



Коллективное доминирование в антимонопольном законодательстве и правоприменительной практике России

Семинар Комиссии по металлургическому и горнорудному комплексу РСПП.

Москва, 27 марта 2012 г.

Эдуард Боровиков, партнер
SALANS LLP, Брюссель



Коллективное доминирование – Россия

Законодательное определение коллективного доминирования в статье 5.3 Закона:

Совокупная доля не более чем 3 хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает 50 %, или совокупная доля не более чем 5 хозяйствующих субъектов, доля каждого из которых больше долей других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, превышает 70 %. Не применяется, если доля хотя бы одного из указанных хозяйствующих субъектов менее чем 8 %.

- Двойное математическое определение, абсурдность с точки зрения экономической теории и п/п практики. Конкуренция в олигополии.

ТС/ЕврАзЭС

- Абсурдность с точки зрения богатого опыта передовых антимонопольных юрисдикций (ЕС, США, Канада и т.д.): понятие существует, законодательное определение отсутствует, рассматривается в контексте контроля за концентрацией, тщательный юридический и экономический анализ в каждом случае с учетом теории взаимозависимости игроков на олигополистическом рынке и вероятности возникновения координации.

Коллективное доминирование – Россия

Основные проблемы

- Нет возможности для индивидуального подхода в каждом конкретном случае, невозможно учитывать конкретные, специфические условия разных рынков и теорию взаимозависимости
- Трудности оспорить юридическими и экономическими аргументам (статьи 5.1 и 5.4)
- Доминирующее положение становится наказуемым само по себе
- Индивидуальная ответственность коллективно доминирующих компаний
- Конфликт с другими основополагающими положениями (статьи 11 и 12, компании с 8-15 % долей)

ВЫВОД:

- Устаревший и упрощенный подход. Дублирование запретов, отсутствие правовой предсказуемости и противоречие, если не вред, целям антимонопольного права

Коллективное доминирование – Россия

ПРИМЕР

Три волны «Нефтяного» дела

Первая волна «нефтяных» дел, 2008 г.

ОАО «НК «Роснефть», ОАО «Газпром нефть», ОАО «ЛУКОЙЛ» (и его дочерних обществ) и ОАО «ТНК-ВР Холдинг»:

- на оптовом рынке автомобильных бензинов: ОАО «НК «Роснефть» - 21,61%, ОАО «ЛУКОЙЛ» - 14,73%, ОАО «Газпром нефть» - 23,23%, ОАО «ТНК-ВР Холдинг» - 15,87% (совокупная доля - **73,44%**)
- на оптовом рынке авиационного керосина: ОАО «НК «Роснефть» - 21,47%, ОАО «ЛУКОЙЛ» - 26,30%, ОАО «Газпром нефть» - 15,94%, ОАО «ТНК-ВР Холдинг» - 15,46% (совокупная доля - **79,26%**)
- на оптовом рынке дизельного топлива: ОАО «НК «Роснефть» - 26,08%, ОАО «ЛУКОЙЛ» - 11,03%, ОАО «Газпром нефть» - 14,32% (совокупная доля - **51,44%**)
- на оптовом рынке мазута: ОАО «НК «Роснефть» - 31,15%, ОАО «ЛУКОЙЛ» - 10,05%, ОАО «Газпром нефть» - 17,22% (совокупная доля - **58,43%**).

ФАС: «каждый из хозяйствующих субъектов занимает доминирующее положение на соответствующих оптовых рынках нефтепродуктов в Российской Федерации». Совокупная сумма наложенных штрафов составила **5,4 млрд. руб.**

Вторая и третья волна «нефтяных» дел

ФАС: нефтяные компании, каждая из которых занимала доминирующее положение в составе коллективного доминирования, продолжали необоснованно завышать цены на оптовом рынке нефтепродуктов в 4 квартале 2008 г. и январе – феврале 2009 г. ФАС снова признала нефтяные компании нарушившими ст. 10 Закона о защите конкуренции и выдала предписания о прекращении нарушения.

- Позиция ФАС по данным делам была поддержана арбитражными судами, в том числе Высшим Арбитражным Судом РФ.
- Совокупная сумма штрафов **20,7 млрд. руб.**
- В результате заключения соглашений с ФАС сумма штрафов для некоторых компании была снижена («ТНК-ВР»: с 4,2 до 1,17 млрд. руб., что соответствует 1% выручки «ТНК-ВР» в 2008 г. на рынке оптовой реализации н/продуктов).
- ФАС: суммарно «нефтяники» выплатили более **550 млн. USD (!)** штрафов.

Коллективное доминирование – Россия

Последствия для успешных российских компаний и необходимость изменений

- Многие успешные российские промышленные компании хронически находятся в состоянии КД, даже не подозревая об этом, поскольку также хронически находятся в условиях жесточайшей конкуренции
- Именно успешные компании зачастую становятся мишенью для жалоб менее успевающих конкурентов и/или недобросовестных контрагентов, причем без каких-либо экономических оснований
- КД может быть ненадлежащее использовано как средство для оказания давления и угрозы применения санкций в отношении индивидуальных хозяйствующих субъектов
- Невозможность воспользоваться изъятиями, например, по вертикальным соглашениям предоставлять многие скидки, заключать долгосрочные эксклюзивные контракты, предлагать комплектную поставку и пр.
- Невозможно должное и ориентированное на изменения на рынке ценообразование, невозможна нормальная коммерческая деятельность и действительно добросовестная конкуренция. Инвестиции.
- Правовая определенность не гарантируется даже при постоянном отслеживании доли в пределах 8 %.
- Расширение географических границ рынка?

Коллективное доминирование – Россия

ЧТО ДЕЛАТЬ?

- Признать, что нет необходимости специального правового регулирования коллективного доминирования, применение понятия только для целей контроля за ЭК.
 - ▶ ИЛИ
- Законодательное определение коллективного доминирования должно, по меньшей мере, включать в себя критерии оценки координации в олигополистическом рынке, широко воспринятые в экономической теории и практике ведущих антимонопольных систем мира и позволять проводить глубокую оценку вероятности негласной координации в олигополистических рынках в конкретных рыночных условиях в каждом отдельном случае

Варианты решения:

- Предпочтительный: Оставить текст статьи 5 (1) в нынешней редакции, которая и без положений статьи 5 (3) признает возможность коллективного доминирования как такового, говоря о «доминирующем положении хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов». Текст статьи 5 (3) устранить полностью. (полное соответствие подходам по статье 101 и 102 ДФЕС).

ИЛИ

- Альтернативный (мене радикальный): Текст статьи 5 (3) изложить в следующей редакции, добавляющей критерии экономического анализа:

Коллективное доминирование – Россия

ЧТО ДЕЛАТЬ?

- *Доминирующим признается положение каждого из нескольких хозяйствующих субъектов, 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:*
 - ▶ *Каждый рассматриваемый хозяйствующий субъект имеет возможность предвидеть действия других рассматриваемых субъектов и, таким образом, участвовать в негласной координации поведения;*
 - ▶ *Возможность такой негласной координации является устойчивой в течение в течение длительного 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;*
 - ▶ *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.).*

Контактная информация

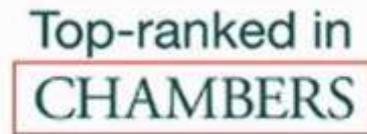
Salans LLP

Rue de la Régence 58
1000 Brussels
Belgium

eborovikov@salans.com

Tel: +32 2 552 29 00

Fax: +32 2 552 29 10



Salans LLP is a Limited Liability Partnership registered in England and Wales with Registration Number OC 316822. Regulated by the Solicitors' Regulation Authority of England and Wales. A list of the members of Salans LLP and of the non-members who are designated as partners of Salans LLP and/or its affiliated entities is available at its Registered Office: Millennium Bridge House, 2 Lambeth Hill, London EC4V 4AJ, United Kingdom. See www.salans.com for further information.