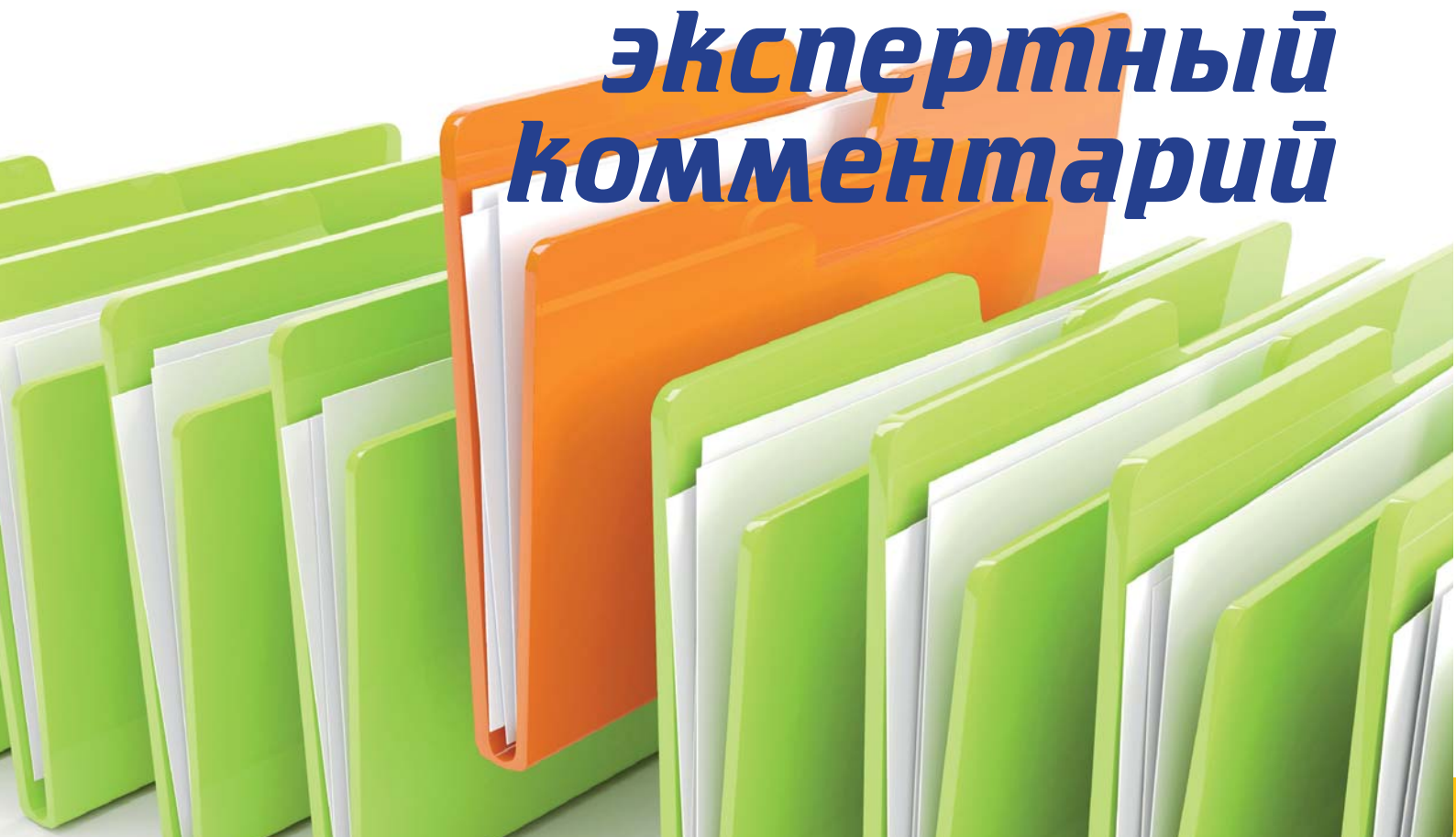


РЫНОК И КОНКУРЕНЦИЯ

СПЕЦИАЛЬНОЕ
ПРИЛОЖЕНИЕ
№4/2016

АНТИКОНКУРЕНТНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ

***экспертный
комментарий***



РЫНОК и конкуренция

Специальное приложение к журналу «Рынок и конкуренция», выпускаемое АО «Центр развития и защиты конкурентной политики».

Специальное приложение к журналу выпускается по заказу Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики РК по результатам итогов открытого конкурса государственных закупок от 26 февраля 2016 года № 121745.

Электронные версии журналов и его приложений на сайте www.czk.kz и www.kremzk.gov.kz

Адрес: 010000, г. Астана, ул. Орынбор 8 (Дом министерств), подъезд 3, офис 803.

Тел. (факс): 8 (7172) 792-735
Email: info@czk.kz

Тираж - 3000 экз.
Выпускается 1 раз в квартал

Бәсекелестік саясатты дамыту және қорғау орталығы» АҚ басып шығаратын «Нарық пен бәсекелестік» журналының арнайы қосымшасы.

Арнайы қосымша ҚР Ұлттық экономика министрлігі табиғи монополияларды реттеу және бәсекелестікті қорғау комитетінің 2016 жылғы 26 ақпанда ашық өткен № 121745 мемлекеттік сатып алудың қорытындылары негізінде берілген тапсырысы бойынша жарияланады.

Журналдардың, арнайы қосымшаларының электрондық нұсқаларын www.czk.kz және www.kremzk.gov.kz сайтында көре аласыздар.

Адрес: 010000, Астана қ., Орынбор көш. 8 (Министрліктер үйі), 3 подъезд, 803 офис.

Тел. (факс): 8 (7172) 792-735
Email: info@czk.kz

Таралым - 3000 дана
Тоқсанына 1 рет жарық көреді

Уважаемые читатели!

Представляем Вашему вниманию четвертый номер специального приложения к журналу «Рынок и конкуренция», который посвящен экспертным комментариям к нормам Предпринимательского Кодекса Республики Казахстан (далее – ПК РК) по антиконкурентным соглашениям.

В сентябре 2016 года АО «Центр развития и защиты конкурентной политики» (далее – Центр) по заказу антимонопольного органа Республики Казахстан – Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан был подготовлен и издан научно-практический комментарий к основным статьям Раздела 4 «Экономическая конкуренция» Предпринимательского кодекса Республики Казахстан (далее – Комментарий).

В авторский коллектив Комментариев вошли государственные служащие, эксперты и частнопрактикующие специалисты, ученые и практики, в том числе не один год занимающиеся защитой конкуренции под эгидой антимонопольного органа. Так, семь авторов имеют ученые степени кандидатов и докторов наук по юридическим и экономическим наукам; десять авторов являются действующими, а шесть авторов – бывшими сотрудниками антимонопольного органа Республики Казахстан.

Надеемся, что совместная работа авторов позволит сформировать сбалансированную точку зрения на комментируемые нормы антимонопольного законодательства Республики Казахстан и будет полезной для всех, кто профессионально занимается вопросами защиты конкуренции.

С электронной версией Комментариев можно ознакомиться на сайте Антимонопольного органа www.kremzk.gov.kz и Центра www.czk.kz.

Желаем Вам приятного прочтения!

С уважением,

А.Т. Айтжанов, президент АО «Центр развития и защиты конкурентной политики», заместитель заведующего кафедрой «Экономическая теория и антимонопольное регулирование» Евразийского национального университета им. Л.Н. Гумилева,

Құрметті оқырмандар!

Назарларыңызға 2016 жылғы «Нарық пен бәсекелестік» журналына қосымшаның төртінші санын ұсынамыз. Мұнда Қазақстан Республикасының Кәсіпкерлік Кодексінің (бұдан әрі – ҚР КК) бәсекелестікке қарсы келісімдер баптарына құқықтық ұстанымдар жазылған.

2016 жылы «Бәсекелестік саясатты дамыту және қорғау орталығы» АҚ (бұдан әрі – Орталық) Қазақстан Республикасының монополияға қарсы органы – Қазақстан Республикасы Ұлттық Экономика министрлігі Табиғи монополияларды реттеу және бәсекелестікті қорғау комитетінің тапсырысы бойынша ғылыми-практикалық түсіндірмені (бұдан әрі – Түсіндірме) дайындап шығарады.

Түсіндірменің авторлар ұжымына мемлекеттік қызметшілер, сарапшылар, жеке практик мамандар, ғалымдар мен практиктер кірді, олардың монополияға қарсы орган аясындағы бәсекелестікті қорғау саласында бірнеше жылдық тәжірибелері бар. Сонымен, 8 автордың заңгерлік және экономикалық ғылымдар бойынша кандидаттық және докторлық дәрежелері бар; 10 автор Қазақстан Республикасы монополияға қарсы органның қазіргі уақытта жұмыс істеп жатқан қызметкерлері, 6 автор – бұрынғы қызметкерлер.

Авторлардың бірлескен жұмысы Қазақстан Республикасы монополияға қарсы заңнаманың түсіндірме беріліп отырған нормаларына теңгерімді көзқарас қалыптастыруға мүмкіндік береді және бәсекелестікті қорғау мәселелерімен кәсіби тұрғыда айналысатындардың барлығына пайдалы болады деп үміттенеміз

Түсіндірменің электрондық нұсқаларын www.czk.kz және www.kremzk.gov.kz сайтында көре аласыздар.

Ықыласпен оқуларыңызға тілектеспін!

Құрметпен,

Алдаш Айтжанов, «Бәсекелестік саясатты дамыту және қорғау орталығы» АҚ президенті, Л.Н.Гумилев атындағы Еуразия ұлттық университетінің Экономикалық теория және монополияға қарсы реттеу кафедрасы меңгерушісінің орынбасары.



СТАТЬЯ 168 ПК РК. ВИДЫ АНТИКОНКУРЕНТНЫХ СОГЛАШЕНИЙ И СОГЛАСОВАННЫХ ДЕЙСТВИЙ¹

1. Комментируемая статья раскрывает виды антиконкурентных соглашений и согласованных действий, к которым относит горизонтальные и вертикальные, а также дает определение понятий «конкурент» и «потенциальный конкурент».

2. Под «конкурентами» в первом абзаце п. 1 ст. 168 ПК РК законодатель определяет субъектов рынка, осуществляющих продажу либо приобретение товаров на одном товарном рынке. Далее во втором абзаце этого пункта понятие «конкурент» определяется через определение субъекта рынка, находящегося в состоянии состязательности с другими субъектами соответствующего рынка. На практике это определение приводит к неправильным выводам о том, что конкурентами субъекта рынка (в частности, доминанта) не могут быть субъекты рынка, которые занимают незначительные доли на соответствующем рынке, так как они находятся не в состоянии состязательности.² Здесь необходимо отметить, что это состояние состязательности рынка во втором абзаце п. 1 комментируемой статьи понимается через факт наличия производства и (или) реализации субъектами на соответствующем товарном рынке аналогичного либо взаимозаменяемого товара. Таким образом, законодатель однозначно определяет конкурента как субъекта рынка, осуществляющего производство и (или) продажу одинакового товара на одном рынке.

3. В третьем абзаце п. 1 комментируемой статьи дается определение «потенциального конкурента», под которым признается субъект рынка, который имеет возможность (владеет оборудованием, технологиями) производить и (или) реализовать товар, аналогичный либо взаимозаменяемый с товаром конкурента, но не производит

и не реализует его на соответствующем товарном рынке. Необходимо отметить, что ни в 4 Разделе ПК, ни в других разделах ПК РК данный термин (определение) в такой формулировке не используется.

Вместе с тем, в п. 2 ст. 168 ПК РК используется понятие «потенциальный продавец (поставщик)», что дает основание под последним понимать именно потенциального конкурента. Кроме того, можно отметить, что до 1 января 2016 г. в редакции закона «О конкуренции» 2008 г. под «горизонтальными соглашениями» и «согласованными действиями» понимались соглашения конкурентов, а также потенциальных конкурентов. В Обзоре ОЭСР было представлено критическое отношение к использованию понятия «потенциальные конкуренты» как слишком широкой категории, теоретически позволяющей признать таковыми любых субъектов рынка.³

4. Горизонтальные соглашения в теории конкурентного права представляют собой соглашения между конкурентами, в то время как вертикальные соглашения являются соглашениями между субъектами, не находящимися в состоянии конкуренции, один из которых продает товар, а второй – является его приобретателем. Подобным образом были определены горизонтальные и вертикальные соглашения и в ПК РК.

Исходя из определений, изложенных в п. 1 и п. 2 ст. 168 ПК РК, стороны вертикального соглашения не конкурируют между собой, занимая различное положение на товарном рынке, тогда как стороны горизонтального соглашения – конкурируют.

При этом стороны и вертикального и горизонтального соглашения являются участниками одного и того же товарного рынка. В то же время, стороны вертикального соглашения, не конкурируя друг с другом в отношении предмета соглашения, могут быть конкурентами на другом товарном рынке либо на том же товарном рынке, но не в связи с предметом данного соглашения.

Примером конкурирования сторон вертикального соглашения на разных рынках может

¹ Авторы комментариев: Айтжанов А.Т., Мелдешев Ж.Ж. (Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан. Раздел 4 «Экономическая конкуренция» / Под общ. ред. А.Т. Айтжанова. – Астана: Центр развития и защиты конкурентной политики, 2016. – 255 с.).

² См. Заключение по результатам расследования в отношении ТОО «Каражыра ЛТД», утверждённое приказом руководителя Департамента Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан по Восточно-Казахстанской области от 30.12.2015 г. № 436-ОД; постановление Восточно-Казахстанского областного суда от 29.06.2016 г. № 3а/362.

³ Экспертный обзор ОЭСР. Конкурентное право и политика в Казахстане, 2016. – С. 27 // http://www.oecd.org/daf/competition/OECD2016_Kazakhstan_Peer_Review_RU.pdf.

быть случай, когда субъект А заключает договор купли продажи с субъектом Б о реализации ему оптом ГСМ (это рынок оптовой реализации ГСМ, где они не являются конкурентами). В то же время, оба субъекта могут быть конкурентами на рынке розничной реализации ГСМ, если и субъект А и субъект Б реализуют на этом рынке ГСМ в розницу.

Примером конкуренции двух субъектов рынка на том же товарном рынке, но не в связи с предметом вертикального соглашения, может быть следующий случай. Допустим, субъекты В и С являются участниками и конкурентами на рынке перевозки зерна. Субъект В заключает договор о субподряде с субъектом С (о перевозке определенной партии зерна). Это будет вертикальным соглашением, поскольку в отношении, регулируемом этим соглашением, стороны соглашения не конкурируют друг с другом.

При этом, в указанных выше примерах в случае включения сторонами вертикальных соглашений каких-либо условий, которые ограничивают конкуренцию и не являются связанными с предметом этих соглашений, такие условия могут быть квалифицированы как заключение горизонтального соглашения.

5. Остановимся кратко на рассмотрении сути горизонтальных соглашений. Соглашения между конкурентами, ограничивающие возможность их независимой деятельности путем принятия на себя определенных обязательств, принимают характер антиконкурентных горизонтальных соглашений. Но вместе с тем, не все соглашения между конкурентами ограничивают конкуренцию.

Многие виды совместной деятельности положительно сказываются на состоянии конкуренции: они могут стимулировать факторы эффективности, снижать риск, создавать новые виды продукции или методы ее распределения (дистрибуции), повышать качество информационных потоков и, таким образом, формировать конкурентный характер функционирования рынка. Конкуренты могут совместно инвестировать средства в строительство нового предприятия, коммуникационные сети или объекты совместной инфраструктуры, которые ни один из них не смог бы построить самостоятельно. Также они могут сообща осуществлять исследования и разработки, дорогостоящие для одной компании, совместно закупать сырье и материалы и, таким образом, снижать издержки. С другой стороны, горизонтальные соглашения между конкурентами могут устранять конкуренцию, сокращая объемы выпуска продукции и поднимая цены.

Встречаются случаи, когда горизонтальные соглашения могут в каких-то аспектах стимулировать конкуренцию, одновременно в целом слишком ограничивая ее.⁴

6. Также необходимо различать и отделять вертикальные соглашения от антиконкурентных вертикальных соглашений. Вертикальное межфирменное взаимодействие, которое может осуществляться в виде вертикальной интеграции или вертикальных соглашений (вертикальных договорных ограничений), является одним из направлений деятельности компаний, позволяющих повысить эффективность их функционирования на рынке.⁵

Наиболее распространенная форма вертикальных соглашений – отношения между предприятиями, находящимися на разных уровнях производства или реализации товара. Эти соглашения могут быть оформленными или неоформленными. Фирмы могут по своему выбору заключать детальные письменные контракты, а могут просто полагаться на устные договоренности или устоявшуюся практику, о которой известно участникам.

Оценка вертикальных соглашений в конкурентном праве является одной из наиболее сложных задач. В праве США только в 2007 г. окончательно сформировался подход о том, что любые вертикальные соглашения должны оцениваться только с применением «правила разумности» (rule of reason) Как отмечают эксперты, «трудность в оценке вертикального соглашения состоит в том, чтобы отделить ограничения, налагаемые соглашением на рыночное поведение его участника, от ограничений конкуренции на товарном рынке, которые могут возникнуть в результате реализации соглашения».⁶

4 Конкурентное право Республики Казахстан: учебное пособие / А.Т. Айтжанов, И.В. Князева, Н.В. Радостовец и др.; отв. ред. А.Т. Айтжанов; Центр развития и защиты конкурентной политики. – Астана, 2015. – С. 180. Там же. – С. 188.

5 Там же. – С. 188.

6 Конкурентное право России: учебник / Д.А. Алешин, И.Ю. Артемьев, Е.Ю. Борзило и др. - М: 2012. – С.177.

СТАТЬЯ 169 ПК РК. АНТИКОНКУРЕНТНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ⁷

1. Комментируя названную статью, целесообразно начать не с конкретных видов антиконкурентных соглашений, а с самого понятия «соглашения», которое закреплено в п. 4 ст. 169 ПК РК. Это важно в связи с тем, что любое запрещенное соглашение, прежде всего, должно подпадать под общие критерии соглашения в категориях антимонопольного законодательства, в том числе и для того, чтобы можно было провести четкое разграничение между ст. 169 и ст. 170 ПК РК, устанавливающей запреты в отношении согласованных действий.

Определяя «антиконкурентные соглашения», п. 4 ст. 169 ПК РК указывает на то, что под ними понимается любая договоренность субъектов рынка, которая приводит или может привести к ограничению конкуренции вне зависимости от формы самого соглашения, письменной и (или) устной. Это свидетельствует о том, что «соглашение» для целей антимонопольного регулирования понимается шире, чем «гражданско-правовой договор». Так, согласно ст. 378 Гражданского кодекса Республики Казахстан, под «договором» понимается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей.

Сопоставляя понятия «соглашения» в антимонопольном законодательстве и «договора» в гражданском праве, можно сразу отметить, что антиконкурентное соглашение может иметь место вне зависимости от того, заключено ли такое соглашение по правилам, установленным гражданским законодательством (например, антиконкурентное соглашение может быть заключено в устной форме, даже если гражданское законодательство требует обязательной письменной формы договора). Более того, антиконкурентное соглашение может содержаться не в едином документе, а в нескольких, или частично может быть выражено в письменной форме, а частично – в устной (например, когда письменный договор сопровождается устными договоренностями сторон). Таким образом, закон не предъявляет специальных требований к самой форме антиконкурентного соглашения. Такое соглашение может быть выражено в договоре, а может носить характер неформальной договоренности или понятийного соглашения, в том числе и устного.

В этой связи можно утверждать, что, по смыслу антимонопольного законодательства, соглашение представляет собой любую договоренность, т.е.

выражение взаимной воли сторон на достижение определенного результата. Если этот результат носит антиконкурентный характер, например, если субъекты рынка договорились о повышении цены на свои товары, такое соглашение может подпадать под запреты ст. 169 ПК РК. Общественная опасность антиконкурентного соглашения связана с тем, что участники такого соглашения фактически отказываются от самостоятельного индивидуального поведения на рынке и придерживаются единой модели поведения, которая взаимовыгодна для участников соглашения, но пагубна для состояния самой конкуренции.

Однако подобный подход к определению «соглашения» для целей антимонопольного законодательства на практике может привести к тому, что разграничение «соглашений» и «согласованных действий» будет затруднительным, особенно когда речь идет об устных соглашениях. В мировой практике не всегда можно встретить в принципе такой состав антимонопольного нарушения, как «запрещенные согласованные действия». Например, в ст. 1 Закона Шермана (The Sherman Antitrust Act) 1890 г., который является уникальным, поскольку, будучи принятым еще в позапрошлом веке, до сих пор применяется в США в качестве основного нормативного акта в области антимонопольного регулирования, содержится перечисление антимонопольных нарушений. И при этом в данной статье в принципе нет указания на такой вид нарушения, как «согласованные действия». Это, однако, не означает, что в США такого рода антиконкурентные практики являются законными. Просто они охватываются более широким понятием «сговора», которое как раз содержится в ст. 1 Закона Шермана. При этом для доказывания наличия такого сговора в США требуется более широкий набор элементов, чем просто подтверждение параллельного поведения участников.

Для сравнения, ст. 101 Договора о функционировании Европейского Союза, устанавливающая основы антимонопольного регулирования на территории ЕС, содержит понятие «согласованных действий». При этом, давая толкование соответствующей норме, правоприменительные органы ЕС не раз указывали, что, по большому счету, согласованные действия по своему существу близки к соглашениям, но не имеют такой формализации. Более того, согласованные действия и соглашения могут составлять одно сложное нарушение. Так, например, в деле *Comissionv. Anic* Европейская комиссия (антимонопольный орган ЕС) указала: «Сопоставление определений соглашения и согласованных действий в смысле ст. 85(1) [Римского] Договора свидетельствует о том, что с субъективной

⁷ Авторы комментариев: Айтжанов А.Т., Ахметов Р.Н., Джумабаева А.М. (Научно-практический комментарий к Предпринимательскому Кодексу Республики Казахстан. Раздел 4 «Экономическая конкуренция» / Под общ. ред. А.Т. Айтжанова. — Астана: Центр развития и защиты конкурентной политики, 2016. — 255 с.).

точки зрения они оба направлены на пресечение сговора, имеющего одинаковую природу, и различаются только по силе своей интенсивности и форме выражения».⁸

Таким образом, даже выделяя отдельно согласованные действия, европейский законодатель признает, что сущность и природа согласованных действий и соглашений крайне похожи.

Следует отметить, в практике антимонопольного органа дела о согласованных действиях встречаются чаще, чем дела об антиконкурентных соглашениях. Это обусловлено, в первую очередь, тем, что в ходе правоприменительной практики стандарт доказывания по согласованным действиям формируется на более низком уровне, чем стандарт доказывания соглашений, в рамках которого так или иначе необходимо установить факт достижения договоренности (т.е. прямого контакта между участниками соглашения). Согласованные действия, в свою очередь, могут быть доказаны через их объективированный результат. Например, в 2014 г. из 38 дел, инициированных антимонопольным органом по фактам, связанным с антиконкурентными соглашениями и действиями, по существу все касались именно согласованных действий.⁹

2. В целом, еще до принятия ПК РК, нормы законодательства об антиконкурентных соглашениях за последние годы претерпели существенные изменения, которые впоследствии отразились и в соответствующих положениях ПК РК. Речь, в частности, идет о том, что изначально, до 2013 г., Закон Республики Казахстан от 25 декабря 2008 г. № 112-IV «О конкуренции» в принципе не предполагал деления антиконкурентных соглашений на отдельные виды, для каждого из которых установлен особый правовой режим. Ст. 10 Закона о конкуренции содержала общий запрет на соглашения, которые приводят к ограничению конкуренции.

Только после поправок, внесенных в Закон о конкуренции 6 марта 2013 г., все антиконкурентные соглашения были разделены на три вида: (I) запрещенные горизонтальные соглашения, предусмотренные п. 1 ст. 10 Закона о конкуренции; (II) запрещенные вертикальные соглашения, предусмотренные п. 2 ст. 10 Закона о конкуренции; (III) иные антиконкурентные соглашения, не подпадающие под признаки соглашений, предусмотренных п. 1 и п. 2 ст. 10 Закона о конкуренции. Помимо этого, нормы об антиконкурентных соглашениях в Законе о конкуренции также устанавливали запрет на координацию экономической деятельности.

Впоследствии, поправками от 5 мая 2015 г. положения Закона о конкуренции относительно антиконкурентных соглашений были дополнены закреплением понятия «картеля» как наиболее опасного вида антиконкурентных соглашений и согласованных действий, при выявлении которого не требует-

ся доказывать факт ограничения конкуренции. Так, в частности, в Законе о конкуренции было указано, что под картелем (или антиконкурентными горизонтальными соглашениями и согласованными действиями) понимаются антиконкурентные соглашения или согласованные действия между субъектами рынка, являющимися конкурентами либо потенциальными конкурентами на одном товарном рынке, которые прямо указаны в п. 1 ст. 10 и п. 1 ст. 11 Закона о конкуренции. Также были дополнены разновидности запрещенных соглашений в зависимости от того, на достижение какого результата они были направлены. Так, помимо ценовых сговоров на торгах, к запрещенным антиконкурентным горизонтальным соглашениям поправками были отнесены и соглашения, направленные на искажение результатов торгов, в том числе посредством раздела лотов.

Следующий значимый этап реформирования данных норм был связан именно с принятием ПК РК. Сам ПК РК воспринял сформированную ранее структуру деления антиконкурентных соглашений на три вида, однако в нем появились новые, а также были уточнены ранее действующие нормы, которые должны оказать положительное влияние на развитие правоприменительной практики.

Таким образом, на сегодняшний день ст. 169 ПК РК выделяет три вида запрещенных антиконкурентных соглашений:

- (1) картели (антиконкурентные горизонтальные соглашения, находящиеся под безусловным или абсолютным запретом);
- (2) вертикальные соглашения;
- (3) иные соглашения, ограничивающие конкуренцию.

Как и прежде, помимо данных видов антиконкурентных соглашений, ПК РК также устанавливает запрет на координацию экономической деятельности.

3. Особенность картельного соглашения состоит в том, что оно является абсолютно запрещенным, поскольку презюмируется, что такое соглашение в любом случае является опасным для состояния конкуренции. Именно поэтому запреты, установленные ч. 1 п. 1 ст. 169 ПК РК, относятся к числу т. н. запретов *per se*. То есть соглашения, подпадающие под признаки ч. 1 п. 1 ст. 169 ПК РК, запрещены сами по себе, вне зависимости от того, приводят ли они в действительности к ограничению конкуренции или нет. В этой связи антимонопольный орган при расследовании подобных нарушений не обязан устанавливать признаки ограничения конкуренции, а может ограничиться лишь фактом самого достижения антиконкурентного соглашения.

В настоящий момент в соответствии с ч. 1 п. 1 ст. 169 ПК РК к картелям относятся горизонтальные соглашения следующего характера:

(1) *Ценовой картель, т.е. соглашение, направленное на установление или поддержание цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок*

Опасность такого соглашения состоит в том, что оно, вынуждая субъектов рынка отказываться

⁸ См. *Commission of the European Communities v. Anic Participazione SpA* [1999] ECR I-4125.

⁹ См. Экспертный обзор ОЭСР. Конкурентное право и политика в Казахстане, 2016. - С. 32 // http://www.oecd.org/daf/competition/OECD2016_Kazakhstan_Peer_Review_RU.pdf

от самостоятельного поведения, может привести к искусственному завышению цены, отказу участников рынка от самостоятельного поведения. Одним из примеров такого соглашения может служить согласование максимальных отпускных цен производителями соответствующего товара в рамках собраний и встреч.

(2) *Сговор на торгах, т.е. соглашение, направленное на повышение, снижение или поддержание цен на торгах, искажение результатов торгов, аукционов и конкурсов, в том числе путем раздела по лотам.*

Как правило, сговоры на торгах проявляются в том, что участники торгов заранее договариваются об определенном поведении для искусственного создания того или иного результата торгов. Зачастую такие сговоры могут быть выявлены, когда несколько участников, будучи формально независимыми, проводят совместные встречи или используют средства связи и коммуникации для согласования, а также осуществляют иные действия, дающие основание полагать, что участники торгов действовали по заранее определенному плану.

Так, например, в Решении Специализированного межрайонного экономического суда города Алматы от 12.02.2014 г. № 2-1917/14 приводится описание различных видов нарушений на торгах, которые были выявлены антимонопольным органом в отношении ТОО «КазРатСтройПроект», ТОО «Энергия Плюс», ТОО «Казпромсвязь», ТОО «SamalInfoCom». К ним относятся подача заявок прикрытия (когда один участник торгов подает заявку с ценой, заведомо превышающей цену заявки участника, который должен стать победителем); ротация заявок (т.е. определение очередности побед тех или иных участников, состоящих в сговоре), раздел по лотам и т.д. В решении отдельно анализируется вопрос об аффилированности заказчика с участниками торгов.

(3) *Сговор о разделе рынка (по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей).*

Такой картель может иметь место в случае, если субъекты рынка согласовывают квоты на определенные объемы производства товаров, либо распределяют между собой покупателей, в результате чего покупатели утрачивают возможность свободного выбора поставщика, а также в иных случаях, когда договоренность касается раздела рынка по тем или иным критериям. Как и в предыдущих случаях, такие договоренности лишают субъектов рынка возможности действовать самостоятельно.

Наиболее очевидным и опасным раздел рынка является тогда, когда рыночная доля участников соглашения довольно велика. В таком случае антиконкурентное поведение субъектов способно оказать влияние на весь рынок, в то время как негативный эффект на весь рынок от соглашения небольших компаний о распределении своих продаж может быть неочевидным.

В практике антимонопольного органа встречались дела, связанные с разделом товарного рынка

между конкурентами. Так, одним из ярчайших примеров является дело о соглашении о разделе рынка ингибитора солеотложения.¹⁰

Поставщики соответствующей продукции, приобретающие ее у ОАО «Химторг-Н», а также сам производитель в 2010 г. заключили Договор о сотрудничестве, в рамках которого ТОО «КазПром» и АО «КазХим» распределили между собой рынок сбыта продукции по кругу покупателей. При этом указанные компании обязывались не продавать товар покупателям своего конкурента. Антимонопольный орган в ходе расследования установил, что эта договоренность исполнялась участниками, в связи с чем они были признаны виновными в заключении антиконкурентного соглашения.

Следует отметить, что дело было рассмотрено в 2010 г., т.е. по ранее действовавшему законодательству. На тот момент ст. 10 Закона о конкуренции не предусматривала понятия картеля, а устанавливала единый перечень антиконкурентных соглашений, к числу которых относились и соглашения о разделе рынка (п. 3 ч. 1 ст. 10 Закона о конкуренции). Однако, если бы данное нарушение имело место в настоящий момент, то оно могло бы быть квалифицировано именно как картель в соответствии с п.п.) 3 ч. 1 п. 1 ст. 169 ПК РК.

(4) *Создание дефицита, т.е. сокращение или прекращение производства.*

Как правило, создание дефицита выгодно продавцам товара, поскольку дефицит приводит к повышению цен. В практике антимонопольного органа на данный момент отсутствуют дела, связанные с таким видом соглашения. Однако такие дела нередко встречаются в практике зарубежных государств.

В качестве примера можно привести дело, рассмотренное ФАС России в 2012 г., о т. н. «минтаевом картеле», т.е. картеле добытчиков и продавцов минтая, которые с целью удержания и повышения цен на минтай искусственно сократили объемы добычи и реализации минтая. В рамках данного картеля принимались решения об установлении и поддержании цен на минтай, а также о сокращении производства данной продукции и объемов ее реализации. Для координации деятельности «минтаевого картеля» его участниками была создана специальная Ассоциация.¹¹

На уровне ЕС в качестве примера можно привести дело о сговоре производителей электронно-лучевых трубок (ЭЛТ) и цветных кинескопов, рассмотренное в 2012 г. В рамках картеля, который по выводам Европейской комиссии существовал с 1996 по 2006 г., производители проводили многосторонние и двухсторонние встречи, в ходе которых договаривались о фиксировании цены, разделе рынка и ограничении объемов выпуска продукции.¹²

10 Конкурентное право Республики Казахстан: учебное пособие / А.Т. Айтжанов, И.В. Князева, Н.В. Радостовец и др.; отв. ред. А.Т. Айтжанов; Центр развития и защиты конкурентной политики. — Астана, 2015. — С.194.

11 Кинев А.Ю. Борьба с картелями, другими антиконкурентными соглашениями и согласованными действиями. Лучшие практики 2012 // СПС Консультант Плюс. 2013.

12 Commission Decision as of 5 December 2012 relating to a

(5) *Бойкот, т.е. отказ от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями.*

Природа таких соглашений, которые направлены на отказ от заключения договоров с отдельными субъектами рынка, представляется довольно сложной. С экономической точки зрения, такие соглашения, как правило, заключаются не между конкурентами, взаимный интерес которых к ограничению круга покупателей своей продукции маловероятен, а между производителем продукции и перепродавцами его продукции (дистрибьюторами, дилерами). В этой связи, на практике может возникнуть вопрос о том, как разграничить горизонтальные соглашения, подпадающие под действие ч. 1 п. 1 ст. 169 ПК РК, от соглашений, которые являются вертикальными, но приводят к последствиям, предусмотренным ч. 1 п. 1 ст. 169 ПК РК. Представляется, что горизонтальным такое соглашение будет в том случае, если оно заключено между производителем и перепродавцом его продукции (дистрибьютором, дилером), который одновременно производит взаимозаменяемый товар, т.е. фактически участвует в конкуренции с производителем.

Поскольку результатом картельных соглашений, как правило, является искусственное повышение цен, снижение стимулов к качественному развитию производства, к повышению его эффективности и затруднение доступа на рынок, такие соглашения, как было указано выше, абсолютно запрещены вне зависимости от реального наступления таких неблагоприятных последствий для конкуренции. Такие соглашения не подпадают под большинство исключений, предусмотренных законом¹³ и дающих возможность признать соглашение допустимым, даже если оно отвечает признакам антиконкурентного соглашения.

Принятие ПК РК ознаменовало собой два существенно важных изменения в регулировании картелей. Первое связано с исключением упоминания потенциальных конкурентов как возможных участников картельного соглашения. Ранее Закон о конкуренции под «антиконкурентным горизонтальным соглашением» понимал соглашение между конкурентами или потенциальными конкурентами.¹⁴ Наличие такой нормы теоретически могло привести к расширительному толкованию картеля и распространению запретов на любых, в том числе предполагаемых, участников рынка. Ныне действующая редакция ст. 168 ПК РК исключила из определения горизонтальных соглашений указание на потенциальных конкурентов. Таким образом, по смыслу данной поправки, соглашение между субъектом рынка и иным хозяйствующим субъектом, который имеет потенциальную возможность производить или реализовывать взаимозаменяемый товар, но

в действительности этого не делает, не может считаться горизонтальным и, соответственно, не должно подпадать под запреты ч. 1 п. 1 ст. 169 ПК РК.

Второе принципиальное изменение затронуло не только саму норму о картелях, но и в целом по-новому определило вектор развития антимонопольного регулирования. Оно связано с отказом от цели защиты прав потребителей инструментами антимонопольного законодательства. Действительно, ранее антимонопольный орган зачастую выполнял функцию органа, обеспечивающего защиту прав потребителей, например, от необоснованного повышения цен, отказа от заключения договоров и проч. В то же время, такое целеполагание не соответствует отраслевой принадлежности антимонопольного органа и целям самого конкурентного права, направленного, в первую очередь, на обеспечение свободной конкуренции. Защита прав потребителей может быть лишь косвенным положительным эффектом развитого антимонопольного законодательства и эффективной антимонопольной политики.

В этой связи из ст. 169 ПК РК исключено положение, ранее содержащееся в ст. 10 Закона о конкуренции, о том, что элементом антиконкурентного соглашения является нарушение прав потребителей. Таким образом, при оценке горизонтальных соглашений интересы потребителей не должны учитываться в правовой квалификации деяния. Однако следует иметь в виду, что это не означает, что такие потребители будут лишены права на обращение в антимонопольный орган с жалобами, которые могут послужить основанием для начала проверки деятельности субъектов рынка.

4. В отличие от горизонтальных соглашений, вертикальные соглашения заключаются между неконкурирующими участниками рынка, один из которых предоставляет товар (фактически является его продавцом), а второй – приобретает товар. Типичным примером вертикальных отношений являются дистрибьюторские договоры, в рамках которых производитель товара продает его своему дистрибьютору для дальнейшей перепродажи. Вертикальными будут и договоры, заключаемые производителем непосредственно с розничным продавцом (например, договоры между производителями и торговыми сетями). Таким образом, вертикальные соглашения заключаются между субъектами рынка, которые находятся на разных уровнях технологической цепочки создания и реализации товара.

Традиционно антимонопольное регулирование предусматривает для вертикальных соглашений более мягкий правовой режим, чем для горизонтальных, поскольку презюмируется, что они менее опасны для состояния конкуренции, чем соглашения между конкурентами.¹⁵ Более того, сами по себе вертикальные соглашения могут представлять угрозу для конкуренции, как правило, только в том

proceeding under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 53 of the EEA Agreement (Case COMP/39.437 — TV and computer monitor tubes) (notified under document C(2012) 8839) // http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39437/39437_6784_3.pdf.

¹³ Подробнее об исключениях см. ниже.

¹⁴ Более подробно о «потенциальном конкуренте» см. в комментариях к ст. 168 ПК РК.

¹⁵ См., например, Руководство по вертикальным ограничениям Европейской Комиссии (Guidelines on vertical restraints [SEC (2010) 411 final]) // <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3Acc0007>

случае, если их участники обладают значительной рыночной долей и рыночной властью, поскольку в этом случае их взаимоотношения с большей вероятностью могут оказать воздействие на весь рынок в целом.

Именно поэтому запреты в отношении вертикальных соглашений, предусмотренные п. 2 ст. 169 ПК РК, носят менее строгий характер и предусматривают значительное число исключений.

В то же время следует заметить, что запреты п. 2 ст. 169 ПК РК сконструированы фактически по форме запретов *per se*, т.е. такие соглашения запрещены сами по себе. С другой стороны, наличие п. 8 ст. 169 ПК РК, которая устанавливает критерии допустимости соглашений и распространяется на любые соглашения, кроме картельных, указывает на то, что к вертикальным соглашениям применяется правило разумного подхода (в иностранном антимонопольном регулировании именуемое *rule of reason*), позволяющее обосновать допустимость антиконкурентного соглашения наличием положительных эффектов для рынка. В этой связи, на данный момент сложно ответить на вопрос о том, будет ли антимонопольный орган принимать во внимание признаки ограничения конкуренции в результате заключения вертикальных соглашений в качестве необходимого элемента правонарушения.

Согласно п. 2 ст. 169 ПК РК к запрещенным вертикальным соглашениям относятся:

(1) *Соглашения об установлении цены перепродажи товара, за исключением соглашений, на основании которых продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепродажи (таким образом, установление фиксированной цены перепродажи или минимальной цены перепродажи подпадает под соответствующий запрет).*

Следует отметить, что такие условия не всегда могут быть прямо предусмотрены в самом соглашении (не будем забывать о том, что вертикальное соглашение также может быть устным). Фиксированием цены, например, может быть признано и установление производителем рекомендованной цены одновременно с установлением санкций за несоблюдение таких рекомендаций.

В случае с установлением максимальной цены также необходимо учитывать, что не всякая формально определенная максимальная цена может считаться допустимой. Так, например, если цена перепродажи определена как максимальная, но в реальности она является единственно приемлемой для покупателя с учетом нормы его расходов и прибыли, то такая цена может быть воспринята антимонопольным органом как фиксированная и, соответственно, подпадающая под запрет п.п.) 1 п. 2 ст. 169 ПК РК.

(2) *Соглашения, обязывающие покупателя не продавать товар субъекта рынка, который является конкурентом продавца (в международной практике называемые *downstream exclusivity*).*

Такое соглашение фактически направлено на ограничение межбрендовой конкуренции, поскольку дистрибьютор лишается возможности продвигать

товары конкурирующего бренда. Если представить ситуацию, при которой рыночные доли продавца и дистрибьютора являются существенными (например, каждый из них занимает доминирующее положение на рынке), то такое соглашение в принципе может привести к вытеснению иных продавцов с рынка в силу потери ими соответствующего канала продвижения своей продукции.

Такого рода условия допустимы в том случае, если речь идет о соглашении об организации покупателем продажи товара под товарным знаком продавца или производителя (или иным средством индивидуализации), либо при наличии оснований для применения исключений, предусмотренных ст. 196 ПК РК.

(3) *Соглашения, обязывающие продавца не продавать товар субъекту рынка, являющемуся конкурентом покупателя (т.н. *upstream vertical restraint*).*

Речь опять-таки идет об отказе работы с определенными субъектами рынка, однако в данном случае отказаться от этого будет вынужден продавец (производитель) товара. Фактически, такой режим обеспечивает эксклюзивность покупателя как единственного субъекта, реализующего товар соответствующего производителя. Посредством таких соглашений продавец и покупатель формируют единственный канал дистрибуции товара на рынок, в результате чего фактически ограничивается внутривидовая конкуренция.

Подобный случай уже рассматривался антимонопольным органом в 2011 г. Речь идет об антимонопольном расследовании в отношении соглашения между АО «НК «КазМунайГаз» (точнее, между ТОО «Refinery Company RT», которое фактически принадлежит АО «КазМунайГаз») и ТОО «Гелиос», в соответствии с которым АО «КазМунайГаз» обязалось продавать 100% объема сжиженного углеводородного газа ТОО «Гелиос».¹⁶ Таким образом, ТОО «Гелиос» фактически стало единственным покупателем и, в ходе дальнейшей перепродажи, пользовалось полученными необоснованными преимуществами в целях повышения цены. Антимонопольный орган признал данное соглашение антиконкурентным, поскольку оно приводит к установлению и поддержанию цен, разделу рынка, необоснованному отказу на заключении договоров и ограничению доступа на рынок.

Однако следует отметить, что, если бы дело рассматривалось по ныне действующему законодательству, то такое соглашение могло бы быть квалифицировано как вертикальное, в том числе как запрещенное вертикальное соглашение, обязывающее продавца не продавать товар конкурентам покупателя.

Следует отметить, что вопрос о негативном эффекте соглашений, предусмотренных п.п.) 3 п. 2 ст.

¹⁶ Пресечение нарушений антимонопольного законодательства Казахстана (Лучшие практики 2009 – 2013 гг.). / Агентство Республики Казахстан по защите конкуренции (Антимонопольное агентство), АО «Центр развития и защиты конкурентной политики». – Астана, 2014. – С.8.

169 ПК РК, является весьма неоднозначным, в связи с чем вызывает сомнение обоснованность включения таких соглашений в число запретов п. 2 ст. 169 ПК РК. Наибольшая вероятность наступления неблагоприятных последствий для конкуренции в результате такого соглашения имеет место в том случае, если рыночная доля участников соглашения является существенной (как в рассмотренном выше случае, поскольку участники соглашения были ранее включены в Государственный реестр субъектов рынка, занимающих доминирующее положение). В таком случае на рынке может сложиться ситуация, при которой продавец, являясь производителем товара, занимающего большую рыночную долю, распространяет его через единственного дистрибьютора, который, в свою очередь, может устанавливать необоснованные наценки в ходе перепродажи субдистрибьюторам или конечным потребителям, устанавливать ограничения по объему и проч. В то же время доступ к взаимозаменяемому товару будет затруднен в силу того, что он и так в меньшей степени представлен на рынке. Более того, если производитель занимает доминирующее положение на рынке, конкуренция на таком рынке в основном сводится именно к внутривидовой конкуренции, т.е. конкуренции между перепродавцами товара одного производителя. В то же время, если соглашением устанавливается эксклюзивный канал продвижения такого товара через единственного дистрибьютора или дилера, то даже внутривидовая конкуренция фактически упраздняется.

В то же время, запреты в отношении вертикальных соглашений в п. 2 ст. 169 ПК РК фактически установлены в качестве запретов *per se*, как было указано выше, и не предполагают никаких исключений, связанных, например, с рыночной долей участников соглашения. Однако мировая практика все же идет по пути более либеральной оценки вертикальных соглашений на основании т.н. «правила разумного подхода» (*rule of reason*), которое предполагает более глубокое исследование поведения субъектов рынка с тем, чтобы максимально учесть соотношение негативных и позитивных эффектов от того или иного соглашения. В этой связи, представляется, что основным инструментом для применения правила разумного подхода может стать п. 8 ст. 169 ПК РК, устанавливающий критерии допустимости соглашений.

Одновременно с этим следует отметить, что такого рода соглашения могут иметь и положительные эффекты, которые нивелируют отрицательные последствия для конкуренции. Так, например, представляется, что продавец может обосновать свои действия и допустимость соглашения тем, что такой способ дистрибуции через единственного дистрибьютора позволяет снижать издержки, увеличивать объемы продаж, оптимизировать количество складских остатков, использовать налаженную дистрибьюторскую сеть и оптимизировать процессы логистики, обеспечивать планирование производства и проч.

5. В соответствии с п. 3 ст. 169 ПК РК, к данной

группе соглашений относятся любые соглашения, как горизонтальные, так и вертикальные, которые приводят или могут привести к ограничению конкуренции. Таким образом, запреты, установленные данной нормой, не являются запретами *per se*, и антимонопольному органу необходимо в каждом случае устанавливать и доказывать ограничение конкуренции в результате совершения таких соглашений.

Это обусловлено тем, что такие соглашения могут не оказывать существенного негативного эффекта и в нормальной ситуации могут быть обусловлены какими-либо объективными факторами, наличие которых должно учитываться при оценке таких соглашений. Например, установление различных цен на один и тот же товар для разных покупателей может быть обусловлено тем, что часть покупателей приобретает товар для использования в личных некоммерческих целях. В такой ситуации едва ли можно говорить о том, что такое соглашение ограничивает конкуренцию.

Следует отметить, что п. 3 ст. 169 ПК РК, в отличие от п. 1 и п. 2 ст. 169 ПК РК, предусматривает открытый перечень антиконкурентных соглашений. Это означает, что в самой норме перечислены лишь некоторые из возможных видов антиконкурентных соглашений, однако на практике любые соглашения, если они ограничивают конкуренцию, могут подпадать под действие этой нормы.

Оценивая подобные соглашения (например, создающие дискриминационные условия, устанавливающие различные цены на один и тот же товар, направленные на навязывание условий договора и проч.), антимонопольный орган должен установить, приводят ли такие соглашения к ограничению конкуренции, например, к сокращению числа субъектов рынка, возможности определенных субъектов рынка оказывать влияние на общие условия обращения товара на рынке и проч.

6. Предусмотренная п. 5 ст. 169 ПК РК координация экономической деятельности представляет собой нарушение антимонопольного законодательства, весьма близкое по своим последствиям с антиконкурентным соглашением, однако данный вид нарушения делает акцент на координаторе, который согласовывает поведение участников рынка и, соответственно, адресован именно ему.

Сама по себе координация деятельности субъектов рынка не запрещена. Более того, в ряде отраслей такую координацию осуществляют специально создаваемые субъектами рынка ассоциации и союзы. Между тем, если координация носит антиконкурентный характер, т.е. приводит к последствиям, которые указаны в п. 1-3 ст. 169 ПК РК, то она запрещается законом.

Для квалификации нарушения по п. 5 ст. 169 ПК РК необходимо наличие следующих условий:

(1) сама координация, т.е. согласование действий субъектов рынка;

(2) наличие координатора, которым может быть третье лицо, не входящее в одну группу лиц ни с одним из субъектов рынка, действия которых координируются;

(3) координатор не должен осуществлять деятельность на том товарном рынке, на котором осуществляется согласование действий субъектов рынка;

(4) наступление или возможность наступления последствий, предусмотренных п. 1-3 ст. 169 ПК РК.

Закон не раскрывает, что именно следует понимать под «согласованием действий субъектов рынка». Очевидно, речь может идти о действиях координатора, которые приводят к разделу рынка между субъектами рынка, установлению определенной ценовой политики и проч. Однако в любом случае координация возможна только тогда, когда у координатора по той или иной причине имеется власть над субъектами рынка, действия которых координируются, иными словами, у него имеется возможность навязать свою волю субъектам рынка.

Примечательно то, что координатор не должен входить в группу лиц ни с одним из субъектов рынка, а также в принципе не должен осуществлять деятельность на том рынке, на котором координируются действия субъектов. Очевидно, этим подчеркивается разница между координацией и антиконкурентным соглашением, поскольку, если бы координатор действовал на том же рынке, подобные антиконкурентные действия должны были быть квалифицированы как антиконкурентное соглашение или согласованные действия.

Учитывая, что в законе нет ограничения по статусу лиц, которые могут выступать в роли координаторов, представляется, что координатором может быть как юридическое лицо, в том числе некоммерческое, так и физическое лицо.

7. Несмотря на потенциальную опасность антиконкурентных соглашений и на наличие большого количества запретов, в том числе запретов *per se*, ст. 169 ПК РК устанавливает также и различные исключения, которые обуславливают допустимость тех или иных соглашений, даже если они формально несут антиконкурентный характер.

Такие исключения могут относиться к отдельным видам соглашений, либо распространяться на любые виды соглашений в зависимости от того, какой критерий положен в основу исключения.

(1) Исключения для вертикальных соглашений

Поскольку вертикальные соглашения, как было указано выше, считаются и в действительности являются менее вредоносными для состояния конкуренции, а зачастую их положительные эффекты нивелируют негативные последствия, закон предусматривает ряд исключений для таких соглашений, при наличии которых они не считаются незаконными.

Такой подход в целом соответствует международной практике. Так, в рамках ЕС предусмотрены т.н. *block exemptions*,¹⁷ т.е. общие исключения, ко-

торые распространяются на вертикальные соглашения и создают своеобразную «зону безопасности» (*safe harbor*) для участников таких соглашений. Как и в случае с казахстанским законодательством, они распространяются на любые вертикальные соглашения, за исключением тех, которые относятся к абсолютно запрещенным. Например, в России такие общие исключения предусмотрены Постановлением Правительства РФ от 16.07.2009 г. № 583 «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами».

Критерий *deminimis*

Этот критерий позволяет выводить из-под запретов антимонопольного законодательства вертикальные соглашения субъектов рынка, доля которых на рынке не превышает определенного порога. Ст. 169 ПК РК позволяет применять это исключение к тем соглашениям, совокупная рыночная доля участников которых не превышает 20 процентов. Однако сразу следует оговориться, что данное исключение не применяется к абсолютно запрещенным вертикальным соглашениям, предусмотренным п. 2 ст. 196 ПК РК.

Данное правило, ставящее вопрос о законности соглашения в зависимости от рыночной доли, основано на том, что многие соглашения, которые могут иметь существенный негативный эффект при высокой рыночной доле их участников, не представляют такой опасности, если совершаются мелкими игроками рынка. В совокупности такие субъекты рынка, даже заключив соглашение, не получают возможности оказывать влияние на весь рынок в целом в силу присутствия большого числа иных игроков на рынке или наличия доминирующего субъекта, рыночная власть которого все равно окажется более значительной, чем у участников соглашения.

Однако следует отметить, что закон не конкретизирует, на каком рынке должна оцениваться рыночная доля участников соглашения. В данном контексте уместно вспомнить дело о соглашении между АО «НК «КазМунайГаз» и ТОО «Гелиос». Суд в рамках рассмотрения данного дела установил, что указанные компании действуют на разных рынках: на рынках оптовой и розничной реализации сжиженного углеводородного газа соответственно. На этом основании суд сделал вывод, что у данных лиц в принципе не может быть совокупной доли, поскольку они осуществляют разные виды деятельности. Суд сделал обоснованный вывод о том, что нельзя учитывать совокупную долю субъектов на разных рынках. Поэтому для применения данного исключения необходимо определить тот рынок, на котором оба субъекта участвуют одновременно, и считать их совокупную долю именно на этом рынке. Применительно к вертикальным соглашениям таким общим рынком всегда будет являться тот рынок, на котором производитель реализует свой товар (например, в случае с рассматриваемым делом это рынок оптовой реализации газа). На таком рынке одновременно присутствуют оба участника соглашения, только один из них действует в качестве продавца, а второй – в качестве покупателя.

¹⁷ Commission Regulation 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, Official Journal L 142, 23.4.2010, p.1, available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:102:0001:0007:EN:PDF>.

Таким образом, для учета совокупной доли участников рынка для применения критерия *deminimis* должен рассматриваться тот рынок, на котором производитель продает товар, а покупатель его приобретает. Соответственно, доля продавца определяется через объем реализованного им на рынке товара, а доля покупателя – через объем приобретенного им товара. Причем следует учитывать, что покупатель может приобрести этот товар одновременно у нескольких продавцов (например, если на рынке представлены взаимозаменяемые товары, формирующие единые продуктовые границы рынка) и, соответственно, его доля должна определяться по общему объему приобретенного товара. И, наоборот, продавец может реализовывать товар нескольким покупателям. Таким образом, доли продавца и покупателя не обязательно будут одинаковыми.

Исключения для вертикальных соглашений, заключенных в определенной форме

П. 3 ст. 169 ПК РК указывает, что предусмотренные ею запреты не применяются к вертикальным соглашениям, которые являются договорами государственно-частного партнерства, в том числе договорами концессии, комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга).

Таким образом, ПК РК выводит из-под действия запретов соглашения, которые оформляются для реализации проектов государственно-частного партнерства. Само государственно-частное партнерство регулируется Законом Республики Казахстан от 31.10.2015 г. № 379-V ЗРК «О государственно-частном партнерстве». Согласно ст. 1 Закона о ГЧП, под «ГЧП» понимается форма сотрудничества между государственным партнером и частным партнером, соответствующая определенным признакам. ГЧП направлено на реализацию инвестиционных проектов с участием государства и частных лиц по правилам, специально предусмотренным для такого партнерства. Очевидно, установление исключений для договоров ГЧП связано, в первую очередь, с тем, что ГЧП предполагает, как правило, развитие социально значимых инфраструктурных проектов на основании государственной собственности посредством привлечения частных партнеров, специально отобранных для реализации таких проектов. Соответствующее исключение, судя по всему, должно обеспечить стабильность договоренностей государственного и частного партнера и гарантировать достижение результатов проектов ГЧП.

При этом проекты ГЧП могут быть реализованы как на институциональной основе (т.е. посредством создания специальной компании), так и на контрактной основе (посредством заключения договора ГЧП в той или иной форме).

Само по себе понятие договора ГЧП является довольно широким и определяется ст. 1 Закона о ГЧП как «письменное соглашение, определяющее права, обязанности и ответственность сторон договора ГЧП, иные условия договора ГЧП в рамках реализации проекта ГЧП». При этом, с точки зрения гражданского законодательства, договор ГЧП может относиться к разным видам договоров, в том

числе непоименованным и смешанным договорам, как это следует из ст. 7 Закона о ГЧП.

С учетом этого, возникает несколько вопросов, связанных с применением исключения, предусмотренного п. 3 ст. 169 ПК РК для договоров ГЧП.

Во-первых, не совсем понятно, применяется ли исключение к любым договорам ГЧП. Согласно ст. 7 Закона о ГЧП, договор ГЧП может быть выражен не только в форме договоров концессии или франчайзинга, но и в форме договоров доверительного управления государственным имуществом, лизинга, аренды государственного имущества, договора на разработку технологии, опытного образца, опытно-промышленных испытаний и мелкосерийного производства, сервисных контрактов и проч. Судя по формулировке п. 3 ст. 169 ПК РК, исключение применяется к любым договорам ГЧП, вне зависимости от их формы. В то же время, очевидно, что не любой договор ГЧП в принципе предполагает вертикальные отношения, т.е. отношения, связанные с передачей и приобретением товара. Поэтому исключение должно применяться только к тем договорам ГЧП, которые сами по себе соответствуют общему понятию вертикальных соглашений, закрепленному в ст. 168 ПК РК. В противном случае, такие договоры в принципе не должны рассматриваться с точки зрения вертикальных ограничений.

Во-вторых, возникает вопрос о применении исключения к любым договорам франчайзинга, а не только к тем, которые заключаются в рамках проектов ГЧП. В п. 3 ст. 169 ПК РК законодатель использует формулировку «в том числе», говоря о том, что запреты не распространяются на договоры ГЧП (в том числе, договоры концессии и франчайзинга). Однако очевидно, что договоры франчайзинга или комплексной предпринимательской лицензии могут заключаться и вне рамок проектов ГЧП. Договоры франчайзинга регулируются ГК РК. В соответствии со ст. 896 ГК РК, по договору комплексной предпринимательской лицензии одна сторона (комплексный лицензиар) обязуется предоставить другой стороне (комплексному лицензиату) за вознаграждение комплекс исключительных прав (лицензионный комплекс), включающий, в частности, право использования фирменного наименования лицензиара и охраняемой коммерческой информации, а также других объектов исключительных прав (товарного знака, знака обслуживания, патента и т.п.), предусмотренных договором, для использования в предпринимательской деятельности лицензиата.

Очевидно, что применение исключения для таких договоров, в первую очередь, связано с тем, что они сопряжены с распоряжением исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности, поскольку данная сфера традиционно обладает спецификой в рамках антимонопольного регулирования.¹⁸ Более того, ст. 900 ГК РК прямо устанавливает допустимость включения в договор

¹⁸ Об исключениях, связанных с осуществлением исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, см. ниже.

франчайзинга определенных ограничительных условий, которые не могут рассматриваться как нарушающие антимонопольное законодательство. В то же время, если ПК РК предусматривает данное исключение только для тех договоров франчайзинга, которые заключаются в рамках проектов ГЧП, то такое ограничение представляется необоснованным, поскольку аналогичные основания для исключения франчайзинговых договоров из сферы действия запретов ст. 169 ПК РК имеются и для любых других договоров франчайзинга. Кроме того, представляется, что использование договора франчайзинга в рамках проектов ГЧП при участии государственного и частного партнеров в принципе маловероятно. В любом случае, франчайзинг едва ли может стать распространенной формой договора ГЧП, поскольку этот договор в меньшей степени отвечает идее реализации инвестиционных проектов в рамках ГЧП.

Следует отметить, что, даже несмотря на наличие соответствующего исключения в ПК РК в отношении договоров франчайзинга, в самом ГК РК содержится норма (п. 2 ст. 900 ГК РК), запрещающая включать в такие соглашения право лицензиара определять цену продажи товара лицензиатом или цену работ (услуг), выполняемых (оказываемых) лицензиатом, либо устанавливать верхний или нижний предел указанных цен (т.е. фактически фиксировать цену перепродажи в договоре), а также право лицензиата продавать товары, выполнять работы или оказывать услуги исключительно определенной категории покупателей (заказчиков) либо исключительно покупателям (заказчикам), имеющим место нахождения (место жительства) на определенной в договоре территории. Таким образом, несмотря на то, что эти запреты не являются антимонопольными и не влекут ответственность за нарушение антимонопольного законодательства, они тем не менее предусмотрены законодательством и могут повлечь признание данных положений недействительными.

В-третьих, не совсем понятно отнесение концессионных соглашений к числу исключений на основании п. 3 ст. 169 ПК РК. Согласно ст. 1 Закона Республики Казахстан от 07.07.2006 г. № 167 «О концессиях», под «концессией» понимается деятельность, направленная на создание (реконструкцию) и эксплуатацию объектов концессии, осуществляемая за счет средств концессионера или на условиях софинансирования концедентом. Таким образом, концессионные соглашения, как правило, предполагают предоставление концессионеру во временное владение и пользование определенных объектов инфраструктуры. В составе концессионного соглашения могут также быть переданы исключительные права, связанные с осуществлением деятельности по объектам концессии. Представляется, что отнесение таких соглашений к вертикальным в принципе сомнительно само по себе, в связи с чем и установление исключений в отношении таких договоров не совсем обосновано.

(2) Исключения для любых антиконкурентных соглашений

Исключение для внутригрупповых соглашений

Согласно п. 6 ст. 169 ПК РК запреты на антиконкурентные соглашения не распространяются на соглашения между субъектами рынка, входящими в одну группу лиц, если одним из таких субъектов в отношении другого установлен контроль или если оба таких субъекта находятся под контролем одного лица.

Таким образом, для применения данного исключения требуется соблюдение двух условий:

(1) Нахождение субъектов в составе одной группы лиц (которая определяется по правилам ст. 165 ПК РК);

(2) Наличие отношений контроля между данными субъектами или между данными субъектами и третьим лицом.

Что касается отношений контроля, то они значительно уже, чем критерии отнесения субъектов рынка к одной группе лиц. Контроль имеет место только в случае, если физическое или юридическое лицо прямо или косвенно имеет возможность определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством (i) распоряжения более чем пятьюдесятью процентами голосующих акций (долей в уставном капитале); и (или) (ii) осуществления функций исполнительного органа юридического лица.

Представляется, что такое исключение для внутригрупповых соглашений обусловлено тем, что в рамках одной группы, находясь в отношениях контроля, с точки зрения рынка, такие субъекты фактически воспринимаются как единый хозяйствующий субъект, преследующий единые цели. Между такими субъектами невозможна конкуренция, поэтому соглашения между такими субъектами не подпадают под соответствующие запреты. Аналогичным образом данный вопрос решен в законодательстве ЕС и России. Подобное положение прямо содержится в п. 30 Методики по проведению анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке, утвержденной Приказом Министра национальной экономики Республики Казахстан от 30.11.2015 г. № 741, согласно которому субъекты рынка, действующие на товарном рынке и составляющие группу лиц, рассматриваются как один субъект рынка.

В то же время, это не означает, что такие соглашения не могут быть предметом иных нарушений антимонопольного законодательства. Например, если заключение антиконкурентного соглашения сопряжено с наличием доминирующего положения у его участников, то может возникнуть риск нарушения норм о злоупотреблении доминирующим положением при определенных условиях.

Следует отметить, что данное исключение распространяется на все виды антиконкурентных соглашений, в том числе и на картели кроме подпункта 2) части 1 п. 1 ст. 169 о заключении картельных сговоров на торгах.

Исключения в отношении соглашений, связанных с осуществлением исключительных прав

П. 7 ст. 169 ПК РК предусматривает еще одно

исключение, которое распространяется на любые соглашения, в том числе предусмотренные п. 1 ст. 169 ПК РК.

Речь идет о соглашениях, касающихся осуществления исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, продукции, работ, услуг. Указанное положение означает, что обладателя исключительного права на определенный результат интеллектуальной деятельности нельзя признать нарушителем антимонопольного законодательства исключительно в силу наличия такого исключительного права, а действия по распоряжению своим исключительным правом, в том числе путем заключения лицензионного соглашения, не подпадают под действия антимонопольных запретов.

Данное исключение обусловлено тем, что традиционно исключительные права воспринимаются как своеобразная легальная монополия обладателя исключительного права, уполномоченного в рамках закона использовать принадлежащее ему правом любым способом, в том числе ограничивать использование принадлежащих ему объектов интеллектуальной деятельности любыми третьими лицами. В этой связи соглашения об осуществлении исключительных прав, как правило, выводятся из-под сферы действия антимонопольных запретов.

В соответствии со ст. 961 ГК РК к объектам исключительных прав относятся: произведения науки, литературы и искусства; исполнения, постановки, фонограммы и передачи организаций эфирного и кабельного вещания; изобретения, полезные модели, промышленные образцы; селекционные достижения; топологии интегральных микросхем; нераскрытая информация, в том числе секреты производства (ноу-хау); другие результаты интеллектуальной творческой деятельности в случаях, предусмотренных ГК РК или иными законодательными актами. К средствам индивидуализации участников гражданского оборота, товаров, работ или услуг относятся: фирменные наименования; товарные знаки (знаки обслуживания); наименования мест происхождения (указания происхождения) товаров; другие средства индивидуализации участников гражданского оборота, товаров и услуг.

Согласно ст. 964 ГК РК, обладатель исключительного права на объект интеллектуальной собственности вправе передать это право другому лицу полностью или частично, разрешить использовать объект интеллектуальной собственности и распорядиться им иным образом, если это не противоречит правилам ГК РК и иных законодательных актов. Таким образом, осуществление исключительных прав возможно в том числе посредством их передачи на основании договора, в частности лицензионного договора, правовой режим которого установлен ст. 966 ГК РК.

Таким образом, если предметом соглашения являются действия, связанные с осуществлением исключительных прав, например, если субъектами рынка заключено лицензионное соглашение, такие соглашения не подпадают под запреты ст. 169 ПК

РК. В международной практике также признается особый режим интеллектуальной собственности с точки зрения антимонопольного регулирования, в связи с тем, что сам по себе интеллектуальная собственность порождает, в первую очередь, проконкурентные и положительные эффекты для рынка.

Так, например, в основе подхода США к вопросам применения антимонопольных запретов к сфере интеллектуальной собственности лежит идея о проконкурентном и инновационном экономическом эффекте от реализации интеллектуальных прав. В частности, в совместном отчете Федеральной торговой комиссии и Департамента юстиции США «Антимонопольное регулирование и интеллектуальные права: содействие инновациям и конкуренции» 2007 г.¹⁹ (далее – Отчет) прямо отмечается, что соглашения о лицензировании интеллектуальной собственности позволяют объединять взаимодополняющие факторы производства, что в целом является проконкурентным. Таким образом, применение антимонопольного законодательства к лицензионным соглашениям возможно, однако оно базируется на использовании при оценке потенциальных нарушений правила разумного подхода (т.н. rule of reason).

Отчет исходит из того, что при анализе лицензионных соглашений и иных действий с интеллектуальными правами ограничение конкуренции только тогда является нарушением, когда вред от реализации соответствующих договоренностей значительно превышает возможный положительный эффект. Иными словами, одного лишь ограничения конкуренции мало для того, чтобы какое-либо ограничительное условие в лицензионном договоре было признано нарушающим антимонопольное законодательство.

В конкурентном праве ЕС основными документами по данному вопросу являются Регламент Комиссии ЕС от 21 марта 2014 г. № 315/2014 «О применении ст. 101(3) Договора о функционировании Европейского союза к категориям соглашений о передаче технологий»²⁰ (далее – Регламент) и принятое в его развитие Руководство по применению ст. 101 Договора о функционировании Европейского союза к соглашениям о передаче технологий.²¹ Оба акта признают, что ограничительные условия в соглашениях о передаче технологий (к которым относятся права на патенты, полезные модели, промышленные образцы, топологии интегральных

19 Antitrust Enforcement and Intellectual Property: Promoting Innovation and Competition // <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/antitrust-enforcement-and-intellectual-property-rights-promoting-innovation-and-competition-report.s.department-justice-and-federal-trade-commission/p040101promotinginnovationandcompetitionrpt0704.pdf>

20 Commission Regulation (EU) No. 316/2014 of 21 March 2014 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of technology transfer agreements // <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0316&from=EN>

21 Commission Communication from the Commission - Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements, 2014/C 89/03 // [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0328\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0328(01)&from=EN)

микросхем, программы ЭВМ и другие объекты, являющиеся т.н. промышленной интеллектуальной собственностью), как правило, носят проконкурентный характер и могут быть запрещены с точки зрения антимонопольного законодательства, только если происходит заведомый выход за пределы осуществления исключительных прав на них.

Там, где соглашения о передаче технологии начинают касаться обращения товара, созданного с использованием соответствующего лицензируемого результата интеллектуальной деятельности (например, фиксирования на него цены, фиксирования квот на его производство, раздела рынка этого товара и т.п. условий), такие условия признаются выходящими за пределы осуществления исключительных прав на интеллектуальную собственность и, следовательно, могут оцениваться на предмет нарушения антимонопольных запретов.

Аналогичным образом соответствующее исключение, содержащееся в ч. 9 ст. 11 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», применяется и в России. Российская правоприменительная практика исходит из того, что условия соглашений, выходящие за пределы осуществления исключительных прав, могут подпадать под антимонопольные запреты.²²

В этой связи представляется, что наличие соответствующего исключения в п. 6 ст. 169 ПК РК само по себе не означает, что лицензионные соглашения не могут оцениваться на предмет их соответствия антимонопольному законодательству. Однако запреты, предусмотренные антимонопольным законодательством, должны действовать только в том случае, если в таких соглашениях содержатся условия, выходящие за пределы осуществления исключительных прав.

(3) Критерии допустимости соглашений

Помимо исключений, описанных выше, п. 8 ст. 169 ПК РК устанавливает и специальные правила, позволяющие признать допустимыми соглашения, даже если они носят антиконкурентный характер. Данная норма фактически служит проявлением принципа разумного подхода (rule of reason), позволяющего оценивать соотношение антиконкурентных и проконкурентных последствий соглашения и допускать их в случае превалирования полезного эффекта над негативным.

Сразу следует отметить, что критерии допустимости установлены для любых соглашений (любых вертикальных соглашений и иных антиконкурентных соглашений, предусмотренных п. 3 ст. 169 ПК РК), кроме картельных, которые подпадают под безусловные запреты и не могут быть признаны допустимыми при любых обстоятельствах.

Для признания соглашения допустимым оно должно отвечать следующим требованиям:

(1) Соглашение не должно накладывать на субъектов рынка ограничений, не являющихся необхо-

димыми для достижения целей соглашения (т.е. все ограничительные условия соглашения должны быть связаны исключительно с целями самого соглашения и должны быть технологически и экономически оправданными);

(2) Соглашение не должно создавать возможность для устранения конкуренции на соответствующем товарном рынке (например, если соглашение предусматривает деление рынка, однако такое деление не препятствует субъектам свободно осуществлять свою деятельность и имеет под собой объективное основание, например, обеспечение гарантийного и сервисного обслуживания);

(3) Соглашение приводит или может привести к следующим результатам:

- Содействие совершенствованию производства (реализации) товаров или стимулированию технического (экономического) прогресса либо повышение конкурентоспособности производимых товаров производства сторон на мировом товарном рынке;

- Получение потребителями соразмерной части преимуществ (выгод), которые приобретаются соответствующими лицами от совершения таких действий.

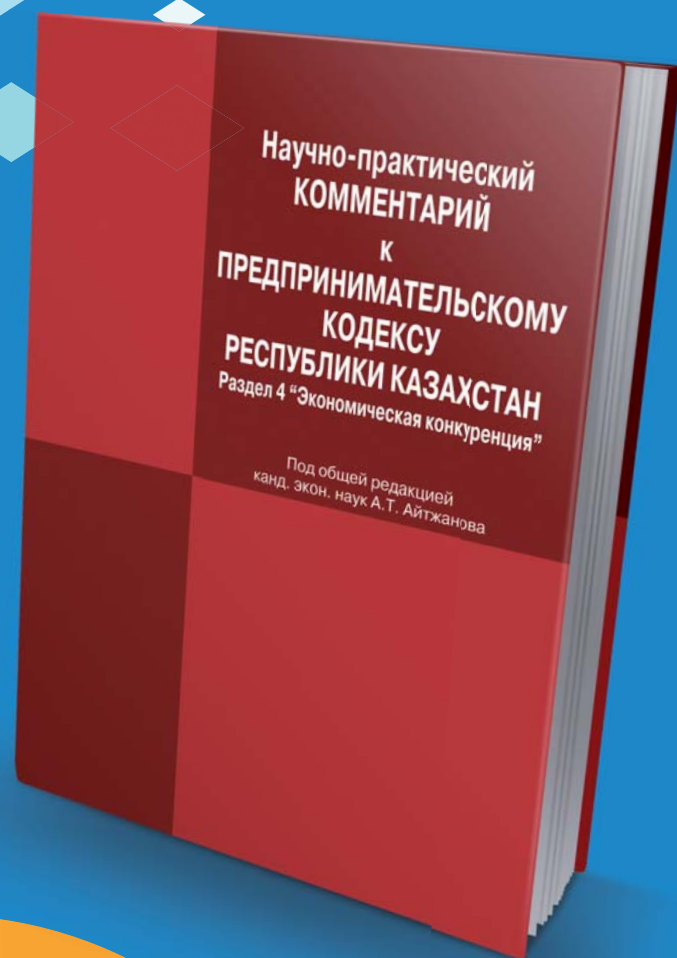
Так, например, допустимыми могут быть признаны соглашения, предполагающие совместную деятельность субъектов рынка, в результате которой может быть создан новый товар или качественно изменен уже существующий, либо соглашения, хоть и позволяющие разделять рынок, но таким образом в большей степени удовлетворяющие интересам потребителей, и проч.

С учетом того, как сформулирована данная норма, можно сделать вывод, что для признания соглашения допустимым требуется одновременно соблюдение первых двух условий, а также достижение (либо возможность достижения) хотя бы одного из возможных проконкурентных результатов, значимость которых может превысить антиконкурентный эффект соглашения. Хотя, справедливости ради стоит отметить, что закон не конкретизирует, требуется ли одновременное достижение обоих результатов или одного из них достаточно. Представляется, что даже наличие одного из таких результатов является достаточным основанием для признания соглашения допустимым при его соответствии остальным критериям.

В силу действия в законодательстве Республики Казахстан общего принципа презумпции добросовестности субъектов рынка (ст. 8 ГК РК), антимонопольный орган при оценке антиконкурентных соглашений также проверяет их и на предмет соответствия критериям допустимости, т.е. оценивает могут ли положительные эффекты соглашения превалировать над негативными.

В любом случае, возможность признания соглашения допустимым на основании п. 8 ст. 169 ПК РК может стать эффективным механизмом в работе антимонопольного органа для применения правила разумного подхода, использования более детального экономического анализа и индивидуального подхода к оценке различных соглашений субъектов рынка.

²² См., например, дело Ангстрем (Постановление Президиума ВАС РФ от 29 ноября 2011 г. № 6577/11); дело Teva (Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18.03.2015 г. по делу № А40-42997/14); дело Google (решение ФАС России по делу № 1-14-21/00-11-15, доступно по адресу: <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-regulirovaniya-svyazi-i-informatsionnyh-tehnologiy/ad-54066-15>).



**ЭЛЕКТРОННЫЕ ВЕРСИИ
КОММЕНТАРИЕВ
ДОСТУПНЫ НА САЙТАХ**

**www.kremzk.gov.kz
www.czk.kz**