

Антимонопольное регулирование соглашений В ДИСТРИБУЦИИ УКРАИНЫ



Тимур Бондарев

управляющий партнер
адвокатского объединения
Arzinger



Александр Дякулич

юрист адвокатского
объединения **Arzinger**

НА СЕГОДНЯШНИЙ ДЕНЬ В УКРАИНСКОЙ ТОРГОВОЙ ПРАКТИКЕ ИСПОЛЬЗУЮТСЯ СИСТЕМЫ ВЫБОРОЧНОЙ (СЕЛЕКТИВНОЙ) И ЭКСКЛЮЗИВНОЙ ДИСТРИБУЦИИ, СОГЛАШЕНИЯ О ПОДДЕРЖАНИИ ПЕРЕПРОДАЖНЫХ ЦЕН, О НЕКОНКУРЕНЦИИ И ДРУГИЕ СХЕМЫ ПОСТРОЕНИЯ КАНАЛОВ ПРОДАЖ И ПРОДВИЖЕНИЯ ТОВАРОВ. НЕ РЕДКО ОНИ СОДЕРЖАТ ТАК НАЗЫВАЕМЫЕ ЖЕСТКИЕ ОГРАНИЧЕНИЯ КОНКУРЕНЦИИ И СВЯЗАНЫ С РИСКОМ НАРУШЕНИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА. РАССМОТРИМ ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ И ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ СИСТЕМЫ АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ДИСТРИБУЦИИ НА УКРАИНЕ.

Общие исключения

Общие исключения, относящиеся непосредственно дистрибуции, установлены ст. 8 Закона № 2210-III «Согласованные действия касательно поставки и использования товаров». Так, ч. 1 ст. 8 Закона № 2210-III предусматривает исключения из запретов на антиконкурентные согласованные действия для вертикальных соглашений, которые связаны с:

- использованием дистрибутором поставленных ему товаров данным поставщиком или третьим поставщиком;
- приобретением дистрибутором у других субъектов хозяйствования или продажа другим субъектам хозяйствования либо потребителям иных товаров;

- приобретением дистрибутором товаров, которые по своей природе или торговым обычаям не относятся к предмету соглашения (сделки);
- формированием поставщиком цен или других условий договора о продаже дистрибутором поставленного ему товара иным субъектам хозяйствования либо потребителям.

При этом ч. 2 ст. 8 Закона № 2210-III содержит три обстоятельства, при наличии как минимум одного из которых анализируемое вертикальное соглашение будет являться недопустимым и запрещенным:

- соглашение приводит к существенному ограничению конкуренции на всем рынке или

- в его значительной части, в т. ч. к монополизации соответствующих рынков;
- соглашение ограничивает доступ на рынок других субъектов хозяйствования;
 - соглашение приводит к экономически необоснованному увеличению цен или дефициту товаров.

Ввиду отсутствия в ст. 8 Закона № 2210-III четких параметров и пороговых показателей, при превышении которых положения ч. 1 названной статьи не действуют, проведение теста на определение допустимости конкретного договора дистрибуции требует осуществления экономического и эконометрического анализа с целью научно обоснованного доказывания неприменения к нему каждого из трех обстоятельств, предусмотренных ч. 2 ст. 8 Закона № 2210-III.

Block exemptions

Юридическим базисом для существования системы блочных исключений, установленных АМКУ, служит ст. 11 Закона № 2210-III, которая прямо предусматривает его право определять типовые требования (т. е. конкретные параметры) к групповым исключениям, содержащимся, в частности, в ст. 8 названного Закона.

Ключевыми в этой системе являются Типовые требования к согласованным действиям субъектов хозяйствования для общего освобождения от предварительного получения разрешения органов Антимонопольного комитета Украины на согласованные действия субъектов хозяйствования (утв. Распоряжением АМКУ от 12.02.2002 № 27-р (далее – Типовые требования)). Данные Типовые требования распространяются на все виды согласованных действий, за исключением так называемых жестких ограничений, которые касаются установления перепродажных цен, разделения рынков (по географическому принципу, ассортименту и т. д.), ограничения производства (реализации) товаров и искажения результатов торгов, при условии что стороны согласованных действий или лица, входящие в соответствующие группы, являются потенциальными конкурентами.

Фактически, Типовые требования устанавливают два режима оценки вертикальных соглашений в дистрибуции:

Исключение вертикальных соглашений из общих запретов на согласованные действия

Как и в большинстве правопорядков с развитым антимонопольным регулированием, в антимонопольном праве Украины действуют:

- система общих исключений, представленная ст. 7–9 Закона Украины от 11.01.2001 № 2210-III «О защите экономической конкуренции» (далее – Закон № 2210-III);
- система блочных исключений (block exemptions), установленная Антимонопольным комитетом Украины (далее – АМКУ) и состоящая из отдельных типовых требований к согласованным действиям, не требующим разрешения АМКУ на их осуществление;
- система индивидуальных исключений на основании специального разрешения АМКУ на осуществление согласованных действий.

- режим, базирующийся на концепции *de-minimis* и предполагающий, что совокупная доля групп лиц, в состав которых входят стороны договора дистрибуции, на любом из задействованных рынков не превышает 5%;
- режим, базирующийся на оценке рыночной власти и предполагающий, что совокупная доля групп лиц, в состав которых входят стороны договора дистрибуции, на каком-либо из задействованных рынков не превышает 20%, и при этом не превышены финансовые пороговые значения, указанные в п. 2.3 Типовых требований.

Типовые требования не предусматривают оценки кумулятивного эффекта, который может оказать заключенное соглашение на состояние конкуренции при наличии на том же рынке аналогичных действующих вертикальных соглашений.

Это снижает уверенность в допустимости вертикального соглашения даже при формальном соответствии параметрам и пороговым показателям Типовых требований.

Индивидуальные исключения на основании разрешения АМКУ

В случаях, если анализируемое соглашение не подпадает под исключения, установленные ч. 1 ст. 8 Закона № 2210-III и (или) Типовыми требованиями (либо имеются основания сомневаться в этом), единственной возможностью верификации такого вертикального соглашения является получение индивидуального разрешения АМКУ на согласованные действия.

Часть 1 ст. 10 Закона № 2210-III предусматривает возможность освобождения от запретов на антиконкурентные согласованные действия, установленные ст. 6 названного Закона, все виды согласованных действий независимо от их предмета на основании разрешения АМКУ, если будет доказано, что позитивный эффект от них превысит вероятные негативные последствия.

Анализ последствий рассматриваемого соглашения, проводимый специалистами АМКУ, базируется на эконометрических методах моделирования и прогноза. Необходимость анализа уже упоминавшегося выше кумулятивного эффекта (на основании данных учета АМКУ выданных и действующих разрешений на аналогичные согласованные действия на том же рынке) в этом случае прямо предусмотрена ч. 2 ст. 10 Закона № 2210-III.

Чтобы усилить доказательственную базу в отношении соответствия соглашения требованиям ч. 1 ст. 10 Закона № 2210-III, стороне, ответственной за согласование заявленных согласованных действий с АМКУ, необходимо самостоятельно подготовить экономические и эконометрические заключения специалистов, на которые АМКУ сможет положиться при обосновании своего решения о выдаче разрешения на согласованные действия.

На сегодняшний день самым надежным из рассмотренных вариантов с точки зрения минимизации риска нарушения антимонопольного законодательства является система индивидуальных разрешений на согласованные действия, выдаваемых АМКУ.

Процедура оценки допустимости договора в дистрибуции существующим исключениям должна начинаться с анализа его соответствия исключениям, установленным Типовыми требованиями. При получении отрицательных результатов оценивается соответствие договора требованиям ч. 1 ст. 8 Закона № 2210-III (что, как уже указывалось, связано с объективными сложностями). И только в случае, если результаты обоих предыдущих тестов оказались неудовлетворительными или есть основания с них сомневаться, стоит проанализировать возможность получения разрешения АМКУ на согласованные действия в соответствии с ч. 1 ст. 10 Закона № 2210-III.

Однако ситуация в анализируемой сфере может существенно измениться с принятием АМКУ Типовых требований к согласованным действиям касательно поставки и использования товаров (далее – Проект), устанавливающих четкие параметры применения ч. 1 ст. 8 Закона № 2210-III к соглашениям в дистрибуции.

Проект Типовых требований к соглашениям в дистрибуции

Базовые положения Проекта (например, о 30-процентном пороговом размере рыночной доли поставщика или дистрибутора, соответствие которому освобождает соглашение в дистрибуции из-под запрета на согласованные действия) позаимствованы из обновленного в 2010 г. европейского законодательства, касающегося блочных исключений в области вертикальных соглашений и их применения (Регламент Европейской комиссии № 330/2010 от 20.04.2010 по применению статьи 101(3) Договора о функционировании Европейского Союза к определенным категориям вертикальных соглашений и со-

гласованных действий – Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, далее – европейский Регламент).

Проектом предполагается дать законодательное определение терминам и концепциям, которые широко распространены в соглашениях в дистрибуции и антимонопольной практике (селективная дистрибуция, эксклюзивная дистрибуция, соглашение о неконкуренции и т. д.).

Ключевым параметром применения исключений из запрета на согласованные действия является оценка размера рыночной доли поставщика и дистрибутора.

Согласованные действия, предусмотренные ч. 1 ст. 8 Закона № 2210-III, являются допустимыми и не требуют разрешения АМКУ при условии, что совокупная доля поставщика или дистрибутора на релевантном рынке не превышает 30% и при этом любое лицо из группы, в которую входят стороны вертикального соглашения, не занимает монопольного положения на любом из задействованных рынков.

Однако детальной методики расчета долей дистрибутора и поставщика, равно как и пошагового алгоритма анализа договора дистрибуции на предмет его соответствия положениям об исключениях из общих запретов, Проект, в отличие от упоминавшегося выше европейского Регламента, к сожалению, не содержит.

Проект предусматривает жесткие вертикальные ограничения, на которые он не распространяется. Указанные ограничения, в частности, касаются:

- установления фиксированных или минимальных перепродажных цен. При этом разрешаются максимальные или рекомендованные цены;

- ограничения территории перепродажи товара. При этом разрешаются ограничения, связанные с определением места размещения дистрибутора, а также с функционированием системы эксклюзивной и селективной дистрибуции;
- отдельных аспектов функционирования системы селективной дистрибуции (ограничения на активные и пассивные продажи конечным потребителям, перекрестные продажи между участниками одной сети дистрибуции и т. д.).

Проектом предусмотрен анализ кумулятивного эффекта анализируемого соглашения – он не распространяется на вертикальные согласованные действия в случае, если совокупность взаимно не связанных вертикальных соглашений содержит аналогичные ограничения, под которые подпадает более 50% релевантного рынка.

Проблема заключается в том, что самостоятельно отследить все существующие на рынке договоры дистрибуции (вне зависимости от того, допустимы ли они в силу блочных исключений или в силу индивидуального разрешения АМКУ) стороны договора дистрибуции не смогут.

От этого практическая правоприменительная ценность Проекта может быть нивелирована.

Кроме того, Проектом в отличие от европейского Регламента не урегулированы вопросы дистрибуции в сети Интернет, хотя именно онлайн-дистрибуция имеет существенные особенности и перспективы, а потому ее антимонопольное урегулирование – вопрос сегодняшнего дня.

Таким образом, сегодня антимонопольное регулирование соглашений в дистрибуции на Украине остается непростым вопросом для многих юристов и экономистов.

Для минимизации рисков антимонопольного преследования рекомендуется осуществлять процедуру верификации договора дистрибуции, относительно которого существуют сомнения, в АМКУ.