

ЛПККП
ЛССР

**Лаборатория
Проблем конкуренции и
конкурентной политики**
119899, Москва, Воробьевы горы, Третий
корпус гуманитарных факультетов
www.lccp.econ.msu.ru

Бюллетень конкурентной политики

Выпуск №6
Май, 2012



Концепция трансграничных рынков как основа определения полномочий наднационального органа конкурентной политики

Авторы:

С.Б.Авдашева, А.Е.Шаститко

Редактор:

Н.С.Павлова

Аннотация

Данный бюллетень посвящен анализу проблем, возникающих при использовании критерия географических границ рынка для разграничения компетенций национальных и наднациональных органов конкурентной политики, в связи с началом деятельности Евразийской экономической комиссии.

При использовании, частичном или полном, материалов, изложенных в настоящем бюллетене, ссылка на Лабораторию Проблем конкуренции и конкурентной политики обязательна.

© С.Авдашева, 2012

© А.Шаститко, 2012

© ЛПККП, 2012

Содержание

Концепция трансграничных рынков как основа определения полномочий наднационального органа конкурентной политики.....	4
Summary	9

Концепция трансграничных рынков как основа определения полномочий наднационального органа конкурентной политики

В связи с созданием Евразийской экономической комиссии (ЕЭК) в рамках реализации соглашений по формированию таможенного союза на территории Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации возникает вопрос об определении сферы компетенции ЕЭК в части применения мер защиты конкуренции на товарных рынках. Данный вопрос приобретает особую актуальность, поскольку наряду с ЕЭК как наднациональным органом, уполномоченным аналогично Европейской комиссии по конкуренции ЕС противодействовать злоупотреблению доминирующим положением, ограничивающим конкуренцию соглашениям и согласованным действиям, а также контролировать сделки экономической концентрации, продолжают функционировать национальные антимонопольные органы стран-участников. В этой связи важным представляется установление критериев, на основании которых ЕЭК могла бы осуществлять свои функции, не дублируя, не подменяя, а органично дополняя функции и сферу компетенции национальных антимонопольных органов.

Можно предложить несколько вариантов определения действий и сделок, которые являются объектом применения законодательных запретов (в том числе антимонопольного законодательства) и регулирующих норм (в том числе антимонопольных предписаний). Принцип «исключения дублирования» действия национальных органов может дополняться принципом «общих интересов» (интересы разных стран-участниц соглашения могут вступать в противоречие друг с другом, и наднациональный орган действует тогда, когда существуют четкие ориентиры для сопоставления общих выигрышей и издержек и выигрышей и издержек отдельных стран).

В рамках сравнительного анализа принципы определения полномочий ЕЭК могут сопоставляться, пожалуй, только с принципами определения полномочий европейского органа конкурентной политики – Европейской комиссии по конкуренции (ЕКК). Главным критерием определения полномочий ЕКК служит распределение оборота компаний между странами-участницами Союза. В том случае, если оборот сосредоточен в одной отдельно взятой стране, деятельность компаний подпадает под юрисдикцию национального органа конкурентной политики. Иными словами, полномочия ЕКК определяются с помощью критерия транснациональных компаний – по крайней мере легко применимого, поскольку легко определить, на территории каких стран действует конкретная компания, и каков её оборот.

Для определения полномочий ЕЭК выбран другой критерий – критерий трансграничного рынка. Сразу поясним, в чем состоит концептуальная сложность использования этого критерия. Применение антимонопольного законодательства основано на понятии – извините за тавтологию, – *рынка для целей применения антимонопольного законодательства*. В разных юрисдикциях подходы к определению этого рынка различаются, но везде в основе – отношения замещения (либо только замещения продукта со стороны покупателей, либо еще и замещения в производстве). Рынок определяется как совокупность товаров и его *достаточно близких* заменителей (насколько близких – конкретизируют критерии, известные как SSNIP или тест гипотетического монополиста, и несколько специально разработанных показателей). Исходя из возможностей замещения, в каждом конкретном случае применения антимонопольного законодательства продуктовые и географические границы рынка должны определяться специально. Интересующийся читатель может обратиться к опыту ФАС России и оспаривания её решений судами. Набор аналитических инструментов, которые ФАС России и территориальные управления службы используют для идентификации границ рынка, в последние годы резко расширился. И тем не менее – определение границ очень часто оспаривается компаниями в судах, и суды не так уж редко отменяют решения ФАС России на том основании, что границы рынка при рассмотрении дела были определены неверно.

Подводя итог, рынок для целей применения антимонопольного законодательства – это результат специальной аналитической работы, совершенно несопоставимой с оценкой распределения оборота компании между отдельными странами. Посмотрим, к каким результатам это с достаточно высокой вероятностью должно привести.

Согласно проекту Критериев отнесения рынка к трансграничному в целях определения компетенции Евразийской экономической комиссии (далее - Критерии), разработанных на основании части 3 статьи 1 Соглашения о единых принципах и правилах конкуренции, устанавливается, что трансграничным будет считаться рынок, если географические границы товарного рынка охватывают территории или части территорий двух или более сторон Соглашения; негативное влияние на конкуренцию оказывается или может быть оказано на территории, географические границы которой охватывают территории или части территорий двух или более сторон Соглашения.

Дополнительным критерием отнесения рынка к трансграничному является доля объема реализации или покупки хозяйствующим субъектом (субъектом рынка), в чьих действиях усматриваются признаки, приводящие к нарушению установленных запретов, вне страны регистрации такого хозяйствующего субъекта (субъекта рынка) от общего объема товара, обращающегося на указанном товарном рынке.

К сожалению, однозначно на основе установленных критериев определить сферу компетенции ЕЭК таким образом, чтобы в дальнейшем не возникало вопросов о подведомственности тех или иных дел, связанных с ограничением конкуренции, или случаев контроля сделок экономической концентрации, не представляется возможным по следующим причинам.

Во-первых, сам по себе принцип трансграничности как основание для определения сферы ответственности ЕЭК создает определенные проблемы, так как возможны ситуации, когда анализ рынка для целей применения антимонопольного законодательства может приводить к неоднозначным выводам, особенно если учесть, что на национальном уровне правила анализа рынка могут быть не унифицированы.

Во-вторых, значительная часть ситуаций, которые должны быть отражены в критериях разграничения сфер компетенции ЕЭК и национальных антимонопольных органов, не нашла такого отражения в существующих проектах. В частности, предложенный вариант решения предполагает, что само по себе отсутствие трансграничности рынков (пусть даже по двум критериям) выводит соответствующую категорию дел из сферы компетенции ЕЭК. Например, класс ситуаций, когда хозяйствующий субъект действует на множестве отдельных географических рынков, каждый из которых определен в пределах национальных границ государств-участников, оказывается за пределами компетенции ЕЭК, хотя (возможно) более логично было бы рассматривать действия данного хозяйствующего субъекта силами ЕЭК, и именно такое решение и было бы принято в Европейском Союзе.

В-третьих, собственно определение географических границ рынка может допускать разные варианты (как в настоящее время Порядок анализа состояния конкуренции на товарном рынке, установленный Приказом ФАС России №220 от 28.04.2010). Неоднозначность результатов оценки может также приводить к коллизиям в части применения данных критериев. Как мы указали выше, мало того, что определение географических границ рынка для целей применения антимонопольного законодательства само по себе в каждом конкретном случае является предметом дискуссий. Мало того, что действующий Порядок не идеально, на наш взгляд, определяет подходы к определению географических границ рынка (чего, например, стоит определение географических границ рынка, исходя из местоположения продавца – пользуясь таким подходом, легко заключить, что розничный рынок бензина является мировым, поскольку бензоколонки ВР можно встретить в любой точке мира). Но в дополнение к этому географические границы рынка меняются со временем (внедрение Интернет существенно расширило географические границы многих рынков). А еще – географические границы рынка зависят от действующих правовых норм. Примером последнего служат конкурентные нормы ЕС,

налагающие довольно жесткие запреты на любые препятствия выравниванию экономического пространства в странах Союза¹. И как же можно определять сферу компетенции любого регулирующего органа с помощью такого правила?

В-четвертых, вопрос о сделках экономической концентрации, когда поглощающая сторона действует на одном рынке, а поглощаемая на другом национальном рынке, также не урегулирован данным проектом Критериев. Правда, поскольку в полномочия Евразийской экономической комиссии контроль сделок экономической концентрации не включен, этот вопрос приобретает исключительно умозрительный характер.

В-пятых, уже из представленного проекта Критериев понятно, что разграничение компетенций не будет действовать автоматически, поскольку необходимо определить границы рынка – географические и продуктовые, а в случае использования дополнительных критериев – состав участников рынка, объем рынка и рыночные доли участников. В чьей сфере компетенции находятся установление того, каковы географические границы рынка, а также оценка дополнительных критериев – нерешенный вопрос. Не исключен вариант, когда наднациональный орган существует исключительно формально, фактически не применяя действующих антимонопольных запретов.

Last but not least – вызывает удивление включение в перечень критериев отнесения рынка к трансграничному *негативного влияния [практики продавцов] на конкуренцию*. С точки зрения антимонопольного анализа маячит образ змеи, кусающей свой хвост: для определения рынка в качестве трансграничного нужен факт признания незаконной практики, а для признания практики незаконной необходимым условием является определение границ рынка для целей применения антимонопольного законодательства. Без определения границ рынка невозможна квалификация положения как доминирующего, а практики – как злоупотребления доминирующим положением (это признают и российский антимонопольный орган, и российские суды). Без определения границ рынка непонятно, каким образом соглашение ограничивает конкуренцию. Однако на основании чего должен наднациональный орган начать свои действия? На основании установленных ограничений конкуренции? Но он вообще не имел права о них задумываться, пока рынок не отнесен к трансграничным. А рынок не отнесен к трансграничным до тех пор, пока нарушение не установлено.

¹ Любопытные примеры того, каким образом реализуется принцип «никаких ограничений арбитражу между странами», можно найти в недавно принятых нормах, регулирующих правила торговли через Интернет. Подробнее см. Шалашова М.Е. Электронная коммерция в ЕС: новые нормы регулирования вертикальных ограничивающих соглашений в сфере интернет-торговли. Современная конкуренция, 2012, № 2 (32).

В итоге возникают значительные риски избыточной политизации и пробуксовки процессов принятия решений, с одной стороны, а с другой – возникновение проблемы ошибок I и II рода в применении установленных норм уже на самой начальной стадии функционирования ЕЭК. Поскольку нет оснований предполагать, что столь очевидных недостатков правовой конструкции «трансграничных рынков» не видят ни авторы критериев, ни эксперты, возникают сомнения в том, что вопрос определения полномочий ЕЭК *действительно* решается с позиций потребности в создании действенного наднационального антимонопольного органа.

Summary

S.Avdasheva, A.Shastitko

The Concept of Transborder Markets as a Basis for Defining the Competence of a Supranational Competition Authority

The bulletin covers the problems of using geographical market definition as criteria for demarcating the competences of national and supranational competition authorities in light of the recent creation of the Eurasian Economic Commission.