

Коллективное доминирование на рынке

Материалы к семинару Комиссии
РСПП по металлургическому и
горнорудному комплексу

Коллективное доминирование на рынке

В 2006 году начался новый этап развития антимонопольной политики в России, который был обусловлен разработкой и принятием пакета законов, существенно изменивших не только дизайн, но и роль антимонопольного законодательства, практики его применения в формировании институциональной среды ведения бизнеса. Одна из важнейших новаций закона «О защите конкуренции» - норма о коллективном доминировании, описание которой представлено в части 3 статьи 5 упомянутого закона.

В российской и зарубежной литературе не прекращаются дискуссии о приемлемости концепции коллективного доминирования для целей антимонопольной политики, о легитимных сферах ее применения, а также о полученных или ожидаемых результатах применения данной нормы.

В экономической теории концепция рыночной власти является ключевой для объяснения распределения выигрышей между участниками добровольного обмена на товарном рынке. Правовым аналогом концепции рыночной власти является норма о доминирующем положении хозяйствующего субъекта (субъектов) на товарном рынке.

Федеральный закон № 135-ФЗ «О защите конкуренции» содержит три признака, при наличии которых (или хотя бы одного из них) хозяйствующий субъект признается занимающим доминирующее положение:

1. хозяйствующий субъект имеет возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке;



2. хозяйствующий субъект имеет возможность устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов;
3. хозяйствующий субъект имеет возможность затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.



Источник: <http://kozenyam.narod.ru>

Первый признак является основополагающим, поскольку и возможность устранять с товарного рынка конкурентов, и возможность затруднять доступ на рынок новых участников может рассматриваться как частный случай влияния на общие условия обращения товара на

соответствующем товарном рынке.

Доминирование на рынке существует далеко не во всех случаях. Для квалификации положения одного или нескольких хозяйствующих субъектов на рынке как доминирующего необходимо учитывать множество дополнительных характеристик, таких как:

- пороговые значения рыночных долей для каждого из участников рынка
- стабильность этих долей для каждого из участников рынка
- условия входа на рынок для новых участников рынка (преодолимость барьеров входа)
- доступность существенной для принятия решений информации (особенно по ценам)
- и т.д.

С экономической точки зрения, коллективное доминирование – это характеристика структуры рынка, которая предполагает возможность решающего влияния на общие условия обращения товара на рынке со стороны двух и более хозяйствующих субъектов. При этом важно наличие следующих условий:

- сравнительно невысокие издержки координации их действий, обусловленных возможностями оперативного получения каждым из них существенной информации о действиях других хозяйствующих субъектов на данном рынке,
- невысокие издержки пресечения действий конкурентов (применения наказания), отклоняющихся от общей линии поведения на рынке
- сравнительно невысокие издержки, обусловленные ответными действиями потенциальных конкурентов и конкурентов, не являющихся субъектами коллективного доминирования.

С юридической точки зрения, существующая в российском законодательстве правовая конструкция коллективного доминирования состоит из трех компонентов. Согласно ч.3 ст.5 закона «О защите конкуренции» коллективное доминирование устанавливается с помощью трех основных признаков:

- 1) рыночные доли крупнейших на рынке хозяйствующих субъектов;
- 2) время, изменение рыночных долей и барьеры входа;
- 3) заменяемость товаров и доступность информации об условиях реализации.

В соответствии с первой группой признаков совокупная доля не более чем трех хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем



■ Мегафон ■ МТС ■ Вымпелком ■ Прочие

¹ Приведена информация о долях рынка компаний сотовой связи в сегменте мобильной передачи данных в III квартале 2011 г. (по данным отчета AC&M Consulting)

товарном рынке, превышает 50%, или совокупная доля не более чем пяти хозяйственных субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйственных субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает 70%, если доля каждого из указанных хозяйственных субъектов не менее 8%.

По второй группе признаков: в течение длительного периода относительные размеры долей хозяйствующих субъектов неизменны или подвержены малозначительным изменениям, а также доступ на соответствующий товарный рынок новых конкурентов затруднен.

По третьей группе: реализуемый или приобретаемый хозяйствующими субъектами товар не может быть заменен другим товаром при потреблении, рост цены товара не обуславливает соответствующее такому росту снижение спроса на товар, информация о цене, об условиях реализации или приобретения этого товара на соответствующем товарном рынке доступна неопределенному кругу лиц.

В самом по себе факте коллективного доминирования ничего противоправного нет. Исключение может составлять случай, когда возникновение коллективного доминирования оказывается результатом действий участников рынка, которые могут быть

квалифицированы в терминах недобросовестной конкуренции или хищнического поведения (в первую очередь установления цен ниже собственных издержек – средних переменных или средних общих – в зависимости от применяемого теста на хищническое ценообразование).

В самом по себе факте коллективного доминирования ничего противоправного нет



Противоправными являются согласованные действия субъектов коллективного доминирования, ограничивающие конкуренцию, или злоупотребление каким-либо субъектом коллективного доминирования своим доминирующим положением.

Таким образом, норма о коллективном доминировании теоретически может применяться в трех группах случаев:

- а. недопущение злоупотребления доминирующим положением (в любой форме, перечисленной в статье 10 закона «О защите конкуренции», но особенно в виде монопольно высоких и монопольно низких цен);
- б. недопущение соглашений и согласованных действий, ограничивающих конкуренцию в любой форме, перечень которых представлен в статьях 11 и 11.1 закона «О защите конкуренции»;
- в. контроль сделок экономической концентрации, влияющих на границы «экономической фирмы», правовым аналогом которой является группа лиц в той части, которая связана с отношениями контроля.

В практике антимонопольного регулирования ЕС, откуда и была заимствована доктрина коллективного доминирования, она применяется не для «пресечения злоупотребления коллективным доминированием» (тем более индивидуально), а в рамках предварительного анализа сделок экономической концентрации (результативные попытки применения по статьям 101 или 102

В практике антимонопольного регулирования ЕС доктрина коллективного доминирования не применяется для «пресечения злоупотребления коллективным доминированием»



Договора о функционировании Европейского союза (ДФЕС) неизвестны). Проверка характеристик рынка на предмет соответствия признакам коллективного доминирования позволяет выдвинуть гипотезы о том, каковы будут предположительные последствия слияния.

На основании трех вышеуказанных групп можно выделить семь вариантов определения сферы применения нормы о коллективном доминировании.

1. только «а».
2. только «б».
3. только «в».
4. как «а», так и «б».
5. как «а», так и «в».
6. как «б», так и «в».
7. вместе «а», «б» и «в».

Каждый из этих вариантов применения нормы о коллективном доминировании обладает особенностями с точки зрения возможностей ошибочного наказания невиновного (не ограничивающего конкуренцию своими действиями хозяйствующего субъекта), так и ошибочного оправдания нарушителя, действия которого привели к ограничению конкуренции.



Коллективное доминирование в антимонопольном законодательстве России. Проблемы и возможные решения

Как указано выше, российское антимонопольное законодательство предусматривает в ч.3 ст.5 закона «О защите конкуренции» крайне жесткое, вероятно единственное в своем роде, юридическое определение коллективного доминирования. Оно основано в большей, а на практике - решающей, степени на фиксированном числе компаний и пороговом размере их рыночной доли. Оно также призвано привести к признанию индивидуального участника олигополии самостоятельно доминирующим и индивидуально злоупотребляющим своим «коллективным доминирующим» положением.

Особое опасение вызывает тот факт, что это упрощенное и устаревшее определение (возможно, инспирированное презумпцией о коллективном доминировании в законодательстве Германии от 1980 г.) на практике не дает возможности затронутым субъектам попытаться оспорить его применение юридическими и экономическими аргументами, в отличие, например, от положений ч.1 ст.5 закона «О защите конкуренции» о «классическом» доминировании одной компании. Обвиняемая в индивидуальном злоупотреблении коллективным доминирующим положением компания не может реально воспользоваться даже положениями ч.4 ст.5 закона «О защите конкуренции», поскольку она не может представить доказательства за других участников якобы имеющего место коллективного доминирования.

Если буквально следовать тексту положений ч.3 ст.5 закона «О защите конкуренции», выходит, что они не оставляют возможности для индивидуального подхода расследующего антимонопольного органа в каждом конкретном случае



подозреваемого коллективного доминирования и не позволяют учитывать конкретные, специфические условия разных рынков. Весьма неоправданным также представляется то, что хозяйствующий субъект с такой незначительной долей рынка как 8-15 %², может даже теоретически находиться в ситуации обвинения в самостоятельном злоупотреблении (коллективным) доминирующим положением.

Еще одной наглядной демонстрацией неоправданности нынешних подходов к коллективному доминированию в России

Любые санкции и запреты должны распространяться в равной степени и одновременно на всех субъектов, признанных как находящиеся в ситуации коллективного доминирования

является то, что ч.3 ст.5 закона «О защите конкуренции» вообще не согласуется с пониманием доминирующего положения как такового. С одной стороны, доминирующее положение, которое согласно ч.1 ст.5 должно было бы включать в себя и коллективное доминирующее положение, само по себе не является нарушением антимонопольного законодательства. С другой стороны, учитывая экономическую теорию

взаимозависимости в олигополиях, очевидно, что достижение коллективного доминирующего положения на практике невозможно без автоматического нарушения антимонопольного законодательства (координация при реализации на практике ведет к общей стратегии на рынке в ущерб меньшим конкурентам и

² В ЕС, например, порог до 15 % рынка вообще считается минимальным (*de minimis*), что означает, что вертикальные действия компании с такими низкими долями на рынке, как правило, едва ли могут оказать негативное воздействие на конкуренцию. Похожие подходы существуют и к горизонтальным действиям компаний.

потребителям, как описано в ч.1 выше). Следовательно, понятие коллективного доминирования при применении на практике российским антимонопольным органом согласно ч.3 ст.5 противоречит основополагающей презумпции, что доминирующее положение как таковое (т.е. без злоупотребления им) не является нарушением.

В соответствии с экономически правильным пониманием коллективного доминирования, любые санкции и запреты должны распространяться в равной степени и одновременно на всех субъектов, признанных как находящиеся в ситуации коллективного доминирования (и реализовавшие свою общую стратегию). Иными словами, нельзя оправдать одного из участников коллективного доминирования и наказать другого. Если же в ходе расследования установлено, что одни «коллективно» доминирующие субъекты злоупотребляли своим положением, а другие – нет (такая ситуация допускается нынешним российским законом «О защите конкуренции»), то нельзя вообще говорить о том, что в отношении всех рассматриваемых субъектов имелась ситуация коллективного доминирования.

Данные соображения говорят о том, что в свете современной экономической теории и развития антимонопольного права в странах с развитой системой защиты конкуренции, коллективное доминирование стало неуместным в антимонопольной правоприменительной практике, за исключением сферы контроля за экономической концентрацией.

Упрощенный подход с использованием рыночных долей к ситуации



Источник: <http://constitutionpartyoftennessee.com>



Комиссия по металлургическому и горнорудному комплексу

www.rspmet.ru



коллективного доминирования по п.1 ч.3 ст.5 закона «О защите конкуренции» и отсутствие индивидуального подхода в каждом конкретном случае, неоправданно затрагивает рынки России, характеризуемые эффективной и даже жесткой конкуренцией. Согласно действующему определению коллективного доминирования, многие успешные российские промышленные

Изменение п.3 ст. 5 закона «О защите конкуренции» не должно допускать возможности, чтобы коллективное доминирование могло быть ненадлежащее использовано как средство для оказания давления

компании хронически находятся в состоянии коллективного доминирования, даже не подозревая об этом, поскольку также хронически находятся в условиях жесточайшей конкуренции. Они же без каких-либо экономических оснований становятся мишенью для жалоб неуспевающих конкурентов и/или недобросовестных контрагентов.

Существующая редакция ч.3 ст.5 закона «О защите конкуренции» и расширяющаяся практика ее применения не позволяют указанному закону выполнять его основную цель – защиту добросовестной конкуренции и являются серьезнейшим сдерживающим фактором для российских и иностранных инвестиций в реальный сектор экономики России.

Именно поэтому эксперты в России и за рубежом убеждены, что ч.3 ст.5 закона «О защите конкуренции» должна быть существенно пересмотрена с тем, чтобы отказаться от строгого законодательного определения понятия коллективного доминирования с должным учетом экономической теории и



огромного опыта создания и применения антимонопольного законодательства ведущих антимонопольных юрисдикций мира, которые пришли к заключению, что весьма сложно доказать наличие коллективного доминирования не только между пятью, но даже между тремя (!) хозяйствующими субъектами с крупными долями на рынке.

Представляется, что исправленное понятие коллективного доминирования в будущей редакции закона «О защите конкуренции» должно включать в себя критерии оценки координации в олигополистическом рынке, широко воспринятые в экономической теории и в практике ведущих антимонопольных систем мира. Далее, исправленный закон «О защите конкуренции» должен позволить российским антимонопольным органам проводить оценку вероятности негласной координации в олигополистических рынках в конкретных рыночных условиях в каждом отдельном случае, и опять же принимая во внимание опыт ведущих антимонопольных юрисдикций. И, наконец, изменение ч.3 ст.5 закона не должно допускать возможности, чтобы коллективное доминирование могло быть ненадлежащее использовано как средство для оказания давления или санкций в отношении индивидуальных хозяйствующих субъектов (индивидуальной группы лиц).

Для решения описываемых задач, оптимальным было бы принять следующие поправки к закону «О защите конкуренции»:

1. Оставить текст ч.1 ст.5 в нынешней редакции, которая и без положений ч.3 ст.5 четко признает наличие понятия коллективного доминирования как такового, говоря о доминирующем положении «хозяйствующего субъекта (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц)...». Примечательно, что такой текст идет несколько дальше антимонопольного законодательства США, но в полной мере соответствует подходу статьи 102 ДФЕС.



2. Существующий текст п. 3 статьи 5 коренным образом изменить и изложить в следующей предлагаемой редакции, основанной на опыте стран с развитой системой защиты конкуренции:

«Доминирующим признается совокупное положение нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц), не входящих в одну группу лиц (за исключением финансовой организации), если только при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства и при осуществлении контроля за экономической концентрацией, будет установлено, что выполняются в совокупности следующие условия:

- 1) Каждый рассматриваемый хозяйствующий субъект имеет возможность предвидеть действия других рассматриваемых субъектов и, таким образом, участвовать в негласной координации поведения;*
- 2) Возможность такой негласной координации является устойчивой в течение длительного временного периода (в течение не менее чем трех лет или, если такой срок составляет менее чем три года, в течение срока существования соответствующего товарного рынка), относительные размеры долей хозяйствующих субъектов неизменны или подвержены малозначительным изменениям, а также доступ на соответствующий товарный рынок новых конкурентов затруднен;*
- 3) Реализуемый или приобретаемый рассматриваемыми хозяйствующими субъектами товар не может быть заменен другим товаром при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях), и рост цены товара не обусловлен соответствующими такому росту объективными экономическими факторами (в том числе спад спроса, рост цен на сырье и пр.).*



Коллективное доминирование. Вопросы для обсуждения

Разделы	Краткие пояснения
Законодательная база	Федеральный закон № 135-ФЗ «О защите конкуренции» от 26.07.2006 (далее – Закон о конкуренции)
История возникновения и дата появления	26 июля 2006 г. Практика ЕС (1990 г.)
Сферы применения	Практическое применение происходит иначе, чем в странах ЕС. В ЕС коллективное доминирование используется как правило для анализа сделок, затрагивающих экономическую концентрацию. В России при расследований дел, связанных со злоупотреблением доминирующим положением.
Определение	Ст. 5 (ч. 3) Закона о конкуренции: Доминирующим признается положение каждого хозяйствующего субъекта из нескольких хозяйствующих субъектов (за исключением финансовой организации), применительно к которому выполняются в совокупности следующие условия: 1) совокупная доля не более чем трех хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает пятьдесят процентов, или совокупная доля не более чем пяти хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем



Разделы

Краткие пояснения

товарном рынке, превышает семьдесят процентов (настоящее положение не применяется, если доля хотя бы одного из указанных хозяйствующих субъектов менее чем восемь процентов);

- 2) в течение длительного периода (в течение не менее чем одного года или, если такой срок составляет менее чем один год, в течение срока существования соответствующего товарного рынка) относительные размеры долей хозяйствующих субъектов неизменны или подвержены малозначительным изменениям, а также доступ на соответствующий товарный рынок новых конкурентов затруднен;
- 3) реализуемый или приобретаемый хозяйствующими субъектами товар не может быть заменен другим товаром при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях), рост цены товара не обуславливает соответствующее такому росту снижение спроса на этот товар, информация о цене, об условиях реализации или приобретения этого товара на соответствующем товарном рынке доступна неопределенному кругу лиц.

Основные дела

- ОАО НК «Роснефть»: решение по делу № 1 10/62-08; 1 10/28-09
- ОАО «Газпром нефть»: решение по делу № 1 10/63-08; 1 10/27-09
- ОАО «ТНК-ВР Холдинг»: решение по делу № 1 10/61-08; 1 10/25-09
- ОАО «Лукойл»: решение по делу №1 1064-08; 1 1026-09
- ОАО «Сильвинит» и ОАО «Ураклкалий»: решение



Разделы

Краткие пояснения

по делу № 1 10/11-07

- ОАО «МТС», «Мегафон» и «Вымпелком»: решение по делу 1 10/21-10

- Упрощенный подход к установлению коллективного доминирования / стандарты доказывания
- Один из методов регулирования цен
- Запасной механизм, когда хозяйствующего субъекта нельзя уличить в ситуации индивидуального доминирования, согласованных действий или картели (*не соответствует практике ЕС*)
- Вмешательство в хозяйственную деятельность

Вопросы для обсуждения

1. Разграничение коллективного доминирования и согласованных действий

- Проблемы разграничения: взаимосвязь, кратковременность и длительность формирования; причины возникновения, возможность перекалфикации, последствия.

2. Качественные и количественные признаки (количественные признаки преобладают)

- Определение рынка

Специального регулирования в отношении определения границ товарного рынка не предусмотрено. Применяется общий порядок (Приказ ФАС РФ от 28.04.2010 N 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке»)

- Определение субъектов коллективного



Разделы

Краткие пояснения

доминирования

- Формальный / упрощенный подход: Коллективное доминирование устанавливается только при наличии признаков, указанных в ч. 3 ст. 5 Закона №135-ФЗ «О защите конкуренции» без установления внутренних взаимоотношений и взаимосвязей субъектов и их влияния на конкуренцию на рынке, возможность координации, стимулы, устойчивость.

В практике ЕС для доказанности ситуации коллективного доминирования необходимо установление экономических связей между субъектами рынка («один субъект» / «фактические связи» / стратегия).

3. Ответственность

- Индивидуальная ответственность: Возможность привлечения к ответственности одного из субъектов коллективного доминирования за индивидуальные действия.

Привлечение к ответственности за злоупотребление доминирующим положением одного из субъектов коллективного доминирования противоречит мировой практике и приводит к коллизии с нормами ст. 10 в обычном их применении (в отношении одного хозяйствующего субъекта)

Ответственность Обратные штрафы за злоупотребление.

Таможенный союз Возможный пересмотр регулирования в случае принятия соответствующих нормативных актов в рамках Таможенного союза (Соглашение от 09.12.2010 «О единых принципах и правилах конкуренции»)



Разделы

Краткие пояснения

В соответствии со ст. 2 Соглашения от 09.12.2010 «О единых принципах и правилах конкуренции» (вступило в силу с 01.01.2012) «доминирующее положение» означает положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) либо нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) либо таким хозяйствующим субъектам (группам лиц) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов (субъектов рынка), и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам (субъектам рынка). Из данного определения не следует конкретных количественных характеристик в отношении коллективного доминирования, оно содержит только гибкие качественные признаки.

ЕС

- Ст. 102 ДФЕС (злоупотребление доминирующим положением) и European Merger Regulation (концентрация, приводящая к созданию доминирующего положения или его усилению)
- Коллективное доминирование используется при контроле за экономической концентрацией
- Существенным вопросом при доказывании наличия коллективного доминирования являются связи между хозяйствующими субъектами, которые позволяют им действовать как коллективному субъекту, структурные связи, экономическая взаимозависимость

Основными прецедентными делами являются:

- Case C-395/96 P Campagnie Maritime Belge



Разделы

Краткие пояснения

Transports v Commission

Коллективное доминирование при отсутствии структурных связей

- Case T-464/04 Impala v Commission

Доказательства коллективного доминирования

- Case T-228/97 Irish Sugar plc v Commission

Коллективное доминирование в вертикальных коммерческих отношениях

- Case T-102/96 Gencor Ltd. v Commission

Структуры рынка и схожесть цен

- Case T-342/99 Airtours plc v Commission

Три условия установления коллективного доминирования: прозрачность, «механизм наказания», иммунитет

- Cases T-68, 77, 78/89 Societa Italiana Vetro SpA and others v Commission

- Sony/BMG (Commission Decision 2005/188/EC [2004])



Наши эксперты



Боровиков Эдуард Вячеславович –
Партнер фирмы «Саланс»
<http://www.salans.com/>



Евтимов Богдан Венелинов –
Партнер фирмы «Саланс»
<http://www.salans.com/>



Максименко Анна Владимировна –
Старший юрист фирмы «Дебевоиз
энд Плимптон ЛЛП»
<http://www.debevoise.com>



Шаститко Андрей Евгеньевич –
Руководитель лаборатории
проблем конкуренции и
конкурентной политики
экономического факультета МГУ
(www.lccp.econ.msu.ru), Директор
центра исследований конкуренции
и экономического регулирования
РАНХиГС при Президенте РФ

