

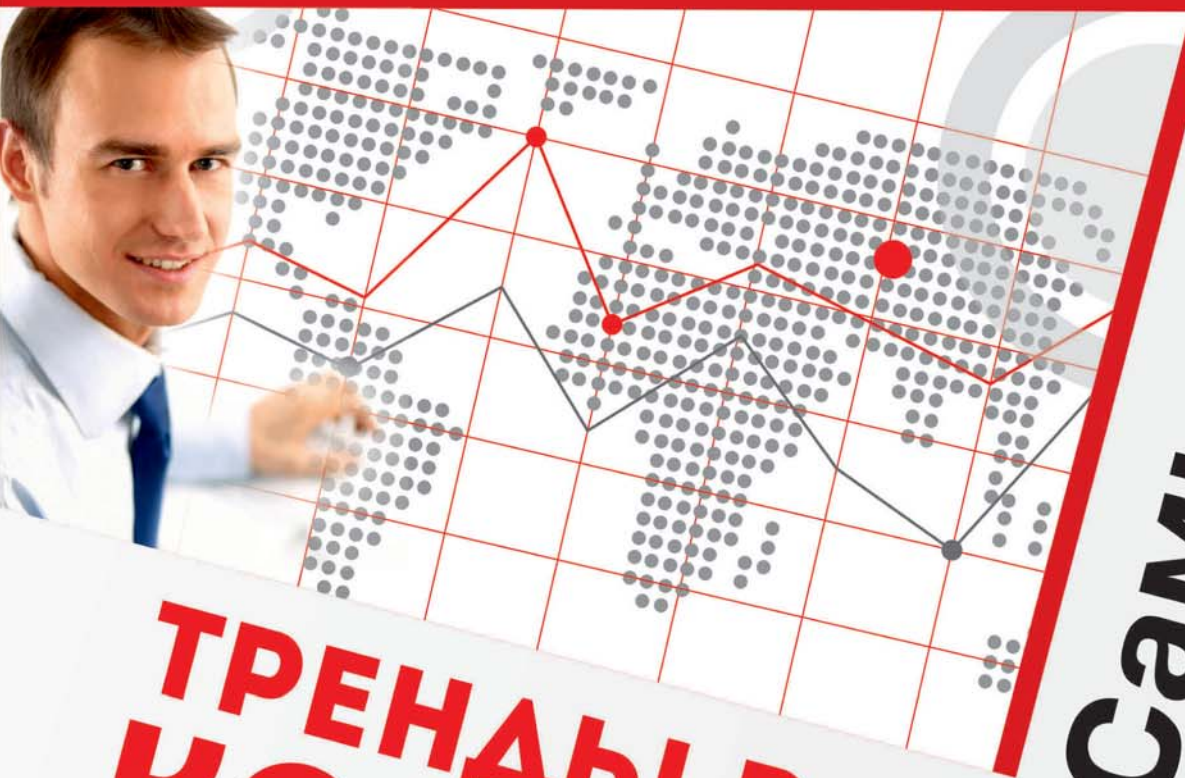
РЫНОК и конкуренция



**ПЛАНИРУЕМЫЕ
ИЗМЕНЕНИЯ
В АНТИМОНОПОЛЬНОМ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ
КАЗАХСТАНА
В 2016 ГОДУ**

информационно-аналитический журнал

РЫНОК и конкуренция



**Самые
актуальные**

ТРЕНДЫ В РАЗВИТИИ КОНКУРЕНЦИИ в Казахстане и мире

ПОДПИСЧИКАМ:

Заявка на подписку на сайте
www.czk.kz.

РЕКЛАМОДАТЕЛЯМ:

По вопросам размещения
рекламы звоните: +7 (7172) 792 722
info@czk.kz, www.czk.kz

УЧРЕДИТЕЛИ

АО «Центр развития и защиты
конкурентной политики»
ТОО «Казаналитик К»

ПРЕДСЕДАТЕЛЬ РЕДАКЦИОННОГО СОВЕТА

Жумангарин Серик Макашевич
Председатель Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

Радостовец Николай Владимирович
Президент Союза товаропроизводителей и экспортеров Казахстана, д.э.н.

Алмат Фазыл Уйсинулы
Директор Департамента антимонопольного регулирования ЕЭК

Майтиев Азамат Бақдаулетович
Заместитель Председателя Комитета по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики Республики Казахстан

Айтжанов Алдаш Турдыкулович
Президент АО «Центр развития и защиты конкурентной политики», к.э.н.

Рудомин Василий Адрианович
Председатель Совета Некоммерческого партнерства «Содействие развитию конкуренции в странах СНГ»

Мақыш Серик Биханович
Декан факультета «Экономика» Евразийского национального университета имени Л.Н. Гумилева, д.э.н.

Бабланов Тлеуберды Кадесович
Заведующий кафедрой «Экономическая теория и антимонопольное регулирование» Евразийского национального университета имени Л.Н. Гумилева, к.э.н.

РЕДАКЦИЯ

Главный редактор: **Д. Заитова**

Дизайн и верстка: **Б. Еженов**

Редакция журнала: г. Астана, ул.
Орынбор 8, Дом министерств, подъезд
3, этаж 8.
Телефон редакции: +7 (7172) 792 722, +7
(7172) 792 736
rik@czk.kz, www.czk.kz.

Журнал зарегистрирован в Министерстве культуры и информации РК. Регистрационное свидетельство № 11369-Ж от 20.01.2011 г.

Тираж 2000 экз.

Отпечатано в типографии
ТОО «Дайыр Баспа».
г.Алматы, пр.Райымбека, 123 /131
E-mail: dair_baspa@mail.ru

ОТ РЕДАКЦИИ

Уважаемые читатели!

От лица АО «Центр развития и защиты конкурентной политики» рад представить вам первый в 2016 году номер журнала «Рынок и конкуренция».

Наступивший год ознаменуется 25-летним юбилеем антимонопольного регулирования в Казахстане. Наряду с проведением посвященных юбилею мероприятий ожидается дальнейшее совершенствование казахстанского законодательства в области защиты конкуренции. В этой связи в этом номере мы знакомим читателей с последними тенденциями и перспективами совершенствования антимонопольного законодательства Республики Казахстан на современном этапе.

Наряду с этим в журнале впервые добавлена рубрика «Деятельность Суда ЕАЭС». Как известно, целью деятельности Суда Евразийского экономического союза (ЕАЭС) является обеспечение единообразного применения государственными членами и органами Союза Договора о Евразийском экономическом союзе, в том числе в части единообразия применения антимонопольного законодательства. Мы рады предложить вниманию читателей статью судьи Суда ЕАЭС Сейтимовой В. Х. «О некоторых вопросах судебного контроля по делам о нарушении правил конкуренции». Антимонопольным аспектам регулирования дистрибьютерских договоров рынка лекарственных средств в рамках общего рынка ЕАЭС посвящена также статья Кусаинова А. и Юлдашевой И.

Также надеемся читателям будет интересным и полезным представленный в рубрике «Зарубежный опыт» анализ монопольно высоких цен в антимонопольном регулировании США и ЕС Д.А.Алешина и А.Г. Сушкевича.

Желаем вам приятного прочтения!

*С уважением,
Алдаш Айтжанов, президент АО «Центр развития и защиты конкурентной политики»,
заместитель заведующего Кафедрой экономической теории и антимонопольного регулирования Евразийского национального университета им. Л.Н.Гумилева*



Содержание

ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

6

ПОСЛЕДНИЕ ТЕНДЕНЦИИ И
ПЕРСПЕКТИВЫ
СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ
АНТИМОНОПОЛЬНОГО
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ СУДА ЕАЭС

9

О НЕКОТОРЫХ ВОПРОСАХ
СУДЕБНОГО КОНТРОЛЯ ПО
ДЕЛАМ О НАРУШЕНИИ
ПРАВИЛ КОНКУРЕНЦИИ



МНЕНИЕ ЭКСПЕРТА

12

ВОПРОСЫ КОНКУРЕНЦИИ
ПРИ ЗАКЛЮЧЕНИИ
ДИСТРИБЬЮТОРСКИХ
ДОГОВОРОВ В РАМКАХ
ОБЩЕГО РЫНКА
ЛЕКАРСТВЕННЫХ
СРЕДСТВ ЕАЭС

АНАЛИЗЫ РЫНКОВ

РЫНОК ОПТОВОЙ РЕАЛИЗАЦИИ
САХАРА В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН

15



ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

18

ВЫЯВЛЕНИЕ МОНОПОЛЬНО ВЫСОКИХ ЦЕН



В РАМКАХ IX АЭФ СОСТОИТСЯ СЕССИЯ «ПРОДВИЖЕНИЕ КОНКУРЕНЦИИ: **НОВЫЕ «ПРАВИЛА ИГРЫ»**»

Главной темой IX Астанинского экономического форума (АЭФ) является «Новая экономическая реальность: диверсификация, инновации и экономика знаний».

В рамках IX АЭФ 25 мая 2016 года будет проведена сессия, посвященная вопросам конкуренции - «Продвижение конкуренции: новые «правила игры».

**25 МАЯ
2016
ГОДА**

ГЛАВНАЯ ЗАДАЧА СЕССИИ:

Показать роль антимонопольного регулирования и защиты конкуренции в развитии современной экономической политики Республики Казахстан и перспективы ее дальнейшего развития.

СПИКЕРЫ СЕССИИ:

Первый Заместитель
Премьер-министра
Республики Казахстан -
Б. Сагинтаева, Председа-
тель Комитета по
конкуренции ОЭСР
Фредерик Женни,
представителей веду-
щих антимонопольных
органов стран мира,
международные
эксперты и др.

Последние тенденции и перспективы совершенствования антимонопольного законодательства Республики Казахстан



А.Т.Айтжанов¹

Прошедший 2015 год ознаменовался рядом значимых кардинальных событий в антимонопольном регулировании Казахстана. Так, 29 октября 2015 года Главой государства был подписан Предпринимательский кодекс Республики Казахстан (далее — Кодекс), который с 1 января 2016 года является основным нормативно правовым актом Республики Казахстан, заменив с собой Закон «О конкуренции».

Одновременно с этим событием в столице Франции в г. Париж состоялось заседание Глобального форума по конкуренции ОЭСР, в котором были презентованы итоги экспертного обзора законодательства в области конкурентного права и политики Республики Казахстан.



Н.В. Радостовец²

Далее 30 ноября 2015 года Глава государства в своем Послании народу Казахстана «Казахстан в новой глобальной реальности: рост, реформы, развитие» четко поставил задачу о необходимости усиления антимонопольной деятельности.

В этой связи, Планом нации по реализации пяти институциональных реформ «Сто конкретных шагов» Главы государства Н.А. Назарбаева было предусмотрено изменение концепции работы антимонопольной службы и ее приведение в соответствие со стандартами ОЭСР (53 шаг). Реализация этого пункта Плана нации предусматривается в два этапа. В рамках первого этапа Прави-



К.Д.Холтурсунов³

тельством Казахстана был разработан ряд предложений по изменению норм конкурентного законодательства, которые были учтены в Кодексе.

В целом, можно утверждать, что действующий Кодекс кардинально изменил подходы к антимонопольному регулированию по сравнению с началом прошлого года, приблизив его к лучшим мировым стандартам. Например, идет поэтапная отмена института Реестра доминантов (полностью отменяется с 1 января 2017 года), внедрена возможность предварительного согласования проектов соглашений, установлены критерии допустимости вертикальных соглашений, а также оптимизированы механизмы выявления картелей и т.д.

¹ Президент АО «Центр развития и защиты конкурентной политики», кандидат экономических наук, заместитель заведующего Кафедрой экономической теории и антимонопольного регулирования Евразийского национального университета им. Л.Н.Гумилева.

² Исполнительный директор ОЮЛ «Республиканская ассоциация горнодобывающих и горно-металлургических предприятий», президент РОЮЛ «Союз товаропроизводителей и экспортеров Казахстана»

³ Вице-президент АО «Центр развития и защиты конкурентной политики».

При этом, особенно актуальным для бизнеса является внедрение института согласительной комиссии, в рамках которой субъекты рынка, в отношении которых ведутся расследования по нарушениям антимонопольного законодательства, могут доказывать и обосновывать правомерность своих действий до принятия решения о результатах расследования.

На втором этапе реализации 53 пункта Плана нации предполагается внести изменения и дополнения в законодательство Республики Казахстан по вопросам конкуренции с учетом рекомендаций ОЭСР в рамках итогового Обзора антимонопольного законодательства и политики Республики Казахстан. В этой связи Комитетом по регулированию естественных монополий и защите конкуренции Министерства национальной экономики РК разработан новый пакет изменений и дополнений в действующее антимонопольное законодательство.

Так, проектом предлагается внести норму, согласно которой первый руководитель антимонопольного органа будет назначаться сроком на четыре года. Данная инициатива призвана повысить независимость антимонопольного органа при осуществлении своих функций и стабильность установленного курса. Особенно данная норма актуальна при реализации функции антимонопольного органа по сокращению и ограничению участия квазигосударственных предприятий в конкурентной среде, о необходимости усиления работы в данном направлении также было указано Главой государства в своем Послании народу Казахстана. Однако, в мировой практике эффективным механизмом обеспечения полной независимости и результативности антимонопольного регулирования является функционирование уполномоченного органа отдельно от Правительства. В ка-

честве оптимального варианта для Казахстана можно рассмотреть деятельность Федеральной антимонопольной службы России.

Также проектом предполагается внедрить понятие и механизмы применения антимонопольного комплаенса, основной целью которого является пропаганда принципов добросовестной конкуренции.

При этом, антимонопольным комплаенсом планируется определить систему правовых, организационных и иных мер субъекта рынка, направленных на обеспечение соблюдения законодательства Республики Казахстан в области защиты конкуренции и предупреждение его нарушения.

Антимонопольный комплаенс субъекты рынка будут вправе принимать в следующих видах:

1) внутренний акт (инструкция, правила и пр.), предусматривающий оценку рисков нарушения субъектом рынка законодательства в области защиты конкуренции и меры их снижения;

2) внешний акт (кодекс, соглашение и пр.), предусматривающий правила добросовестной конкуренции субъектов рынка на соответствующем товарном рынке.

Субъекты рынка могут согласовать с антимонопольным органом проект антимонопольного комплаенса, который подлежит рассмотрению в течение месяца с момента поступления. При этом, его наличие в случае необходимости учитывается при рассмотрении проекта заключения по итогам расследования на согласительной комиссии.

Для предпринимателей, которые хотят вести свою деятельность на принципах добросовестной конкуренции, данный посыл является реальной возможностью снижения своих рисков. Следует отметить особую актуальность оп-

ределения четких правил конкуренции, как внутренних так и внешних для субъектов регулируемых рынков, действия и бездействия которых с 2017 года будут рассматриваться в рамках антимонопольного законодательства.

Изменения также касаются соглашения об осуществлении исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, средства индивидуализации продукции, работ или услуг, которые в настоящее время не рассматриваются как антиконкурентные соглашения. Так, согласно проекту, исключения в отношении данных соглашений снимаются, т.е. они не должны приводить к ограничению или устранению конкуренции. Действительно, как показывает практика, некоторые соглашения по указанным направлениям, устанавливая запреты и ограничения, имеют признаки антиконкурентных вертикальных соглашений, которые в свою очередь не являются предметом законодательства об интеллектуальной собственности. При этом, необходимо отметить, что исключение данных соглашений из-под действия антимонопольного законодательства было осуществлено в целях развития интеллектуальной деятельности.

В этой связи, для обеспечения объективной реализации предлагаемой нормы было бы целесообразным в перспективе принятие совместного нормативного правового акта антимонопольного органа и уполномоченного органа в области интеллектуальной собственности, устанавливающие общие антимонопольные требования к таким соглашениям.

Изменения предполагаются также в наиболее критикуемой бизнесом и экспертами части антимонопольного законодательства, как - вопросы признания доминирования. Как

известно, отечественное антимонопольное законодательство за все время своего существования допускало установление доминирующего или монопольного положения исходя только из количественных показателей, ставя на второй план качественные критерии, которые в свою очередь в мировой антимонопольной практике являются первостепенными.

Однако действующий Кодекс исключил количественные критерии, устанавливая только качественные такие как:

1) возможность субъекта рынка в одностороннем порядке определять уровень цены товара и оказывать решающее влияние на общие условия реализации товара на товарном рынке;

2) наличие экономических, технологических, административных или иных ограничений для доступа на товарный рынок;

3) продолжительность существования возможности субъекта рынка оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на товарном рынке.

Безусловно данные изменения приблизили казахстанское законодательство к лучшим аналогам, но все еще есть необходимость его дальнейшего совершенствования в данном направлении.

В этой связи, а также в целях приведения в соответствие со стандартами ОЭСР разработаны следующие поправки. Так, в случае принятия проекта доминирующим будет признаваться положение субъекта рынка (за исключением финансовой организации):

1) доля которого на рынке определенного товара превышает пятьдесят процентов, если только при проведении расследования нарушений законодательства в области защиты конкуренции не будет установлено, что, несмотря на превышение указанной величины, положение субъекта рынка на

товарном рынке не является доминирующим;

2) доля которого на рынке определенного товара составляет менее чем пятьдесят процентов, но более тридцати пяти процентов, если доминирующее положение такого субъекта рынка установлено антимонопольным органом исходя из неизменной или подверженной малозначительным изменениям доли субъекта рынка на товарном рынке, относительного размера долей на этом товарном рынке, принадлежащих конкурентам, наличия экономических, технологических, административных или иных ограничений для доступа на товарный рынок.

Здесь следует отметить повышение объективности в отношении субъектов рынка, занимающих на рынке пятьдесят и более процентов, которые на сегодняшний день могут признаваться доминантами только при наличии количественных критериев. Предлагаемая редакция позволяет субъектам рынка доказывать в ходе расследования отсутствие у них доминирующего положения с учетом качественных критериев.

Кроме того, вводится новый пункт, согласно которому субъект рынка будет вправе представлять в антимонопольный орган доказательства того, что положение этого субъекта рынка на товарном рынке не может быть признано доминирующим.

Учитывая, что основная часть проведенных антимонопольным органом анализов товарных рынков обжалуются в судебном порядке, можно предположить, что в случае принятия данных поправок количество исков заметно сократится, так как:

— у субъектов рынка законодательно закрепляется право приводить свои доводы, что позволяет решать многие вопросы в досудебном порядке;

— антимонопольный орган в первую очередь основывается на качественных критериях, объективность которых намного выше чем когда субъекты рынка признаются доминантами исключительно исходя из количественных показателей.

Кроме вышеуказанных концептуальных изменений проект также предусматривает множество уточняющих и систематизирующих изменений. Также изменениям подвергаются сроки принятия решения по уведомлению о совершенной экономической концентрации с 45 календарных дней до 30, проведения расследования с двух месяцев до трех, утверждения заключения по итогам расследования с 30 календарных дней до 10.

В целом, принятые и планируемые изменения и дополнения в антимонопольное законодательство в рамках реализации 53 шага Плана нации - 100 конкретных шагов по реализации пяти институциональных реформ Главы государства Нурсултана Назарбаева позволят:

— улучшить институциональную и организационную среду для эффективной защиты и развития конкуренции в Казахстане;

— создать дополнительные условия для эффективной поддержки и развития малого и среднего бизнеса и, как следствие, развитие конкуренции;

— снизить административные барьеры и нагрузку, препятствующих развитию и свободному функционированию рынков;

— повысить объективность и прозрачность деятельности антимонопольного органа, совершенствовать процедуру антимонопольного контроля, а также оптимизировать процессы и затраты в деятельности антимонопольного органа;

— дальше гармонизировать антимонопольное законодательство государств-членов ЕАЭС и др.

О некоторых вопросах судебного контроля по делам о нарушении правил конкуренции



Сейтимова В.Х.¹

С развитием Евразийского экономического союза тема антимонопольного регулирования и адвокатирования конкуренции становится все более актуальной, масштабы ее обсуждения расширяются. И это объяснимо, ибо функционирование Союза основано на соблюдении принципов рыночной экономики и добросовестной конкуренции.

Антимонопольное регулирование, как правило, подразумевает применение принудительных мер. Для адвокатирования конкуренции характерно использование методов убеждения.

Функции антимонопольного органа Союза с широкими полномочиями по осуществлению контроля в сфере конкурентной политики за соблюдением общих правил конкуренции и пресечению их нарушений, оказывающих негативное влияние на конкуренцию на трансгра-

ничных рынках, принадлежат постоянно действующему регулирующему органу Союза — Евразийской экономической комиссии (ЕЭК).

Принцип рыночной экономики и добросовестной конкуренции в рамках Союза обеспечивается не только путем реализации Комиссией своих полномочий в этой сфере, но и в форме судебного контроля по конкретным делам о нарушении конкуренции.

Суд Евразийского экономического союза, как постоянно действующий орган Союза, призван обеспечивать единообразное применение государствами-членами и органами Союза Договора, международных договоров в рамках Союза, международных договоров Союза с третьей стороной и решений органов Союза, в том числе в сфере конкурентной политики.

Судебный контроль осуществляется *post factum*, то есть после того, как Комиссия реализует свои полномочия по проведению расследования дел о нарушении правил конкуренции, рассмотрению этих дел и принятию по ним решений, при условии поступления в Суд соответствующего обращения и ограничен обстоятельствами конкретного дела.

Практическую ценность для дальнейшего развития конкурентного права Союза, безусловно, будет иметь судебная практика Суда по рассмотрению дел, связанных с нарушениями в области конкуренции на трансграничных рынках.

В сфере конкуренции судебный контроль выполняет двойную функцию:

— превентивную, формируя судебную практику по спорам



¹ Судья Суда Евразийского экономического союза



в сфере конкуренции, которая может служить источником толкования конкурентного права;

- контрольную, осуществляя по конкретным обращениям проверку актов и действий Комиссии в сфере конкуренции на соответствие праву Союза.

Анализ права Союза в сфере конкуренции позволяет выделить некоторые особенности в компетенции Суда, отдельные коллизионные вопросы правового регулирования, в том числе о пределах судебного контроля (объектная и субъектная юрисдикция Суда, институт оспаривания актов Комиссии в сфере конкуренции).

В соответствии с Протоколом об общих принципах и правилах конкуренции (приложение № 19 к Договору от 29 мая 2014 года, далее — Протокол) акты, действия (бездействие) Комиссии в сфере конкуренции оспариваются в Суде Союза в порядке, предусмотренном Статутом Суда Союза (приложение № 2 к Договору от 29 мая 2014 года) с учетом положений Протокола.

Таким образом, в Протоколе сформулированы специальные нормы, касающиеся вопросов

судопроизводства, которые должны учитываться при реализации положений Статута Суда.

Так, процедура судопроизводства по делам о нарушениях общих правил конкуренции на трансграничных рынках имеет ряд процессуальных особенностей, благоприятных для заявителя (истца):

- заявление об обжаловании решения Комиссии подлежит принятию Судом без предварительного обращения заявителя в Комиссию для урегулирования вопроса в досудебном порядке;

- в случае принятия заявления об обжаловании решения Комиссии к производству Суда действие решения Комиссии приостанавливается до дня вступления в силу решения Суда.

При этом действие решения Комиссии приостанавливается в силу Договора. Какого-либо ходатайства стороны или акта Суда, за исключением постановления о принятии заявления к производству, для этого не требуется.

Вместе с тем, в Статуте Суда и Протоколе усматриваются не согласующиеся между собой нормы.

К примеру, термин «хозяйствующий субъект» согласно Статуту Суда означает юридическое лицо или физическое лицо, зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя.

В свою очередь, Протокол к хозяйствующим субъектам относит коммерческие организации, некоммерческие организации, осуществляющие деятельность, приносящую доход, индивидуальных предпринимателей, а также физических лиц, чья профессиональная приносящая доход деятельность в соответствии с законодательством государств-членов подлежит государственной регистрации и (или) лицензированию.

Кроме того, Протоколом в круг субъектов подлежащих ответственности за нарушения общих правил конкуренции на трансграничных рынках, наряду с хозяйствующими субъектами, включены должностные лица (руководители и работники хозяйствующих субъектов и организаций, не являющихся хозяйствующими субъектами), а также физические лица и организации, не являющиеся хозяйствующими субъектами.

Также в Протоколе говорится об оспаривании в Суде Союза актов Комиссии в сфере конкуренции, в том числе решений о наложении штрафа. Исходя из обстоятельств дела, Комиссия может наложить штраф на субъекта, не являющегося юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем.

Коллизия состоит в том, что Статут Суда и Регламент Суда ограничиваются регламентацией рассмотрения заявлений юридических лиц и индивидуальных предпринимателей. Случаи обращения в Суд иных лиц с заявлениями об оспаривании решений и действий (бездействия) Комиссии

названными документами не предусмотрены.

Неизбежен вопрос о том, как лица, перечисленные в Протоколе, но не указанные в Статуте Суда, смогут реализовать свое право на судебную защиту в случае принятия в отношении них актов или совершения действий (бездействия) при осуществлении Комиссией контроля за соблюдением общих правил конкуренции на трансграничных рынках.

В преамбуле Договора от 29 мая 2014 года зафиксирована необходимость безусловного соблюдения принципа верховенства конституционных прав и свобод человека и гражданина.

Право на судебную защиту является одним из основных конституционных прав человека, гарантируемых государствами-членами Союза, и поэтому должно оставаться действительным в рамках права Союза.

Возможно, если рассматривать положения Протокола как специальную норму, имеющую приоритетное действие перед общими правилами Статута Суда, то судебная защита прав физических лиц, не являющихся индивидуальными предпринимателями, в Суде Союза станет реальностью.

Напомним, что пункт 40 Статута допускает отнесение к компетенции Суда иных споров, разрешение которых прямо предусмотрено Договором от 29 мая 2014 года. Протокол, в свою очередь, является приложением к названному Договору и его неотъемлемой частью.

В ходе реализации Комиссией полномочий по контролю в сфере конкуренции на трансграничных рынках уполномоченным структурным подразделением (сотрудниками) и комиссией по рассмотрению

дела могут выполняться процессуальные действия и приниматься акты процессуального характера, затрагивающие права и интересы физических и юридических лиц.

К примеру, по результатам расследования членом Комиссии вынесено определение об отказе в возбуждении дела о нарушении правил конкуренции. Не исключено, что у субъекта, по существу обращения которого вынесено определение, возникнут вопросы о том, считается ли данное определение актом Комиссии и можно ли оспорить его в Суде Союза.

Перечисленные обстоятельства существенно влияют на пределы судебного контроля, осуществляемого Судом по делам в сфере конкуренции.

Согласно Протоколу штрафы могут перечисляться в бюджет того государства-члена, на территории которого зарегистрировано совершившее правонарушение юридическое лицо, либо на территории которого постоянно или временно проживает совершившее правонарушение физическое лицо.

Однако субъект правонарушения может постоянно или временно проживать в государстве, не являющемся членом Союза. В этом случае в рамках исполнительного производства необходимо будет определить, компетентным органом какого государства-члена Союза будет исполняться решение Комиссии о наложении штрафа, в бюджет какого государства-члена Союза должен будет уплачиваться взысканный штраф.

Наряду с формированием единообразной практики применения конкурентного права, в том числе судебной, существует необходимость гармонизации национального законодательства государств-членов

Союза с нормами Договора в части признания решений Комиссии исполнительными документами и их принудительного исполнения компетентными органами и должностными лицами соответствующего государства-члена.

В настоящее время вопросы рассмотрения заявлений, проведения расследования и рассмотрения дел о нарушении правил конкуренции регулируются актами Высшего Евразийского экономического совета на уровне глав государств и Совета ЕЭК, разработанными на основе и в целях реализации положений Соглашения от 9 декабря 2010 года, утратившего силу с 1 января 2015 года.

Между тем, пункт 11 Протокола предусматривает, что правоотношения в данной сфере должны регулироваться актами Комиссии, принятыми на основе положений Договора от 29 мая 2014 года.

Полагаем, что необходимость постоянного поддержания в актуальном состоянии нормативной базы, обеспечивающей осуществление Комиссией полномочий в сфере конкурентной политики в соответствии с нормами Договора, является очевидной.

Правовая неопределенность в некоторых вопросах применения права Союза в сфере конкуренции будет устраняться Судом в процессе судопроизводства по конкретным делам. Отсутствие в Суде дел о нарушении правил конкуренции носит временный характер и в целом зависит от степени активности антимонопольного органа Союза. Уверены, что правовые позиции Суда, сформированные в судебных актах, будут использоваться Комиссией в целях адвокатирующей конкуренции и в нормотворческой деятельности.

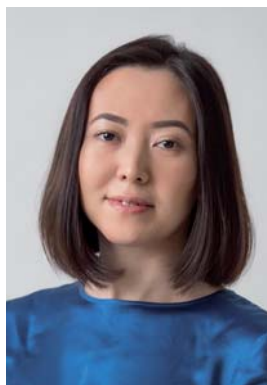
Вопросы конкуренции при заключении дистрибьюторских договоров в рамках общего рынка лекарственных средств ЕАЭС



А. Кусаинов¹

Договор о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года (далее – «**Договор ЕАЭС**») предусматривает создание общего рынка лекарственных средств. Официальной датой начала функционирования общего рынка лекарственных средств является 1 января 2016 года. Основные принципы и правила обращения лекарственных средств в рамках Евразийского экономического союза (далее – «**ЕАЭС**» или «**Союз**») предусмотрены в Соглашении о единых принципах и правилах обращения лекарственных средств в рамках Евразийского экономического союза от 23 декабря 2014 года (далее – «**Соглашение**»).

Однако на сегодняшний день общий рынок лекарственных средств пока еще не функционирует на



И. Юдашева²

практике. Для этого необходимо принятие ряда документов как на уровне ЕАЭС (которыми будут установлены единые требования и правила), так и на уровне каждого государства – члена ЕАЭС (посредством которых будут реализовываться единые требования и правила). На уровне ЕАЭС ожидается принятие таких документов, как Правила регистрации и экспертизы лекарственных средств для медицинского применения, Единые требования к маркировке лекарственных средств, надлежащие практики в сфере обращения лекарственных средств (включая Правила надлежащей дистрибьюторской практики), и других.

Соглашение предусматривает переходный период для лекарственных средств, зарегистрированных в государствах – членах ЕАЭС до вступления в силу Соглашения (т.е. до 12 февраля 2016 года). В частности, лекарственные средства, зарегистрированные до даты вступления в силу Соглашения, должны быть приведены в соответствие с

требованиями и правилами ЕАЭС до 31 декабря 2025 года.

Кроме того, согласно проекту решения Совета Евразийской экономической комиссии «О Правилах регистрации и экспертизы лекарственных средств для медицинского применения», одобренному распоряжением Коллегии Евразийской экономической комиссии от 22 декабря 2015 года № 170, предусматривается дополнительный переходный период в части выбора процедуры регистрации лекарственных средств – до 31 декабря 2020 года. В течение указанного периода заявитель будет вправе выбрать регистрацию лекарственного средства в соответствии с правилами ЕАЭС (для обращения на общем рынке ЕАЭС) или в соответствии с национальным законодательством отдельного государства – члена ЕАЭС (для обращения только на территории такого государства).

Таким образом, с 1 января 2016 года до 31 декабря 2025 года возможно параллельное существование нескольких рынков лекарственных средств на территории государств – членов ЕАЭС (общего рынка и ряда национальных рынков). После того, как общий рынок лекарственных средств ЕАЭС будет полностью сформирован, ожидается, что фармацевтические компании – производители лекарственных средств смогут реализовывать свою продукцию лишь в рамках общего рынка.

Исходя из существующей практики, фармацевтические компании реализовывают свою продукцию на территории того или иного государства через дистрибьюторов на основании соответствующих дистрибьюторских договоров. Как

¹ Руководитель казахстанской практики в области конкурентного права международной юридической фирмы «Дентонс», старший юрист, член НП «Содействие развитию конкуренции в странах СНГ», член Управляющего совета, сопредседатель Комитета по вопросам антимонопольного (конкурентного) права РОО «Коллегия коммерческих юристов «Kazakhstan Bar Association»

² Юрист международной юридической фирмы «Дентонс»



правило, подобные договоры содержат положения о территориальности, т.е. для дистрибьютора устанавливаются границы реализации продукции внутри одного государства. В этой связи, при установлении подобных границ в дистрибьюторских договорах, одним из основных вопросов является соблюдение правил конкуренции предусмотренные местным законодательством. Данный вопрос будет также актуален, когда дистрибьюторские договоры будут заключаться в целях реализации лекарственных средств в рамках общего рынка ЕАЭС. В частности, необходимо будет соблюдать правила конкуренции, предусмотренные Договором ЕАЭС.

В настоящей статье рассматриваются вопросы, связанные с возможностью разграничения рынка внутри ЕАЭС в рамках дистрибьюторских договоров, заключаемых для реализации лекарственных средств на общем рынке ЕАЭС.

Заключение дистрибьюторских

договоров в рамках ЕАЭС после принятия всех необходимых документов, обеспечивающих функционирование общего рынка лекарственных средств

Как было отмечено выше, с начала 2016 года регулирование общего рынка лекарственных средств в рамках Союза будет осуществляться в соответствии Соглашением. В целях реализации Соглашения предполагается принятие ряда актов и документов, что приведет к существенной гармонизации систем регулирования лекарственных средств. Среди прочего, предусмотрено принятие Правил надлежащей дистрибьюторской практики ЕАЭС.

После принятия всех необходимых актов и документов и начала нормального функционирования общего рынка лекарственных средств, фармацевтические компании и дистрибьюторы должны будут уделить особое внимание общим правилам конкуренции при реализации лекарственных средств,

получивших доступ на общий рынок Союза. В свою очередь, в целях применения общих правил конкуренции, предусмотренных Договором ЕАЭС⁴ и обеспечивающих выявление и пресечение антиконкурентных действий на территориях государств – членов ЕАЭС и действий, оказывающих негативное влияние на конкуренцию на трансграничных рынках на территории двух и более государств-членов (далее – «Правила конкуренции ЕАЭС»), необходимо определить, как же соотносятся понятия «трансграничный рынок» и «общий рынок».

В Договоре ЕАЭС отсутствуют определения вышеуказанных понятий. Вместе с тем, Решение Совета Евразийской экономической комиссии от 17 декабря 2012 года № 110 содержит критерии отнесения рынка к трансграничному. В частности, согласно вышеуказанному Реше-

4 Общие правила конкуренции изложены в Разделе XVIII «Общие принципы и правила конкуренции» Договор ЕАЭС, а также в Приложении № 19 «Протокол об общих принципах и правилах конкуренции» к Договору ЕАЭС.

нию, в целях применения Правил конкуренции ЕАЭС, рынок является трансграничным, «если географические границы товарного рынка охватывают территории двух и более Сторон». Как мы видим, базовые критерии отнесения ранга к трансграничному у нас имеются.

Несмотря на то, что с точки зрения Соглашения общий рынок лекарственных средств представляет собой единый рынок (т.е. нет внутренних экономических границ товарного рынка), географические границы товарного рынка в рамках такого рынка все же остаются. Соответственно, есть основания полагать, что в целях применения Правил конкуренции ЕАЭС на общий рынок лекарственных средств необходимо смотреть как на совокупность национальных рынков. При таком подходе в отношении лекарственных средств, которые получили доступ на общий рынок лекарственных средств ЕАЭС и реализуются на территории двух и более государств - членов ЕАЭС (или областей/регионов двух и более государств-членов), будут применяться Правила конкуренции ЕАЭС, так как товарный рынок соответствующего лекарства станет трансграничным и будет охватывать территории двух и более государств - членов ЕАЭС.⁴

Таким образом, если лекарственное средство внесено в единый реестр зарегистрированных лекарственных средств ЕАЭС и допущено к обращению на общем рынке лекарственных средств Союза, то заключение дистрибьюторского договора, предусматривающего территориальное ограничение реализации такого лекарственного средства (к примеру, на территории только одного государства - члена

Союза), может противоречить Правилам конкуренции ЕАЭС. Такие нормы дистрибьюторских договоров, в частности, могут быть квалифицированы как:

- «координация коммерческими организациям экономической деятельности хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) государств-членов»; или как

- иные «вертикальные» соглашения, которые не признаются допустимыми в соответствии с критериями допустимости, и приводят или могут привести к ограничению конкуренции».

Более того, запрещается иная координация экономической деятельности хозяйствующих субъектов (субъектов рынка) государств-членов (включая через дистрибьюторские договоры), если такая координация приводит или может привести к любому из последствий указанных в статье 76 Договора ЕАЭС, которые не могут быть признаны допустимыми в соответствии с критериями допустимости.

Заключение дистрибьюторских договоров в течение переходного периода до полного формирования общего рынка лекарственных средств ЕАЭС

Как указывалось выше, с учетом переходного периода, предусмотренного Соглашением, до 31 декабря 2025 года возможно параллельное существование нескольких рынков лекарственных средств на территории государств - членов ЕАЭС (общего рынка и ряда национальных рынков). В течение указанного периода фармацевтические компании смогут продолжить реализовывать лекарственные средства (которые имеют национальные регистрационные удостоверения) на территории того или иного государства - члена ЕАЭС. В таких случаях регулирование ЕАЭС, включая Правила конкуренции ЕАЭС, не будет применимо, а будет применимо национальное регулирование соответствующего государства - члена ЕАЭС. Таким образом, воз-

можность установления какого-либо ограничения по территории реализации лекарственных средств в дистрибьюторских договорах будет зависеть от положений применимого законодательства в области защиты конкуренции того или иного государства - члена ЕАЭС.

К примеру, если реализация лекарственных средств будет происходить в рамках национального рынка Республики Казахстан, то к дистрибьюторским договорам будут применимы императивные нормы законодательства Республики Казахстан, включая правила конкуренции, предусмотренные Предпринимательским кодексом Республики Казахстан от 29 октября 2015 года (далее - «Предпринимательский кодекс РК»). Так, согласно Предпринимательскому кодексу РК, запрещаются и признаются недействительными достигнутые в любой форме антиконкурентные соглашения между субъектами рынка, которые приводят или могут привести к ограничению конкуренции путем установления или поддержания дискриминационных условий к равнозначным договорам, ограничения доступа на товарный рынок и прочее. Также запрещается координация экономической деятельности субъектов рынка, приводящая или приведшая к вышеуказанным и иным последствиям, предусмотренным в Предпринимательском кодексе РК. С учетом вышеизложенного, по общему правилу, установление ограничения по территории реализации лекарственных средств внутри Республики Казахстан (к примеру, по области, району, городу) в рамках дистрибьюторского договора будет рассматриваться как антиконкурентное соглашение и поэтому вряд ли будет допустимым.

Таким образом, при заключении дистрибьюторских договоров для реализации лекарственных средств в рамках национального рынка того или иного государства - члена ЕАЭС необходимо учитывать правила конкуренции, установленные в законодательстве соответствующего государства.

⁴ В ситуации, когда одно и то же лекарственное средство зарегистрировано в двух и более государствах - членах ЕАЭС по национальным правилам регистрации, внесено в национальные реестры зарегистрированных лекарственных средств государств - членов ЕАЭС и к ним применимы различные технические регламенты, в отношении такого лекарственного средства общий рынок лекарственных средств не считается возникшим.

РЫНОК ОПТОВОЙ РЕАЛИЗАЦИИ САХАРА В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН¹

Сахарные заводы Республики Казахстан

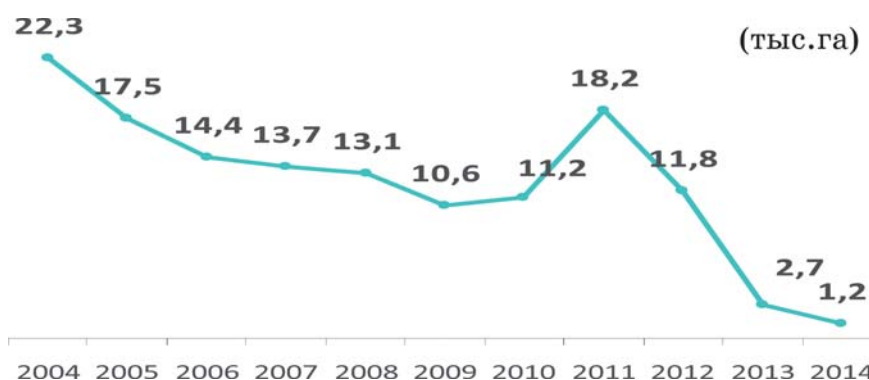


Единственным производителем сахара в Республике Казахстан является ТОО «Центральноазиатская сахарная корпорация» (далее – ТОО «ЦАСК»), который создан в 2009 году и имеющий 6 филиалов (сахарных заводов), расположенных в южной части республики. Емкость (потребность) внутреннего рынка сахара республики составляет – 450 тыс. тонн белого сахара в год.

ТОО «ЦАСК» имеет мощности и возможности для производства необходимого количества сахара и обеспечения внутреннего рынка республики.

Посевная площадь сахарной свеклы и производство сахара

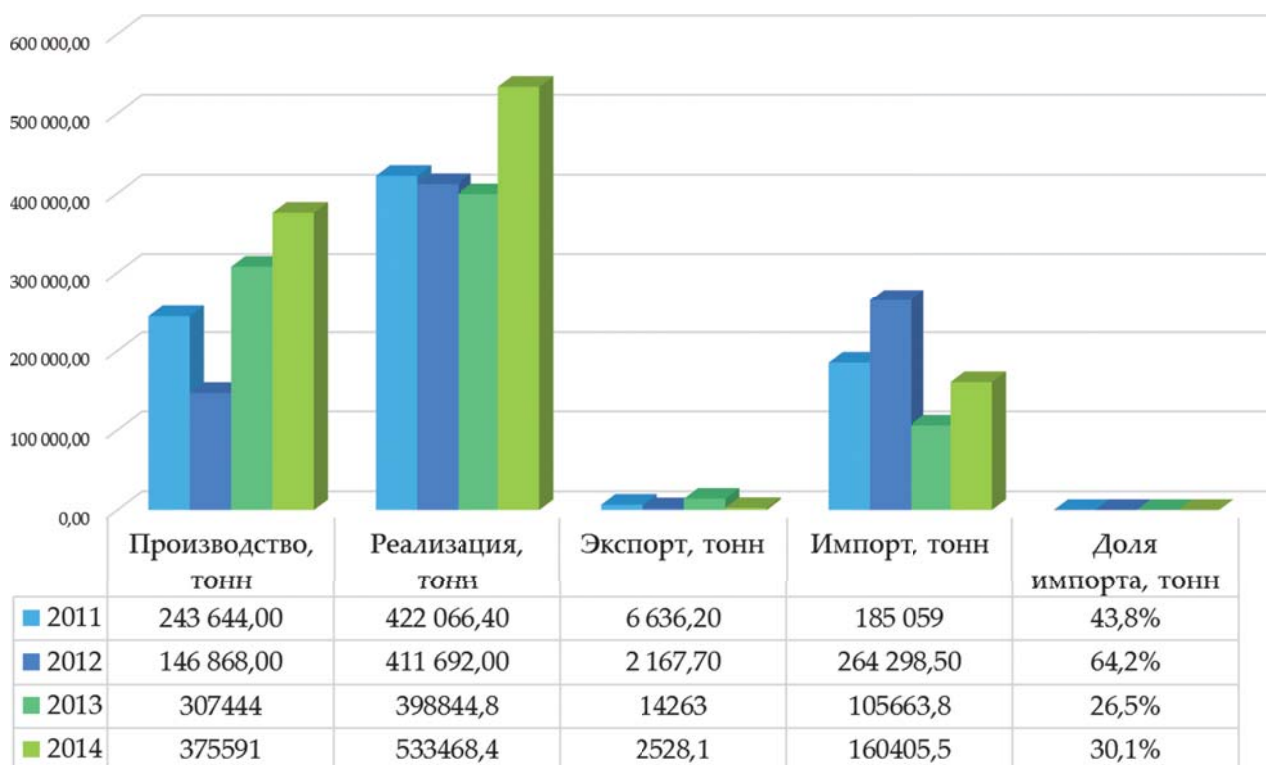
Сокращение посевной площади сахарной свеклы за 9 лет в 8 раз



- Полная сырьевая импортозависимость сахарного производства Казахстана
- Ликвидирована отрасль свекловодства в Казахстане
- Угроза продовольственной безопасности
- Рост производства сахарной свеклы сдерживается ограниченностью орошаемых земель, пригодных для выращивания данной культуры, высокой трудоемкостью, затратностью и неурегулированностью взаимоотношений между участниками рынка

¹ Материал взят с сайта Антимонопольного органа Республики Казахстан www.kremzk.gov.kz

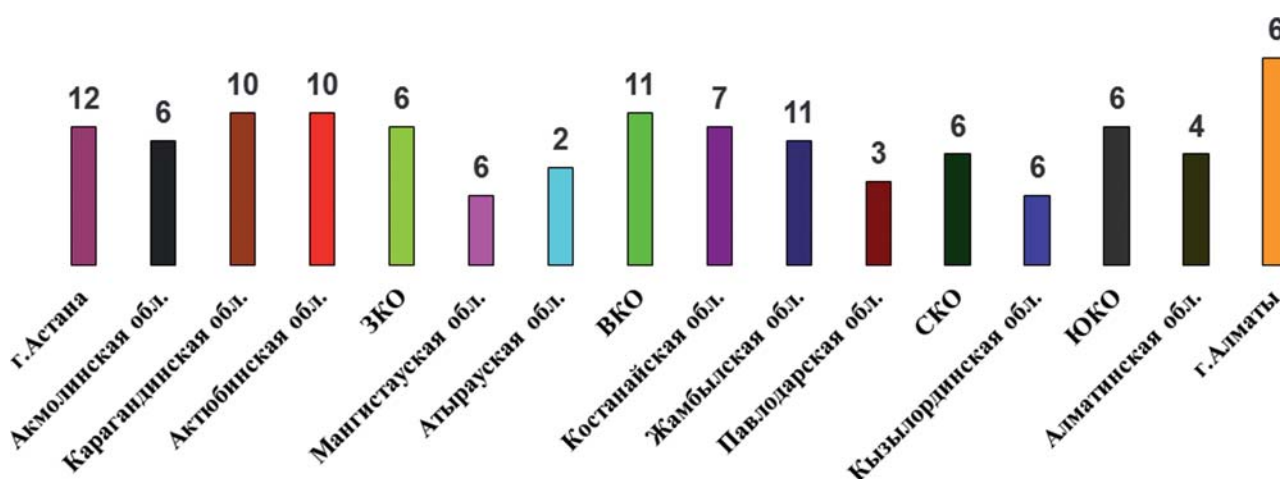
Баланс рынка сахара Республики Казахстан



* по данным Комитета по статистике

Перечень субъектов рынка, осуществляющих деятельность на рынке сахара, в разрезе регионов Республики Казахстан

Количество оптовых реализаторов по регионам республики (112 субъектов рынка)



Рынок по всем 14 регионам республики можно охарактеризовать как высокконцентрированный. В 2 регионах республики умеренноконцентрированный.

Основные факторы, влияющие на конкурентоспособность отечественной продукции

Отечественным рынок сахара на 90% зависит от импортного сырья - тростникового сахара-сырца.

Высокая стоимость указанного сырья и большие расходы на доставку его до сахарных заводов Казахстана, несмотря на нулевые пошлины на импорт, делают сахар отечественного производства неконкурентоспособным по сравнению с Российским, Белорусским и Украинским сахаром

Низкое качество свекловичного производства в связи с раздробленностью хозяйств (средняя площадь хозяйств порядка 9 га) (незначительные площади сдерживают процесс интенсификации, затрудняют внедрение севооборотов, эффективное применение орошения, средств механизации и химизации, рациональную организацию труда, что отрицательно влияет на эффективность и прибыльность производства)

Высокая себестоимость сырья, моральный и физический износ имеющегося технологического оборудования, что не позволяет снизить себестоимость производства

Неполная (около 60%) загрузка производственных мощностей, связанная с отсутствием стабильной, качественной и достаточной сырьевой базы

Проблемы сахарной отрасли

Рынок монополизирован единственным производителем ТОО «ЦАСК»

неконкурентоспособность отечественной продукции

импортозависимость от основного сырья (сахарный тростник)

доля производства сахара из импортного сырья достигла 90%

недостаточность разработанных комплексных мер по наращиванию объемов отечественного производства сахарной свеклы

(цена завозимого импортного сырья крайне не стабильна (к примеру, в 2010г-100,0 тыс.тг, 2011 г. 132,0 тыс. тенге, 2012 г,- 88,1 тыс.тенге, 2013 г,- 80,5 тыс. тенге

высокие цены минеральных удобрений для свекловодства

неразвитость инфраструктуры

(доставка сахарной свеклы и сахара-сырца до переработчика,)

низким уровнем внедрения инноваций, так как отечественные предприятия по переработке сахара не обеспечены новыми технологическими комплексами

Предложения по развитию сахарной отрасли

- увеличить производство сахарной свеклы, повысив эффективность ее переработки посредством модернизаций оборудования, реконструкции промышленного комплекса на основе развития крупных хозяйств роста их концентрации планируемых на основе внедрения современных технологий;
- рассмотреть вопрос об укрупнении мелких свекловодческих крестьянских хозяйств путем создания кооперативов собственников земли;
- рассмотреть вопрос об увеличении доли крупных хозяйств по выращиванию сахарной свеклы.

Выявление монопольно высоких цен¹



Алешин Д.А.²

Значение анализа монопольно высоких цен в антимонопольном регулировании США и ЕС существенно отличается. Американское законодательство против монополий позволяет законным монополистам и тем более другим участникам рынка устанавливать любые цены. Этот важный принцип многократно поддерживался решениями суда: «монополист, который занял своё положение законными средствами, не виновен в монополизации и нарушении закона Шермана...», «антитрестовское законодательство не занимается регулированием цен...». Завышенная цена может являться признаком наличия монопольного положения либо может являться результатом совершения запрещённых законом действий (направленных на достижение монопольного положения), но сама по себе нарушением закона не является. Соответственно, роль этих оценок в США проявляется при определении наличия доминирующего положения.

В Европейском Союзе монопольно высокие цены (избы-



Сушкевич А.Г.³

точно высокие цены) считаются нарушением, однако, таких дел на общеевропейском уровне крайне мало. Основным прецедентным делом является дело United Brands, решение по которому не было поддержано судом, но при рассмотрении которого Еврокомиссией сформировались стандарты необходимых доказательств.

Антимонопольные органы используют несколько различных подходов для оценки избыточно высоких цен. Может осуществляться непосредственное сравнение цен, сравнение рентабельности компаний или сравнение разницы между ценой и издержками.

У каждого из этих методов есть свои преимущества и недостатки, поэтому целесообразно при наличии возможности использовать все подходы. Так, например, в случае сравнения доходности компаний существуют чёткие алгоритмы расчета финансовых показателей, базирующиеся на бухгалтерской отчетности, однако эти показатели не связаны непосредственно с ценой товара. В случае же сравнения цен и издержек,

2 Старший научный сотрудник Института торговой политики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

неизбежно возникает дискуссия, что включается в состав издержек.

1. Сравнение цен

В решениях Европейского суда сформировался целый комплекс подходов к оценке неоправданно высоких цен. В качестве базы для сравнения могут использоваться цены на релевантном рынке, другие цены доминирующей компании, цены аналогичных товаров, зарубежные цены, издержки.

Эти подходы можно классифицировать на основе того, что берется за базовую цену, какая информация запрашивается и что фактически измеряется. В качестве базовых цен можно взять цены других регионов, цены в другие периоды, или цены других компаний, выпускающих идентичные или подобные товары или услуги. Базовые (референтные) цены могут также являться комбинацией этих подходов или основываться на концепции разумной прибыли.

Прямое сравнение цен возможно при сравнении с компаниями, предлагающими подобные товары на другом географическом рынке с более высокой степенью конкуренции. Для таких компаний можно сравнивать и прибыльность фирм.

Идея, лежащая в основе географических сравнений, состоит в том, что два рынка, которые рассматриваются, достаточно

3 Помощник руководителя Федеральной антимонопольной службы России, кандидат экономических наук, заслуженный экономист Российской Федерации, заместитель заведующего базовой кафедры ФАС России на факультете права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

1 Из монографии «Экономический анализ в практике зарубежного антимонопольного регулирования / Д.А.Алешин, И.В. Князева, А.Г. Сушкевич. — Новосибирск: Изд-во НГТУ, 2016. — 246 с.

сопоставимы. Могут существовать критические различия в налогах, валютных курсах, доходах покупателей, доле нового продукта на рынке, способах финансирования инвестиций и т.д. Если есть уверенность, что на одном из сопоставимых рынков существует конкуренция, а на других, как предполагается, некоторые фирмы обладают рыночной властью, то сравнение проводится с конкурентным рынком.

Возможно также осуществлять сравнение за разные периоды времени, рассмотреть динамику прибыльности компании за разные длительные периоды. Такой подход Европейская Комиссия использовала в деле *British Leyland* и в некоторой степени в деле *United Brands*.

При сравнении с ценами конкурентов возникает проблема, что если конкурент следует за политикой доминирующей фирмы и устанавливает высокие цены, то его цены не могут являться базой сравнения. А если он устанавливает низкие цены, то возникает вопрос, почему у него не увеличивается доля рынка. Монополю высокими ценами, и цены которые растут на каком-то сегменте из-за ограничения доступа, оцениваются по-разному.

В деле *United Brands* компания устанавливала разные цены в разных странах ЕС и запрещала перепродавать товары. Комиссия наложила штраф и предписала снизить цены. Комиссией осуществлялось сравнение цен с эффективными издержками производства и оценивалась рентабельность. Суд постановил, что следовало установить, действительно ли существовали различия по издержкам и была ли установленная цена «избыточной», выявить составляющие издержек. По мнению Суда, Комиссией не было также доказано, что референтная цена (с которой проводилось сравнение) являлась

прибыльной. Кроме того, отличие цен в 7% от цен основных конкурентов, по мнению Суда, было недостаточным, чтобы автоматически считаться избыточным.

В деле *SAGEM II* Европейский суд указал, что базой сравнения могут быть издержки эффективной фирмы, а не обязательно издержки фирмы, в отношении которой ведется расследование, так как вследствие её монопольного положения может наблюдаться искусственное раздувание издержек.

В деле *Ахмед Саид (Ahmed Saeed 1989)* суд учел сложность распределения издержек между несколькими товарами (услугами). Он обратился к нормам отраслевого регулирования (по вопросам установления тарифов), что если секторальные правила предписывают определенные принципы установления тарифов, то антимонопольный орган может следовать этим принципам при установлении избыточно высоких цен в секторе.

В деле *SACEM II* суд также высказался, что если компания взимает завышенные цены по сравнению с ценами в других странах ЕС, то бремя доказывания обоснованности таких цен лежит на компании. В деле *British Leyland* получившая право сертифицировать автомобили компания (легаль-

ная монополия) стала выдавать сертификаты на праворульные и леворульные автомобили по ценам, различающимся в 6 раз. Из решения суда можно сделать вывод, что при сравнении рынка определенной страны — члена ЕС с другим географическим рынком (за пределами ЕС) необходимо доказать, что он находится в состоянии конкуренции, а при сравнении с ценами в других странах-членах ЕС этого не требуется, так как речь идет об обеспечении единства внутреннего рынка ЕС. Такой тип доказательств (сравнение с зарубежным европейским рынком) часто называют «benchmarking».

Действительно, хотя суд в деле *United Brands* высказался в пользу непосредственного анализа издержек, прямая их калькуляция тяжела даже для отраслевых регуляторов в условиях прозрачности компаний, а для антимонопольных органов может оказаться вообще невозможной. Однако случаи, в которых разные товары с существенно разными издержками продаются по одной цене или если один товар с одинаковыми издержками продается по существенно разным ценам, однозначно признаются антимонопольными органами стран — членов ЕС несправедливым (и незаконным) ценообразованием (рис. 1., рис. 2.).

Действительно, в решениях

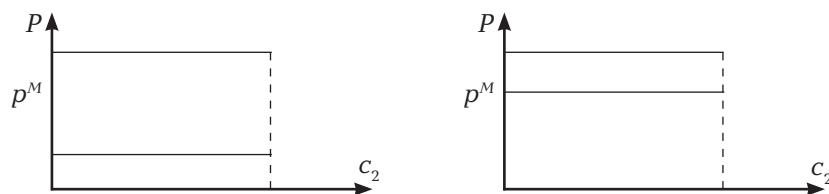


Рис. 1. график соотношения цены и издержек у сопоставимых компаний (одинаковая цена, разные издержки).

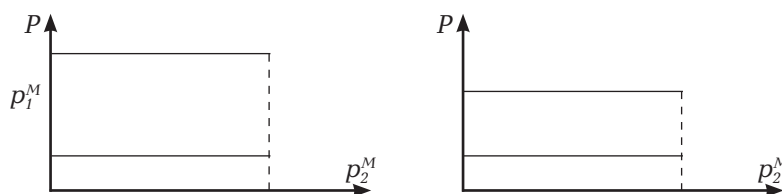


Рис. 2. график соотношения цены и издержек у сопоставимых компаний (одинаковые издержки, разная цена).

европейских антимонопольных органов, в которых установление цены признавалось нарушением антимонопольного законодательства, речь шла о ценовых различиях в десятки раз (таблица 1.)

либерализации. Практике работы европейских антимонопольных органов характерно полное отсутствие дел о монопольно высоких ценах на свободных (нерегулируемых) рынках. Комиссия не считает себя регулятором цен и вмешивается, когда

полно высокие цены анализом рентабельности выявлены быть не могут. В практике финансового анализа существуют различные показатели рентабельности. Считается, что наиболее широко в своей практике их

Таблица 1. Монопольно высокие цены в европейской практике⁴

Дело (орган), решение	Характеристика цен, которые признаны злоупотреблением	Проверка избыточности цен
Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Gro market GmbH & Co., (1971) E.C.R. 487.	«заметно высокие различия»	сравнение цен
General Motors v. Commission, [1975] E.C.R.1367,[1976] 1 C.M.L.R. 95.	40 раз выше фактических издержек	СУД: цена/издержки в свете всех обстоятельств
United Brands Co. v. Commission, [1978] E.C.R. 207, [1978] 1 C.M.L.R. 429.	более чем в 2 раза выше издержек	КОМИССИЯ: сравнение цен СУД: цена/издержки
British Leyland Plc. v. Commission, [1986] E.C.R. 3263, [1987] 1 C.M.L.R. 185.	различия цен, более чем в 5 раз	цена на сопоставимые услуги
Ahmed Saeed Flugreisen et al. v. Zentrale zur Bekämpfung, [1989] E.C.R. 803 (ECJ).	«долгосрочные распределенные издержки должны соответствовать достаточному доходу на капитал»	критерии, заложенные в отраслевых актах
Ministere Public v. Tournier, [1989] E.C.R. 2521, [1991] 4 C.M.L.R. 248 ("SACEM II"), Societe des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique («SACEM»)	в несколько раз выше	сравнение цен
Bodson v. Pompes Funebres, [1988] E.C.R. 2479, [1989] 4 C.M.L.R. 984.	цены других заметно ниже	сравнение цен
ITT Promedia/Belgacom in Commission, XXVIII REPORT ON COMPETITION POLICY sec. 67 (1997).	маржа выше 900%	
Deutsche Telekom in XXVIII REPORT, id., sec. 77.	различия цен в 2 раза	сравнение международных цен и маржа цена/издержки

Монопольно высокие цены с точки зрения рыночной экономики самокорректируются, так как они привлекают новых участников рынка. Поэтому заметное преимущество в делах Европейской Комиссии отдается тем, где монополия легальная (обусловлена государственным регулированием), либо наблюдается на недавно либерализованных рынках, где ценообразование только формируется и рост цена подрывает саму идею

есть высокие и постоянные барьеры входа на рынок (1), либо существуют эксклюзивные, часто предоставленные государством, права (2), либо отсутствует отраслевой регулятор (3).

2. Анализ рентабельности

Анализ рентабельности возможен, когда завышенные цены ведут к высокой прибыли. Если же для отрасли это не так (см. Baumol, Swanson 2005⁵), моно-

используют антимонопольные органы Великобритании.

При всем многообразии показателей, все они базируются на двух подходах. Первый - финансовый, базирующийся на понятии чистой приведенной стоимости и оценке внутренней нормы доходности (IRR — internal rate of return). Он требует данных о потоке денежных средств и оценок используемой стоимости активов компании на начало и конец анализируемого периода. Использование оценок прибыльности на основе показателей NPV и IRR для нужд антимонопольных органов подробно рассмотрено в ОФТ

⁴ Источник: Gal, Michal S., Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the U.S. and the EC: Two Systems of Belief About Monopoly?, Antitrust Bulletin, Vol. 49, pp. 343-384, Spring 2004

⁵ Baumol, W. J. and D. G. Swanson (2003), "The New Economy and Ubiquitous Competitive Price Discrimination: Identifying Defensible Criteria of Market Power", Antitrust Law Journal, Vol. 70 No. 3, pp. 661-685.

— Office of Fair Trade (2003). Анализ возможных ошибок - в Lind, Walker (2004)⁶.

По определению, внутренняя норма доходности (IRR) - норма прибыли, при которой чистая текущая стоимость инвестиций равна нулю. Её значение находят из следующего уравнения:

$$NPV(IRR) = \sum_{t=0}^n \frac{CF_t}{(1+IRR)^t} - \sum_{t=0}^n \frac{I_t}{(1+IRR)^t} = 0$$

Полученное значение следует сравнить с рыночной стоимостью капитала компании. Стоимость капитала - это оценка цены, которую компания должна заплатить, чтобы привлечь тот капитал, который она использует. Может рассматриваться как альтернативные издержки инвестиций, то есть прибыль, которая была бы получена, если капитал инвестировали в другом месте. Рассчитывается как средневзвешенная величина стоимости долгового финансирования и финансирования за счет собственного капитала:

$$WACC = g \cdot r_d + (1 - g) \cdot r_e$$

где,

g - доля заемного финансирования в капитале компании;

$r_d = r_f + dp$ - стоимость заемного финансирования, складывающаяся из ставки по безрисковым активам (как правило государственным облигациям) и долговой премии;

$r_e = r_f + \beta \cdot ERP$ - стоимость активов, которая при оценке по модели CAPM, складывается из ставки по безрисковым активам, премии за риск и связанного с риском компании параметром бета.

Так, модель CAPM, например, использовалась нидерландской NMa в деле компании KLM (Vereniging Vrije Vogel/KLM en Swart/KLM, Zaaknr. 273

⁶ Lind, R. and M. Walker (2004), "The (Mis)use of profitability analysis in competition law cases", European Competition Law Review, Vol.25, No.7, pp. 439-446.

en 906). Для компаний, акции которых не торгуются на бирже, используются оценки по компаниям-конкурентам.

Поскольку финансовый показатель «стоимость капитала» не связан непосредственно с ценами на товары, вместе с показателем WACC целесообразно рассчитывать и бухгалтерские показатели рентабельности.

Второй подход - бухгалтерский, при котором вычисляется доход на вложенный капитал (ROCE — return on capital employed). Это прибыль компании перед выплатой процентов и налогами (EBIT — earnings before interest and taxes), разделенная на используемый капитал. Показатель ROCE традиционно используется при регулировании цен в инфраструктурных секторах. Проблемы с бухгалтерским подходом к оценке прибыльности обсуждались, например, в статьях Фишера и Макгоуона (1983)⁷, Мартина (1984)⁸ и Саламона (1985)⁹. Анализ рентабельности не даёт однозначные результаты по следующим причинам: бухгалтерские прибыли часто чувствительны к способам амортизации; существует перераспределение издержек и выручки внутри многопрофильных компаний с разными направлениями деятельности, а также использование трансфертного ценообразования международными компаниями; есть и расхождение в оценках риска инвесторами.

Сравнение стоимости капитала с доходностью капитала

⁷ Fisher, F. M. and JJ McGowan (1983), On the Misuse of Accounting Rates of Return to Infer Monopoly Profits, American Economic Review, 73, 82.

⁸ Martin, S. (1984) "The Misuse of Accounting Rates of Return: Comment", American Economic Review, Vol.74, No.3, pp.501-506.

⁹ Salamon, G. L. (1985), Accounting Rates of return, American Economic Review, Vol.75, No.3, pp.495 — 504.

является стандартным методом в регулировании инфраструктурных отраслей. Как только определена мера средневзвешенной стоимости капитала (WACC) компании, цена, которую компании разрешают взимать, устанавливается так, чтобы обеспечить ожидаемое ROCE равное WACC. В тоже время при использовании регулирования нормы доходности между инвестициями, сделанными государственными коммунальными компаниями (на рынках естественной монополии) и инвестициями, сделанных в среде конкурентного рынка, есть большое различие. Это риски, которые могут игнорироваться в условиях ЕМ.

Отдельные европейские антимонопольные органы включают оценки рентабельности в том числе и в аналитические отчеты, которые рассматриваются при принятии решений по слияниям, по делам не связанным с монопольно высокой ценой. Гроут и Залевска в своей статье указывают, что при отрицательных решениях (т.е. отказе в одобрении слияния) наблюдалась рентабельность компаний на 20-25% выше среднеотраслевой (при делах о монопольно высокой цене - на 70% выше среднеотраслевой). Это лишний раз говорит о том, что чтобы быть признаком монопольно высокой цены, рентабельность должна быть крайне высокой.

Альтернативной оценкой рентабельности также может являться сравнение цен и издержек компании, расчёт маржи:

$$PCM = \frac{P - C}{P}$$

Трудность заключается в измерении издержек: у доминирующей фирмы издержки могут быть искусственно раздуты; у мультипродуктовой фирмы издержки надо разносить по процессам; сравнение с издержками конкурентов - лучшей

или второй наилучшей фирмой в отрасли — затруднено, поскольку неизвестно, какой ценовой стратегии следуют эти фирмы.

3. Примеры дел из зарубежной практики

3.1. Дело о порт Хельсингбург (Европейская Комиссия)

В июле 2004 г. Европейская Комиссия приняла два решения¹⁰, отклоняющие жалобы компаний Scandlines Sverige и Sundbusserne AS, осуществляющие паромные перевозки между Швецией и Данией на мар-

ждала, что доходность ННАВ более чем на 100% превышает стоимость собственного капитала. В соответствии с данными принципами, Комиссия должна была определить фактически понесенные ННАВ затраты, сравнить их с ценами, установить являлось ли различие между этими двумя величинами чрезмерным, а затем принять решение являлись ли эти цены несправедливыми.

Комиссия установила, что доходы ННАВ от обслуживания паромов превышают затраты. В отсутствие достоверной информации о распределении реаль-

тарификации. Признаков несправедливости установленных цен Комиссия также не выявила.

Важным моментом стала позиция Комиссии по вопросу определения «экономической стоимости», о которой шла речь в решении суда в деле United Brands. Хотя заявители утверждали, что цена превышает издержки, Комиссия указала, что в данном случае надо также учитывать факторы со стороны спроса, а именно, нематериальные активы в виде идеального расположения порта Хельсингбург, с учетом которого цена



шруте Хельсингбург-Эльсинор. Обе компании утверждали, что Helsingborgs Hamn AB (ННАВ) установила дискриминационные и монопольно высокие тарифы за портовые услуги.

Комиссия выполнила комплексное исследование, соответствующее принципам, установленным судом в деле United Brands, а также высказалась по вопросу «экономической стоимости», так как компания Scandlines в своей жалобе утвер-

ждала, что доходность ННАВ более чем на 100% превышает стоимость собственного капитала. В соответствии с данными принципами, Комиссия должна была определить фактически понесенные ННАВ затраты, сравнить их с ценами, установить являлось ли различие между этими двумя величинами чрезмерным, а затем принять решение являлись ли эти цены несправедливыми. Комиссия установила, что доходы ННАВ от обслуживания паромов превышают затраты. В отсутствие достоверной информации о распределении реаль-

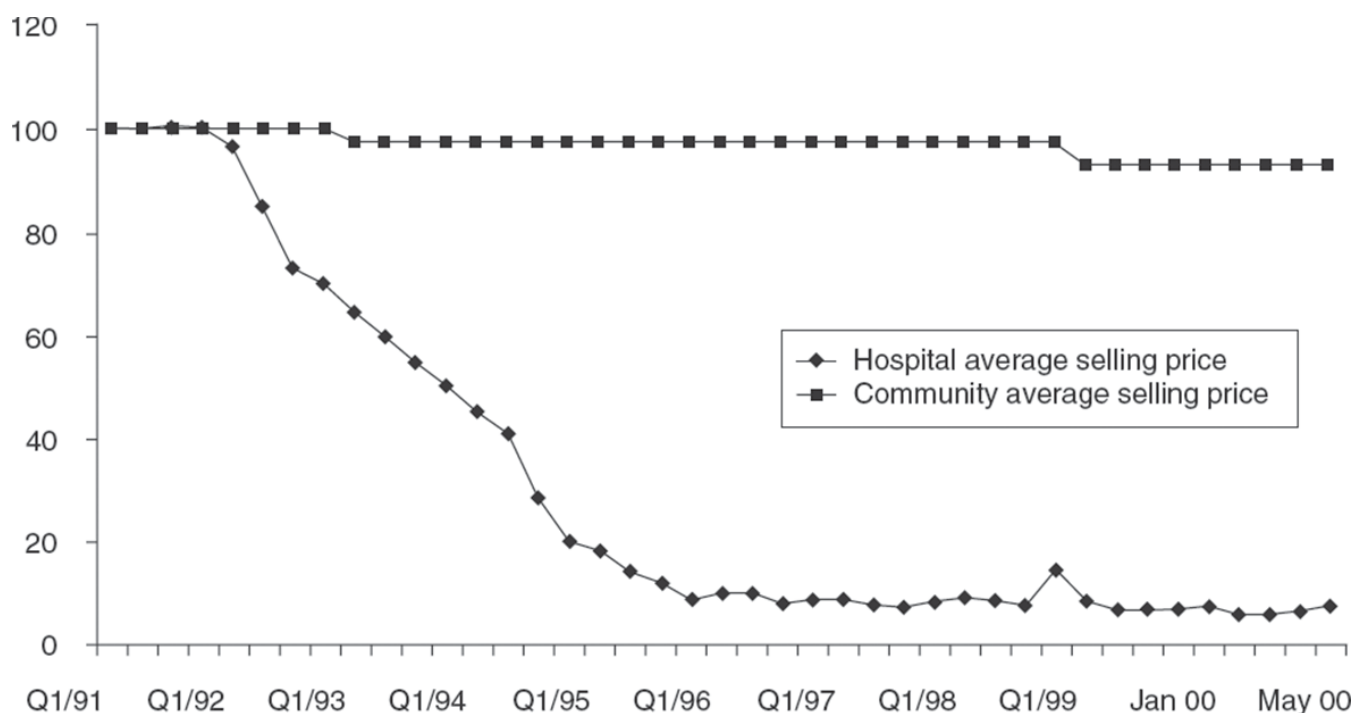
ных издержек Комиссия могла сделать только оценки приблизительного распределения стоимости. Эта задача была осложнена фактом, что большинство издержек являлись фиксированными, а достоверной информации ННАВ не представил. Комиссия не смогла доказать, что это превышение является «чрезмерным». Комиссия далее провела сравнение тарифов для других потребителей портовых услуг (грузовых кораблей); тарифов порта Эльсинор; портовых сборов в других портах. Объективные трудности такого сравнения - разные структуры издержек портов, разные состав услуг, разные принципы

не представляется чрезмерной. При этом, Комиссия с одной стороны, высказалась, что подход «издержки плюс» возможен, но с другой стороны указала, что «экономическая стоимость в каждом рассматриваемом деле должна определяться на индивидуальной основе».

Многие авторы, см. например, Werden (2009)¹¹ считают, что такое решение Комиссии разрушило всю европейскую правовую конструкцию для мо-

10 Case No Comp/A.36.586/D3 Scandlines Sverige v Port of Helsingborg, Commission decision of 23 July 2004; Case COMP/A.36.570/D3 — Sundbusserne v Port of Helsingborg, Commission decision of 23 July 2004

11 Werden, G.J. (2009), "Monopoly Pricing and Competition Policy: Divergent Paths to the same Destination", Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute: International Antitrust Law & Policy, Juris Publishing, Huntington.



нополюно высоких цен. «Учёт особенностей спроса», означает, что поскольку цена, которую потребители платят монополисту, отражает экономическую ценность товара для них и не является чрезмерной, то такая монополюно высокая цена не является несправедливой и соответственно запрещённой.

3.2. Дело NAPP (Офис справедливой торговли Великобритании)

Это дело рассматривалось после жалобы, в которой было указано, что Napp Pharmaceutical Holdings Limited и её филиалы (далее - NAPP), с помощью скидок более чем 90%, препятствовали конкурентам выйти на рынок морфия длительного хранения для больниц. Встали вопросы монополюно низкой цены, монополюно высокой цены и проблемы ценообразования отрасли, являющейся субъектом регулирования Министерства здравоохранения (схема регулирования цен фармацевтических товаров - PPRS).

До 1992 NAPP имел патент и, несмотря на истечение его

срока, в дальнейшем сохранил долю рынка более чем 95 %. Высокая доля рынка привела к предположению существования высоких барьеров входа, объясняющихся регулированием и стратегией ценообразования NAPP.

Схема PPRS регулирует прибыль, которую компании могут получить от продаж их фирменных лекарств Национальной службе здравоохранения (NHS). Более точно, PPRS устанавливает предел для процента ROCE, который компания может заработать на таких продажах. Компании, получающие прибыли сверх 29.4 %, обязаны возмещать избыток NHS.

Стратегия NAPP заключалась в продажах по низким ценам в больницы и высоким - в остальной части рынка:

Источник: решение OFT по делу NAPP

Индексы цен продаж NAPP

OFT доказывала «чрезмерность» таких цен с помощью анализа рентабельности. В сегменте больниц OFT вычислила

среднюю цену за семь различных лекарств и сравнила их с прямыми затратами. Прямые затраты были определены в соответствии с бухгалтерской системой NAPP как затраты на материалы и оплату труда. Прямые затраты были осторожной оценкой AVC, поскольку они не включали производственные затраты и накладные расходы, которые также будут переменными за двухлетний период.

Для сегмента больниц средние цены NAPP были на 30-50 % ниже прямых затрат, и даже ниже затрат на сырьё.

Для доказательства монополюно высоких цен OFT сравнивала маржу прибыли от продажи морфия для не-больниц с маржой прибыли других лекарств NAPP. Сравнение с ценами конкурентов, сравнение с ценами экспортных продаж. Цены NAPP были на 33 - 67 % выше, чем у конкурентов, и выше, чем цены экспортных продаж, которые были признаны прибыльными. Цена NAPP на морфий также в 5 раз превосходила издержки ее ближайшего конкурента.



**АО “ ЦЕНТР РАЗВИТИЯ
И ЗАЩИТЫ КОНКУРЕНТНОЙ
ПОЛИТИКИ ”**

МИССИЯ КОМПАНИИ:

**ПОВЫШЕНИЕ УРОВНЯ КОНКУРЕНТНОЙ
СРЕДЫ В КАЗАХСТАНЕ**

- **8 ЛЕТ УСПЕШНОЙ ПРАКТИКИ**
- **БОЛЕЕ 1000 КЛИЕНТОВ ПО ВСЕМУ КАЗАХСТАНУ**
- **УЧАСТИЕ В РАЗРАБОТКЕ ЗАКОНА О КОНКУРЕНЦИИ**

НАПРАВЛЕНИЯ РАБОТЫ:

- **ИССЛЕДОВАНИЕ ТОВАРНЫХ И ФИНАНСОВЫХ
РЫНКОВ РЕСПУБЛИКИ**
- **КОНСУЛЬТАЦИИ ПО ВОПРОСАМ
АНТИМОНОПОЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ –
в том числе составление ходатайств на
экономическую концентрацию, создание
государственных предприятий, нахождение
в Госреестре доминантов**
- **МОНИТОРИНГ И АНАЛИЗ НОРМАТИВНО-
ПРАВОВЫХ АКТОВ**
- **ПРОВЕДЕНИЕ ТРЕНИНГ-СЕМИНАРОВ**
- **ИССЛЕДОВАНИЕ ОСНОВНЫХ ТРЕНДОВ
В МИРОВОЙ ЭКОНОМИКЕ И МИРОВОМ
АНТИМОНОПОЛЬНОМ РЕГУЛИРОВАНИИ**

Создано Постановлением
Правительства РК
от 2 декабря 2008 года №1127
(с 2015 года Центр является негосударственной,
независимой организацией)

**г. Астана, ул. Орынбор 8, Дом
министерств, подъезд 3, этаж 8
Тел.: +7 (7172) 792 722, 792 736
info@czk.kz, www.czk.kz**