой страны, т.е. никакой уведомительной системы для антиконкурентных соглашений. В то же время антитрестовское законодательство Соединенных Штатов предусматривает многочисленные изъятия на основании нормативных актов и судебных решений.

55. Следующие ниже замечания касаются разных форм разрешений, которые в противоположность изъятиям по закону могут предоставляться антимонопольными органами.

Блоковые и индивидуальные изъятия

56. Во многих странах предусмотрены системы блоковых и/или индивидуальных изъятий. В случае принятия решения о предоставлении блоковых изъятий некоторые категории соглашений подпадают под их действие без проведения индивидуальных оценок. Предполагается, что конкретно перечисленные категории соглашений удовлетворяют критериям, дающим право на изъятия. В числе примеров можно назвать блоковые изъятия, распространяемые на соглашения о НИОКР и специализации, в случае которых соединение взаимодополняющих знаний или ресурсов может дать ощутимое повышение эффективности.

57. С другой стороны, на отдельные соглашения могут распространяться индивидуальные изъятия. Для того чтобы получить разрешение, компании, намеревающиеся заключить потенциально антиконкурентное соглашение, должны уведомить орган по вопросам конкуренции обо всех его важных положениях. Процедурным аспектам такой системы уведомлений посвящена глава V Типового закона о конкуренции.

58. Как подробно поясняется в комментариях к главе V Типового закона о конкуренции, создание системы предварительных уведомлений и административных разрешений может вызвать накопление большого числа нерассмотренных уведомлений, будет отвлекать значительные ресурсы органа по конкуренции и оставлять заинтересованные стороны в условиях правовой неопределенности. Именно поэтому положения, требующие представлять уведомления о

потенциально антиконкурентных соглашениях, были исключены из законодательства ЕС о конкуренции.

Критерии предоставления изъятий

59. Антимонопольные органы могут дать компаниям разрешение на совершение определенных действий, если эти компании работают в условиях реальной конкуренции, а такие действия обеспечат "итоговый положительный эффект для общества". Такой чистый положительный эффект необходимо соизмерять с целями и задачами законодательства о конкуренции, которые желательно оценивать под углом зрения экономической выгоды или экономической эффективности. При определении критериев, оправдывающих предоставление изъятий, в качестве ориентира можно взять пункт 3 статьи 101 ДФЕС. В нем перечислены четыре условия, при соблюдении которых может быть предоставлено разрешение на заключение соглашения: соглашение должно а) способствовать совершенствованию производства или сбыта товаров или техническому или экономическому прогрессу, т.е. обеспечивать повышение эффективности, б) предоставлять потребителям справедливую долю полученных тем самым выгод, с) не налагать на участвующие предприятия ограничений, которые не являются необходимыми для достижения этих целей, или d) не давать таким предприятиям возможности устранить конкуренцию в отношении значительной части соответствующих товаров. Разработанный ЕС подход принят рядом стран, например Швейцарией.

60. Многие органы, занимающиеся вопросами конкуренции, в том числе Европейская комиссия, неохотно разрешают соглашения, относящиеся к категории явных картелей.

Изъятие de minimis или другие виды изъятий

61. Многие антимонопольные органы предоставляют применительно к запрету антиконкурентных соглашений изъятие de minimis компаниям, чья суммарная рыночная доля не превышает определенного процента (обычно 10–25%) соответствующего рынка или чья суммарная выручка не достигает определенного уровня. В то же время этот вид изъятий, как правило, не распространяется на явные картели.

62. В других случаях такое изъятие de minimis может быть предусмотрено законом. Например, закон о конкуренции Германии не распространяется на кооперацию малых и средних предприятий, если такая кооперация способствует рационализации хозяйственного оборота.

63. Помимо этого, некоторые законы о конкуренции предусматривают возможность выдачи разрешений – при конкретных обстоятельствах и на ограниченный период времени – на заключение таких договоренностей, как антикризисные картели (которые иногда называют картелями периода депрессии) и рационализаторские картели.

64. Примерами могут служить прежние антикартельные режимы Японии и Германии, которые позволяли органам по конкуренции разрешать антикризисные и рационализаторские картели при условии получения соответствующих обращений сторон. В этих странах изъятия для картелей периода депрессии и рационализаторских картелей были отменены, соответственно, в 1999 и 2005 годах. Следует отметить, что в других странах, в законодательстве которых такие положения по-прежнему сохраняются, изъятия в последние годы предоставлялись довольно редко.

Различные подходы в ныне действующем законодательстве – разрешение или изъятия

Страна

Вьетнам	<p>Изъятия могут предоставляться в том случае, если соглашение удовлетворяет одному из следующих критериев сокращения себестоимости продукции и отвечает интересам потребителей:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) оно позволяет рационализировать организационную структуру или масштабы хозяйственной деятельности или повысить ее эффективность; b) оно стимулирует технический или технологический прогресс или повышает качество товаров и услуг; c) оно способствует единообразному применению стандартов качества и технических условий по различным видам продукции; d) оно способствует унификации условий торговли, поставки товаров и платежа, но не имеет отношения к цене или вопросам ценообразования; e) оно повышает конкурентоспособность малых и средних предприятий; f) оно повышает конкурентоспособность вьетнамских предприятий на мировом рынке (закон о конкуренции, статья 10).
Япония	<p>При конкретных обстоятельствах и на ограниченный период времени допускалась возможность распространения изъятий на картели периода депрессии и рационализаторские картели. В процессе дерегулирования в конце 90-х годов эти изъятия были отменены.</p>
Европейский союз	<p>Хотя пункт 1 статьи 101 ДФЕС и запрещает антиконкурентные соглашения, в пункте 3 статьи 101 говорится, что положения пункта 1 могут быть признаны неприменимыми, если такие соглашения или решения способствуют "совершенствованию производства или сбыта товаров или стимулируют технический или экономический прогресс, позволяя при этом потребителям получить справедливую долю получаемых в результате благ", при условии, что они:</p> <ul style="list-style-type: none"> "a) не налагают на соответствующие предприятия ограничений, которые не являются необходимыми для достижения этих целей; b) не дают таким предприятиям возможности устранить конкуренцию в отношении существенной части соответствующих товаров".

Страна

Китай

Согласно статье 15 антимонопольного закона Китайской Народной Республики, в тех случаях, когда хозяйствующие субъекты могут доказать, что заключаемое ими монопольное соглашение отвечает любому из следующих требований, на это соглашение не распространяется действие статей 13 и 14 закона: 1) соглашение имеет целью совершенствование технологий, проведение исследований и создание новых товаров; 2) соглашение имеет целью повышение качества продукции, снижение издержек, повышение эффективности, унификацию технических условий или стандартов или профессиональное разделение труда; 3) соглашение имеет целью повышение операционной эффективности и конкурентоспособности малых и средних предприятий; 4) соглашение имеет целью обеспечение общественных интересов, например сохранение энергии, охрану окружающей среды, оказание экстренной помощи населению и т.д.; 5) соглашение имеет целью восполнить резкое сокращение объема продаж или сократить очевидно избыточный объем производства в периоды экономического спада; 6) соглашение имеет целью защиту обоснованных интересов внешней торговли или международного экономического сотрудничества; 7) соглашение имеет целью выполнение других предписаний закона или Государственного совета.

Когда монопольное соглашение отвечает одному из требований, перечисленных в пунктах 1–5, и тем самым не подпадает под действие статей 13 и 14 настоящего закона, участники экономической деятельности должны также доказать, что такое соглашение не ведет к существенному ограничению конкуренции на соответствующем рынке и может давать возможность потребителям также пользоваться положительными результатами соглашения.

Австралия

В законе о торговой практике определяется, при каких условиях Австралийская комиссия по конкуренции и правам потребителей (АККПП) может предоставить свое разрешение. В целом такое разрешение может быть дано, если положительный результат тех или иных действий для общества перевешивает возможный ущерб.

В законе предусмотрены разные критерии выдачи разрешений на осуществление тех или иных видов деятельности. Можно выделить следующие два критерия:

- АККПП может не разрешить заключение или исполнение предлагаемых или уже заключенных контрактов, договоренностей или взаимопониманий, которые могут содержать картельные положения, существенно ослаблять конкуренцию или предусматривать ограничительную организацию сбыта (помимо условия обязательных закупок у третьей стороны), если только она не придет к заключению, что во всех случаях положи-

Страна

тельный результат этих соглашений или практики для общества будет превышать возможный ущерб от ослабления конкуренции (первый критерий).

- АКПП может не разрешить предлагаемые положения, направленные на устранение конкурентов с рынка (прямой бойкот), косвенный бойкот, условие обязательных закупок у третьей стороны или поддержание перепродажных цен, если только она не придет к заключению, что во всех случаях положительный результат предлагаемого положения или предлагаемой практики для общества оправдывал бы разрешение этого положения или практики (второй критерий).

Кения

– Статья 25 кенийского закона о конкуренции, Сеп 504, предусматривает возможность предоставления изъятий из правил, установленных в отношении ограничительных соглашений, практики и решений и ограничительной деловой практики, применимых к отраслевым объединениям, на основании обращения предприятий и/или объединений предприятий при представлении ими необходимой информации по требованию антимонопольного органа. Рассмотрев обращение, антимонопольный орган может

- a) предоставить исключение;
- b) отказать в предоставлении исключения, уведомив об этом заявителя;
- c) выдать свидетельство о том, что, по его мнению, на основании фактов, имеющих в его распоряжении, соглашение, решение или согласованная практика или категория соглашений, решений или согласованной практики не является нарушением запретов в соответствии с этим законом.

– Пункт 2 статьи 26 предусматривает, что антимонопольный орган может предоставлять изъятия в силу исключительных и веских соображений публичного порядка, обосновывающих, почему соглашение, решение, согласованная практика или их категории должны быть исключены из правил запретов, содержащихся в законе.

– Пункт 3 статьи 26 предусматривает, что при принятии решения, связанного с соображениями публичного порядка, антимонопольный орган принимает во внимание то, в какой степени соглашение, решение или согласованная практика или их категории способствуют или приводят либо могут способствовать и проводить к следующим результатам:

- a) поддержание и стимулирование экспорта;
- b) повышение или предотвращение снижения производства или сбыта товаров или услуг;

Страна

с) содействие техническому и экономическому прогрессу или устойчивости любой отрасли;

d) получение пользы для общества, которая перевешивает или может перевесить уменьшение конкуренции и может быть получена благодаря соглашению, решению или согласованной практике или категории соглашений, решений или согласованной практики.

Источник: UNCTAD Handbook on Competition Legislation.
