

серия науки

ЭКОНОМИЧЕСКАЯ КОНЦЕНТРАЦИЯ: ОПЫТ ЭКОНОМИКО- ПРАВОВОГО ИССЛЕДОВАНИЯ РЫНОЧНЫХ И ЮРИДИЧЕСКИХ КОНСТРУКЦИЙ

Монография

Ответственный редактор
доктор юридических наук М.А. Егорова

ЮСТИЦ  ИНФОРМ

Виктор Вайпан

**Экономическая концентрация.
Опыт экономико-
правового исследования
рыночных и юридических
конструкций. Монография**

«Юстицинформ»

2016

УДК 330.147
ББК 65 012.2

Вайпан В. А.

Экономическая концентрация. Опыт экономико-правового исследования рыночных и юридических конструкций.
Монография / В. А. Вайпан — «Юстицинформ», 2016

ISBN 978-5-7205-1332-0

В представленной книге проведено первое монографическое исследование вопросов антимонопольного регулирования сделок по экономической концентрации; обоснована оригинальная субъектная доктрина рынка, на основании которой установлены основные принципы и подходы к правовой оценке сделок по экономической концентрации, их соотношения с иными сделками и действиями, имеющими значение для антимонопольного регулирования; проведено компаративное исследование антимонопольного регулирования экономической концентрации в России, США и ЕС; выработаны основные направления и принципы установления правовых режимов для различных видов сделок по экономической концентрации, предложены основные направления совершенствования антимонопольного законодательства в этой сфере. Книга предназначена для научных работников, преподавателей и студентов юридических вузов, работников антимонопольных органов, судей и всех интересующихся проблемами антимонопольного регулирования.

УДК 330.147
ББК 65 012.2

ISBN 978-5-7205-1332-0

© Вайпан В. А., 2016
© Юстицинформ, 2016

Содержание

Авторский коллектив	8
About the authors:	9
Список сокращений	10
Введение	11
Глава 1	15
1.1. Экономическое содержание категории «экономическая концентрация»	15
1.1.1. Понятие «рыночная концентрация» в экономической науке	15
1.1.2. Количественные экономические индексы рыночной концентрации	16
1.1.3. Качественные экономические характеристики рыночной концентрации	21
1.1.4. Соотношение понятий «рыночная концентрация» и «рыночная власть»	23
1.1.5. Значение парадигмы «структура – поведение – эффективность» в оценке экономической концентрации	26
1.2. Правовое содержание категории «экономическая концентрация»	33
1.2.1. Содержание категории «экономическая концентрация» в российском законодательстве	33
1.2.1.1. Легитимная дефиниция понятия «экономическая концентрация»	33
1.2.1.2. Легитимная дефиниция понятия «объект экономической концентрации»	37
1.2.2. Понятие «экономическая концентрация» в ЕС	39
1.2.2.1. Слияние	40
1.2.2.2. Приобретение контроля	44
1.2.3. Понятие «экономическая концентрация» в американском антимонопольном законодательстве	53
1.2.4. Понятие «экономическая концентрация» в глобальном правовом пространстве (на примере Типового закона о конкуренции ЮНКТАД)	61
1.2.5. Соотношение понятия «экономическая концентрация» со смежными категориями	68
1.2.5.1. Экономическая концентрация и доминирующее положение	68
1.2.5.2. Экономическая концентрация и монополистическая деятельность	77
1.3. Междисциплинарный интерфейс категории «экономическая концентрация»	81
Конец ознакомительного фрагмента.	90

**В. А. Вайпан, А. В. Габов, М. А.
Егорова, А. Ю. Кинёв, Д. А. Петров**
**Экономическая концентрация:
опыт экономико-правового
исследования рыночных и
юридических конструкций: монография**

Рецензенты:

Белых Владимир Сергеевич – директор Института права и предпринимательства Уральского государственного юридического университета, заведующий кафедрой предпринимательского права, заслуженный деятель науки Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор.

Радыгин Александр Дмитриевич – декан экономического факультета Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, директор Института экономических и прикладных исследований РАНХиГС, заслуженный экономист РФ, доктор экономических наук, профессор.

Цыганов Андрей Геннадьевич – заместитель руководителя Федеральной антимонопольной службы (ФАС России), Заслуженный экономист Российской Федерации, Почетный работник антимонопольных органов России, кандидат экономических наук.

Vaypan V.A., Gabov A.V., Egorova M.A., Kinev A.Y., Petrov D.A.

**ECONOMIC CONCENTRATION: THE EXPERIENCE OF ECONOMIC AND
LEGAL RESEARCH OF MARKET AND LEGAL STRUCTURES**

Monograph

Executive editor

Doctor of Laws M. Egorova

Radygin A.D. – Dean of the Economic faculty of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (RANEPA), Director of the Institute for economic and applied research of RANEPA, honoured economist of the Russian Federation, Doctor of Economics, Professor. **Tsiganov A.G.** – Deputy Head of the Federal Antimonopoly service (FAS of Russia), honoured economist of the Russian Federation, honored worker of antimonopoly bodies of Russia, Ph.D. in Economics.

In the book, the first monographic study of antimonopoly regulation of transactions on economic concentration is carried out; the original subjective doctrine of the market is substantiated, on the basis of which the main principles and approach to the legal assessment of transactions on economic concentration, their correlation with other transactions and actions relevant to antimonopoly regulation are set; a comparative study of antimonopoly regulation of economic concentration in Russia, the U.S. and the EU has been conducted; the basic approach and principles for the establishment of legal regimes for different types of transactions on economic concentration have been elaborated and the basic directions of improvement of antimonopoly legislation in this field have been proposed.

The book is intended for researchers, teachers and students of law schools, employees of antimonopoly bodies, judges and anyone interested in antimonopoly regulation.

© Collective of authors, 2016 © Yustitsinform, 2016

Авторский коллектив

Вайпан Виктор Алексеевич

Заместитель декана и доцент кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, Заместитель Председателя Московского отделения Ассоциации юристов России, кандидат юридических наук, Почетный юрист города Москвы.

Глава 4, § 4.3.

Габов Андрей Владимирович

Заместитель директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, доктор юридических наук, Заслуженный юрист РФ.

Глава 2, § 2.2.1; 2.2.2; 2.2.3.

Егорова Мария Александровна

Заместитель декана юридического факультета имени М.М. Сперанского Института права и национальной безопасности Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, п. о. заведующего кафедрой предпринимательского и корпоративного права, доктор юридических наук, доцент.

Глава 1; Глава 2, § 2.1; 2.3; Глава 3, 3.2.4; 3.3.4; 3.4.3; Глава 5, 5.2; 5.3.

Кинёв Александр Юрьевич

Член Центральной избирательной комиссии Российской Федерации, заведующий кафедрой конкурентного права юридического факультета им. М.М. Сперанского Института права и национальной безопасности «Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ», доктор юридических наук.

Глава 4, § 4.1; 4.2.

Петров Дмитрий Анатольевич

Доцент кафедры коммерческого права Санкт-Петербургского государственного университета, кандидат юридических наук, доцент.

Глава 2, § 2.2.4; Глава 3, § 3.1; 3.2.1; 3.2.2; 3.2.3; 3.3.1; 3.3.2; 3.3.3; 3.4.1; 3.4.2; Глава 5, 5.4.

About the authors:

Victor A. Vaypan

Deputy Dean and assistant professor of the Business Law Department of the Law Faculty of Lomonosov Moscow State University, vice-chairman of the Moscow branch of the Association of Lawyers of Russia, Ph.D. in Law, Honored Lawyer of Moscow
Chapter 4, § 4.3.

Andrew Y. Gabov

Deputy Director of the Institute of legislation and comparative legal studies affiliated to the Government of the Russian Federation, Doctor of Laws, Honoured lawyer of the Russian Federation.
Chapter 2, § 2.2.1; 2.2.2; 2.2.3.

Maria A. Egorova

Deputy Dean of M.M. Speransky Law Faculty of the Institute of Law and National Security of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (RANEPA), acting head of the Business and Corporate Law Department, Doctor of Laws, associate professor.
Chapter 1; Chapter 2, § 2.1; 2.3; Chapter 3, 3.2.4; 3.3.4; 3.4.3; Chapter 5, 5.2; 5.3.

Alexander Y. Kinev

Member of the Central Election Commission of the Russian Federation, head of the Competition Law Department of M.M. Speransky Law Faculty of the Institute of Law and National Security of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (RANEPA), Doctor of Laws.
Chapter 4, § 4.1; 4.2.

Dmitry A. Petrov

Associate professor of Commercial Law Department of St. Petersburg State University, Ph.D in Law, associate professor.
Chapter 2, § 2.2.4; Chapter 3, § 3.1; 3.2.1; 3.2.2; 3.2.3; 3.3.1; 3.3.2; 3.3.3; 3.4.1; 3.4.2; Chapter 5, 5.4.

Список сокращений

- АКОРТ – Ассоциация компаний розничной торговли
ВАС РФ – Высший Арбитражный Суд Российской Федерации
ВС РФ – Верховный суд Российской Федерации
ВТО – Всемирная торговая организация
ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации
ГКАП России – Государственный комитет РСФСР по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур
ЕАЭС – Евразийский экономический союз
ЕС – Европейский союз
ЗоЗК – Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»
КоАП РФ – Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях
КС РФ – Конституционный суд Российской Федерации
МТП – Международная Торговая Палата
МЭР РФ – Министерство экономического развития Российской Федерации
НК РФ – Налоговый кодекс Российской Федерации
ПАФД – Принципы европейского договорного права: коммерческое агентирование, франшиза и дистрибуция
ПЕДП – Принципы европейского договорного права
Порядок 2010 – Порядок проведения анализа и оценки состояния конкурентной среды на товарном рынке
СЗ РФ – Собрание законодательства Российской Федерации
СРО – Саморегулируемая организация
ССД – Соглашение о совместной деятельности
ТПП РФ – Торгово-промышленная палата РФ
УНИДРУА – Международный институт по унификации частного права
УФАС ... округа – Управление Федеральной антимонопольной службы России ... округа
ФАС ... округа – Федеральный арбитражный суд ... округа
ФАС России – Федеральная антимонопольная служба Российской Федерации
ЮНКТАД – Конференция ООН по торговле и развитию

Введение

В период экономического кризиса вопросы антимонопольного контроля стоят как никогда остро. С одной стороны, рыночная экономика требует постоянного мониторинга состояния рынка и его структуры. С другой стороны, очень остро стоит проблема государственного содействия бизнесу, снижения административных барьеров для его функционирования, общей либерализации всех пластов законодательства, включая антимонопольное регулирование.

Государственный контроль сделок по экономической концентрации является одним из центральных институтов антимонопольного законодательства и занимает ведущее место в деятельности антимонопольного органа. Достаточно сказать, что на сайте ФАС России этим вопросам посвящен специальный раздел¹. Вопросы слияний и поглощений составляют ядро деятельности антимонопольных органов в любой стране мира. Отечественный Закон о защите конкуренции² (далее – ЗоЗК) является образцом наиболее «молодого» законодательства, что, однако, должно расцениваться не как недостаток, а как преимущество, поскольку российское антимонопольное законодательство не только восприняло наиболее прогрессивные институты и правовые антимонопольные механизмы, используемые в различных правовых системах, но еще и в значительной степени адаптировало их к условиям применения именно в российской правовой системе с учетом отечественных правовых традиций и специфики правоприменения.

Экономическая концентрация с точки зрения юридической формы представляет собой классический правовой институт, который нашел отражение в специальной главе Федерального Закона о защите конкуренции. Однако, несмотря на огромное количество сделок, попадающих под признаки экономической концентрации, и выраженную специфику правового регулирования, этот пласт правоотношений до настоящего времени не подвергался глубокому научному исследованию. Юридическая доктрина содержит разрозненные работы, освещающие отдельные казуистические аспекты данной проблемы, отсутствуют и серьезные монографические исследования по данному вопросу. Экономическая концентрация рассматривается в юридической литературе, в основном, в содержании комментариев к Закону о защите конкуренции³ либо в виде отдельных разделов в учебниках для вузов, посвященных вопросам антимонопольного регулирования⁴ или проблемам, связанным с деятельностью корпораций (корпоративным правом)⁵. При этом акценты ставятся не на внутреннем содержании общественного отношения, подлежащего правовому регулированию, а на определении внешних параметров этого регулирования, имеющих непосредственное отношение к процессу государственного контроля над экономической концентрацией. Подробно осве-

¹ Правовые акты Федеральной антимонопольной службы [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://solutions.fas.gov.ru> свободный.

² Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 31(1 ч.). Ст. 3434 (далее – Закон о защите конкуренции или ЗоЗК).

³ Дианов В., Егорушкина А., Хохлов Е. Комментарий к «третьему антимонопольному пакету». М.: Статут, 2012; Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О защите конкуренции» (постатейный) / К.Н. Алешин, А.В. Андросенко, И.Ю. Артемьев и др.; отв. ред. И.Ю. Артемьев. М.: Статут, 2015.

⁴ См., наир.: Конкурентное право России: учебник / отв. ред. И.Ю. Артемьев, А.Г. Сушкевич. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2012; Е[раицук С.А. Конкурентное право (Правовое регулирование конкуренции и монополии). М.: Городец-издат, 2002; Варламова А.Н. Правовое обеспечение развития конкуренции: Учебное пособие. – М.: Статут, 2010; Петров Д.А. Конкурентное право: теория и практика применения. Учебник для магистров / общ. ред. В.Ф. Попондопуло. М.: Юрайт, 2013.

⁵ Корпоративное право: учебник / Е.Г. Афанасьева, В.Ю. Бакшинский, Е.П. Губин и др.; отв. ред. И.С. Шиткина. 2-е изд., перераб. и доп. М.: КНОРУС, 2015.

щаются вопросы связи содержания правового регулирования с субъектным составом сделок по экономической концентрации, обсуждаются проблемы, связанные с определением пороговых значений и установлением критериев государственного контроля, а также проблемы *ex ante* и *ex post* контроля, занимающие практически центральное место в доктринальной литературе.

Однако, к сожалению, за рамками научных исследований до настоящего времени оставались фундаментальные вопросы экономической концентрации: правовое содержание понятия «экономическая концентрация»; его объем; соотношение экономической концентрации с иными понятиями антимонопольного регулирования, такими как «монополистическая деятельность», «соглашение», «картель», «согласованные действия»; место понятия «экономическая концентрация» в ряду правовых средств корпоративного права, таких как сделки по созданию и реорганизации юридических лиц, сделки по передаче акций и долей хозяйственных обществ, сделки с производственными средствами коммерческих организаций, а также сделки с активами финансовых организаций. Не подвергались специальному исследованию и правовые последствия сделок по экономической концентрации не только административного характера, но и гражданско-правовой природы.

В отношении экономической концентрации в правовом поле существует несколько неразработанных проблем. Во-первых, это определение содержания понятия «экономическая концентрация», в отношении которого имеются два основных мнения: 1) экономическая концентрация должна включать в себя только те виды сделок и действий, которые поименованы в главе 7 ЗоЗК; 2) экономическая концентрация представляет собой только те виды сделок и действий, на которые распространяется действие правового режима государственного контроля над экономической концентрацией. К сожалению, и то, и другое мнение существуют без учета экономического содержания указанного понятия. Вместе с тем п. 21 ст. 4 ЗоЗК в дефиниции понятия «экономическая концентрация» исходит как раз из экономических характеристик этого явления, связывая содержание понятия «экономическая концентрация» с воздействием сделок и действий на состояние конкуренции. В нашем исследовании предпринят именно этот подход, и экономическая концентрация рассматривается с самой широкой точки зрения как совокупность любых сделок и действий, которые могут оказать влияние на состояние конкуренции, причем имеется в виду не только негативное, но также и позитивное воздействие на состояние конкуренции. Кроме того, это влияние может иметь как фактический, так и потенциальный (вероятностный) характер.

Второй наиболее трудноразрешимой проблемой является выявление соотношения экономического и правового содержания понятия «экономическая концентрация». Именно эта задача и определила научную методологию данного исследования, в котором была предпринята попытка выявления основных точек соприкосновения рыночных аспектов концентрации как структурного элемента рынка и режима правового регулирования общественных отношений, возникающих в связи с имеющим место рыночным (экономическим) взаимодействием хозяйствующих субъектов. Предпринятая авторами попытка выработки междисциплинарного интерфейса категории «экономическая концентрация» позволила сформулировать и ввести в научный оборот новую правовую теорию – «субъектную доктрину рынка», – которая представляет собой «сплав» известной экономической доктрины «структура – поведение – эффективность» с теорией гражданского правоотношения и юридических фактов. Поскольку нами было установлено, что в поле сугубо экономического анализа невозможно формирование режима правового регулирования в силу кардинального различия методологии экономического и правового анализа, в представленном исследовании был обоснован правовой инструментарий, основанием для применения которого являются сугубо экономические критерии, представленные различными элементами рынка: рыночной концентра-

цией и рыночной властью. Это стало возможным при выявлении правовых аналогов указанных экономических явлений.

В предлагаемой работе впервые в юридической доктрине сформулирована так называемая «субъектная доктрина рынка», которая позволила взглянуть на вопросы экономической концентрации в полном объеме с учетом как экономических, так и правовых аспектов ее содержания. Поскольку работа выполнена исключительно юристами, в ней предпринята попытка правового анализа экономических конструкций экономической концентрации, т. к. основной целью исследования все же являлось совершенствование правовых механизмов антимонопольного регулирования. В работе предложено несколько альтернативных классификаций экономической концентрации, базирующихся как на правовых, так и на экономических критериях. В соответствии с этими классификациями построена и структура исследования, которое в итоге обосновывает самый главный вывод: в основе правового регулирования экономических отношений должен лежать принцип экономического детерминизма, согласно которому право как способ регулирования субъективных отношений между лицами должно выполнять обслуживающую роль по отношению к экономическим отношениям, имеющим сугубо объективную природу. В этом смысле именно экономические последствия актов деятельности субъектов должны определять специфику и содержание применимого к ним режима правового регулирования. В отношении антимонопольного регулирования этот вывод приобретает еще большую значимость в связи с тем, что в указанных отношениях принимает самое непосредственное участие публичный субъект права в лице антимонопольного органа.

Указанный подход позволил точно отдифференцировать экономические элементы рынка в виде рыночной концентрации и рыночной власти от сугубо правовых элементов, в роли которых выступают сделки и действия по экономической концентрации, являющиеся объектом правового регулирования в Законе о защите конкуренции. Изучение правовой природы различных разновидностей сделок и действий по экономической концентрации с учетом их влияния на состояние рыночной концентрации и рыночной власти позволило пересмотреть основные подходы к формированию правовых режимов для каждой группы сделок, поименованных в гл. 7 ЗоЗК, предложить наиболее эффективные способы правового регулирования для каждого вида сделок, устранить существующие противоречия в материально-правовом аспекте антимонопольного регулирования, а также обосновать наиболее оптимальные процессуально-правовые режимы государственного контроля над совершением таких сделок и действий, включая основания ответственности за их совершение (или несовершение), основания признания их недействительными и применения иных видов санкций, предусмотренных законом.

Основу представленного исследования составляет научно-исследовательская работа, которая была проведена в рамках Государственного задания Правительства РФ д.ю.н., профессором кафедры предпринимательского и корпоративного права юридического факультета им. М.М. Сперанского Института права и национальной безопасности РАНХиГС при Президенте РФ Егоровой М.А.

Для усиления теоретической и практической базы исследования к написанию монографии были привлечены ведущие ученые, практики и правоприменители. Раздел, посвященный раскрытию проблем корпоративных сделок по экономической концентрации, написан ведущим специалистом в сфере корпоративных отношений, д.ю.н. Габовым А.В., заместителем директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. Части работы, в которых рассматриваются процессуальные аспекты государственного контроля и вопросы административной ответственности, написаны ведущим специалистом, имеющим огромный опыт правоприменительной практики в области административного права в антимонопольном регулировании, Членом Центральной избиратель-

ной комиссии Российской Федерации, д.ю.н. Кинёвым А.Ю. Теоретические и практические аспекты экономической концентрации подробно раскрыты ведущими научно-педагогическими работниками крупнейших российских кафедр предпринимательского права: заместителем декана юридического факультета, доцентом кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ, к.ю.н., доцентом Вайпаном В.А. и доцентом кафедры коммерческого права Санкт-Петербургского государственного университета, к.ю.н., доцентом Петровым Д.А. Выражаю глубокую благодарность авторскому коллективу за участие в данной работе.

Коллектив авторов выражает надежду, что представленные в данном издании научные выводы и предложения по совершенствованию законодательства вызовут интерес у широкого круга специалистов, занимающихся проблемами антимонопольного регулирования, судей, научных работников и получат их поддержку.

И. о. зав. кафедрой предпринимательского и корпоративного права заместитель декана юридического факультета имени М.М. Сперанского Института права и национальной безопасности Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ

д. ю.н., профессор кафедры **М.А. Егорова**

Глава 1

Понятие и содержание категории «экономическая концентрация»

1.1. Экономическое содержание категории «экономическая концентрация»

1.1.1. Понятие «рыночная концентрация» в экономической науке

В экономической теории концепция «экономической концентрации» является составной частью структуры рынка как базовой экономической категории. Рыночная (экономическая) концентрация экономической наукой понимается как «сосредоточение экономически значимых признаков или характеристик в руках незначительного количества хозяйствующих субъектов (единиц или носителей информации)»⁶. Под рыночной концентрацией, т. е. концентрацией как продавцов, так и покупателей, понимается *плотность размещения рыночных структур*, а также *совокупность удельных весов агентов рынка* по объему предложения и спроса⁷. При этом рыночная концентрация предполагает определенную аккумуляцию не только *материальной* (т. е. основанной на доле рыночного участия), но и *представительской* власти, которая может выражаться не только в деятельности на рынке самой компании (фирмы, предприятия), но и в деятельности его представителей (агентов, франчайзеров, дистрибьюторов и т. и.)⁸. По О.Т. Лебедеву рыночная концентрация заключается в *объединении рыночной доли ведущих фирм*⁹ при определении степени их олигополии, а также различного уровня и качества взаимоотношений между олигополистами и симметричности или несимметричности (т. е. неравенства взаимных прав) членов группы¹⁰.

Приведенные определения экономической интерпретации категории «рыночная (экономическая) концентрация»¹¹ свидетельствуют о наличии значительного разброса приоритетных критериев, определяющих существенные признаки данного понятия. Как можно заметить, существует сразу несколько критериев, на основании которых строится дефиниция понятия «экономическая концентрация»:

- количество хозяйствующих субъектов;
- плотность размещения рыночных структур;
- совокупность удельных весов агентов рынка;
- наличие материальной и представительской власти;
- объединение рыночной доли ведущих фирм;
- уровень и качество взаимоотношений между олигополистами.

⁶ Князева И.В. Антимонопольная политика в России: учеб, пособие. М.: Омега-Л, 2008. С. 56.

⁷ Рой Л.В., Третьяк В. П. Анализ отраслевых рынков: учебник. М.: ИНФРА-М, 2008. С. 32.

⁸ Князева И.В. Указ. соч. С. 56, 94.

⁹ Количество фирм (п) определяется в пределах $2 < п < 8$.

¹⁰ Лебедев О.Т. Экономика отраслевых рынков: учеб, пособие. Изд-во Политехнического университета, 2009. С. 59.

¹¹ Далее по тексту – «экономическая концентрация».

Однако во всех интерпретациях понятия «экономическая концентрация» ее базовым элементом с точки зрения экономического анализа выступает категория «*предприятие*¹²» как обособленная экономическая единица, проводящая определенную стратегию рыночного поведения. Предприятие является **субъектом** экономической концентрации, в то время как под ее **объектом** следует понимать рыночную деятельность (поведение) предприятий на рынке, направленную не только на продвижение производимой продукции и товаров до потребителей (*вертикальное взаимодействие*), но и выстраивание системы взаимоотношений между прямыми конкурентами конкретного предприятия на определенном релевантном рынке (*горизонтальное взаимодействие*).

При этом понятие рынка также основывается на категории «предприятие», поскольку:

1) рынок рассматривается как система взаимодействующих предприятий (субъектов), в отношении которых действует правило взаимозаменяемости товара;

2) *предприятия (субъекты)* группируются по вертикальному (товарному) и горизонтальному (конкурентному) признакам¹³;

3) рынок определяется как «механизм или приспособление, осуществляющее контакт между покупателями и продавцами»¹⁴, т. е. между *предприятиями*, их взаимодействие;

4) рынок представляет собой «совокупность существующих и потенциальных покупателей товара», т. е. «*предприятий*» (*субъектов*)¹⁵;

5) рынок является «местом встречи продавцов и покупателей для осуществления сделки» (т. е. – *субъектов*) с целью удовлетворения их взаимных интересов¹⁶.

Таким образом, сущность содержания категории «рыночная концентрация» заключается не столько в ее отношении к рынку обращения товаров (работ или услуг), сколько в том, что она отражает потенциальную возможность рыночных субъектов определять условия их взаимодействия между собой, в том числе и путем создания одним или несколькими субъектами рынка режимов наибольшего или наименьшего благоприятствования как для своих прямых конкурентов, так и для своих непосредственных потребителей.

В этом смысле на любом рынке первостепенное значение приобретают два основных типа отношений: 1) вертикальные – между продавцами товара (работ, услуг) и его покупателями; 2) горизонтальные – между непосредственными конкурентами (производителями или перепродавцами товара).

1.1.2. Количественные экономические индексы рыночной концентрации

С точки зрения анализа конкурентной среды наиболее существенное значение приобретает количество (число) предприятий, осуществляющих аналогичную деятельность в пределах одного релевантного рынка взаимозаменяемых товаров. Однако это совершенно не означает, что уровень экономической концентрации находится в прямой зависимости от наличия нескольких (т. е. более чем одного) предприятий в структуре релевантного рынка. Напротив, наличие единственного предприятия в структуре рынка является вариантом его «абсолютной» концентрации, что соответствует признакам монополии.

¹² Которая в различных дефинициях обозначается не одинаково: «фирма», «хозяйствующий субъект», «рыночная структура», «коммерческая организация» и т. д.

¹³ Князева И.В. Указ. соч. С. 53.

¹⁴ Макконел К.Р., Брю С.Л. Экономикс: принципы, проблемы и политика. В 2-х т. Т.2. М.: Республика, 1998.

¹⁵ Котлер Ф. Маркетинг менеджмент. СПб.: Питер Ком, 1999.

¹⁶ Хейне П. Экономический образ мышления. М.: Дело, 1993.

Экономически значимые признаки рыночной концентрации экономической власти представлены в виде количественных и качественных признаков.

Количественные характеристики рыночной концентрации выражаются в различных исчисляемых экономических характеристиках, к числу которых, в частности, относятся: 1) материальные и нематериальные активы предприятия (фирмы); 2) размер производства, который определяется количеством производимой продукции в натуральном или стоимостном выражении; 3) размер предприятия, который определяется количеством используемого на нем живого (наемного) и овеществленного труда с учетом имеющейся в наличии у предприятия соответствующей техники, организации производства и труда; 4) фонд заработной платы; 5) прибыль фирмы от совершенных рыночных сделок.

Количественные характеристики рыночной концентрации измеряются в *абсолютных* и в *относительных* единицах. В *абсолютных* единицах измеряются показатели так называемой «**концентрации производства**», отражающие стоимостное выражение объема произведенной (проданной) продукции, численность занятых рабочих на предприятии, фонд заработной платы, прибыль и иные показатели, которые могут быть представлены в стоимостном (денежном) выражении. Показатели концентрации, которые не могут быть представлены в стоимостном выражении, именуется «**продуктовой концентрацией**». Она, как правило, измеряется в натуральном выражении в соответствии со спецификой каждой конкретной отрасли. Относительным количественным показателем рыночной концентрации является «**уровень концентрации**», который характеризует рыночную власть отдельных субъектов, является показателем уровня межфирменной конкуренции и рассчитывается, исходя из количества предприятий-конкурентов, действующих на соответствующем релевантном рынке с учетом относительного неравенства занимаемых ими рыночных долей.

Комплексный анализ всей совокупности используемых экономических коэффициентов рыночной концентрации (табл. 1) позволяет сделать следующие выводы.

Во-первых, все имеющиеся количественные коэффициенты, характеризующие состояние рыночной концентрации, основываются на двух базовых значениях: 1) *количество предприятий-конкурентов*, действующих в пределах определенного рынка (отрасли); 2) *размер рыночных долей этих предприятий-конкурентов*, определяемых в процентном соотношении.

Во-вторых, дополнительным критерием, позволяющим дать более глубокую оценку степени концентрации рынка, является признак *неравномерности распределения долей рынка между конкурентами*. Это становится особенно актуально на олигополистических рынках, где условия обращения товара определяются несколькими крупными конкурентами. В этих случаях преимущество имеют относительные индексы концентрации.

В-третьих, обращает на себя внимание различие между зависимостью коэффициентов от уровня рыночной концентрации. Для абсолютных индексов концентрации характерна точная пропорциональная зависимость величины коэффициента от величины рыночной концентрации. Эта зависимость в соответствии с используемым индексом может иметь как прямой (CR, ННІ, НТ), так и обратный (Е) характер. Для относительных коэффициентов концентрации характерен значительно более широкий разброс значений итоговых показателей индексов по отношению к реальному уровню рыночной концентрации, обусловленный относительным характером используемых в данных коэффициентах показателей. Поэтому для них наличие точной прямой или обратной зависимости индексов концентрации от уровня концентрации не прослеживается.

В-четвертых, из всех имеющихся в арсенале экономической науки показателей рыночной концентрации лишь коэффициент Холла-Тайдмана (НТ) учитывает размер активов (ранг) участника рынка. Для сопоставления экономического и правового содержания понятия «экономическая концентрация» этот коэффициент наиболее актуален, потому что Закон

о защите конкуренции¹⁷ (далее – ЗоЗК) использует этот критерий в качестве признака, определяющего необходимость проведения государственного контроля над экономической концентрацией.

Суммарная стоимость активов объекта экономической концентрации является основанием для проведения процедуры государственного контроля над экономической концентрацией в сделках:

- а) по созданию коммерческих организаций (п. 4 ч. 1 ст. 27 ЗоЗК);
- б) по слиянию коммерческих организаций, в том числе и путем присоединения (п.п. 1–3 ч. 1 ст. 27 ЗоЗК);
- в) с акциями (долями), имуществом коммерческих организаций, правами в отношении коммерческих организаций (ч. 1 ст. 28 ЗоЗК).

Кроме того, сведения о суммарной балансовой стоимости активов лица, являющегося объектом экономической концентрации, и его группы лиц являются обязательным документом, включенным в перечень документов, предоставляемых в антимонопольный орган в целях осуществления контроля над экономической концентрацией.

В результате анализа совокупности количественных методов оценки уровня рыночной (экономической) концентрации можно сделать следующие выводы:

1. Основными исходными признаками оценки уровня экономической концентрации на релевантном рынке являются два показателя: 1) *число* конкурирующих между собой субъектов; 2) *размер рыночных долей* каждого из этих субъектов. Иные базовые показатели включаются в содержание коэффициентов только в целях: 1) более детального раскрытия определенных аспектов рыночного взаимодействия, связанных со спецификой перераспределения долей между конкурентами; 2) оценки неравенства рыночного и производственного положения конкурентов и его значения для состояния рыночных взаимодействий; 3) установления тренда динамики уровня концентрации в определенной отрасли экономики; 4) выявления потенциальной возможности реализации рыночной власти отдельными субъектами релевантного рынка.

2. Поскольку рыночная доля определяется через объем продаж определенного товара в границах релевантного рынка в течение определенного промежутка времени, постольку этот базовый показатель, использующийся для оценки уровня экономической концентрации, фактически представляет собой отражение *деятельностной (поведенческой) составляющей*, которая оценивается через абсолютную величину отношения объема реализации товара одним из субъектов к общему объему реализации (поставки) на данном рынке. Таким образом, в основе любой экономической оценки уровня рыночной концентрации всегда лежат два показателя: *субъектный показатель*, отражающий количественное соотношение конкурентов на рынке, и *реализационный показатель*, выражающий степень рыночной активности конкурентов, проявляющейся в уровне реализованных ими товаров (продукции) в границах релевантного рынка.

Таблица 1. Количественные индексы экономической концентрации

¹⁷ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 2006. № 31(1 ч.). Ст. 3434.

Наименование индекса	Свойство индекса		Основные критерии
Коэффициент концентрации (CR)	Прямой		1. Количество субъектов 2. Доля рынка 3. Прямо пропорционален уровню концентрации
Коэффициент Линда (L)			1. Количество субъектов 2. Доля рынка 3. Соотношение долей
Коэффициент Херфиндаля- Х и р ш м а н а (HHI)	Абсолютный	Суммарный	1. Количество субъектов 2. Доля рынка 3. Прямо пропорционален уровню концентрации
Коэффициент Холла- Тайдмана (HT)			1. Количество субъектов 2. Доля рынка 3. Ранг предприятия (по размеру активов) 4. Прямо пропорционален уровню концентрации
Коэффициент энтропии (E)			1. Количество субъектов 2. Доля рынка 3. Обратно пропорционален уровню концентрации

Преимущества	Недостатки
Простота применения	Нечувствительность к перераспределению долей
1. Определение «границы» олигополии 2. Определение потенциальных субъектов согласованных действий	1. Может использоваться только в качестве дополнительного показателя 2. Индивидуальное использование недостаточно
1. Учитывает неравенство рыночного положения конкурентов 2. Характеризует уровень монополизации	Неэффективность при дефиците информации о показателях деятельности субъектов рынка
1. Учитывает неравенство рыночного положения конкурентов 2. Характеризует уровень монополизации 3. Более глубокий анализ, чем в HHI	Неэффективность при дефиците информации о показателях деятельности субъектов рынка
1. Позволяет охарактеризовать степень неопределенности на рынке 2. Позволяет глубоко исследовать динамику концентрации	1. Может использоваться только в качестве дополнительного показателя 2. Индивидуальное использование недостаточно

Наименование индекса	Свойство индекса	Основные критерии
Коэффициент Джини (G)	Относительный	1. Количество субъектов 2. Доля рынка 3. Отсутствие определенной зависимости от уровня концентрации
Коэффициент вариации (V)		1. Количество субъектов 2. Доля рынка 3. Отсутствие определенной зависимости от уровня концентрации
Дисперсия логарифмов рыночных долей (σ^2)		1. Количество субъектов 2. Доля рынка 3. Отсутствие определенной зависимости от уровня концентрации
Коэффициент относительной концентрации (K)		1. Количество субъектов 2. Доля рынка 3. Отсутствие определенной зависимости от уровня концентрации

Преимущества	Недостатки
Учитывает неравномерность распределения долей при определении уровня концентрации	1. Неэффективен при условии низкого уровня неравномерности долей (при равномерных долях — абсолютно неэффективен) 2. Неэффективность при дефиците информации о показателях размеров долей всех субъектов рынка
Полезен на рынках с большой неравномерностью долей	1. Малоэффективен для оценки уровня концентрации 2. Наиболее эффективен только в отношении выявления степени неравенства субъектов на рынке
Полезен на рынках с большой неравномерностью долей	1. Малоэффективен для оценки уровня концентрации 2. Наиболее эффективен только в отношении выявления степени неравенства субъектов на рынке
Позволяет определить потенциальную возможность применения предприятием рыночной власти	Имеет значение только в отношении крупнейших предприятий рынка

В итоге рыночная концентрация предстает как количественно выраженная функция от структуры рынка, которая в зависимости от способа ее расчета дает большее или меньшее представление не только о количественном состоянии структуры рынка, но и о потенциальных возможностях его развития.

3. Наиболее полное представление о фактическом состоянии уровня экономической концентрации дают абсолютные суммарные коэффициенты, такие как ННП и НТ. Однако они оказываются малоинформативными в условиях дефицита информации о состоянии структуры рынка. Из этих двух коэффициентов предпочтение необходимо отдать коэффициенту НТ, т. к. в нем учитывается критерий ранговости предприятия, предусмотренный в качестве признака, определяющего необходимость инициации процедуры государственного контроля сделок по экономической концентрации.

1.1.3. Качественные экономические характеристики рыночной концентрации

Качественные характеристики экономической концентрации не имеют и не могут иметь точного количественного выражения. В первую очередь к разряду этих характеристик концентрации относится репутационная составляющая, которая определяется влиянием, авторитетом, значимостью, стабильностью предприятия, действующего в пределах релевантного рынка в течение определенного периода времени, наличием низких транзакционных издержек, основанных на доверии к данному предприятию, а также наличием особых видов контроля над конкурентами, определяющих наличие у него определенных властных полномочий, позволяющих ему в определенной мере (вплоть до полного контроля) корректировать стратегии рыночного поведения как своих прямых конкурентов, так и своих рыночных контрагентов.

М.Э. Портер¹⁸, исходя из того, что на состояние конкуренции оказывают воздействие наиболее влиятельные конкурентные силы (или сила), определяющие прибыльность в отрасли, выработал *модель пяти конкурентных сил*, которая, определяя состояние конкуренции в отрасли, в первую очередь брала за основу не столько факт наличия определенных предприятий в структуре рынка, сколько их рыночную активность (как фактическую, так и потенциальную). По Портеру любой рынок находится «в перекрестье» «горизонтальных» и «вертикальных» воздействий объективных внешних сил на состояние конкуренции, т. е. на фактическое соперничество предприятий конкурентов. Объектом действия внешних сил является собственно конкурентное соревнование между предприятиями на релевантном рынке. «Вертикальные» воздействия на конкуренцию заключаются в потенциальных возможностях использования рыночной власти с одной стороны поставщиками предприятия (предприятий) (*верхнее вертикальное воздействие*), а с другой стороны – потребителями продукции предприятия (*нижнее вертикальное воздействие*). «Горизонтальные» силы, воздействующие на состояние конкуренции на релевантном рынке, связаны с деятельностью или потенциальной возможностью осуществления деятельности прямыми конкурентами предприятия (предприятий). В качестве таких «горизонтальных» сил могут выступать, например, попытки захвата конкурентами части потребителей путем выпуска взаимозаменяемых товаров (*товарный критерий*) либо появление на рынке потенциальных новых конкурентов производителя, выпускающих взаимозаменяемые товары (*субъектный критерий*).

Как видно из модели Портера, основу анализа конкуренции на любом рынке составляют всего две основные величины:

- 1) субъектная структура релевантного рынка;
- 2) структура взаимодействий субъектов релевантного рынка.

В итоге следует прийти к заключению, что основные показатели рынка, имеющие значение для конкуренции, делятся на две большие группы: *количественные* и *качественные*. Количественные показатели отражают фактическую субъектную структуру рынка, которая исчисляется путем анализа и сопоставления абсолютных величин количества хозяйствующих субъектов и размера их рыночных долей, которые определяются как отношение реализованной ими на рынке товарной продукции к общему объему реализации (поставки) товара. Качественные показатели, соответственно, характеризуют результативность рыночного поведения субъектов рынка, эффективность их взаимодействия как со своими прямыми

¹⁸ Портер М.Э. Конкуренция / Пер. с англ. М.: Издательский дом «Вильямс», 2005. С. 44–57.

конкурентами, так и со своими непосредственными контрагентами (поставщиками и покупателями).

В модели «пяти сил Портера» имеют место только качественные критерии. На «центральной ринге» (в перекрестье сил Портера) находится количественный критерий, который отражает *процесс рыночного соперничества* между существующими конкурирующими фирмами, каждая из которых следует своей конкурентной стратегии для завоевания лучшей позиции и выгод от конкурентного преимущества. «Верхнее» и «нижнее» вертикальные воздействия являются отражением *процессов рыночного взаимодействия* предприятия со своими поставщиками и покупателями соответственно. «Товарный» и «субъектный» критерии характеризуют «горизонтальные» взаимодействия предприятия со своими фактическими и гипотетическими (потенциальными) конкурентами, связанные с возможностью насыщения рынка взаимозаменяемыми товарами.

Следует обратить внимание на «субъектный» критерий модели Портера. В данной модели основную роль играет не потенциальная возможность изменения численного состава конкурентов и не сам факт уже наступившего изменения количества участников (что имеет прямое отношение именно к экономической концентрации на рынке), а сугубо качественные факторы, связанные с возможностью (или ограничением) угрозы со стороны возможного появления на рынке новых конкурентов, которая, в свою очередь, зависит, с одной стороны, от наличия объективно существующих барьеров входа на рынок, а с другой стороны – от реакции уже присутствующих на рынке конкурентов хозяйствующего субъекта. Если барьеры входа высоки и претенденты сталкиваются с мощным противодействием прочно укоренившихся в отрасли игроков, очевидно, что новые конкуренты не будут представлять серьезной опасности в плане вторжения в сферу рыночных интересов уже конкурирующих на рынке крупных игроков.

В этом достаточно легко убедиться по содержанию тех критериев, которые предложил Портер для определения степени угрозы вторжения новых игроков на рынок и, соответственно, существенно влияющих на степень барьера входа на соответствующий рынок:

1) *масштаб отрасли*, к которой относится релевантный рынок, определяемый, с одной стороны, масштабом и спецификой производства, а с другой – относительно высоким уровнем издержек (и, соответственно, низкой прибыльностью производства);

2) *дифференциация продукта*, что приобретает существенное значение для рынков брендовых товаров;

3) *наличие свободного оборотного капитала*, не только позволяющего окупить затраты, связанные с диверсификацией производства и финансированием переоснащения производственных мощностей, но также определяющего возможность несения расходов, возникающих в связи с необходимостью проведения активной конкурентной политики, направленной новым конкурентом на «завоевание» своего «электората» потребителей;

4) *наличие высоких постоянных издержек у нового конкурента*, которые у постоянного участника определенного рынка могут иметь гораздо меньшее значение в связи с наличием у него уже существующего опыта действий на данном рынке, что может находить свое выражение, например, в использовании передовых технологий, доступе к лучшим источникам сырья, активах, приобретенных по доинфляционным ценам, государственных субсидиях или выгодном местоположении старых игроков и т. п.;

5) *доступ к каналам товарораспределения*, который непосредственно связан с «отсутствием опыта» рыночной деятельности новых игроков на новом для них рынке;

6) *наличие (отсутствие) государственного регулирования* данной отрасли, а также наличие государственной политики на данном рынке (*административные барьеры входа*), которые могут находить свое выражение как в установлении специальных стимулов или льгот со стороны государства (например, государственных преференций) в отношении

отдельных участников рынка, так и в формировании особых режимов (в том числе и правовых) ограничения предпринимательской деятельности субъектов рынка (например, введение института лицензирования или обязательного саморегулирования на определенных рынках товаров, работ или услуг).

Можно заметить, что ни один из критериев входа на рынок по Портеру не связан с количественной оценкой его структуры. Это позволяет заключить, что даже «субъектный» критерий сил Портера имеет в его модели не количественное, а качественное содержание.

1.1.4. Соотношение понятий «рыночная концентрация» и «рыночная власть»

Итак, экономическая концентрация должна определяться как функция от структуры рынка, основывающаяся как на количественных показателях субъектного и деятельностного содержания конкурентов, так и на качественных характеристиках их прямого и косвенного взаимодействия как между собой, так и со своими потенциальными конкурентами, а также со своими прямыми или косвенными поставщиками и покупателями. Таким образом, экономическая концентрация – это характеристика структуры рынка, а не деятельности его участников.

Совершенно иную основу имеет **рыночная власть** хозяйствующих субъектов, которая определяется как возможность одного из игроков на рынке влиять на установление рыночной цены выше предельных издержек, т. е. выше конкурентного уровня рыночной цены¹⁹. В условиях симметричной олигополии рыночная власть измеряется разницей между рыночной ценой и издержками фирмы, в то время как в основе определения концентрации рынка лежит не цена, а количество фирм²⁰. При ассиметричной структуре рынка усложняется не только анализ уровня его концентрации, но и процесс измерения рыночной власти, поскольку даже при условии того, что различные игроки на рынке устанавливают одинаковые цены (например, в случае выпуска ими однородной продукции), это совершенно не означает, что все они несут одинаковые издержки. Поэтому уровень рыночной власти одного (или нескольких) конкурентов может существенно превосходить уровень рыночного влияния остальных предприятий, входящих в состав рынка, при условии, что их издержки существенно ниже издержек их прямых конкурентов.

Другими словами, неравномерность структуры рынка (в частности, распределения рыночных долей), низкий показатель ее энтропии неизбежно приводят к возникновению условий не только для рыночной концентрации (как показателя структуры рынка), но и для концентрации рыночной власти в руках наиболее сильных игроков, предельные издержки которых при производстве и реализации товара ниже, чем у конкурентов.

Для количественного описания уровня рыночной власти для отдельного предприятия в экономическом анализе конкуренции используется *индекс Лернера*, определяемый как средневзвешенная величина разниц между ценой и предельными издержками каждой фирмы, где весами являются рыночные доли фирм. В упрощенном виде можно сказать, что рыночная власть фирмы на рынке определяется уровнем ее предельных издержек.

В случае, когда размер издержек равен рыночной цене товара, способность отдельной фирмы влиять на цены на рынке равна нулю, и, соответственно, и уровень рыночной власти такой фирмы равен нулю. В этом случае можно говорить о наличии модели совершенной конкуренции. Однако как только цена начинает превышать предельные издержки отдельной фирмы, на рынке формируются условия для возникновения рыночной власти. В случае,

¹⁹ Вурос Л., Розанова Н. Экономика отраслевых рынков. М.: Экономический факультет МГУ, ТЕИС, 2002. С. 40.

²⁰ Луис М.Б. Кабраль. Организация отраслевых рынков. Вводный курс. Минск: ООО «Новое знание», 2003. С. 158.

когда предельные издержки фирмы равны нулю, можно говорить о том, что на рынке присутствует модель чистой монополии данной фирмы.

Таким образом, **рыночная власть является отражением характеристики эффективности деятельности предприятия, количественным выражением которой является размер предельных издержек, связанных с производством дополнительной единицы продукции.**

В экономической теории рыночная власть и экономическая концентрация связаны прямой зависимостью через величину эластичности спроса на товар по цене. В свою очередь эластичность спроса по цене показывает степень изменения потребительского спроса в ответ на изменение единицы цены на товар.

По Л. Кабралю имеется прямая зависимость между уровнем рыночной концентрации и рыночной властью²¹. С применением общей модели Курно индекс Лернера может быть выражен через коэффициент Херфиндаля-Хиршмана (ННІ):

$$L = \text{ННІ} / \varepsilon, (1)$$

где L – индекс Лернера; ННІ – коэффициент Херфиндаля-Хиршмана; ε — эластичность спроса по цене.

Из данной формулы легко определяется зависимость абсолютного суммарного коэффициента рыночной концентрации – наиболее желательного для оценки уровня экономической концентрации по причине того, что он не только отражает распределение рыночных долей, но и учитывает ранг фирмы, т. е. размер ее активов, что имеет существенное значение для применения правовых режимов контроля над экономической концентрацией.

Поскольку из предыдущего равенства следует, что:

$$\text{ННІ} = L \varepsilon, (2)$$

и с учетом того, что:

1) *коэффициент Херфиндаля-Хиршмана*, выражается через следующую формулу:

$$\text{ННІ} = \sum_{i=1}^n s_i^2, (2)$$

где n – количество фирм на рынке; i – самая крупная Фирма 1; s – ее рыночная доля;

2) *индекс Лернера* рассчитывается по формуле:

$$L = (p - MC) / p, (4)$$

где p – рыночная цена; MC – предельные издержки (*Marginal Cost*)',

3) *эластичность спроса* рассчитывается по формуле:

$$\varepsilon = \frac{\Delta Q / Q}{\Delta p / p} = \frac{\Delta Q}{\Delta p} \frac{p}{Q} (5)$$

²¹ Кабраль Луис М.Б. Указ. соч..С..159.

где Q – величина спроса; ΔQ – изменение величины спроса; p – рыночная цена; Δp – изменение рыночной цены; получаем:

$$HHI = \sum_{i=1}^n s_i^2 - \frac{p - MC}{p} \frac{\Delta Q}{\Delta p} \frac{p}{Q} - \frac{p - MC}{\Delta p} \frac{\Delta Q}{Q}. \quad (6)$$

В итоге мы можем установить **основные рыночные критерии, определяющие содержание рыночной концентрации:**

- 1) количество фирм на рынке (обратная зависимость);
- 2) размер (ранг) самой крупной фирмы на рынке (Фирма 1) (прямая зависимость);
- 3) рыночная доля Фирмы 1 на рынке (прямая зависимость);
- 4) уровень превышения размера рыночной цены над предельными издержками Фирмы 1 (прямая зависимость);
- 5) предельное изменение спроса на товар (прямая зависимость);
- 6) предельные издержки (обратная зависимость);
- 7) изменение цены на товар (обратная зависимость).

Рыночная концентрация представляет собой разновидность экономической концентрации, **основными экономическими критериями** которой являются:

- 1) *количество* субъектов-конкурентов, осуществляющих продажи взаимозаменяемых товаров на релевантном рынке;
- 2) *доля продаж* взаимозаменяемых товаров, осуществляемых каждым из субъектов-конкурентов;
- 3) *распределение долей* между субъектами-конкурентами в пределах релевантного рынка;
- 4) *степень капитализации* предприятий-конкурентов (ранг фирмы, имущественный критерий, концентрация капитала).

Каждый из перечисленных критериев связан с уровнем рыночной концентрации различной зависимостью:

- 1) количество субъектов-конкурентов – обратная зависимость: чем больше число конкурентов, тем ниже уровень концентрации;
- 2) доля продаж – прямая зависимость: чем выше доля продаж у одного или нескольких конкурентов, тем выше уровень концентрации;
- 3) распределение долей – прямая зависимость: чем выше градиент распределения долей (т. е. чем выше суммарная доля у меньшего количества конкурентов), тем выше уровень концентрации;
- 4) степень капитализации – прямая зависимость: чем выше степень капитализации у меньшего количества конкурентов, тем выше уровень концентрации.

Таким образом, чем ниже волатильность цены на товар, предельные издержки самой крупной фирмы и количество фирм-конкурентов, присутствующих на рынке, тем выше уровень рыночной концентрации. Вместе с тем уровень рыночной концентрации также тем выше, чем больше размер (ранг, активы) самой крупной фирмы на рынке, чем большую рыночную долю она имеет в реализации конкретного товара на релевантном рынке, чем большее превышение размера рыночной цены на этот товар над предельными издержками самой крупной фирмы и чем выше предельное изменение спроса на этот товар на этом рынке.

1.1.5. Значение парадигмы «структура – поведение – эффективность» в оценке экономической концентрации

Луисом Кабралем были подробно изучены варианты соотношения элементов парадигмы СПЭ («структура – поведение – эффективность») с точки зрения взаимодействий *рыночной власти* (как показателя эффективности распределения ресурсов фирмы) с *рыночной концентрацией*, имеющей место на релевантном рынке (отражающей его структурную организацию), и рыночным поведением фирм-конкурентов, действующих в границах отдельной отрасли²². В целях настоящей работы наибольший интерес представляет сопоставление экономической концентрации как функции структуры рынка с иными элементами парадигмы СПЭ.

Согласно парадигме «структура – поведение – эффективность» каждый элемент этой модели влияет на другие ее элементы как сам по себе, так и в совокупности. Структура рынка определяет поведение его участников. Совокупность структуры и поведения определяет эффективность распределения ресурсов. Л. Кабралем было показано, что может иметь место и обратная зависимость: изменение эффективности (например, повышение производительности, полученное за счет введения инноваций) может привести к вытеснению с рынка более отстающих конкурентов, т. е. изменить структуру

рынка. Выявление возможности обратного воздействия поведения участников рынка и эффективности распределения ими собственных ресурсов на состояние его структуры при том, что теоретическая модель рынка предполагает прямую зависимость изменения рыночной власти в результате изменения структуры рынка, привело к возникновению различных интерпретаций этого феномена. В частности, *гипотеза сговора* предполагает, что концентрация рынка порождает рыночную власть вследствие увеличения сговоров между фирмами, а увеличение рыночной власти ассоциируется главным образом со снижением эффективности распределения ресурсов. *Гипотеза эффективности*, напротив, исходит из того, что увеличение рыночной власти ассоциируется главным образом с ростом эффективности производства, в результате чего осуществляется перераспределение рыночных долей между относительно неэффективными и более эффективным фирмами, т. е. изменяется структура рынка.

Представляется, однако, что и в случае сговора, и в случае роста эффективности производства происходит динамика структуры рынка, но ведущим фактором этой динамики является не собственно эффективность распределения ресурсов и не последствия сговора, а собственно **факт наличия определенного целенаправленного поведения участников рынка**, осуществляемого ими как в отношении своих конкурентов, так и в отношении своих контрагентов, поставщиков (продавцов, производителей) и покупателей (потребителей). По нашему мнению, именно поведение игроков является определяющим критерием не только экономической концентрации, но и самой рыночной власти. Попробуем продемонстрировать это на нескольких примерах.

Пример 1. Увеличение рыночной эффективности может быть следствием модернизации производства и внедрения технологических инноваций.

В результате этого происходит снижение предельных издержек фирмы, повышение уровня ее рыночной власти, что в итоге приводит к возможности установления фирмой монопольно низкой (демпинговой) цены, результатом чего является постепенно устранение с рынка прямых конкурентов фирмы и увеличение рыночной концентрации за счет возрастания рыночной доли этой фирмы на рынке (т. е. – изменение структуры рынка). Налицо приводимый Л. Кабралем пример обратной зависимости структуры рынка от эффективно-

²² Кабраль Л. Указ. соч. С. 159–166.

сти производства. Но что же в данном случае в действительности явилось причиной увеличения рыночной концентрации?

Совершенно очевидно, что внедрение инноваций и повышение эффективности производства были связаны с *активным конкурентным поведением фирмы*. При этом поведение не имело антиконкурентного характера и не обладало признаками нарушения антимонопольного законодательства. Это поведение – необходимое следствие инновационного развития, имеющее совершенно определенный положительный экономический эффект. Таким образом, именно поведение фирмы привело к увеличению ее эффективности и, соответственно, к снижению предельных издержек, что с учетом индекса Лернера должно неизбежно повлечь увеличение ее рыночной власти. Другими словами, *увеличение рыночной власти фирмы является следствием ее поведения*, а не наоборот.

Привело ли такое увеличение рыночной власти автоматически к увеличению экономической концентрации? С учетом содержания коэффициента Херфиндаля-Хиршмана можно отметить, что в результате возрастания эффективности производства на рынке не изменилось количество фирм, размер самой фирмы, внедрившей инновации, также не изменился. Однако введение инноваций может привести к изменению одного базового показателя *НШ* — рыночной доли фирмы, т. е. объема реализуемого товара в отношении к общему объему реализации аналогичного (взаимозаменяемого) товара на релевантном рынке. Но это изменение никак не может произойти автоматически. Динамика рыночной доли может быть произведена только в результате осуществления фирмой определенных целенаправленных действий. С одной стороны, такая фирма может увеличить количество продаж своего товара за счет снижения предельных издержек, связанных с его производством. С другой стороны, эта фирма в силу возрастания у нее рыночной власти может установить демпинговую цену на товар настолько, насколько это ей позволяет сделать размер изменившихся предельных издержек. Другими словами, *для того чтобы реализовать фактическую рыночную власть, фирма должна осуществить определенное целенаправленное поведение, содержание которого может иметь как конкурентный (увеличение объема реализации товара), так и неконкурентный (установление демпинговой цены) характер*. Результатом такого поведения является постепенное устранение с рынка прямых конкурентов фирмы и, соответственно, увеличение рыночной концентрации, т. е. изменение структуры рынка.

Пример 2. Совершение сделок по экономической концентрации.

Слияние, приводящее к значительному росту концентрации рынка, не допускается на том основании, что оно увеличивает рыночную власть в ущерб потребителям²³. Однако основанием для осуществления слияния является фактор поведения. Более того, это поведение имеет не рыночную (экономическую), а правовую природу (юридическое действие). В отсутствие реализованной воли на объединение капиталов не может быть изменена концентрация рынка. В итоге невозможно не признать, что именно поведение лежит в основе увеличения экономической концентрации, следствием чего является возрастание рыночной власти объединенного предприятия.

Данные примеры показывают, что и возрастание рыночной власти фирмы, и увеличение экономической концентрации за счет возрастания рыночной доли фирмы может являться результатом (функциями) ее поведения. Поэтому совершенно неудивительно, что в большинстве исследований выявляется статистически слабая связь между структурой и эффективностью²⁴. Это связано с тем, что между двумя *объективными элементами* парадигмы СПЭ (между структурой (концентрацией) и эффективностью (рыночной властью),

²³ Кабраль Л. Указ. соч. С. 162.

²⁴ Кабраль Л. Указ. соч. С. 159–166.

которые могут быть выражены количественно в виде объективных показателей и путем установления коэффициентов) находится *субъективный элемент* — поведение — который отражает не количественное, а качественное состояние рынка. Особенность поведения как элемента парадигмы СПЭ заключается в его прямой связи с сознательной и целенаправленной деятельностью субъектов-конкурентов, и ее вектор в большинстве случаев играет определяющую роль в динамике остальных элементов указанной парадигмы.

Из вышесказанного можно сделать следующий вывод: **структура рынка (частным проявлением которой является рыночная концентрация) и эффективность распределения ресурсов (являющаяся функцией от рыночной власти) как объективные элементы парадигмы «структура – поведение – эффективность» находятся в прямой зависимости от субъективного элемента данной парадигмы, определяющего целенаправленный характер конкурентной политики участников рынка, находящий свое выражение в динамике объективных элементов парадигмы СПЭ.**

То, что поведение как субъективный элемент парадигмы СПЭ оказывает определяющее воздействие на ее объективные элементы, может быть продемонстрировано на следующих примерах.

1. *Количество фирм, конкурирующих на рынке*, — объективный показатель уровня экономической концентрации (**ННІ**). Его изменение связано с необходимостью совершения определенных действий, например:

- совершения сделок по созданию коммерческих организаций;
- совершения сделок по слиянию (присоединению) коммерческих организаций;
- совершения действий для вхождения на рынок или преодоления существующих барьеров входа на рынок;
- уход фирмы с рынка (например, при диверсификации производства или в результате агрессивной конкурентной политики прямых конкурентов).

2. *Ранг (размер активов) фирмы* — объективный показатель, учитывающийся коэффициентом **ННІ**. Может быть изменен путем докапитализации, в том числе и путем эмиссии, привлечением инвестиций, расширением производственной базы и т. д. Любое изменение размера активов предприятия связано с необходимостью совершения дополнительных сделок, т. е. с наличием целенаправленного поведения органов управления фирмы.

3. *Рыночная доля* — объективный показатель, также учитывающийся коэффициентом **ННІ**. Является относительным показателем реализационной деятельности конкурентов на рынке, т. к. она определяется через отношение объема продаж конкретной фирмы к общему объему реализации (поставки) товара²⁵. Другими словами, рыночная доля субъекта — это объем осуществленной им специализированной деятельности на рынке, выраженный в относительных единицах.

4. *Предельные издержки* — объективный показатель рыночной власти фирмы, входящий в индекс Лернера (L). Может быть самопроизвольно изменен фирмой путем осуществления действий по модернизации производства, его диверсификации.

5. *Величина изменения спроса* — объективный показатель эластичности спроса, отражающий действие рыночной власти потребителей. Может быть в значительной степени подвергнута изменению за счет проведения активной конкурентной политики фирмы, в том числе путем проведения рекламных компаний, ведения эффективной маркетинговой политики, активного рыночного взаимодействия с конкурентами в составе некоммерческих или общественных организаций, присоединения к кодексам лучших практик и т. п. На величину изменения спроса, в частности, могут оказать влияние и неконкурентные действия фирмы в виде осуществления различных действий по ведению недобросовестной конкуренции.

²⁵ Князева И.В. Указ. соч. С. 71.

6. *Изменение цены на товар* — объективный показатель эластичности спроса, который в совокупности с фактором рыночной власти может оказать существенное воздействие на уровень экономической концентрации. Всегда производится фирмой в соответствии с той рыночной политикой, которой она придерживается имманентно определенному отрезку своей рыночной деятельности. Изменение цены на товар может быть связано с агрессивной политикой фирмы как в отношении своих конкурентов (демпинговая цена), так и в отношении своих потребителей или поставщиков (монопольно высокая цена). Возможность изменения цены на товар определяется, с одной стороны, индексом рыночной власти, которой фирма обладает на рынке, с другой стороны — эластичностью спроса на данный вид товара, с третьей — направленностью поведения фирмы (в отношении конкурентов или в отношении контрагентов).

Таким образом, как можно увидеть из приведенных примеров, любой из объективных показателей, описывающих рыночную концентрацию и уровни рыночной власти для каждой отдельной фирмы, может быть подвержен существенной динамике путем осуществления фирмой соответствующего целенаправленного поведения. **В итоге можно заключить, что уровни рыночной концентрации и рыночной власти предприятий, присутствующих на рынке, представляют собой динамически изменяющиеся объективные величины, которые находятся в тесной зависимости от субъективного фактора целенаправленного рыночного поведения участников рынка, последствия которого могут привести к разнонаправленным эффектам воздействия на объективные элементы парадигмы СПЭ, конечный результат которых определяется направленностью и содержанием поведения участников рынка.**

Если доказательство значимости поведения конкурентов на рынке для формирования уровня экономической концентрации в отношении количественных характеристик концентрации было для нас сопряжено с определенными трудностями, требующими теоретического обоснования практического применения этого подхода, то в отношении качественных характеристик экономической концентрации этой проблемы практически не существует, поскольку практически любой качественный показатель концентрации основывается на субъективной составляющей. Наиболее ярко это можно продемонстрировать на примере оценки модели «пяти сил» Портера с точки зрения предлагаемого подхода.

1. **Силы конкуренции центрального ринга**, отражающие соперничество между существующими конкурирующими фирмами. Формируются за счет того, что каждая фирма осуществляет свою рыночную конкурентную стратегию для завоевания лучшей позиции и выгод от конкурентного преимущества в соответствии со своими целями и интересами (диспозитивно). Центральный ринг конкуренции является самым центром конкурентной деятельности соперничающих предприятий на рынке одного и того же товара или услуги. Основными рычагами конкурентной борьбы могут являться: изменение цены; выпуск более прогрессивных или перспективных товаров; расширение их ассортимента, введение инноваций как в свойства товара, так и в их производство; изменение сервисной и гарантийной политики; совершенствование организационных и позиционных механизмов продаж товара.

2. **Силы конкуренции, обусловленные угрозой со стороны товаров-заменителей**. Политика в отношении товаров-заменителей реализуется в виде осуществления конкурентами определенного поведения в виде маркетинговых исследований, разработки и выпуска данных товаров с целью завоевания большего сегмента рынка путем повышения качества и привлекательности товаров; изменения их внешнего вида; снижения их себестоимости, что позволяет снизить и предельные издержки, тем самым увеличив уровень рыночной власти фирмы.

3. **Силы конкуренции, обусловленные угрозой появления новых конкурентов**, вызывают необходимость формирования определенной модели поведения фирм, направ-

ленной на защиту от входа на рынок новых игроков. Это может быть сделано путем: 1) создания или поддержания предприятиями-конкурентами определенного уровня масштаба производства товара, определяющего установленный уровень барьера входа на рынок для новых игроков; 2) осуществления деятельности, направленной на завоевание лояльности потребителей и выработку у них предпочтения выбора своего товара по сравнению с иными взаимозаменяемыми товарами; 3) деятельности по обеспечению простоты и доступности предприятий к собственным каналам товарораспределения; 4) сотрудничества фирм с государственными структурами в целях получения стимулов и льгот с их стороны (например, в виде государственных преференций).

4. Рыночная власть поставщиков в конечном счете определяет уровень соответствующих затрат фирм-конкурентов и приводит к динамике их рыночной власти в зависимости от размера их предельных издержек. В итоге рыночная стратегия фирм-конкурентов в отношении их поставщиков сводится к: 1) необходимости всемерного снижения затрат на приобретение продукции, в том числе и путем ведения активной маркетинговой политики, переговорного процесса; 2) выстраивания вертикально-интегрированных структур бизнеса с целью внедрения фирмы в отрасль поставщика; 3) созданию для поставщиков условий, при которых они не имели бы желания интегрироваться в отрасль фирм-конкурентов.

5. Рыночная власть покупателей, характерная сегодня для крупных ритейлеров, может преодолеваться также в случаях интеграции фирм-конкурентов в торговые сети путем выстраивания как договорных отношений, так и посредством вхождения в корпоративные структуры торговых сетей (например, в составе группы лиц), т. е. путем совершения сделок. Одним из условий преодоления рыночной власти потребителей является активная рекламная и маркетинговая политика, формирование льготных условий поставок товаров, заключение рамочных соглашений пролонгированного действия и т. и.

Таким образом, основу эффективности конкуренции в модели Портера составляет именно поведение конкурентов, которое ими реализуется на основе имеющихся у них объективных характеристик экономической концентрации и рыночной власти.

Именно поведение конкурентов и иных заинтересованных субъектов рынка в выборе рыночной стратегии во взаимоотношениях с конкурентами, контрагентами и с компетентными государственными органами представляет собой конкуренцию, т. е. соревновательный процесс, определяющий их рыночную политику, результатом которой становится не только фактическое изменение рыночной власти, но и динамика уровня рыночной концентрации.

Применительно к рыночной концентрации парадигма СПЭ выглядит следующим образом:

1) *структура – рыночная концентрация*, поскольку она отражает количественный состав конкурентов, особенности их капитализации и распределения долей в продажах товара на релевантном рынке;

2) *поведение – рыночная конкуренция* как соревновательный процесс, конечной целью которого является максимально возможное удовлетворение субъектами-конкурентами своих экономических интересов;

3) *эффективность – рыночная власть* как объективно существующая возможность достижения максимального экономического эффекта от рыночной деятельности (например, продаж товара) за счет максимально возможного снижения предельных издержек, связанных с его производством (или перепродажей).

Рыночная концентрация и рыночная власть непосредственно связаны между собой прямой зависимостью через коэффициент эластичности спроса. Если принять эластичность спроса за объективную величину, размер которой представляет собой производную вели-

чины спроса по цене, умноженную на отношение цены к количеству²⁶, то прямая зависимость между рыночной концентрацией и рыночной властью также обретает объективное значение.

Эта зависимость вне внешнего трансформирующего воздействия всегда имеет *объективно прямой характер*: с увеличением рыночной власти при постоянном уровне эластичности спроса рыночная концентрация возрастает за счет возможности объективного увеличения продаж в связи со снижением предельных издержек. И наоборот, с увеличением рыночной концентрации (т. е. со снижением числа конкурирующих субъектов и изменением распределения их рыночных долей, в том числе вследствие возрастания капитализации отдельных предприятий-конкурентов) происходит увеличение рыночной власти, но не за счет снижения предельных издержек, а в результате увеличения доли продаж отдельных фирм относительно их конкурентов.

Однако прямой характер зависимости рыночной концентрации от уровня рыночной власти может быть легко изменен на обратный путем оказания внешнего воздействия, например, посредством совершения антиконкурентного действия. На это исключение из парадигмы СПЭ обратил внимание Л. Кабраль, приведя пример, когда одна из компаний-конкурентов, проводя агрессивную ценовую политику с занижением цен, приводит к уменьшению прибыли другой компании-конкурента (т. е. к снижению ее рыночной власти) в такой степени, что последняя становится вынужденной покинуть определенный сегмент рынка либо рынок вообще. В результате исследователь пришел к заключению, что при возросшей цене и приведенном в соответствие с ней количестве фирм по мере увеличения рыночной власти должна снижаться концентрация рынка²⁷.

Между тем внешнее трансформирующее воздействие в виде определенных действий по конкурентному взаимодействию (как с позитивной, так и с негативной результативностью в отношении конкурентов) может приводить как к прямому, так и к обратному эффекту взаимовлияния рыночной концентрации и рыночной власти. Этот эффект зависит от содержания действий по конкуренции.

Наиболее ярко это можно продемонстрировать на примере «вертикальной» координации экономической деятельности поставщиком франчайзинговой сети. При создании такой сети владелец технологии может использовать независимых франчайзеров, передавая им свою технологию и устанавливая для них определенные правила предпринимательской деятельности. Такая форма отношений предполагает снижение концентрации рынка услуг, оказываемых франчайзерами, и возрастание концентрации на рынке конкурентов франчайзи (владельца технологии). Однако при франчайзинге путем создания собственной франчайзинговой сети владельцем технологии концентрация рынка, на котором оказываются услуги на основе франчайзинга, резко возрастает, поскольку каждое предприятие, созданное франчайзи, оказывается входящим в состав группы лиц с центром контроля у франчайзи, и его рыночная власть распространяется не только на рынок, на котором действует франчайзи, но и на рынок, на котором осуществляют предпринимательскую деятельность его франчайзеры, входящие в принадлежащую ему франчайзинговую сеть. В итоге одно и то же действие – создание франчайзинговой сети – приводит к диаметрально противоположным эффектам: в одном случае концентрация рынка снижается, в другом – возрастает.

Тот же обратный эффект лежит в основе необходимости установления государственного контроля над экономической концентрацией. Во всех известных юрисдикциях присутствует правило о необходимости предварительного контроля сделок по созданию коммерческих организаций после достижения ими определенных порогов, превышение которых

²⁶ Кабраль Л. Указ. соч. С. 30.

²⁷ Кабраль Л. Указ. соч. С. 161–162.

требует применения процедуры их согласования с антимонопольными органами. По объективным признакам создание предприятия должно приводить к увеличению числа конкурентов и, как следствие, снижать уровень экономической концентрации рынка. Вместе с тем увеличение числа предприятий на рынке после появления новой фирмы, ранг которой (величина капитализации, производственных мощностей или активов) приобретает существенное значение для формирования условий возникновения у нее определенного уровня рыночной власти, позволяющей существенно влиять на динамику цены на взаимозаменяемые товары на релевантном рынке, не имеет эффекта снижения экономической концентрации, потому что возрастание рыночной власти данной фирмы на данном рынке приводит к обратному эффекту, а именно – к возрастанию уровня экономической концентрации.

Это доказывает, что число предприятий, конкурирующих на релевантном рынке, является лишь вспомогательным фактором, влияющим на уровень экономической концентрации. Определяющими факторами являются ранг предприятия (размер его активов) и процент рыночных долей, контролируемых данным предприятием на данном рынке.

Действия предприятий по конкуренции могут оказывать как положительное, так и отрицательное воздействие на связь рыночной концентрации (структуры) и рыночной власти (эффективности). Повышение эффективности производственной деятельности предприятия автоматически влечет возрастание его рыночной власти за счет снижения предельных издержек и может приводить к повышению уровня экономической концентрации и без изменения числа конкурирующих предприятий. Вместе с тем равномерное изменение эффективности производства одновременно у всех конкурирующих субъектов не влечет изменения уровня ни рыночной власти, ни экономической концентрации на данном рынке.

1.2. Правовое содержание категории «экономическая концентрация»

1.2.1. Содержание категории «экономическая концентрация» в российском законодательстве

1.2.1.1. Легитимная дефиниция понятия «экономическая концентрация»

В соответствии с п. 21 ст. 4 ЗоЗК экономическая концентрация – это сделки, иные действия, осуществление которых оказывает влияние на состояние конкуренции. Очень близкое по содержанию понятие экономической концентрации содержится в п. 21 ст. 74 Договора о Евразийском экономическом союзе (далее – Договор ЕАЭС²⁸): экономическая концентрация – сделки, иные действия, осуществление которых оказывает или может оказать влияние на состояние конкуренции.

Отличие двух представленных понятий экономической концентрации заключается в объеме их применения. В Российской Федерации под экономической концентрацией понимаются только такие сделки, которые фактически приводят к влиянию на состояние конкуренции. В отличие от этого в системе ЕАЭС сделка может относиться к сделке по экономической концентрации и в случаях, когда она фактически оказывает влияние на состояние конкуренции, и в случаях, когда она «может оказать» такое влияние, т. е. такое воздействие на конкуренцию только предполагается, но не доказано фактически.

Дефиниция понятия «экономическая концентрация», регламентированная п. 21 ст. 4 ЗоЗК, содержит **ряд внутренних противоречий**.

Во-первых, ЗоЗК понимает под экономической концентрацией *сделки и иные действия*. В соответствии со ст. 153 ГК РФ сделками признаются действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей, т. е. правомерные целенаправленные деяния, результатом которых может быть возникновение и динамика гражданских правоотношений. Понятие «сделка», в отличие от понятия «договор», является родовой категорией сугубо гражданского права. Иные действия, которые имеются в виду в п. 21 ст. 4 ЗоЗК, по всей видимости, предполагаются законодателем не в качестве сделок, т. е. не в качестве действий, способных привести к динамике гражданских правоотношений. Это вполне закономерно и, судя по всему, сделано законодателем намеренно, потому что ЗоЗК содержит правовое регулирование отношений, возникающих в связи с совершением ряда неправомерных действий, которые не могут быть признаны сделками. К числу таких действий, в частности, относится и ряд действий по заключению соглашений, являющихся основаниями для экономической концентрации, например, соглашений, объектом которых является: приобретение долей в уставном капитале обществ с ограниченной ответственностью; приобретение голосующих акций хозяйственного общества; получение в собственность, пользование или во владение хозяйствующим субъектом (группой лиц) основных производственных средств юридических лиц.

С другой стороны дефиниция п. 21 ст. 4 ЗоЗК влечет расширение диапазона экономической концентрации, включая в него не только сделки, но и односторонние действия (напри-

²⁸ Договор о Евразийском экономическом союзе // <http://www.eurasiancommission.org/>, 05.06.2014 (подписан в г. Астане 29.05.2014).

мер, злоупотребление правом (доминирующим положением) (ст. 10 ЗоЗК) или действия по недобросовестной конкуренции (ст. 14 ЗоЗК)), а также неправомерные коллективные действия, такие как заключение картельных соглашений (ст. 11 ЗоЗК), совершение согласованных действий (ст. 11.1 ЗоЗК), и действия по координации деятельности конкурентов третьим лицом (п. 14 ст. 4 и ч. 5 ст. 11 ЗоЗК).

Однако систематическое толкование п. 21 ст. 4 и гл. 7 ЗоЗК должно приводить к заключению, что под экономической концентрацией ЗоЗК понимает именно те виды сделок, которые поименованы в гл. 7 ЗоЗК, т. е. именно те сделки, которые подлежат государственному контролю над их совершением. Но в этом случае законодателю следовало бы связать п. 21 ст. 4 и гл. 7 ЗоЗК отсылочной нормой, что также не сделано, причем не ясно – намеренно или случайно. Недаром в юридической литературе отмечается, что определение экономической концентрации, данное в п. 21 ст. 4 ЗоЗК, было бы невозможно применить на практике, если бы ЗоЗК не содержал перечня конкретных сделок, являющихся объектом контроля²⁹. Но в отсутствие отсылочной нормы это утверждение имеет неочевидный характер, так как под признаки экономической концентрации попадают не только сделки, поименованные в гл. 7 ЗоЗК, но и иные сделки и действия, единственной отличительной особенностью которых является то, что они оказывают влияние на состояние конкуренции. Но таковыми действиями могут быть любые действия, упоминаемые в ЗоЗК, в частности, любые виды монополистической деятельности и недобросовестной конкуренции, поименованные в гл. 2 ЗоЗК, а также иные действия, хотя и прямо непоименованные в ЗоЗК, но имеющие явный антиконкурентный эффект (например, рекламная деятельность).

Во-вторых, следует отметить то, что п. 21 ст. 4 ЗоЗК указывает на основополагающий критерий отличия сделок (действий) по экономической концентрации (как видового понятия) от иных видов сделок (действий как родового понятия) – их *влияние на состояние конкуренции*. Как отмечалось выше, в российском конкурентном праве диапазон сделок по экономической концентрации существенно заужен по сравнению с конкурентными правилами, принятыми в ЕАЭС, т. к. в России к экономической концентрации относятся только сделки, которые фактически оказывают воздействие на состояние конкуренции. При этом законодатель не уточняет, какое именно воздействие имеется в виду – позитивное или негативное. Буквальное толкование нормы п. 21 ст. 4 ЗоЗК позволяет заключить, что предполагается любое влияние на конкуренцию в результате совершенной сделки (действия) как положительного, так и отрицательного характера.

Но в этом случае диапазон содержания экономической концентрации расширяется еще больше, потому что к ней необходимо относить не только сделки и действия, поименованные в главах 2 и 7, но и действия на торгах (гл. 4 ЗоЗК), а также действия федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления (гл. 3 и 5 ЗоЗК). Кроме того, остается не понятным, следует ли относить к экономической концентрации бездействие, приводящее к эффекту ограничения конкуренции.

В-третьих – это самое существенное, – правовое содержание легитимной дефиниции экономической концентрации, содержащейся в п. 21 ст. 4 ЗоЗК, находится *в полном «отрыве» от экономического содержания* этого явления. Вне всякого сомнения, сговор на рынке фактически может приводить к эффекту увеличения рыночной концентрации, который создается за счет возникновения возможности снижения предельных издержек или увеличения цены у ограниченного количества конкурентов (например, участников картеля или согласованных действий), что приводит к увеличению уровня их коллективной рыночной власти. Именно на этом принципе построена *гипотеза сговора*, которая сводится к тому, что

²⁹ Конкурентное право России: учебник / отв. ред. И.Ю. Артемьев. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2012. С. 82.

концентрация рынка порождает рыночную власть вследствие увеличения сговоров между фирмами³⁰. Луисом Кабралем этот феномен был формализован³¹.

Складывается положение, при котором практически любое действие (в том числе и правонарушение, и сделка как правомерное действие), оказывающее влияние на конкуренцию, попадает под признаки экономической концентрации. В то же время гл. 7 ЗоЗК (ст. 26.1, 27, 28, 29) указывает на то, что государственному контролю подлежат не только сделки (действия), но и соглашения, которые, судя по всему, законодатель намеренно не называет сделками.

Это подтверждает и судебная практика, которая расценивает нарушения антимонопольного законодательства в форме соглашений не в качестве сделок, а в качестве антиконкурентных действий, и указывает на то, что к ним не должны применяться положения ГК РФ о договорах. Президиум ВАС РФ прямо указал, что нормы ГК РФ о форме договора не применяются к антиконкурентному соглашению³². В обоснование своей позиции суд указал, что п. 18 ст. 4 ЗоЗК признает в качестве соглашения в конкурентном праве факт правонарушения в сфере антимонопольного законодательства, а не двухстороннюю сделку в том понимании, которое в нее вкладывают статьи 154, 160, 432, 434 ГК РФ, которые в данном случае не могут применяться в отношении правонарушения, поскольку антиконкурентное соглашение сделкой не является. Кроме того, подобную же позицию Президиум ВАС РФ занимает и в отношении заключения договоров, попадающих под признаки антиконкурентных соглашений, указывая, что нормы ГК РФ об основных положениях о заключении договора не применяются к антиконкурентному соглашению, т. к. при установленном нарушении в виде заключения антиконкурентного соглашения его правовые последствия не ставятся в зависимость ни от фактического выполнения самого соглашения, ни от его заключенности в виде договора по правилам, установленным гражданским законодательством.

В определенной мере указанная позиция Президиума ВАС РФ входит в противоречие с более поздней позицией этой высшей судебной инстанции, согласно которой договоры, заключенные в нарушение императивных запретов законодательства о конкуренции, ничтожны³³. Несмотря на то, что данная правовая позиция суда была актуальна для сделок, совершенных до 01.09.2013, т. е. до вступления в силу Федерального закона от 07.05.2013 № 100-ФЗ³⁴, она сохраняет свое значение с тем лишь исключением, что подобные договоры в настоящее время презюмируются оспоримыми, а их ничтожность возникает только в случае фактического ограничения ими конкуренции (п. 2 ст. 168 ГК РФ). Так или иначе, но Президиум ВАС РФ признает договор, обладающий признаками антиконкурентного соглашения, сделкой, если считает, что к нему могут быть применены положения о недействительности сделок.

В итоге, ЗоЗК предлагает понимать экономическую концентрацию исключительно в качестве юридического действия, не связывая ее содержание с процессом рыночной

³⁰ См., напр.: *Weiss, Leonard W.* The Concentration-Profits Relationship and Antitrust / in Harvey J. Goldschmid, H. Michael Mann, and J. Fred Weston, eds., *Industrial Concentration: The New Learning*. New York: Columbia University Press, 1974. P. 225–226; *Michael Gort.* Concentration and Profit Rates: New evidence on an Old Issue // *Explorations in economic Research* 3 (Winter 1976). P. 1; *H. Demsetz.* Two Systems of Belief about Monopoly / in Harvey J. Goldschmid, H. Michael Mann, and J. Fred Weston, eds., *Industrial Concentration: The New Learning*. New York: Columbia University Press, 1974. P. 177–178; *Bradley T. Gale and Ben S. Branch.* Concentration vs. Market Share: Which Determines Performance and Why Does it Matter? // *Antitrust Bulletin* 27 (Spring 1982). P. 83.

³¹ *Луис М.Б. Кабраль.* Организация отраслевых рынков. Вводный курс. Минск: ООО «Новое знание», 2003. С. 163–166.

³² Постановление Президиума ВАС РФ от 21.12.2010 № 9966/10 по делу № А27-12323/2009 // *Вестник ВАС РФ*. 2011. № 4.

³³ Постановление Президиума ВАС РФ от 11.03.2014 № 16034/13 по делу № А53-17625/12 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁴ Федеральный закон от 07.05.2013 № 100-ФЗ «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» // *СЗ РФ*. 2013. № 19. Ст. 2327.

власти предприятия, а ограничиваясь только формальными критериями к ограниченному количеству сделок (действий), установленными законом. Вместе с тем основу этих критериев составляют именно экономические признаки поименованных в законе сделок: объемы (суммы, размеры) поставок – ч. 1 ст. 26.1 ЗоЗК; суммарная стоимость активов – ч. 1 ст. 27 и ч. 1 ст. 28 ЗоЗК; суммарная выручка предприятия – ч. 1 ст. 27 и ч. 1 ст. 28 ЗоЗК. Но эти критерии выступают специфическими ограничителями (пределами) применения положений о возможности осуществления государственного контроля в отношении таких сделок, а не определяют экономическое содержание рыночной концентрации как составляющего элемента структуры рынка.

С другой стороны, сама по себе возможность (и необходимость) проведения государственного контроля совершенно не характеризует указанные юридические действия ни в качестве неправомерного деяния, ни в качестве сделки, потому что квалификация таким юридическим действиям дается правоприменительными органами только в результате проведенного контроля над этими действиями, ведь, как справедливо отмечается в литературе, экономическая концентрация может оказывать на состояние конкуренции как позитивное (объединение активов ряда мелких предпринимателей в целях создания нового производства товара), так и негативное влияние (объединение крупных предпринимателей с целью доминирования на определенном рынке)³⁵.

Представляется, что указанные недостатки должны быть скомпенсированы **одновременным изменением нескольких положений ЗоЗК**:

1. Поскольку правовое понимание экономической концентрации базируется не на экономических, а на сугубо правовых критериях, которые заключаются в том, что понятие «экономическая концентрация» в юридическом обороте воспринимается как определенный вид действия (поведения), имеющего конкретное юридическое содержание, постольку представляется, что в Законе о защите конкуренции понятие «экономическая концентрация» должна быть заменена на понятие **«действия по экономической концентрации»**. Такой подход должен позволить разграничить правовую и экономическую составляющие указанного явления, что имеет прямое практическое значение для оценки экономической концентрации в правовом пространстве исключительно в качестве разновидности юридического действия. По существу именно такой подход в настоящее время и сложился в правоприменительной деятельности ФАС России и судебных инстанций.

2. Необходимо включение в дефиницию п. 21 ст. 4 ЗоЗК *отсылочной нормы к гл. 7 ЗоЗК* либо бланкетной нормы в целом к положениям Закона о защите конкуренции. Исходя из того, что государственный контроль над экономической концентрацией включает в себя государственный контроль не только за теми видами сделок, которые поименованы в гл. 7 ЗоЗК, но и с учетом позиции ФАС России может касаться односторонних действий, например, по приватизации имущества³⁶, думается, что в данном случае предпочтение необходимо отдать не отсылочной, а **бланкетной норме**, указав на то, что действиями по экономической концентрации могут являться любые действия, указанные в законодательстве.

3. Существующее сегодня содержание легитимного понятия «экономическая концентрация», отраженное в п. 21 ст. 4 ЗоЗК, позволяет правоприменителю практически контролировать даже те виды сделок, которые фактически не приводят к ограничению конкуренции, но потенциально могут привести. В этом отношении более правильным видится вариант объема понятия «экономическая концентрация», отраженный в Договоре ЕАЭС. Это желательно перенести и в отечественное антимонопольное законодательство, указав в п. 21 ст.

³⁵ Петров Д.А. Конкурентное право: теория и практика применения. Учебник для магистров / Общ. ред. В.Ф. Попондопуло. М.: Юрайт, 2013. С. 229.

³⁶ Письмо ФАС России от 27.01.2011 № АЦ/2447 «О рассмотрении обращения по вопросу применения Федерального закона «О защите конкуренции» // СПС «КонсультантПлюс».

4 ЗоЗК, что в юридическое содержание экономической концентрации должны включаться *не только сделки, непосредственно оказывающие влияние на состояние конкуренции, но также и сделки, которые могут потенциально оказать такое воздействие.*

4. В связи с тем, что основной потенциальной угрозой для конкуренции со стороны экономической концентрации является формирование признаков доминирующего положения или определенной модели сговора на рынке (как в виде картеля, так и в виде координации экономической деятельности или осуществления согласованных действий), представляется необходимым отразить в определении экономической концентрации возможные формы фактических и потенциальных угроз для состояния конкуренции, связав дефиницию понятия «экономическая концентрация» с определенными видами антиконкурентного поведения (действий) или с изменением рыночной структуры, имеющим существенное значение для формирования конкурентной среды на релевантном рынке. Юридикотехнически это можно сделать путем включения в п. 21 ст. 4 ЗоЗК *отсылочных норм о последствиях действий по экономической концентрации* в виде возникновения признаков доминирующего положения (ст. 5 ЗоЗК) и формирования различных моделей рыночных сговоров (ст. 11 и 11.1 ЗоЗК). Такое изменение должно позволить правоприменительным органам более точно квалифицировать действия хозяйствующих субъектов в качестве экономической концентрации и, как следствие, наиболее полноценно применять соответствующие режимы их правового регулирования.

В итоге, норма п. 21 ст. 4 ЗоЗК могла бы быть изложена в следующей редакции: «21) **действия по экономической концентрации** – сделки, иные действия, **поименованные в законодательстве Российской Федерации**, осуществление которых оказывает или может оказать влияние на состояние конкуренции, в том числе в виде формирования признаков доминирующего положения (гл. 5 настоящего Федерального закона), ограничивающих конкуренцию соглашений (ст. 11 настоящего Федерального закона) и согласованных действий (ст. 11.1 настоящего Федерального закона)».

1.2.1.2. Легитимная дефиниция понятия «объект экономической концентрации»

Закон о защите конкуренции не содержит определения понятия «объект экономической концентрации». П. 22 ст. 4 ЗоЗК дает определение лица, являющегося объектом экономической концентрации, которым признается «лицо, чьи акции (доли), активы, основные производственные средства и (или) нематериальные активы приобретаются или вносятся в уставный капитал, и (или) лицо, права в отношении которого приобретаются в порядке, установленном главой 7 ЗоЗК».

Это лицо имеет определенный законом правовой режим. Прежде всего, в качестве лиц, которые имеются в виду в норме п. 22 ст. 4 ЗоЗК, выступают лица, обладающие рядом имущественных и обязательственных прав в отношении хозяйствующих субъектов, деятельность которых оценивается в рамках государственного контроля экономической концентрации. К таким правам, в частности, относится ряд *имущественных прав*, таких как: стоимость активов и основных производственных средств; права собственности на акции (доли) и имущество хозяйствующих субъектов; права временного распоряжения (пользования) имуществом. К числу обязательственных прав могут относиться права, позволяющие данным лицам определять условия осуществления предпринимательской деятельности хозяйствующих субъектов, в том числе, корпоративные права управления в хозяйственных обществах.

В целях антимонопольного регулирования в отношении лица, являющегося объектом экономической концентрации, установлен ряд обязанностей, связанных с необходимостью предоставления им сведений о суммарной балансовой стоимости активов, наличии лицен-

зий, вхождении в состав группы лиц, а при наличии определенных законом требований (ч. 1 ст. 28 ЗоЗК) – обязанностей по предварительному согласованию действий по экономической концентрации.

П. 22 ЗоЗК устанавливает два вида лиц, к которым предъявляются определенные требования в связи с осуществлением контроля экономической концентрации.

Во-первых, это лица, чьи акции (доли), активы, основные производственные средства и (или) нематериальные активы приобретаются или вносятся в уставный капитал хозяйствующего субъекта. Другими словами, это лица, которые являются стороной сделки (действия) по экономической концентрации.

Во-вторых, это лица, права в отношении которых приобретаются в порядке, установленном гл. 7 ЗоЗК, т. е. те хозяйствующие субъекты, которые образуются в результате совершения действий по экономической концентрации и, следовательно, в отношении которых и лиц первой категории в результате совершенных сделок приобретаются корпоративные и (или) имущественные права.

Что же, с точки зрения законодателя, является собственно «объектом экономической концентрации»: 1) лицо, совершающее сделку по экономической концентрации; 2) лицо, образующееся в результате такой сделки; 3) или сама сделка по экономической концентрации, подлежащая государственному контролю в соответствии с требованиями гл. 7 ЗоЗК? Буквальное толкование п. 22 ст. 4 ЗоЗК должно привести к заключению, что объектом экономической концентрации являются перечисленные выше лица, т. е. субъекты прав, один из которых совершает сделку, а другой появляется (трансформируется) в результате совершения этой сделки. Но в этом случае следует вести речь не об «объекте», а о «субъекте» экономической концентрации.

С другой стороны, ч. 1 ст. 26.1 ЗоЗК прямо устанавливает, что государственному контролю подлежат именно сделки по экономической концентрации, и регламентирует критерии содержания этих сделок, превышение абсолютных порогов которых является основанием осуществления государственного контроля. Другими словами, государственный контроль направлен не на выявление лиц, обладающих определенными признаками, установленными законом, а на выявление определенных видов сделок, совершение которых оказывает или может оказать существенное влияние на состояние конкуренции (п. 21 ст. 4 ЗоЗК). Установление у лиц, поименованных в п. 22 ст. 4 ЗоЗК, определенных в данной норме признаков является лишь вспомогательным инструментом для оценки контролирующим органом соответствия совершенной сделки требованиям антимонопольного законодательства, предъявляемым к совершению сделок такого рода.

Таким образом, объектом государственного контроля экономической концентрации являются не лица, а сделки, совершаемые как самими лицами, так и в интересах создаваемых и трансформируемых ими лиц. В этом отношении представляется неверной формулировка понятия «лицо, являющееся объектом экономической концентрации», т. к. объектом экономической концентрации следует признавать сделки, обладающие признаками, установленными в ч. 1 ст. 26.1 ЗоЗК. Лица, поименованные в п. 22 ст. 4 ЗоЗК, в данном случае следует квалифицировать в качестве субъектов экономической концентрации, а не в качестве ее объекта. Однако в связи с тем, что закон предъявляет к субъектам экономической концентрации определенные требования, касающиеся их соответствия определенным признакам в части наличия у них отдельных видов имущественных и иных прав (например, стоимость их активов и основных производственных средств, наличие у них прав собственности на акции (доли) и имущество иных хозяйствующих субъектов и т. д.), а также устанавливает в отношении них ряд обязанностей (в частности, предусмотренных ч. 1 ст. 28 ЗоЗК) в виде предъявления в антимонопольный орган определенных законом требований, представляется, что они должны именоваться «лицами, являющимися объектом государственного контроля эконо-

мической концентрации», а не «лицами, являющимися объектом экономической концентрации».

В итоге, структура государственного контроля экономической концентрации представлена в виде совокупности **трех объектов государственного контроля**:

1. *Производный субъект сделки по экономической концентрации*, в качестве которого выступает лицо, чьи акции (доли), активы, основные производственные средства и (или) нематериальные активы приобретаются или вносятся в уставный капитал.

2. *Объект экономической концентрации*, роль которого исполняет сделка (действие) по экономической концентрации. В данном случае под объектом понимается содержание условия о предмете такой сделки, определяющее ее направленность либо на создание новой коммерческой организации, либо на слияние или присоединение коммерческих юридических лиц.

3. *Результирующий субъект сделки по экономической концентрации* — лицо, права в отношении которого приобретаются в порядке, установленном главой 7 ЗоЗК.

Можно согласиться с тем, что предложенная структура государственного контроля экономической концентрации входит в определенное противоречие с экономическим содержанием и природой рыночной концентрации как элемента структуры рынка, характеристики которого описываются экономическими величинами числа предприятий, представленных на релевантном рынке и структурой относительного перераспределения их долей на этом рынке. Однако представленный вариант структуры государственного контроля экономической концентрации в полной мере отражает именно правовой аспект понятия «экономическая концентрация». Причем в данном случае речь идет *не собственно об экономической концентрации*, которая представляет собой различные действия, оказывающие влияние на состояние конкуренции, но в первую очередь о *государственном контроле экономической концентрации*, который представляет собой функцию специализированного государственного органа, а не является отражением структурной характеристики рынка.

Следует различать **два основных правовых понятия, связанных с экономической концентрацией**:

1. *Объект экономической концентрации* — сделки (действия), которые оказывают или могут оказать влияние на состояние конкуренции;

2. *Объекты государственного контроля экономической концентрации*, в качестве которых выступают субъекты государственного контроля в виде производного (производных) и результирующего субъектов, и объект государственного контроля, роль которого исполняет объект экономической концентрации.

Подобный подход влечет необходимость коррекции положений п.п. 21 и 22 ЗоЗК, которые должны быть изложены в следующей редакции:

«21) **объект экономической концентрации** – сделки, иные действия, **поименованные в законодательстве Российской Федерации**, осуществление которых оказывает или может оказать влияние на состояние конкуренции, **в том числе в виде формирования признаков доминирующего положения (гл. 5 настоящего Федерального закона), ограничивающих конкуренцию соглашений (ст. 11 настоящего Федерального закона) и согласованных действий (ст. 11.1 настоящего Федерального закона)**»;

«22) **лицо, являющееся объектом государственного контроля за экономической концентрацией**, – лицо, являющееся стороной сделок, поименованных в гл. 7 настоящего Федерального закона, а также лицо, в отношении которого совершаются указанные сделки».

1.2.2. Понятие «экономическая концентрация» в ЕС

Согласно ст. 3 (1) Регламента ЕС по слиянию³⁷ (далее – Регламент 139/2004) концентрация считается имеющей место тогда, когда происходит долгосрочное изменение контроля в результате: 1) слияния двух или более ранее независимых предприятия или частей предприятий; 2) приобретения прямого или косвенного контроля над одним или более предприятиями, одним или несколькими лицами, уже обладающие контролем по меньшей мере над одним из предприятий или над одним или более предприятиями путем покупки ценных бумаг или активов на основании договора или на каком-либо ином основании.

П. 20 Преамбулы к Регламенту 139/2004 подчеркивает, что понятие концентрации относится только к тем операциям, которые вызывают длительное изменение в структуре рынка. Это становится особенно актуальным в отношении совместных предприятий, которые действуют на постоянной основе или представлены на рынке в виде автономной экономической единицы (единого экономического субъекта). Также в качестве одного из видов экономической концентрации рассматриваются сделки с ценными бумагами, которые происходят в разумно короткий период времени.

Концепция правового регулирования экономической концентрации в ЕС опирается на критерии управления (контроля), поэтому вполне закономерно, что все признаки экономической концентрации в большей степени опираются на качественные, а не на количественные критерии.

Ст. 3(1) Регламента 139/2004 предусматривает возможность существования двух основных категорий экономической концентрации: 1) *слияние* и 2) *приобретение прямого или косвенного контроля*.

Система контроля над слияниями в ЕС строится на принципе «единого центра»: как только условия какой-либо сделки вызывают необходимость задействования полномочий европейского органа по вопросам конкуренции (например, Европейской комиссии через ее Генеральный директорат по вопросам конкуренции), национальные органы по вопросам конкуренции государств-членов утрачивают право на применение своего собственного законодательства по вопросам конкуренции в отношении такой сделки (исключения допускаются в очень ограниченном числе случаев). Применение этого принципа нацелено на обеспечение большей определенности для фирм в вопросах, связанных с международными сделками, которые в противном случае могли бы подпадать под действие процедур контроля за слияниями со стороны сразу нескольких национальных органов. Действенность принципа «единого центра» была существенно повышена, с тем чтобы свести к минимуму необходимость направления фирмами сразу нескольких заявлений о предоставлении разрешения в национальные органы, занимающиеся вопросами контроля за слияниями.

1.2.2.1. Слияние

Согласно европейскому законодательству **слияние** считается имеющим место в случаях, когда два или более независимых предприятия соединяются в новое предприятие и прекращают существование в качестве отдельных законно зарегистрированных рыночных субъектов. Одним из вариантов слияния признается **поглощение** одного из предприятий другим в случае, когда поглотившее предприятие сохраняет свою юридическую идентичность, в то время как поглощенное предприятие прекращает свое существование как юридическое лицо. При этом судебная практика исходит из того, что слияния не происходит в случае, когда дочернее предприятие сливается (поглощается) основной (материнской) компанией в целях установления контроля над его деятельностью³⁸. В этом суды исходят из

³⁷ Council Regulation (EC) № 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) // Official Journal of the European Union. L 24/1. 29.1.2004.

³⁸ См., напр.: Case COMP/M. 1673 – Veba/VIA Gof 13 June 2000; Case COMP/M.1806– AstraZeneca/Novartis of 26 July

доктрины «единого хозяйствующего субъекта», что практически полностью соответствует последствиям правового регулирования отношений внутри группы лиц с контролем, характерного для российского антимонопольного законодательства.

В качестве одного из вариантов слияния европейское законодательство признает объединение действий ранее независимых предприятий в отсутствие факта наличия юридической процедуры слияния (т. е. в отсутствие совершения сделки по экономической концентрации – в лексике ЗоЗК). В данном случае значение приобретает фактическое образование «единого экономического субъекта», осуществляющего единую целенаправленную политику поведения на рынке. В отличие от предыдущего примера со слиянием дочерней и материнской компаний, которое по смыслу ст. 3 (1) Регламента 139/2004 слиянием как таковым не является, в случае установления фактического контроля одного лица над другим (или другими) предприятием (предприятиями) такое объединение также подпадает под правовой режим слияния, регламентированный Регламентом 139/2004.

Режим **фактического контроля** может возникать в двух основных случаях: 1) когда два и более предприятий, сохраняя за собой статус самостоятельных юридических лиц, устанавливают на основании организационного договора (контракта) *общее управление экономической деятельностью*; 2) когда два и более предприятий создают двойную зарегистрированную (листинговую) компанию (*a dual listed company — DLC*) – особую корпоративную структуру, в которой две корпорации функционируют как единственный операционный бизнес через юридическое соглашение об уравнивании, но сохраняют отдельные юридические тождества и листинги фондовой биржи. Фактически все двойные листинговые компании являются международными и имеют налоговые преимущества для корпораций и их акционеров.

Общее управление экономической деятельностью в российском законодательстве соответствует особой форме организационного договора, который может иметь различные варианты: доверительное управление, поручительство, агентское соглашение, консалтинговое соглашение. Другим российским аналогом европейского общего управления экономической деятельностью является контроль внутри группы лиц. В национальных законодательствах ЕС имеются аналогичные внутригрупповые формы контроля.

Примером может служить германская модель *Gleichordnungskonzern* (группы лиц), особенность которой заключается в том, что в качестве «единого хозяйствующего субъекта» на рынке согласованно действуют две и более аффилированных компаний, имеющих приблизительно равный правовой и экономический статус. В модели *Gleichordnungskonzern* отсутствует зарегистрированное объединенное юридическое лицо, как при слиянии или поглощении, но данное объединение самостоятельных юридических лиц действует в обороте под управлением некоего единого органа управления, властные полномочия которого регламентируются специальным договором. Принципы организационного управления в такой модели объединения юридических лиц могут быть различными – от распределения функций по управлению предприятиями между их руководством до кадровых (корпоративных) «перекрестов» в руководстве объединенных предприятий. В случае договорного основания объединения предприятий такое объединение может приобретать признаки картеля, основанного на особой форме корпоративного договора. Кадровая модель управления *Gleichordnungskonzern* существенно ближе к российской группе лиц, поскольку основание властных правомочий в ней имеет корпоративную природу.

Особой формой управления объединенными предприятиями в Германии является *Unterordnungskonzernen* (корпоративное подчинение, корпоративный контроль), особен-

ность которого заключается в привлечении к управлению двумя или более предприятиями третьего лица – управляющей компании, функцию управления в которой может осуществлять любое автономное лицо, в качестве которого может быть использована не только дочерняя компания одного из управляемых предприятий, но и физическое лицо. Российским аналогом такой модели фактической экономической концентрации является координация экономической деятельности третьим лицом (п. 14 ст. 4 ЗоЗК).

Во Франции одной из форм фактической концентрации под «единым экономическим управлением» является модель «объединения экономического сотрудничества»³⁹ (*Groupements d'Intérêt Economique*), цель которого заключается в облегчении и содействии развитию экономической деятельности его членов, в качественном и количественном улучшении результатов этой деятельности. Деятельность такого объединения связана с экономической деятельностью его членов и имеет по отношению к последней вспомогательный характер. Объединение экономического сотрудничества создается на правах юридического лица, обладает полной правоспособностью и подлежит регистрации в Реестре коммерсантов и товариществ Франции. В Российской Федерации полным аналогом французского объединения экономического сотрудничества является саморегулируемая организация либо иная некоммерческая корпорация в форме ассоциации или союза, которые в соответствии с п. 1 ст. 123.8 ГК РФ также, как и объединения экономического сотрудничества во Франции, основываются на добровольном или в установленных законом случаях на обязательном членстве и создаются для представления и защиты общих, в том числе профессиональных, интересов своих членов, для достижения общественно полезных целей, а также иных не противоречащих закону и имеющих некоммерческий характер целей. Подобное объединение также является аналогом германского *Unterordnungskonzernen*, а его потенциальная опасность для состояния конкуренции заключается в возможности осуществления антиконкурентной координации деятельности своих членов.

Другой формой фактического объединения на рынке является создание *двойной зарегистрированной (листинговой) компании* (DLC), которая представляет собой специфический вид договорного объединения независимых юридических лиц, при котором два и более предприятий функционируют как единый операционный бизнес (т. е. бизнес, связанный единым управлением) через юридическое соглашение об уравнивании (*a legal equalization agreement*), но сохраняют не только юридическую самостоятельность, но и листинги фондовой биржи. Фактически все DLC представляют собой международные объединения корпораций. Их особенность заключается в том, что они имеют налоговые преимущества как для своих корпораций-учредителей, так и для их акционеров.

При этом компании-участники, продолжая существовать как автономные юридические лица и оставляя неизменным состав своих участников (акционеров), соглашаются разделить все риски и прибыли всех предприятий, входящих в листинговую компанию в фиксированной пропорции, установленной в «соглашении об уравнивании». Соглашения об уравнивании призваны гарантировать одинаковый правовой режим акционеров всех объединившихся предприятий как в части выплаты дивидендов, так и в части реализации прав при проведении голосований. В них могут быть предусмотрены: 1) условия о распределении юридических и экономических прав между сторонами соглашения; 2) условия о порядке начисления и выплаты дивидендов; 3) условия о порядке прекращения действия и расторжении соглашения; 4) условия о наделении определенных структур управления или отдельных физических лиц (в том числе и акционеров) властными полномочиями управления; 5) условия о распределении корпоративных полномочий управления между сторонами такого соглашения и т. д. Как правило, объединяющиеся предприятия формируют единый совет директоров

³⁹ См. ст. L. 251-1 Коммерческого кодекса Франции.

с «перекрестным» управлением, выполняющий функции единого органа управления такого объединения.

Наиболее близким аналогом двойной зарегистрированной компании в российском законодательстве является модель соглашения о совместной деятельности. Однако самым существенным отличием DLC от соглашения о совместной деятельности является то, что стороны соглашения об уравнивании распределяют между собой всю полученную прибыль полностью, а не ограничиваются распределением прибыли, полученной только в результате эксплуатации объекта соглашения о совместной деятельности. В этом смысле правовая конструкция DLC более приближена к договору полного товарищества, сторонами которого выступают публичные хозяйственные общества.

Фактическое объединение предприятий может быть основано исключительно на договорных началах⁴⁰, но также оно может быть закреплено в перекрестном пакете акций между предприятиями, формирующими его в качестве единой экономической единицы рынка, что и в первом, и во втором случае может полностью подпадать под признаки группы лиц, регламентированные ст. 9 ЗоЗК.

В соответствии с Регламентом 139/2004 вне зависимости от того, имеет ли объединение предприятий юридическую основу или его основанием является фактическое рыночное объединение субъектов, главным критерием наличия слияния является выявление признаков длительного существования единой экономической единицы, осуществляющей на рынке деятельность в одном интересе, т. е. наличие на релевантном рынке постоянного и единственного источника управления экономикой двух и более хозяйствующих субъектов. Другие сопутствующие факторы определяются формой модели такого объединения, которой определяются: особенности внутренней компенсации прибыли и потерь; условия распределения дохода как между различными предприятиями в пределах группы, так и между ними и их совокупным объединением; спецификой внешнего распределения рисков.

Таким образом, в европейском законодательстве понятие «слияние» как одна из форм экономической концентрации понимается в более широком содержании, чем в российском антимонопольном законодательстве. Если в ЗоЗК слияние (наряду с присоединением) в соответствии со ст. 1 ст. 57 и п. 1 ст. 58 ГК РФ понимается только в качестве одной из их правовых форм реорганизации юридического лица, то в законодательстве ЕС слияние, которое противопоставлено иной правовой форме экономической концентрации – приобретению контроля – имеет весьма полиморфное содержание, диапазон которого простирается от юридических сделок по слиянию (присоединению) юридических лиц (как аналога российской правовой модели слияния) до экономического объединения предприятий на рынке как в *договорных формах* объединений (соглашения об уравнивании, соглашения о совместной деятельности, корпоративного договора, договора товарищества, агентского договора, договора поручения и вплоть до картелей), так и в *корпоративных моделях*, опосредующих фактическое объединение предприятий (прежде всего, фактическое объединение их экономических интересов).

Представляется, что российская модель правового регулирования экономической концентрации обладает большей точностью по сравнению с европейской моделью, поскольку она концентрируется не на правовых формах объединений предприятий, т. е. не на экономическом эффекте их сотрудничества, а берет за основу действие хозяйствующих субъектов, последствия совершения которого приводят к тому или иному правовому и экономическому воздействию на состояние экономической концентрации релевантного рынка. Такой подход представляется наиболее удобным для правоприменения, поскольку он позволяет с

⁴⁰ См., напр.: Case IV/M. 1016 – Price Waterhouse/Coopers&Lybrand of 20 May 1998; Case COMP/M.2824 – Ernst & Young/Andersen Germany of 27 August 2002.

максимальной точностью определить состав правонарушения и применить к нарушителю соответствующие меры воздействия штрафного или компенсационного характера. Российское антимонопольное законодательство, подтверждая возможность изменения уровня экономической концентрации в результате совершения сделок, поименованных в гл. 7 ЗоЗК (о чем свидетельствует буквальное толкование п. 21 ст. 4 ЗоЗК), при этом не отрицает возможность динамики рыночной концентрации в результате иных действий хозяйствующих субъектов как юридического, так и фактического характера, таких как: сговор (картель); совершение согласованных действий; осуществление координации экономической деятельности; злоупотребление доминирующим положением; заключение соглашения о совместной деятельности, корпоративного договора; участие в управлении корпорацией в составе группы лиц и др.

1.2.2.2. Приобретение контроля

1.2.2.2.1. Субъекты контроля

Согласно ст. 3(1) (b) Регламента 139/2004 экономическая концентрация может являться следствием установления контроля, который может приобретаться либо одним из хозяйствующих субъектов на рынке (например, в результате совершенствования его производственных мощностей или существенным изменением размера его капитализации или активов), либо несколькими предприятиями, которые получают контроль в результате осуществления ими совместной деятельности (как в случае картеля, совершения согласованных действий или координации их экономической деятельности третьим лицом).

По смыслу Регламента 139/2004 субъектом контроля может являться любой субъект частного права, будь то государственный орган (или иное публичное лицо), частное юридическое лицо или физическое лицо. Для концепции установления контроля, применяемой в европейском антимонопольном законодательстве, не играет роли, осуществляло ли лицо, приобретающее контроль, свои контролирующие функции ранее как в отношении одного из предприятий, так и в отношении нескольких предприятий. Кроме того, не имеет значения, как осуществлялся контроль этим лицом – единолично или совместно с другим (другими) лицом (лицами).

В соответствии со ст. 3 (3) (a) Регламента 139/2004 контроль может приобретаться как физическими лицами, так и предприятиями в случаях, когда они являются держателями прав или наделены правами по договорам. Однако европейское законодательство при применении концепции контроля учитывает возможность распоряжения правами через третье лицо, в качестве которого может выступать как физическое, так и юридическое лицо. В подобной ситуации фактическим контролем обладает не субъект, который реализует право управления, а иной субъект, который фактически контролирует первого. Поэтому ст. 3 (3) (b) Регламента 139/2004 устанавливает правило, согласно которому контролирующим лицом признается и то лицо, которое, не являясь держателем прав и не будучи наделенными ими по договорам, имеет фактическую возможность осуществлять такие права, т. е. контролировать рыночную стратегию поведения предприятий. Судебная практика Европейского суда исходит из того, что необходимо устанавливать лица, которые фактически осуществляют контроль за деятельностью коммерческих лиц на рынке. В качестве таких лиц могут выступать как исключительный акционер, так и держатели контрольного пакета акций предприятий, которые имеют юридическую возможность совместно управлять рыночной стратегией компаний, поскольку в соответствии с их корпоративными обязанностями предприятия обязаны исполнять прямые управленческие указания уполномоченных лиц, осуществляющих

контроль над их деятельностью⁴¹. Проблема применения данного подхода связана с необходимостью доказывания действительного осуществления контроля, а не ограничивается установлением только юридических возможностей его осуществления. Кроме прямых форм контроля, которые основываются на правах корпоративного управления, автономно или в комбинации с ними контроль над деятельностью предприятий может осуществляться на основании договоров (соглашений), имущественных прав (например, в случае инвестирования деятельности предприятий), наличия семейных связей, значимых для управления⁴². Характерно, что перечисленные основания контроля в той или иной форме соответствуют критериям формирования группы лиц, сформулированным в ч. 1 ст. 9 ЗоЗК.

1.2.2.2. Средства контроля

Ст. 3 (2) Регламента 139/2004 предусматривает, что контроль может осуществляться посредством прав, договоров или иными способами, которые как вместе, так и в отдельности и с учетом различного рода фактических обстоятельств или в силу особенностей их природы предоставляют возможность оказывать решающее влияние на предприятие. В качестве таких прав, в частности, могут выступать: 1) права собственности или права пользования всеми активами предприятия или их частью; 2) права из договоров, которые оказывают решающее влияние на состав, голосование или решения органов предприятия. Ст. 3 (2) Регламента 139/2004 также предполагает, что возможность решающего влияния на предприятие может существовать на основании прав, договоров или любых других средств как отдельно, так и в комплексе (в комбинации). Поэтому концентрация может произойти на юридическом или фактическом основании, может принимать форму как унитарного, так и совместного контроля, и распространиться как на все предприятие в целом, так и на одну или несколько его частей (ст. 3 (1) (b) Регламента 139/2004).

Судебная практика ЕС исходит из того, что при определении наличия значимого для экономической концентрации контроля принимается во внимание его фактическое осуществление, которое имеет определенный рыночный эффект. Поэтому только предположения о том, что наличие указанных выше прав уже связано с фактом наличия контроля, недостаточно⁴³. Этим контроль в ЕС отличается от внутригруппового контроля в России, который регламентирован ч. 1 ст. 9 ЗоЗК, поскольку в российском антимонопольном законодательстве наличие внутригруппового контроля определяется не по фактическому его влиянию на состояние конкуренции, а по формальным признакам прямого или косвенного контроля.

Приводит ли та или иная сделка или какое-либо действие к возникновению фактического контроля, зависит как от юридического, так и от фактического содержания поведения субъектов. Одним из наиболее распространенных случаев приобретения контроля является приобретение акций. Другим корпоративным основанием возникновения контроля является акционерное соглашение (в российском правовом пространстве – корпоративный договор (ст. 67.2 ГК РФ)).

Альтернативным средством установления контроля может выступать договор, условия которого устанавливают правомочия управления в отношении конкретного лица, которые, как правило, основываются на приобретении им (или иным лицом) акций или активов контролируемого предприятия. Особенностью договоров, на основании которых осуществляется контроль деятельности предприятий, является их пролонгированный характер. Такие договоры заключаются на долгосрочной (или бессрочной) основе либо с условием о том, что их действие составляет определенный (достаточно длительный) промежуток времени и

⁴¹ См.: Judgment in Case T-282/02 Cementbouw y Commission, paragraph 72, [2006] ECR11-319.

⁴² См., напр.: Case M.754 – Anglo American Corporation/Lonrho of 23 April 1997.

⁴³ См.: Judgment in Case T-282/02 Cementbouw y Commission, paragraph 58, [2006] ECR11-31.

не может быть прекращено ранее достижения этого срока. Только такие контракты могут привести к структурным изменениям на рынке⁴⁴.

Наиболее ярким примером таких соглашений являются договоры, заключаемые в соответствии с национальными законодательствами в отношении установления контроля частных компаний в сфере управления бизнеса, связанного с разработкой природных ресурсов в случаях, когда права собственности или акции управляющей компании не передаются. Такие договоры не характерны для отдельных национальных законодательств ЕС. Примером такого договора может являться германский договор «*Beherrschungsvertrag*» (§ 308 Акционерного закона Германии), т. е. договор о передаче управления над акционерным обществом другому предприятию (договор подчинения). Российским аналогом такого договора является договор хозяйственного общества с управляющей организацией, выполняющей функции единоличного управляющего органа общества⁴⁵.

Ст. 3 (2) (а) Регламента 139/2004 предусматривает случаи, когда контроль возникает на основании наличия у какого-либо лица прав собственности на активы (производственные мощности) предприятия. В подобных ситуациях владелец активов может приобретать права контроля над деятельностью предприятия наравне с органом управления самого предприятия, в других случаях, владелец активов в соответствии с уставными документами предприятия может оказывать существенное влияние на выбор предприятием стратегии рыночного поведения вплоть до использования права вето в отношении принятия конкретных бизнес-решений⁴⁶.

Интересно, что европейское законодательство не относит ряд разновидностей договоров, включающих в себя условия об управлении деятельностью контрагентов, к видам экономической концентрации. Например, не признаются экономической концентрацией отношения франчайзинга на том основании, что они не изменяют ни количественные, ни качественные характеристики контроля по управлению ресурсами франчайзи⁴⁷.

Решающее влияние на формирование контроля в некоторых случаях оказывает не только наличие корпоративных или договорных отношений, но также и фактическое существование экономической зависимости предприятия, например, от своих поставщиков (в случае наличия долгосрочных договоров поставки) или от финансовых организаций (например, при наличии рамочного соглашения об открытии кредитной линии)⁴⁸. В этих случаях требуется тщательный анализ фактических рыночных связей между лицом, подозреваемым в наличии контроля с подконтрольным предприятием. Главным критерием оценки является длительный (долгосрочный) характер этих рыночных связей, который может оказать значимое влияние на формирование рыночной стратегии поведения предприятия. В одном из случаев судебной практики Комиссия по конкуренции ЕС не нашла оснований для установления контроля именно на том основании, что отношения между контролирующим и подконтрольным лицом имели временный, а не постоянный характер⁴⁹.

⁴⁴ В одном из случаев судебной практики длительность действия контрактов составляла 10–15 лет (См.: Case COMP/M.3858 – Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien of 20 July 2005); в другом случае – 8 лет (см.: Case COMP/M.2632 – Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV of 11 February 2002).

⁴⁵ Например, п. 3.1. ст. 16 ФЗ об АО (Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1) предусматривает, что при заключении договора о слиянии в него может быть включено условие о передаче полномочий единоличного исполнительного органа создаваемого общества управляющей организации.

⁴⁶ См.: Case COMP/M.3858 – Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien of 20 July 2005.

⁴⁷ См.: Case IV/M.126 – Accor/Wagon-Lits of 28 April 1992

⁴⁸ См., напр.: See Case IV/M.794 – Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB of 22 January 1997; Case IV/ECSC.1031 – US/Sollac/ Bamesa of 28 July 1993; Case IV/M.625 – Nordic Capital/Transpool of 23 August 1995; for the criteria see also Case IV/M.697 – Lockheed Martin Corporation/Loral Corporation, of 27 March 1996.

⁴⁹ See Case IV/M.258 – CCIE/GTE, of 25 September 1992.

Еще одной формой приобретения контроля являются действия третьих лиц, которые могут заключаться в совершении действий в наследственных отношениях (вступление в права наследования, завещательный отказ). Другим примером возможности третьих лиц оказывать влияние на содержание контроля над предприятием, на который указывает судебная практика ЕС, является выход акционера (особенно мажоритарного) из общества, что может приводить к ситуации, когда совместный контроль трансформируется в единоличный⁵⁰. Случаи возникновения фактического контроля могут иметь самую разнообразную природу и формы. Именно по этой причине ст. 3 (1) (b) Регламента 139/2004 оставляет открытым перечень средств контроля, указывая на то, что контроль кроме случаев, прямо отраженных в Регламенте 139/2004, может осуществляться «любыми иными средствами».

1.2.2.2.3. Объект контроля

Регламент 139/2004 в ст. 3 (1) (b), (2) регламентирует правило, в соответствии с которым объект контроля может быть единичным или множественным. В качестве объекта контроля могут выступать как все предприятие в целом, так и отдельные его части. Объектом контроля также могут являться не только предприятия как юридические лица, но и их активы или только часть из этих активов. Европейское антимонопольное законодательство и судебная практика исходят из того, что приобретение контроля над активами можно расценивать в качестве концентрации, если все активы предприятия или даже их часть, а также часть самого предприятия имеют отношение к релевантному рынку⁵¹. Более того в качестве экономической концентрации на основании контроля могут быть признаны сделки, предметом которых являются нематериальные активы (например, торговые марки, патенты и авторские права), но только в том случае, если они непосредственно связаны с релевантным рынком⁵². При этом передача исключительных прав (например, патентов, лицензий на продажу брендовых товаров) может осуществляться без передачи самих активов, что не мешает расценивать такие сделки в качестве сделок по экономической концентрации. Единственным условием в данном случае является то, что такие права передаются на «исключительной» основе, на территории релевантного рынка и могут оказать фактическое влияние на осуществление продаж этих товаров на конкретных рынках.

Подобный подход очень сближает антимонопольное регулирование экономической концентрации в ЕС с последствиями координации экономической деятельности на правовом пространстве России, например, в отношениях исключительной дистрибуции, связанной как раз с продажей брендовых товаров. Таким образом, и в Российской Федерации отношения исключительной (и селективной) дистрибуции также могут (и, как представляется, должны) расцениваться в качестве разновидности экономической концентрации. Это совершенно не противоречит содержанию дефиниции экономической концентрации, регламентированной п. 21 ст. 4 ЗоЗК. Вопрос заключается лишь в том, насколько жестким должен быть режим государственного контроля над такими сделками.

1.2.2.2.4. Изменение контроля на длительной основе

1. Ст. 3(1) Регламента 139/2004 связывает понятие экономической концентрации со сделками, осуществляемыми в отношении вовлеченных предприятий только на длительной основе. Временное изменение контроля не является критерием произошедшей экономической концентрации. В данном случае обязательно принимаются во внимание времен-

⁵⁰ См.: Case COMP/M.3330 – RTL/M6 of 12 March 2004; Case COMP/M.452 – Avesta (II) of 9 June 1994

⁵¹ См.: Case COMP/M. 3867 – Vattenfall/Elsam and E2 Assets of 22 December 2005.

⁵² См.: Case COMP/M.2857 – ECS/IEH of 23 December 2002.

ные особенности совершаемых сделок. В частности имеют значение условия о наличии в сделке отлагательных условий, а также условий о возможности возобновления их действия в течение определенного периода времени. Экономическая концентрация считается возникшей даже в случаях, когда сделка по концентрации предусматривает конкретный срок своего действия. В данном случае во внимание принимается длительность срока действия сделки. Если этот период достаточно длителен, чтобы оказать воздействие на состояние рыночной структуры, то такая сделка расценивается в качестве сделки по экономической концентрации.

Приобретение контроля путем приобретения акций или активов обычно не ограничивается определенным периодом времени, в связи с чем презюмируется, что такие сделки приводят к смене контроля на постоянной основе, т. е. являются сделками по экономической концентрации. Перечень аналогичных сделок по экономической концентрации в российском антимонопольном законодательстве регламентирован ст. 27–29 ЗоЗК. Именно эти сделки являются основанием для государственного контроля над экономической концентрацией в России.

Однако в европейском антимонопольном законодательстве в отличие от российского принимаются во внимание не только отдельные сделки, но и их совокупность, поскольку изменения в структуре рынка могут возникать в результате совершения нескольких поочередных сделок.

2. Так, несколько предприятий могут объединиться исключительно *е целях приобретения другой компании* и на основе соглашения в последующем после завершения сделки непосредственно разделить приобретенные активы этой компании согласно существующему ранее плану. В данном случае имеют место две самостоятельные сделки: 1) по приобретению акций целевой компании; 2) по разделу ее активов. Причем первая сделка может быть совершена от лица одного из предприятий-приобретателей, а активы распределяются между несколькими предприятиями-покупателями. Проблема заключается в том, какую из двух сделок необходимо квалифицировать в качестве сделки по экономической концентрации: сделку по приобретению компании-цели или сделку по распределению ее активов между покупателями? Другими словами, какая из двух сделок подлежит государственному контролю концентрации?

В российском правовом поле этот вопрос решается однозначно: государственному контролю экономической концентрации подлежат обе сделки вне зависимости от сроков их совершения и разницы в моментах их совершения по отношению друг к другу. Для российского правоприменителя не играет роли ни длительность изменения структуры рынка, ни период, в течение которого совершается вторая сделка после совершения первой. Главное – это наличие формальных признаков, свидетельствующих о том, что каждая из этих сделок является объектом государственного контроля, т. е. попадает под признаки сделки по экономической концентрации без установления фактических последствий этой концентрации для состояния конкурентной среды.

Европейский антимонопольный орган исходит из иных критериев, полагая, что первая из этих двух сделок не должна расцениваться в качестве сделки по экономической концентрации в случае наличия нескольких условий: 1) при совершении сделки по приобретению компании-цели последующее перераспределение ее активов между приобретателями согласовано и закреплено в обязательственном документе (контракте); 2) имеются все основания для того, чтобы быть уверенными, что перераспределение активов действительно произойдет в разумный период после совершения первой сделки по приобретению компании-цели. С точки зрения европейской Комиссии по конкуренции, такой период должен составлять не

более одного календарного года⁵³. Если оба указанных условия имеют место, то делается вывод, что первая сделка не привела к структурному изменению рынка, т. е. не являлась сделкой по экономической концентрации. Во всех иных случаях первая сделка расценивается как сделка по экономической концентрации. Это происходит в случаях, когда осуществление первой и второй сделки сразу не согласовано предприятиями-покупателями⁵⁴ или период между их совершением имеет длительность более одного года⁵⁵.

Практический смысл такого подхода сводится к тому, чтобы не признавать экономической концентрацией сделки, которые формально подходят под ее признаки, но не приводят к достаточно стабильному изменению состояния рыночной структуры и, следовательно, не нуждаются в применении к ним правового режима государственного контроля над их совершением.

3. Другим вариантом последовательно совершаемых сделок по экономической концентрации является совокупность сделки по приобретению совместного контроля над компанией с целью совершения последующей сделки по *преобразованию совместного контроля в унитарный* (единственный) контроль (контроль одним лицом). В данном случае европейский антимонопольный орган также исходит из того, что имеет значение длительность периода существования совместного контроля перед его преобразованием в унитарный контроль. В настоящее время Комиссия по конкуренции исходит из того, что такой период также не должен превышать более одного года, поскольку больший период времени уже негативно сказывается на состоянии структуры рынка и его экономической концентрации. Хотя на практике могут иметь место различные отклонения от данного правила. В одном из случаев концентрация была установлена уже после совершения первой сделки по приобретению совместного контроля, т. к. одна из компаний-приобретателей обладала явным единоличным превосходством при осуществлении совместного контроля и фактически формировала рыночную стратегию поведения компании-цели⁵⁶. Другим примером, когда подобная совокупность сделок, направленных на установление контроля, сразу была расценена как экономическая концентрация, может служить случай, когда первая сделка по приобретению совместного контроля имела вспомогательный характер для облегчения реструктуризации контроля над компанией-мишенью после осуществления процесса слияния предприятий-приобретателей⁵⁷.

Практический смысл такого подхода также вполне очевиден: если сделка по приобретению совместного контроля имеет временный (преходящий) характер, то и не имеет смысла признавать ее в качестве сделки по экономической концентрации, т. к. истинное изменение структуры рыночной власти произойдет лишь в момент установления единоличного контроля, который будет результатом совершения второй сделки. Однако достаточная длительность периода между моментом совершения первой и второй сделки (более одного года) должна свидетельствовать о наличии фактического изменения экономической концентрации, т. к. рыночные последствия совместного контроля в этом случае, по мнению европейской Комиссии по конкуренции, приобретают значимый характер.

4. Еще одним вариантом последовательных сделок по приобретению контроля является участие в них «временного» покупателя (в качестве которого, как правило, выступает

⁵³ Например, в деле Cases COMP/M. Case No COMP/M. 3779 – Pernod Ricard/Allied Domecq of 24 June 2005 and COMP/M.3813 – Fortune Brands/Allied Domecq of 10 June 2005 был предусмотрен шестимесячный срок совершения сделки по перераспределению активов приобретенной компании после совершения первоначальной сделки.

⁵⁴ См.: Case COMP/M.2498 – UPM-Kymmene/Haindl of 21 November 2001 and Case COMP/M.2499 – Norske Skog/Parenco/Walsum of 21 November 2001.

⁵⁵ См.: Case COMP/M.3372 – Carlsberg/Holsten of 16 March 2004.

⁵⁶ См.: Case M.2389 – Shell/DEA of 20 December 2001.

⁵⁷ См.: Case M.2854 – RAG/Degussa of 18 November 2002.

кредитная организация), имеющего одноразовое (или рамочное,) *соглашение о последующей перепродаже бизнеса* (уступке контроля) окончательному выгодоприобретателю (покупателю). Зачастую такие сделки осуществляются на основании посреднических контрактов от имени окончательного приобретателя, который даже может принимать на себя риски, связанные с совершением таких сделок. Таким образом, и в этих случаях первая сделка имеет вспомогательный характер по отношению ко второй сделке. Но в отличие от двух выше-рассмотренных примеров в данном случае не происходит фрагментации ни контроля, ни бизнеса, поскольку сделка совершается на правах единого контроля и единства бизнеса, а ее содержание заключается лишь в последовательной переуступке прав на возмездной основе. Поскольку в данном случае временный и окончательный приобретатели тесно связаны между собой (особенно в случаях, когда такие сделки осуществляются на началах представительства), европейский антимонопольный орган рассматривает их совокупность в качестве единственной сделки по экономической концентрации, которая считается совершенной в момент совершения первой сделки «временным» покупателем.

Данный подход совершенно оправдан. Ведь в этом случае в принципе не происходит динамики экономической концентрации с момента совершения первой сделки. Структура контроля над компанией-мишенью не претерпевает никаких изменений даже в случае, если «временный» покупатель не передаст контроль окончательному приобретателю. По этой причине моментом динамики экономической концентрации и считается момент совершения первой сделки.

ФАС России также рассматривает возможность использования сценария по приобретению пакета акций предприятия в целях удовлетворения интересов конечного выгодоприобретателя. В одном из случаев правоприменительной практики в пакете документов, представленных в ФАС России, отсутствовала информация об истинном выгодоприобретателе, которая, по мнению антимонопольного органа, являлась ключевой для принятия решения о том, как данная сделка повлияет на состояние конкурентной среды на соответствующем товарном рынке. В связи с отсутствием информации об истинном выгодоприобретателе по предполагаемой сделке ФАС России отказалась от принятия решения о том, как рассматриваемая сделка повлияет на состояние конкурентной среды на рассматриваемом рынке⁵⁸.

5. Аналогом совокупности поочередных сделок в российском законодательстве являются так называемые «взаимосвязанные сделки». В российской юридической доктрине взаимосвязанными принято считать сделки, имеющие единую экономическую цель, когда вместо совершения одной сделки совершается несколько сделок, которые функционально расчлениают одну сделку на несколько действий, имеющих единый правовой или экономический результат. В качестве особенностей таких сделок указывается на однородность их предметов, одинаковость условий и периода их совершения⁵⁹. При этом подчеркивается, что «взаимосвязанность» является внутренним свойством таких сделок и не может быть определена ни их предметом, ни иными их существенными условиями⁶⁰.

До настоящего времени действующее отечественное законодательство не содержит критериев, на основании которых сделки могут определяться как взаимосвязанные. Не дали разъяснений по этому вопросу и высшие судебные инстанции. В соответствии с подпунктом 4 п. 8 Постановления Пленума ВАС РФ от 16.05.2014 № 28⁶¹ о наличии взаимосвязанности

⁵⁸ См.: Отказ ФАС России в удовлетворении ходатайства компании Martia Investments Limited от 10.09.2007 // <http://solutions.fas.gov.ru/documents/1007-61fca3df-8fa6-4e5f-bf98-7e5604faaacdc/download>.

⁵⁹ См.: Поваров Ю.С. Акционерное право России. М., 2009. С. 602; Корпоративное право: учебник / Е.Г. Афанасьева, В.Ю. Бакшинскас, Е.П. Губин и др.; отв. ред. И.С. Шиткина. 2-е изд., перераб. и доп. М.: КНОРУС, 2015. С. 795.

⁶⁰ См.: Маковская А.Л. Взаимосвязанные сделки // ЭЖ-Юрист. 2004. № 36.

⁶¹ Постановление Пленума ВАС РФ от 16.05.2014 № 28 «О некоторых вопросах, связанных с оспариванием крупных сделок и сделок с заинтересованностью» // Вестник ВАС РФ. 2014. № 6.

сделок общества применительно к п. 1 ст. 78 Закона об акционерных обществах, в частности, могут свидетельствовать следующие признаки: 1) преследование единой хозяйственной цели при заключении сделок; 2) общее хозяйственное назначение проданного имущества; 3) консолидация всего отчужденного по сделкам имущества в собственность одного лица; 4) непродолжительный промежуток времени между совершением нескольких сделок.

Окружная судебная практика более точно толкует признак «взаимосвязанности» сделок, обращая внимание на то, что сделки являются взаимосвязанными при наличии следующих обстоятельств: предметом всех сделок является имущество одного рода; все сделки совершены в течение короткого периода времени; сторонами всех сделок являются одни и те же либо взаимозависимые лица; денежные средства, полученные от сделок, направлены на решение какой-либо одной определенной задачи; одна или несколько сделок обеспечивают исполнение одного обязательства⁶² или влекут отчуждение основных активов акционерного общества (либо прекращение деятельности общества или его подразделений)⁶³, либо они направлены на отчуждение из основных активов предприятия только тех из них, которые имеют значимость для осуществления нормальной производственной деятельности института или рыночную ценность как объекты недвижимости⁶⁴, либо если по ним приобретается или отчуждается имущество, связанное единым технологическим процессом⁶⁵.

Наиболее ярким примером экономической концентрации, возникающей в результате совершения взаимосвязанных сделок является дело, рассмотренное Президиумом ВАС РФ, который, исходя из сложившейся судебной-арбитражной практики, пришел к выводу, что совокупность таких признаков, как преследование единой хозяйственной цели при заключении сделок, общее хозяйственное назначение проданного имущества, консолидация всего отчужденного по сделкам имущества в собственности одного лица, может служить основанием для квалификации сделок как взаимосвязанных.

Предметом трех из оспариваемых сделок в данном деле явились части здания производственного корпуса, которое в результате совершения этих сделок было продано полностью. По четвертой сделке было продано здание котельной, обслуживающей производственный корпус. Оба здания находились на одном земельном участке и объединены общими инженерными сетями, т. е. представляют собой единый производственный комплекс.

Все имущество было перепродано ответчиками в короткий срок после его приобретения и оказалось у одного юридического лица. В деле имелось достаточно доказательств, подтверждающих взаимосвязанность всех участвующих в оспариваемых и последующих сделках купли-продажи спорного имущества юридических лиц либо родством их учредителей (физических лиц) и руководителей, либо совместным участием последних в этих (и других) юридических лицах.

Продажа имущества фабрики, имевшего общее хозяйственное назначение, по заниженной цене, т. е. на явно невыгодных для нее условиях, в результате которой имущество оказалось у одного юридического лица, с точки зрения суда свидетельствовало о том, что все оспариваемые сделки преследовали цель вывода активов из фабрики, что в итоге привело к возбуждению в отношении нее в октябре 2007 г. Арбитражным судом Рязанской области

⁶² См.: Постановление ФАС Московского округа от 27.02.2007 № КГ-А40/13601-06 по делу № А40-1923/06-133-19 // СПС «КонсультантПлюс».

⁶³ См.: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 20.12.2007 № Ф04-8036/2007(40266-А46-13), Ф04-8036/2007(40267-А46-13) по делу № А46-2-68/04 // СПС «КонсультантПлюс».

⁶⁴ См.: Постановление ФАС Московского округа от 22.08.2007, 29.08.2007 № КГ-А40/8670-07 по делу № А40-61536/06-52-446 // СПС «КонсультантПлюс».

⁶⁵ См.: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 27.08.2008 по делу N A28-10722/2007-412/9 // СПС Консультант Плюс.

дела о банкротстве (дело № А54-4538/2007). Таким образом, исходя из изложенных обстоятельств, Президиумом ВАС РФ указанные сделки были признаны взаимосвязанными⁶⁶.

Для контроля над экономической концентрацией необходим постоянный мониторинг взаимодействия компании со своими контрагентами. Например, приобретение лицом, входящим в группу лиц, права распоряжаться более чем 35 % долей организации, в которой ранее данное лицо не распоряжалось долями, представляет собой частный случай приобретения этого имущества группой лиц и является предметом государственного контроля экономической концентрации. В.Ф. Попондопуло подчеркивает, что нежелание информировать антимонопольные органы о такого рода сделках нередко маскируется путем совершения нескольких сделок, каждая из которых формально не подпадает под законодательно установленные критерии, но выявление их взаимосвязанности приводит к применению мер антимонопольного реагирования⁶⁷.

В связи с этим антимонопольный орган при осуществлении как предварительного, так и последующего контроля не только должен установить состав участников сделки, но также исследовать наличие лиц, взаимосвязанных с ними, и при их наличии квалифицировать их как группу лиц на основании ч. 1 ст. 9 ЗоЗК. Таким образом, антимонопольный орган в целях эффективного проведения государственного контроля над экономической концентрацией имеет легитимную возможность рассматривать субъекты взаимосвязанных сделок как членов одной группы лиц, т. е. в качестве единого хозяйствующего субъекта, оказывающего влияние на конкуренцию и свободу экономической деятельности других субъектов рынка⁶⁸.

Директива № 2013/36/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О доступе к осуществлению деятельности кредитными организациями и пруденциальном надзоре за кредитными организациями и инвестиционными компаниями, вносящая изменения в Директиву 2002/87/ЕС и отменяющая Директивы 2006/48/ЕС и 2006/49/ЕС»⁶⁹ также устанавливает схожий правовой режим государственного контроля в отношении субъектов взаимосвязанных сделок: риски концентрации, возникающие вследствие кредитов, выданных каждому контрагенту, включая центральных контрагентов, группу взаимосвязанных контрагентов, а также контрагентов в одном и том же секторе экономики, географическом регионе, контрагентов, занимающихся одной и той же деятельностью, реализующих одни и те же товары, а также риски концентрации, возникающие вследствие применения методов смягчения кредитного риска, включая, в частности, риски, связанные с крупными косвенными кредитными средствами, предоставленными одному залогодателю, устраняются и контролируются, в том числе посредством документированных принципов и процедур.

Представляется, что в отечественном антимонопольном законодательстве применение европейских подходов становится затруднительным по причине наличия института группы лиц, практически исключающего возможность «тонкой» настройки правового механизма контроля над сделками по экономической концентрации. Вместе с тем категория «группа лиц» не позволяет оценить динамику активов хозяйствующих субъектов, что составляет существеннейший элемент контроля над экономической концентрацией. В целом, представляется необходимым более широкое внедрение в ЗоЗК категории «активы хозяйствующих

⁶⁶ Постановление Президиума ВАС РФ от 22.09.2009 № 6172/09 по делу № А54-836/2008-С15 // Вестник ВАС РФ. 2009. № 12.

⁶⁷ Оводов А.А. Интервью с заведующим кафедрой коммерческого права Санкт-Петербургского государственного университета доктором юридических наук, профессором В.Ф. Попондопуло // Юрист. 2011. № 17. С. 3–9. Это заключение сделано на основе имеющейся судебной практики (См.: Определение ВАС РФ от 09.12.2009 № 16055/09 по делу № А65-25309/2008-СА3-36 // СПС «КонсультантПлюс».

⁶⁸ Пузыревский С.Л., Чеснокова Т.Н., Ходыкина Т.Л. Ответы на актуальные вопросы применения антимонопольного законодательства // Законы России: опыт, анализ, практика. 2010. № 1. С. 14.

⁶⁹ OJ L 176/338 27.6.2013 (<http://www.lb.lt/n21706/3201310036-en.pdf>).

субъектов», поскольку этот признак имеет существенное значение не только в отношении экономической концентрации, то также и в отношении установления доминирующего положения и контроля состояния конкурентной среды в соответствии с Порядком 2010⁷⁰.

С другой стороны, категория «контроль» в ЗоЗК понимается в узком смысле (как в отличие от европейского содержания этой категории, так и в общеправовом смысле). Ведь в соответствии с ч. 8 ст. 11 ЗоЗК под контролем понимается возможность физического или юридического лица прямо или косвенно (через юридическое лицо или через несколько юридических лиц) определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством одного или нескольких следующих действий: 1) распоряжение более чем пятьюдесятью процентами общего количества голосов, приходящихся на голосующие акции (доли), составляющие уставный (складочный) капитал юридического лица; 2) осуществление функций исполнительного органа юридического лица. Т. е. критерии контроля имеют сугубо корпоративный характер (участие и управление коммерческой организацией). Критерии же группы лиц существенно расширяют содержание контроля, включая в него договорные основания (п. 1 ч. 1 ст. 9 ЗоЗК), признак семейных отношений (п. 7 ч. 1 ст. 9 ЗоЗК). В этом отношении при оценке сделок, приводящих к экономической концентрации, приобретают значение, в первую очередь, признаки группы лиц, тем более что «контроль» по смыслу ч. 8 ст. 11 ЗоЗК имеет все признаки соответствия критериям формирования группы лиц в отношениях между контролирующим и подконтрольным лицом.

Таким образом, необходимо прийти к заключению, что в отличие от российской модели конкурентного законодательства в европейском антимонопольном законодательстве понятие экономической концентрации базируется не на факте совершения сделки (действия), а на тех экономических последствиях, которые могут возникнуть в результате изменения в структурных элементах релевантного рынка. В результате в европейском правовом поле на передний план выступают такие признаки, как долгосрочность (длительность) возникших изменений в рыночной структуре и фактическое влияние на состояние конкуренции данного типа изменения структуры рынка. В отличие от российской системы антимонопольного регулирования в ЕС содержание и правовая цель сделки, следствием которой становится изменение уровня рыночной концентрации, не имеют принципиального значения, т. к. для европейского законодателя намного важнее те фактические изменения в состоянии конкурентной среды, которые возникают уже в результате совершенных сделок. В определенном смысле можно констатировать, что в европейском антимонопольном регулировании преобладает последующий контроль над экономической концентрацией.

1.2.3. Понятие «экономическая концентрация» в американском антимонопольном законодательстве

Акт Харта-Скотта-Родио⁷¹ (далее – HSR) устанавливает для сторон определенных видов сделок по слияниям или приобретениям акций или активов предприятий обязанность уведомления Федеральной торговой комиссии США и Министерства юстиции США (далее – антимонопольные органы). Особенность этого уведомления заключается в том, что оно должно быть осуществлено до момента совершения сделки по слиянию или приобретению акций или активов. В целом акт HSR предусматривает предварительное уведомление перед слиянием в случаях приобретения «голосующих ценных бумаг» или «активов», размер которых превышает определенные пороги: 1) если в результате приобретения лицо приобрете-

⁷⁰ Приказ ФАС России от 28.04.2010 № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2010. № 34.

⁷¹ The Hart-Scott-Rodino («HSR») Act, 15 U.S.C. § 18a.

ния лицо становится владельцем более чем 50 млн \$⁷² в активах или голосующих ценных бумагах полученного лица⁷³; 2) если приобретение, сделанное лицом, оценено в промежутке между 50 млн \$ и 200 млн \$⁷⁴;

3) пороговые значения активов для лица-приобретателя⁷⁵ составляют 100 млн \$ или больше; 4) пороговые значения выручки (прибыли от продажи) на стороне лица-продавца составляют 10 млн \$⁷⁶ или больше⁷⁷. При сумме сделки, превышающей 200 млн \$, пороговые величины «*size of person*» test прекращают свое действие, и сделка по слиянию подлежит обязательному уведомлению в любом случае. Таким образом, раскрытие сделки по слиянию или приобретению акций или активов предприятия по американской системе оповещения перед слиянием не зависит ни от контроля, ни от наличия или отсутствия существенного влияния на состояние рынка (как это имеет место в ЕС).

Вместе с этим, несмотря на то, что акт HSR устанавливает определенные пороги для осуществления государственного контроля над слияниями, его действие не имеет абсолютного характера, поскольку в соответствии с разделом 7 акта Клейтона⁷⁸ антимонопольные органы вправе предъявить иск практически почти в отношении любой сделки по приобретению акции или активов вне зависимости от того, подпадает ли такая сделка под правила о предварительном уведомлении перед слиянием в соответствии с Актом HSR. Кроме того, судебная практика демонстрирует случаи, когда контроль сделок по слияниям осуществлялся как до, так и после их совершения вне зависимости от того, соответствовали эти сделки критериям Акта HSR или нет⁷⁹.

В целях сохранения привлекательности бизнеса для инвестирования американскими антимонопольными органами устанавливаются определенные льготы в отношении тех инвесторов, которые формально могут попадать под признаки государственного контроля и уведомления о слиянии, не имеют никакого намерения к осуществлению управления в инвестируемом бизнесе, а также к формированию, определению или принятию основных бизнес-решений в отношении эмитента⁸⁰. В предоставлении подобных льгот антимонопольные органы США исходят из того, что совершение подобных сделок не может оказать существенного влияния на состояние конкуренции, однако их экономический эффект значительно превышает их потенциальные негативные антиконкурентные последствия.

В отличие от антимонопольного законодательства ЕС и России Акт HSR не устанавливает обязанности предварительного согласования сделок, связанных с «перекрестным» приобретением акций или долей. Такие требования отсутствуют и в отношении «взаимосвязанного управления» корпорациями. Но их отсутствие компенсируется другим способом:

⁷² Эти пороги могут быть скорректированы специальными актами (<http://ftc.gov/os/2013/01/130110claytonact7afn.pdf>; https://www.ftc.gov/system/files/documents/federal_register_notices/2015/01/15012lhsrthresholds7a.pdf).

⁷³ 15 U.S.C. § 18a(a)(2)(B)(i)

⁷⁴ Эти пороги также могут быть скорректированы законодательно.

⁷⁵ «Size of person» test.

⁷⁶ Указанные пороги имеют относительный характер в силу их постоянной корректировки. Например, в январе 2013 г. Федеральной Торговой Комиссией США эти пороги были пересмотрены и составили соответственно: по размеру операции – 70,9 млн \$ (по сравнению с 68,2 млн \$ в 2012 г.); порог лица-приобретателя – 141,8 млн \$ (по сравнению с 136,4 млн \$ в 2012 г.); порог лица-покупателя – 14,2 млн \$ (по сравнению с 13,6 млн \$ в 2012 г.).

⁷⁷ 15 U.S.C. § 18a(a)(2)(B)(ii).

⁷⁸ 15 U.S.C. § 18.

⁷⁹ См., напр.: FTC and State of Idaho v. St. Luke's Health Sys., Ltd., 1:12-cv-00560-BLW-REB (D. Id. filed March 13, 2013), www.ftc.gov/opa/2013/03/stluke.shtm; U.S. v. Bazaarvoice, Inc., C13-0133 (N.D. Cal., filed Jan. 10, 2013), www.justice.gov/atr/public/press_releases/2013/291185.htm; U.S. and State of New York v. Twin America LLC, 12 CV 8989 (S.D.N.Y., filed Dec. 11, 2012), www.justice.gov/atr/public/press_releases/2012/290136.htm.

⁸⁰ 16 C.F.R. § 801.1(i)(1).

в соответствии с разделом 8 Акта Клейтона, в редакции Антимонопольного закона о поправках 1990⁸¹, определенным директорам и служащим запрещается принимать участие в управлении конкурирующими предпринимательскими корпорациями.

Объектом сделок по слияниям и приобретениям могут служить не только ценные бумаги. Акт HSR однозначно указывает, что объектом экономической концентрации в США также является и приобретение активов. Приобретенные активы могут включать как всю бизнес-единицу, так и те виды активов, которые не включают в себя собственно имущество корпорации, а имеют отношение к ее нематериальным активам, таким как патенты или лицензии и иные виды исключительных прав, что составляет специфику американской системы сделок по экономической концентрации. В некоторых случаях (в результате заключения договоров аренды, договоров на осуществление управления, контрактов о передаче исключительных лицензий интеллектуальной собственности и др.) могут возникать вопросы относительно того, представляет ли собой та или иная сделка в действительности сделку по слиянию или приобретению активов. В этих ситуациях для разрешения споров стороны вправе обратиться за неофициальной консультацией относительно потенциальной антиконкурентности операции в специальный отдел Федеральной торговой комиссии (*Premerger Notification Office (PNO)*⁸²), которая наделена правом выдачи неофициальных интерпретаций каждого конкретного прецедента, большинство из которых находится в открытом доступе в сети Интернет⁸³.

В деятельности американских антимонопольных органов в отношении необходимости предоставления отчетности в сделках по слиянию или приобретению активов на передний план также выходит принцип предоставления льгот по отчетности в отношении сделок, которые не могут существенно повлиять на состояние конкуренции на рынке. К числу таких сделок Акт HSR, в частности, относит сделки по приобретению товаров или недвижимого имущества, передаваемых в процессе обычной деятельности⁸⁴. В некоторых случаях антимонопольные органы освобождают от предоставления отчетности по слиянию и приобретению сделки, связанные с приобретением так называемой «непродуктивной» недвижимости, офисных зданий и жилой собственности, отелей и мотелей, а также земельной собственности⁸⁵.

В соответствии с антимонопольным законодательством США отчетность перед слиянием может требоваться для формирования определенных типов совместных предприятий. Раздел 801.40 Правил HSR регламентирует определенные правила относительно формирования корпоративных совместных предприятий, рассматривая такие формирования как приобретения голосующих ценных бумаг предприятия недобросовестными предпринимателями⁸⁶.

Понятие «контроль» в отличие от категории «экономическая концентрация» совершенно не чуждо американскому антимонопольному законодательству. Оно определяется в разделе 801.1 (b) правил HSR⁸⁷. Контроль здесь определяется через корпоративные критерии категории «управление», т. е. через правовые основания возникновения правомочий управления у того или иного лица, обладающего правом определять рыночную стратегию поведения компании. Понятие управления в американском антимонопольном законодательстве

⁸¹ The Antitrust Amendments Act of 1990, Pub. L. No. 101-588, 104 Stat. 2879.

⁸² <http://ftc.gov/bc/hsr/staffphone.shtm>.

⁸³ <http://ftc.gov/bc/hsr/informal/index.shtm>.

⁸⁴ 15 U.S.C. § 18a(c)(1).

⁸⁵ См. 16 C.F.R. § 802.2.

⁸⁶ 16 C.F.R. § 801.40.

⁸⁷ 16C.F.R. § 801.1 (b).

охватывает как деятельность по управлению самими контролирующими лицами, так и деятельность лиц, находящихся под контролем контролирующего лица либо нескольких контролирующих лиц (общий контроль).

Критериями «контроля» в данном случае являются:

- 1) распоряжение 50 % и более *размещенных голосующих ценных бумаг* эмитента;
- 2) право на 50-процентное (и более) распоряжение *прибылью предприятия* (в случае, когда контроль определяется не по отношению к акциям (долям) юридического лица);
- 3) право на получение 50 % или более от *активов юридического лица* в случае его ликвидации;
- 4) наличие действующего контракта, устанавливающего *право голосования 50 % и более* в совете директоров коммерческой или некоммерческой корпорации;
- 5) *наличие трастов*, которые могут быть отозваны, или в которых учредитель не сохраняет обратного интереса в отношении бенефициара.

По существу, данная система оснований выявления контроля, имеющего релевантное значение для состояния конкуренции, в американском антимонопольном законодательстве практически полностью соответствует и российской, и европейской системам контроля, поскольку в ее основании лежат три основных группы критериев:

1) *корпоративный критерий* владения, пользования и распоряжения голосующими акциями (правомочие участия) или предоставляющий возможность принимать участие в управлении предприятием (правомочие управления); 2) *договорный критерий*, представляющий собой условие контракта, устанавливающее право контролирующего лица принимать решения при управлении компанией, определяющие направление ее рыночной стратегии и формирующие модель ее рыночного поведения; 3) *имущественный критерий*, который заключается в возможности установления контроля за счет наличия влияния на оборот основных средств предприятия и ориентирования финансовых потоков компании путем распоряжения ее активами и прибылью.

Важным отличием американской системы критериев контроля является содержание имущественного критерия контроля. В отличие от российской и европейской систем антимонопольного контроля распоряжение активами предприятия приобретает значимость лишь в случае ликвидации юридического лица, а критерий распоряжения прибылью предприятия в принципе является уникальным специфическим критерием американской системы рыночного контроля. Однако, несмотря на имеющуюся специфику, в целом системы критериев контроля во всех трех сопоставляемых законодательствах обладают общим каркасом, состоящим из трех компонентов: корпоративный контроль; договорный контроль; вещный контроль. Строго говоря, когда основанием контроля является признак владения, пользования и (или) распоряжения акциями (долями) предприятия, происходит определенное смыкание корпоративного и вещного контроля. Однако это не разрушает систему рыночного контроля, а лишь придает ей определенное своеобразие, связанное, в первую очередь, со спецификой категории «право на акцию», имеющей как корпоративное, так и вещное содержание.

Вместе с тем американские критерии контроля в большой степени повторяются в критериях группы лиц, регламентированных в ч. 1 ст. 9 ЗоЗК РФ. По этой причине не удивительно, что и в российском, и в американском антимонопольном законодательстве исключения из правил о последствиях контроля действуют и в отношении группы лиц, освобождая от государственного контроля над слияниями сделки, совершаемые внутри группы лиц⁸⁸.

В целом, вопрос об установлении исключений и льгот при осуществлении предварительного контроля над слияниями в американском антимонопольном законодательстве

⁸⁸ Сравните: 16 C.F.R. § 802.30 и чл. ст. 31 ЗоЗК РФ.

имеет принципиальное значение. Многие из этих льгот прямо устанавливаются актом *HSR*⁸⁹. Существуют два общих основания для освобождения от государственного контроля: 1) сделка не в состоянии привести к значительным антимонопольным проблемам (например, приобретение товаров или недвижимого имущества в обычной деятельности); 2) сделки подвергаются предварительному контролю над слиянием не антимонопольными органами, а иным федеральным агентством (например, сделка по слиянию банков, которая подвергается предварительному контролю со стороны одного из федеральных органов, контролирующих эти банки).

HSR требует, чтобы стороны сделки, превышающей пороги, установленные законом, в обязательном порядке уведомили антимонопольные органы перед ее завершением, и запрещает завершение сделки до истечения срока законодательно установленных периодов ожидания, в течение которых антимонопольные органы осуществляют процедуру государственного контроля этой сделки.

Большинство сделок по слиянию (более чем 95 %), которые подлежат согласованию с антимонопольными органами в соответствии с *HSR*, рассматриваются в сроки от 15 до 30 дней. Антимонопольные органы США обладают богатой информацией, доступной из правительственных отчетов, торговых справочников и публикаций в Интернет-ресурсах. Для некоторых видов сделок стороны добровольно предлагают дополнительную информацию, а в отношении других сделок антимонопольные органы получают информацию из непубличных (неофициальных) источников, самыми важными из которых являются сами участниками рынка, и не только конкуренты сторон сделки, но, в первую очередь, их клиенты, которые обычно предоставляют информацию добровольно.

В соответствии с Руководством по горизонтальным слияниям⁹⁰, опубликованным антимонопольными органами США, последние изучают концентрацию рынка в качестве одного из элементов оценки характера антиконкурентных эффектов, возникающих в результате сделок по слиянию фирм или приобретению их активов, наряду с иными показателями конкурентной рыночной среды, такими как потенциальные неблагоприятные конкурентоспособные эффекты, анализ барьеров входа, эффективность деятельности фирм и их рыночные доли. П. 2.1.3 указанного Руководства устанавливает правило, согласно которому антимонопольные органы при оценке состояния конкуренции на релевантном рынке обязаны принимать во внимание размеры рыночных долей сливающихся сторон, уровень концентрации и изменение концентрации вызванного слияния. Таким образом, экономическая концентрация в американском антимонопольном законодательстве в отличие от российского представляется не как вид деятельности (действий), а сугубо в качестве экономического показателя структуры релевантного рынка. Такой подход основывается на том, что слияния, которые вызывают значительное повышение концентрации, в высококонцентрированных рынках с высокой долей вероятности могут привести к повышению рыночной власти отдельного предприятия или группы предприятий. Однако это предположение вполне может быть опровергнуто предоставлением убедительных доказательств того, что фактически слияние не привело к возрастанию рыночной власти.

Размер доли рынка, которую занимает подозрительное предприятие, и данные о концентрации на этом рынке обеспечивают только «отправную точку» для анализа конкурентоспособного влияния сделки по слиянию или приобретению акций или активов предприятия. В действительности антимонопольные органы не принимают решений о принудительном ограничении слияний и сделок по приобретению акций или активов только на основании установления фактических размеров долей рынка и концентрации. Однако оба этих показателя

⁸⁹ См., наир.: 15 U.S.C. § 18a(c).

⁹⁰ См.: http://www.law.yale.edu/images/cbl/horizmerger_guidelines_2010.pdf.

теля играют важную роль в анализе состояния конкуренции на рынке. Слияние в отрасли, в которой все участники являются владельцами малых пакетов акций (особенно в случаях, когда эти пакеты акций распределены на всех вероятных релевантных рынках), обычно не требует вмешательства антимонопольных органов, потому что опыт показывает, что такие слияния обычно не представляют реальной существенной угрозы для ограничения конкуренции.

Основным критерием состояния рыночной концентрации в американской системе антимонопольного законодательства является не собственно индекс *ННР*⁹¹ (*Herfindahl-Hirschman* — Херфиндаля-Хиршмана), а его динамика. Количественные оценки состояния концентрации на рынке определяются по трем основным критериям: 1) индекс ННН до слияния; 2) изменение индекса ННН; 3) индекс постслияния ННН. Существует три группы слияний, не требующих никакого дальнейшего анализа со стороны антимонопольных органов без риска для ограничения конкуренции:

- 1) если индекс постслияния ННН находится ниже 1000;
- 2) если индекс постслияния ННН находится между 1000 и 1800, но меньше 100;
- 3) если индекс постслияния ННН находится выше 1800, но является меньше чем 50.

Подобный подход несколько отличается от установленного в российском антимонопольном законодательстве порядка определения уровня концентрации товарного рынка, предусмотренного п.п. 7.1–7.2 Порядка 2010 и предполагающего применение двух независимых коэффициентов рыночной концентрации (*CR*⁹² и *ННН*), который с учетом необходимости исследования иных экономических показателей структуры рынка, таких как определение временного интервала исследования товарного рынка, его продуктовых и географических границ, состава хозяйствующих субъектов, действующих на нем, и расчета объема товарного рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке, носит не определяющий, а сугубо технический характер⁹³.

Вместе с тем необходимо отметить, что в практике антимонопольных органов США отсутствует тенденция к абсолютному применению вышеуказанных критериев концентрации рынка как основания для признания сделок по слиянию или приобретению активов в качестве действий, ограничивающих конкуренцию. Это отнюдь не означает, что указанные диапазоны критериев не имеют правового значения. Они, вне всякого сомнения, принимаются во внимание антимонопольными органами для осуществления контроля над соответствующими сделками, однако они воспринимаются в качестве своего рода «отправной точки», а не как абсолютный критерий. На передний план выступает фактическое ограничение конкуренции, которому придается определяющее значение, т. к. практика работы антимонопольных органов США свидетельствует о том, что достаточно большое число слияний, выходящих за пределы этих трех зон, после полного рассмотрения всех фактических и экономических обстоятельств и предъявления соответствующих доказательств могут быть признаны маловероятными основаниями для существенного ограничения конкуренции на релевантных рынках.

В российском антимонопольном законодательстве имеется тенденция к абсолютному применению коэффициентов рыночной концентрации при определении необходимости осуществления государственного контроля над экономической концентрацией. В соответствии с п. 7.2 Порядка 2010 основанием для принятия окончательного решения о типе рынка явля-

⁹¹ Индекс рыночной концентрации Херфиндаля-Хиршмана (ННН) – сумма квадратов долей (выраженных в процентах) на товарном рынке всех хозяйствующих субъектов, действующих на данном рынке.

⁹² CR – индекс рыночной концентрации, определяющийся как сумма квадратов долей (выраженных в процентах) на товарном рынке всех хозяйствующих субъектов, действующих на данном рынке.

⁹³ Экономический анализ в применении норм антимонопольного законодательства: эмпирические оценки и пути развития / Горейко Н.А. и др. Под ред. Павловой Н.С. М.: МАКС Пресс, 2014. С. 110.

ется лишь расхождение в уровнях экономической концентрации, полученных в результате сопоставления коэффициентов *CR* и *HHI*. В этих случаях, так же как и в американском антимонопольном законодательстве, во внимание принимается ряд признаков, указывающих на наличие фактического ограничения конкуренции. К числу таких признаков, в частности, относятся: установление фактов предоставления продавцами льгот отдельным приобретателям (группам приобретателей); выявление соглашений хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке; выявление имеющихся в распоряжении покупателя источников информации о товаре, оценка достоверности и актуальности доступной ему информации, а также расходов, связанных с получением такой информации (п. 9.3 Порядка 2010); соотношение размера прибыли и издержек привлечения капитала для хозяйствующих субъектов, имеющих на релевантном товарном рынке долю более 35 %; динамика цен на релевантном товарном рынке; динамика объема релевантного товарного рынка и спроса (п. 9.4 Порядка 2010); наличие барьеров для распространения информации о товарах-заменителях; значительная доля вертикально-интегрированных хозяйствующих субъектов; доминирующее положение вертикально-интегрированных хозяйствующих субъектов, действующих на рассматриваемом товарном рынке, на одном из смежных товарных рынков, на которых обращаются товары, используемые в производстве данного товара, или на которые данный товар последовательно поступает в процессе своего физического перемещения от производителя к потребителю (п. 9.5 Порядка 2010).

В соответствии с доктриной односторонних эффектов ограничения конкуренции, доминирующей в американской антимонопольной практике, рыночная концентрация может и не оказывать существенного влияния на состояние конкуренции на релевантном рынке. Суть доктрины односторонних эффектов заключается в определении того, насколько большим окажется эффект ограничения конкуренции от деятельности объединенной фирмы (односторонний эффект), чем от деятельности разрозненных рыночных конкурентов (многосторонний эффект), поскольку рыночная концентрация части рынка, оставшейся после слияния, не может оказать существенного влияния на состояние конкуренции на этом рынке.

Вместе с тем в американской системе антимонопольного законодательства большое значение придается сопоставлению сговора (как варианта координации экономической деятельности фирм-конкурентов) и собственно слияния как корпоративного объединения, опосредующего особую правовую форму координации разрозненных конкурентов в составе объединенного юридического лица. Поэтому основным фактором в определении эффекта слияния на вероятность координируемого взаимодействия конкурирующих фирм, остающихся действовать на рынке после слияния, является общее количество фирм на релевантном рынке, доля каждой из них и уровень рыночной концентрации всего рынка в целом. Возникает весьма противоречивая ситуация: с одной стороны, наличие множества конкурентов на релевантном рынке способствует поддержанию уровня конкуренции на рынке, а также является стимулом для сокращения участия конкурентов в координации их совместной деятельности; с другой стороны, присутствие большого числа конкурентов потенциально увеличивает вероятность сговора между ними, что делает более затруднительным достижение и поддержание координации на конкурентоспособных условиях.

По этой причине американские антимонопольные органы автоматически не приходят к заключению, что слияние, с большей или меньшей долей вероятности, приведет к эффекту координации рыночных фирм-конкурентов только на том основании, что возрастание индексов рыночной концентрации в результате слияния имеет показатель выше уровня, определенного законом, или сокращает количество фирм, остающихся действовать на рынке после слияния, ниже определенного уровня. Несмотря на это, антимонопольные органы США вынуждены ограничивать отдельные слияния, в результате которых четыре или больше конкурентов имели бы вероятность установления координации среди участников рынка или

других эффектов, ограничивающих конкуренцию. В связи с этим, как это ни парадоксально, американские антимонопольные органы в качестве общего правила не осуществляют исследования по слияниям на рынках, которые в своей структуре имеют менее четырех фирм. Антимонопольные процессы почти всегда прекращаются, когда уровни рыночной концентрации оказываются ниже порогов, установленных в Руководстве по горизонтальным слияниям. Кроме того, чем больше доли рынка объединяющихся фирм и чем выше фактическая рыночная концентрация после слияния (индекс постслияния *HHI*), тем больше оснований у антимонопольных органов для предположения, что значительные эффекты ограничения конкуренции могут возникнуть с более высокой долей вероятности.

В результате проведенного исследования специфики экономической концентрации в американском антимонопольном законодательстве можно сделать следующие выводы.

Во-первых, в отличие от российского антимонопольного законодательства понятие «экономическая концентрация» в американском антимонопольном законодательстве ограничивается только сделками по слиянию фирм и приобретению их акций или активов.

Во-вторых, понятие «концентрация» в американском антимонопольном законодательстве используется исключительно в экономическом смысле как элемент оценки состояния и структуры релевантного рынка.

В-третьих, в отличие от европейского антимонопольного законодательства в американской системе антимонопольного регулирования не придается определяющей роли понятию «контроль». Контроль с точки зрения американского антимонопольного законодательства является вспомогательной оценочной категорией, позволяющей дать оценку потенциальной опасности для состояния конкуренции в каждом конкретном случае совершения сделки по экономической концентрации. Именно по этой причине в американском антимонопольном законодательстве придается особое значение имущественным (вещным) формам контроля, в то время как управленческие (организационные) формы контроля как договорного, так и корпоративного содержания играют вспомогательную роль.

В-четвертых, американское антимонопольное законодательство идет по пути систематического отграничения сговора от иных форм антиконкурентных действий, в том числе и от сделок по слияниям и приобретению акций или активов предприятий. Однако и экономическая теория, и практика работы антимонопольных органов не позволяют полностью опровергнуть возможность *ex post* прямого влияния сговора (иногда в форме координации экономической деятельности) на состояние рыночной концентрации. Поэтому основным ориентиром в определении режима установления ограничений в отношении сделок по слияниям и приобретениям акций или активов предприятий со стороны антимонопольных органов США (так же как и в Российской Федерации и в ЕС) остается наличие фактических неблагоприятных последствий воздействия на состояние конкурентной среды конкретной сделки по экономической концентрации.

В-пятых, специфика и американского, и европейского антимонопольного регулирования заключается в наличии принципиальной возможности отхода от определенных законом критериев проведения государственного контроля над экономической концентрацией, основанного на установлении фактических обстоятельств, доказывающих отсутствие отрицательного воздействия на состояние конкуренции сделки по экономической концентрации. Для российской системы антимонопольного законодательства, напротив, характерно более «жесткое» отношение к государственному контролю над такими сделками. Кроме того, российское антимонопольное законодательство значительно расширяет круг действий по экономической концентрации, подлежащих государственному контролю.

Думается, что на современном этапе развития экономической системы Российской Федерации подобный подход совершенно оправдан. В будущем, вполне вероятно, могут быть созданы условия для внедрения лучших практик правового регулирования в части эко-

номической концентрации, в настоящее время использующихся и в США, и в ЕС. Однако такие инновации потребуют определенного времени, что связано, в первую очередь, с необходимостью формирования процессуальной базы антимонопольного регулирования, придания ФАС России дополнительных компетенций, введения определенных изменений в систему отечественного судопроизводства, и, самое важное, формирования прозрачного информационного пространства в деятельности как самих хозяйствующих субъектов, так и антимонопольного органа России.

1.2.4. Понятие «экономическая концентрация» в глобальном правовом пространстве (на примере Типового закона о конкуренции ЮНКТАД)

Типовой закон о конкуренции ЮНКТАД⁹⁴ (далее – Типовой закон) по аналогии с антимонопольным законодательством США не оперирует понятием «экономическая концентрация». Аналогом экономической концентрации в смысле, используемом российским и европейским антимонопольным законодательством, в данном нормативном акте являются «слияния и приобретения», так же как и в американском антимонопольном законодательстве. В соответствии с п.п. «с» п. 1 ст. II данного закона «слияния и приобретения» означают ситуации, в которых между двумя или более предприятиями осуществляется юридически законная операция, посредством которой компании законным образом объединяют право собственности на активы, прежде контролировавшиеся раздельно. Эти ситуации включают и поглощения, и сконцентрированные совместные предприятия, и иные формы приобретения контроля, такие как переплетение директоров.

Ст. VI Типового закона регламентирует условия и порядок осуществления уведомлений о слияниях, затрагивающих сконцентрированные рынки, а также основания для проведения расследований и запрещения таких слияний. По смыслу п. 1 ст. VI уведомления о слияниях, поглощениях, создании совместных предприятий или иных формах приобретения контроля, включая переплетение директоров, независимо от их горизонтального, вертикального или конгломератного характера, должны направляться в тех случаях, когда: 1) как минимум одно из таких предприятий учреждено в данной стране; 2) получаемая в результате этого доля на рынке данной страны или на любой значительной его части, касающаяся любого товара или услуги, может привести к приобретению предприятием рыночного влияния, особенно в отраслях, где высока степень рыночной концентрации, где существуют барьеры на пути проникновения на рынок и где ощущается нехватка заменителей товаров, поставляемых фирмами, чье поведение является объектом рассмотрения. Это положение свидетельствует о том, что данный нормативный акт использует категорию «концентрация» исключительно в экономическом значении этого понятия. Юридическое содержание сделок по экономической концентрации ограничено только действиями по слиянию компаний и приобретению их акций или активов.

При этом основанием для запрета со стороны контролирующих антимонопольных органов слияния, поглощения, создания совместных предприятий или установления иных форм приобретения контроля являются два вида критериев.

Во-первых, это *возрастание рыночной власти* одного или нескольких предприятий, возникающее в результате совершенной сделки по слиянию или приобретению акций, активов или контроля, которое выражается в способности фирмы (или группы фирм, действующих совместно) обеспечить себе возможность с выгодой для себя поддерживать цены на

⁹⁴ http://unctad.org/ru/docs/tdrbpconf5d7rey3_m.pdf.

уровнях выше конкурентного на протяжении продолжительного периода. Факторы, которые обычно порождают рыночное влияние, включают в себя высокую степень рыночной концентрации, наличие барьеров на пути проникновения на рынок и нехватку заменителей товара, поставляемого фирмами, поведение которых расследуется органом по вопросам конкуренции.

Во-вторых, это *возникновение признаков доминирующего положения*, при котором получаемая в результате совершенной сделки доля на рынке данной страны или на любой значительной его части, касающаяся любого товара или услуги, приведет к приобретению фирмой доминирующего положения или к значительному ослаблению конкуренции на рынке, где доминирует очень небольшое число фирм. Масштабы злоупотреблений доминирующим положением на рынке могут широко варьироваться в зависимости от сектора. Злоупотребления включают в себя следующее: установление неразумных или завышенных цен, ценовую дискриминацию, хищническую практику ценообразования, отказ от осуществления сделок или продаж, продажи с «нагрузкой» или навязывание принудительного ассортимента при продажах, лишение доступа к объектам и услугам и т. и.

Необходимо отметить совершенно определенную «эклектичность» данного подхода к правовому регулированию оснований установления контроля в отношении указанных видов сделок. С одной стороны, можно отметить присутствие элементов европейской модели экономической концентрации, которое выражается в применении критерия «длительности», «протяженности» периода времени существования экономических последствий совершенных действий⁹⁵. С другой стороны – это признак числа фирм, действующих на рынке, несомненно, являющийся отражением объективной экономической модели структуры рынка в целом и показателем рыночной концентрации в частности, характерный для американской модели контроля над экономической концентрацией, широко применяющейся антимонопольными органами США.

С точки зрения Типового закона, концентрация экономического влияния (т. е. рыночная концентрация) осуществляется путем совершения четырех основных видов действий: 1) слияний компаний; 2) поглощений компаний; 3) создания совместных предприятий; 4) иных действий по приобретению контроля, частным примером которых может служить так называемое «переплетение директоров».

Слияние представляет собой объединение двух или более «ранее не зависевших друг от друга» предприятий, в ходе которого одно или несколько из них теряют самостоятельность, и в результате образуется единое предприятие. Это понятие полностью коррелирует с российской моделью реорганизации юридического лица путем слияния. В соответствии с п. 1 ст. 58 ГК РФ при слиянии юридических лиц права и обязанности каждого из них переходят к вновь возникшему юридическому лицу. Слияние происходит по схеме:

$$A + B = C,$$

где А и В – независимые предприятия до слияния; С – новое предприятие, возникшее в результате совершения сделки по слиянию, включающее в себя права, обязанности и активы предприятий А и В.

Поглощение одного предприятия другим, с точки зрения Типового закона, представляет собой приобретение одним предприятием всех или достаточного количества акций другого предприятия, что позволяет первому осуществлять контроль над вторым. В случае

⁹⁵ См.: пункт 20 Преамбулы к Регламенту 139/2004 (далее – Регламент 139/2004) (Council Regulation (EC) № 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) // Official Journal of the European Union. L 24/1. 29.1.2004).

недружественного поглощения оно может проводиться без согласия поглощаемого предприятия. Поглощение соответствует российской правовой модели реорганизации юридического лица в виде присоединения, при которой к присоединяющему юридическому лицу переходят права и обязанности присоединяемого юридического лица. Поглощение осуществляется по схеме:

$$A + B = B_{\text{погл}}$$

где А и В – независимые предприятия до слияния; В_{погл} – укрупненное предприятие В, включающее в себя права, обязанности и активы предприятия А в результате совершения сделки по поглощению.

Совместное предприятие — это результат создания отдельного предприятия двумя или более предприятиями. Совместное предприятие представляет собой специфическую правовую форму инвестирования. В отличие от слияния вновь образуемое предприятие не является правопреемником прав и обязанностей учредителей, а представляет собой самостоятельное автономное юридическое лицо, которое связано с учредителями не имущественными, а сугубо корпоративными отношениями, которые, например, могут выражаться во владении учредителями акциями совместного предприятия. Российским правовым аналогом совместного предприятия является создание нового юридического лица (ст. 50 ГК РФ).

Собственно практически аналогичная модель экономической концентрации предусматривается и ст. 27 ЗоЗК, посвященной правовому регулированию создания и реорганизации коммерческих организаций с предварительного согласия антимонопольного органа, предусматривающей различные варианты сделок по слиянию (ч. 1 и 3 ст. 27 ЗоЗК), присоединению (ч. 2, 6 и 7 ст. 27 ЗоЗК) и созданию (ч. 4 и 5 ст. 27 ЗоЗК) юридических лиц, отличающихся, в первую очередь, по своему субъектному составу.

Категория «контроль» в Типовом законе имеет такое же существенное значение, какое ей придается в европейском и в американском антимонопольном законодательстве. Необходимо отметить, что до вступления в силу Типового закона контроль за слияниями рассматривался в рамках концепции «злоупотребления доминирующим положением на рынке». В настоящее время в связи с серьезным реформированием антимонопольного европейского законодательства в 2004 г. в соответствии с инновациями, возникшими в правовом регулировании экономической концентрации в современном законодательстве в области конкуренции, в Типовой закон было включено отдельное положение о контроле над слияниями.

Некоторые виды приобретения контроля в отдельных случаях могут приводить к эффекту возрастания рыночной концентрации (рыночной власти), которая может иметь различный характер: 1) *горизонтальный* (например, приобретение конкурента); 2) *вертикальный* (например, между предприятиями, находящимися на различных этапах процесса производства и распределения); 3) *конгломератный* характер (объединение различных видов деятельности). С учетом процессов глобализации экономики в настоящее время все чаще встречаются случаи, когда рыночная концентрация может иметь как горизонтальный, так и вертикальный характер, а участвующие в этом процессе предприятия могут находиться как в пределах одной, так и одновременно в нескольких странах.

Типовой закон, устанавливая правовой режим контроля над слияниями и поглощениями, исходит из того, что такой контроль направлен на предотвращение создания предприятий (как посредством их приобретений, так и путем иных форм их структурных объединений), которые будут иметь фактические стимулы и практические возможности для использования своей рыночной власти. Такой подход обусловлена тем, что вероятность негативного влияния на конкуренцию более высока в случае слияний, которые осуществляются

на рынках с высоким уровнем рыночной концентрации или приводят к созданию фирм с чрезвычайно высокой долей на рынке.

Исходя из того, что большинство действующих в национальных антимонопольных законодательствах систем контроля над слияниями применяют критерий рыночной доли участника рынка, которая используется либо в качестве основания для проведения дальнейших расследований, либо в качестве исходной посылки для вынесения заключения о законности слияния, а также в связи с тем, что в большинстве систем контроля над экономической концентрацией регламентируются специальные процедуры предварительного уведомления антимонопольных органов о сравнительно крупных или значимых сделках и особые процедуры проведения заблаговременных расследований в целях выявления и урегулирования проблем до фактической реструктуризации при осуществлении слияния, Типовой закон устанавливает структуру анализа в рамках контроля за слияниями, практически полностью соответствующую *модели пяти конкурентных сил Портера*⁹⁶, включающей в себя пять основных элементов: 1) определение соответствующего рынка по географическому или товарному признаку; 2) определение характеристик товаров, которые являются реальными или потенциальными конкурентами; 3) выявление фирм, которые могут составить конкуренцию; 4) определение относительных рыночных долей и стратегической значимости этих фирм на определенных товарных рынках; 5) установление степени вероятности проникновения новых фирм на рынок и факта существования реальных барьеров на пути такого проникновения.

В качестве основных показателей рыночной концентрации используются доля рынка, общий годовой оборот, количество занятых и общая стоимость активов. При оценке последствий приобретения во внимание принимаются и другие факторы, в том числе общая структура рынка, существующая степень концентрации рынка, препятствия для выхода других предприятий на соответствующий рынок и конкурентные позиции других предприятий на этом рынке, а также преимущества, которые уже имеются и будут получены в результате приобретения. В Европейском союзе, например, обязательное уведомление о концентрации определяется совокупным оборотом соответствующих фирм на глобальном уровне, в рамках Сообщества или конкретной страны.

С точки зрения Комиссии ЮНКТАД, наиболее мощное воздействие на состояние рыночной концентрации оказывает *горизонтальное приобретение контроля*, которое может приводить к возникновению доминирующего положения компании на рынке, тем самым устраняя или ограничивая конкуренцию. Именно по этой причине во многих развитых и развивающихся странах законодательство об ограничительной деловой практике предусматривает строгие меры контроля за слиянием или интеграцией конкурентов. Одна из главных задач антимонопольного законодательства в этих случаях заключается в контроле за ростом монопольного влияния, которое зачастую является прямым результатом интеграции конкурентов в единую экономическую единицу (по аналогии с американской доктриной односторонних эффектов). Горизонтальное приобретение контроля не ограничивается слияниями, а может также осуществляться и путем поглощения, и посредством создания совместных предприятий, и в результате переплетения директоратов. Необходимо отметить, что горизонтальное приобретение контроля даже между небольшими предприятиями, не смотря на то, что оно далеко не всегда вызывает ограничение конкуренции, при этом все же может создать условия, способствующие дальнейшему росту рыночной концентрации вплоть до возникновения олигополии.

В случаях, когда контроль приобретается путем создания совместного предприятия, в первую очередь необходимо установить, не подпадает ли сделка по его созданию под

⁹⁶ Портер М.Э. Конкуренция: Пер. с англ. М.: Издательский дом «Вильямс», 2005. С. 44–57.

запреты, установленные в отношении соглашений между конкурирующими или потенциально конкурирующими компаниями независимо от того, являются ли такие соглашения письменными или устными, официальными или неофициальными. В частности, при определении подконтрольности сделки по созданию совместного предприятия под критерии контроля над экономической концентрацией необходимо выяснить: не оказывает ли воздействие такое соглашение на формирование цен или иные условия продаж, в том числе и в международной торговле; не содержатся ли в них условия о распределении рынков или покупателей, а также условия об ограничении производства или продажи, в том числе путем установления квот; нет ли в них признаков сговора об отказе от осуществления закупок, отказе от осуществления поставок или коллективного отказа в присоединении к договоренности или ассоциации, имеющей решающее значение для конкуренции (п. 1 ст. III Типового закона); нет ли в них признаков договоренности о разделе рынка, и не может ли такое соглашение привести к распределению продаж и производства.

Потенциальной опасностью для конкуренции обладают и *вертикальные формы приобретения контроля*, затрагивающие предприятия, находящиеся на различных этапах производства и товарораспределения. Например, предприятие-поставщик, поглощая предприятие-клиента или сливаясь с ним, может существенно расширить свой контроль над рынком, ограничив фактически существующий или возможный канал сбыта товаров для своих конкурентов. Точно таким же образом и потребитель может ограничить доступ для поставок его конкурентов путем приобретения поставщика. Такие формы экономической концентрации наиболее актуальны на рынках брендовых товаров, особенно в случаях, когда поставщик включается в прямые продажи своего товара на рынке совместно с предприятиями, составляющими структуру его собственной дистрибьюторской сети. Обратным примером вертикальной концентрации рынка могут служить случаи поглощений торговой сетью нескольких своих поставщиков, что может создать барьеры для входа на рынок иных поставщиков для этой торговой сети. В российской системе антимонопольного законодательства вертикальные формы экономической концентрации приобретают особое значение с учетом наличия института «группы лиц», на внутригрупповые сделки которой, в качестве общего правила, не распространяются запреты, установленные ЗоЗК (ч. 2 ст. 9 ЗоЗК).

Конгломератный контроль, не предусматривающий ни объединения конкурентов (например, в форме слияния), ни существования вертикальной связи между продавцом и покупателем как корпоративного, так и договорного характера, а фактически опосредующий собой определенную форму диверсификации хозяйствующих субъектов в совершенно не связанных между собой областях рыночной деятельности, труднее поддается контролю над экономической концентрацией со стороны антимонопольных органов, поскольку, на первый взгляд, такая форма контроля не в состоянии оказать существенное влияние ни на структуру релевантного рынка, ни на фактическое состояние конкуренции на нем. Однако в данном случае решающим фактором в формировании фактической рыночной концентрации при конгломератном контроле является возрастающая финансовая составляющая, которую приобретают стороны конгломератного объединения, заключившие такую договоренность. Значительное увеличение финансовой мощи объединенного предприятия позволяет ему расширить диапазон своей деятельности и приобрести дополнительные рычаги воздействия на своих конкурентов на различных релевантных рынках. Преимущества объединенного конгломератного предприятия по сравнению с его фактическими и потенциальными конкурентами становятся особенно рельефными, если одно из объединяющихся предприятий или оба этих предприятия до своего объединения занимали доминирующее положение на релевантных рынках. Кроме того, нельзя не принимать во внимание специфику торговых марок, производимых или распространяемых объединяющимися предприятиями, особенности ассортимента товаров и производственные портфели предприятий, что может ока-

зывать существенное влияние на ограничение конкуренции, что также наиболее актуально в отношениях между поставщиками и дистрибьюторами.

Слияния, поглощения или другие формы приобретения контроля, в которых участвуют *транснациональные корпорации*, должны внимательно отслеживаться во всех странах, где эти корпорации осуществляют предпринимательскую деятельность, поскольку такое приобретение контроля, независимо от того, осуществляется ли оно исключительно внутри страны или за рубежом, может иметь прямые или косвенные последствия для функционирования других подразделений экономических единиц, включая устранение потенциальных конкурентов. В Российской Федерации после внесения изменений в ЗоЗК третьим антимонопольным пакетом в соответствии с буквальным толкованием ч. 2 ст. 3 ЗоЗК практически все сделки с иностранным элементом (как сделки по экономической концентрации, так и иные соглашения или даже согласованные действия) подпадают под действие норм гл. 7 ЗоЗК⁹⁷. Наиболее наглядными делами в отношении практики антимонопольного регулирования последствий международных слияний, осуществляемых за пределами национальных границ, но имеющих последствия на национальной территории, являются решения Федерального бюро по делам картелей Германии, вынесенные по делам о слияниях фирм «Байер» и «Файерстоун», а также «Филипп Моррис» и «Ротманс». В практике французских антимонопольных органов можно упомянуть дело о слиянии компаний «Боинг» и «Джеппесен»⁹⁸. В некоторых случаях ограничительная деловая практика затрагивала несколько стран, и, следовательно, этими вопросами занимались национальные органы разных стран. Особенно наглядными в этом смысле являются слияния «Жилетт/Уилкинсон» и «Боинг/Макдоннел-Дуглас».

Вместе с тем антимонопольная практика США исходит из того, что конгломератные слияния могут лишь с очень малой долей вероятности ограничивать конкуренцию, что в принципе соответствует общему подходу американских антимонопольных органов, сводящемуся к тому, что на передний план в оценке ограничений слияний должен выходить фактический эффект ограничений конкуренции. Ярким примером является объединение компаний «Жиллетт» и «Уилкинсон», которые являлись двумя крупнейшими мировыми производителями бритвенных принадлежностей, включая лезвия и бритвенные станки, что, по определению всех компетентных органов, является их соответствующим товарным рынком. Несмотря на то, что в разных странах обе фирмы имели различные доли рынка, на большинстве географических рынков их продукции они занимали доминирующее положение. Во многих западноевропейских странах доля рынка компаний «Жиллетт» и «Уилкинсон», вместе взятых, составляла порядка 90 %. В марте 1993 г. компания «Эмланд» продала свои акции по линии «Уилкинсон суорд» компании «Уорнер Ламберт» и перенесла торговые знаки и свою деятельность в различные страны, не входящие в Европейский союз, что явилось основанием для начала разбирательств по вопросам конкуренции одновременно сразу в 14 странах. Этот пример особенно наглядно иллюстрирует проблемы, которые могут возникнуть в связи с международными сделками в силу их конкурентных последствий для многих стран, что ведет к началу многочисленных разбирательств по конкурентным делам на основании различных законодательств. Для заинтересованных предприятий и органов такие дела могут оказаться чрезвычайно дорогостоящими с точки зрения затрат людских и финансовых ресурсов. Безусловно, эти проблемы не возникли бы, если бы подобные дела могли рассматриваться одним антимонопольным органом на основании одного унифицированного законодательства. Однако поскольку такого органа не существует, укрепление сотрудниче-

⁹⁷ Дианов В., Егорушкин А., Хохлов Е. Комментарий к «третьему антимонопольному пакету». М.: Статут, 2012. С. 82.

⁹⁸ См. приказ Министерства экономики, финансов и промышленности от 4 июля 2001 года на основании заключения Совета по вопросам конкуренции от 12 июня 2001 года // www.concentrations.mienfi.gouv.fr.

ства между антимонопольными органами по вопросам конкуренции отвечает интересам как заинтересованных фирм, так и национальных антимонопольных органов⁹⁹.

Еще одной формой контроля, признаваемой практически всеми национальными антимонопольными законодательствами, является так называемое «переплетение директоров». В ЗоЗК РФ этот критерий контроля входит в состав основных критериев формирования группы лиц (п.п. 2–7 ч. 1 ст. 9 ЗоЗК). С точки зрения Типового закона переплетение директоров представляет собой ситуацию, когда какое-либо лицо является членом совета директоров двух или более предприятий или когда представители двух или более предприятий заседают в совете директоров одной фирмы. К этой категории может относиться переплетение директоров головных компаний, головной компании одного предприятия и филиала другой головной компании или филиалов различных головных компаний. Как правило, такие ситуации возникают в результате наличия финансовых связей или совместного владения акциями.

Переплетение директоров может иметь различные неблагоприятные последствия для конкуренции. Оно может приводить к установлению административного контроля, когда решения по вопросам капиталовложений и производства могут фактически приводить к разработке единых стратегий предприятий в области цен и распределения рынков и к другой согласованной деятельности, подпадающей под ст. III Типового закона. Переплетение директоров на вертикальном уровне может приводить к вертикальной интеграции деятельности, например, между поставщиками и потребителями, препятствовать проникновению в конкурирующие области и способствовать заключению взаимных договоренностей. Связи между руководством финансовых и нефинансовых предприятий могут приводить к дискриминационным условиям финансирования для конкурентов и выступать в роли катализатора вертикального, горизонтального или конгломератного приобретения контроля. Следует заметить, что в соответствии с законодательством Соединенного Королевства переплетение директоров само по себе не означает слияния. Правительство Соединенного Королевства исходит из того, что переплетение директоров без значительного переплетения собственности скорее представляет собой ограничительное соглашение, чем слияние.

Переплетение директоров может использоваться как средство, позволяющее обойти любые тщательно продуманные и строго применяемые законодательные акты в области ограничительной деловой практики, если эту деятельность не поставить под действенный контроль. Данную ситуацию следует рассматривать не только на уровне директоров. В США, например, положения ст. 8 Акта Клейтона запрещают совмещать функции директора или избранного советом или назначенного сотрудника двух или более корпораций, если: 1) совокупный капитал, прибыль и нераспределенная прибыль каждой из них превышают 10 млн \$ (с учетом поправки на инфляцию); 2) каждая корпорация полностью или частично занимается торговлей; 3) корпорации являются «конкурентами» или если соглашение между ними будет в чем-либо нарушать антитрестовское законодательство¹⁰⁰. Предусмотрено несколько изъятий из ст. 8 Акта Клейтона, с тем чтобы она не распространялась на соглашения, которые с малой долей вероятности могут нанести существенный ущерб конкуренции (например, в случае, когда продажа конкурирующих товаров каждой компании составляет менее 2 % от общего объема продаж соответствующих компаний). Поэтому национальные антимонопольные органы могут поставить рассмотреть вопрос об обязательном уведомлении в случаях переплетения директоров и о получении предварительного разрешения на эту практику независимо от характера такого переплетения, т. е. независимо

⁹⁹ Дополнительные примеры см. Restrictive business practices that have an effect in more than one country, in particular developing and other countries, with overall conclusions regarding the issues raised by these cases (UNCTAD TD/RBP/CONF.4/6).

¹⁰⁰ См.: 15 U.S.C 19 (a)(1)(B).

от того, существует это переплетение между конкурентами, или оно имеет вертикальный или конгломератный характер.

Таким образом, необходимо отметить, что в глобальном правовом пространстве в настоящее время действует особая комбинированная модель правового регулирования сделок по экономической концентрации, отражающая специфику основных антимонопольных законодательств, прежде всего, американского. Однако с учетом глобализации экономических процессов в мировую антимонопольную практику внедряются наиболее передовые инновации антимонопольного регулирования из европейской системы антимонопольного законодательства, что находит свое выражение, в первую очередь, в перенесении в глобальную систему антимонопольного регулирования положений о контроле, надо сказать, не чуждых и американскому подходу к правовому регулированию отношений в сфере слияний и приобретений акций и активов предприятий, но не составляющих его основную часть.

Так или иначе, в большей или в меньшей степени, Типовой закон ЮНКТАД в определенной мере усредняет действующие подходы к антимонопольному регулированию последствий сделок по экономической концентрации, также как европейское и американское антимонопольное законодательство, беря за точку отсчета те фактические экономические последствия для состояния конкуренции, которые имеют место в результате совершения сделок по экономической концентрации. По существу тот же самый подход демонстрирует и российское антимонопольное законодательство, определяя экономическую концентрацию как сделки или действия, осуществление которых оказывает фактическое (а не гипотетическое) влияние на состояние конкуренции (п. 21 ст. 4 ЗоЗК).

1.2.5. Соотношение понятия «экономическая концентрация» со смежными категориями

1.2.5.1. Экономическая концентрация и доминирующее положение

1. В ч. 1 ст. 5 ЗоЗК¹⁰¹ понятие «доминирующее положение» определяется через категорию рыночной власти. Законодатель имеет в виду, прежде всего, не правовое, а экономическое (рыночное) положение хозяйствующего субъекта. Практически понятие «доминирующее положение», содержащееся в ЗоЗК, является правовым эквивалентом экономического понятия «рыночная власть», а не «рыночная концентрация», т. к. оно отражает не столько состояние и структуру рыночного положения конкретного субъекта относительно своих прямых конкурентов, сколько потенциальную возможность реализации преимуществ, предоставляемых ему его объективным рыночным положением.

ЗоЗК устанавливает правовые эквиваленты рыночной власти, которые представляют собой перечень критериев, при выявлении хотя бы одного из которых можно установить наличие факта существующей рыночной власти, но не доминирующего положения. К таким критериям относятся: 1) наличие возможности оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара; 2) наличие возможности устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов; 3) наличие возможности затруднять доступ на релевантный товарный рынок другим хозяйствующим субъектам. Для установления доминирующего положения необходимо сопоставление наличия хотя бы одного из перечисленных выше критериев рыночной власти с рыночной долей, которую занимает хозяйствующий субъект на релевантном рынке относительно своих конкурентов.

¹⁰¹ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3434.

Здесь возникает наиболее сложная коллизия, которая состоит в определении соотношения реальной рыночной власти и структуры рынка, т. е. собственно рыночной концентрации. В правовом поле такое соотношение юридико-технически определяется установлением определенных юридических презумпций для соответствующих регламентированных законом порогов рыночной доли хозяйствующего субъекта.

Правовой режим детерминации доминирующего положения сводится к установлению системы юридических презумпций, регламентированных ст. 5 ЗоЗК. Эта система строится на основе двух базовых критериев.

1. Позитивно-негативный критерий, определяющий положительный или отрицательный характер предположения о существовании доминирующего положения лица. Порогом перехода положительной презумпции в отрицательную является доля хозяйствующего субъекта более 50 % релевантного рынка товара. При доле, превышающей этот порог, доминирующее положение хозяйствующего субъекта презюмируется вне зависимости от наличия или отсутствия доказательств обладания им реальной рыночной властью. Напротив, в случаях, когда лицо занимает долю рынка меньше 50 %, презюмируется отсутствие у него доминирующего положения. Особенность презумпций доминирующего положения субъекта на пороге доли 50 % занимаемого им рынка товара заключается в опровержимости этих презумпций.

При доле, превышающей 50 %, положительная презумпция доминирования субъекта может быть опровергнута только в процессе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства или при осуществлении государственного контроля экономической концентрации, где может быть доказано, что, несмотря на превышение указанной величины, положение хозяйствующего субъекта на товарном рынке не является доминирующим. Инициатором установления отсутствия доминирующего положения может выступать как антимонопольный орган (ч. 1 п. 1 ст. 5 ЗоЗК), так и само лицо, доминирующее положение которого презюмируется (ч. 4 п. 1 ст. 5 ЗоЗК).

При доле меньше, чем 50 %, опровержению подлежит отрицательная презумпция, поэтому способом установления доминирующего положения лица, контролирующего долю рынка в пределах от 35 до 50 %, является доказательство критериев доминирования, регламентированных п. 2 ч. 1 ст. 5 ЗоЗК.

2. Доказательственный критерий доминирующего положения начинает действовать на пороге 35 % доли рынка, занимаемого хозяйствующим субъектом. Поскольку, начиная с 50 % порога и ниже, на все хозяйствующие субъекты распространяется отрицательная презумпция доминирующего положения, постольку с порога в 35 % любые доказательства наличия у лица признаков доминирующего положения перестают иметь правовое значение в силу того, что ч. 2 ст. 5 ЗоЗК устанавливает неопровержимую презумпцию доминирующего положения. Исключения, регламентированные указанной нормой, не имеют доказательственного процессуального содержания, а сводятся либо к выявлению объективных экономических показателей рыночной структуры (концентрации), как в случае коллективного доминирования (ч. 3 ст. 5 ЗоЗК), либо к законодательному установлению иных (специальных) порогов доминирования, отличных от общего правила, установленного ст. 5 ЗоЗК.

Таким образом, в современном отечественном антимонопольном законодательстве установлено два порога рыночной доли хозяйствующего субъекта, определяющих применимый правовой режим доминирующего положения:

1) порог в 50 % доли, занимаемой хозяйствующим субъектом, является **качественным** критерием доминирующего положения, т. к. при превышении этого порога законодателем презюмируется наличие у соответствующего лица рыночной власти на рынке определенного товара, дающее ему возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного

рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам. При доле хозяйствующего субъекта ниже этого порога его положение не считается доминирующим, если не будет доказано иное;

2) **порог в 35 % доли**, занимаемой хозяйствующим субъектом, является **процессуальным** критерием доминирующего положения. При превышении этого порога по запросу заинтересованных лиц антимонопольным органом у соответствующего субъекта может быть установлено наличие доминирующего положения, тем самым отрицательная презумпция доминирования данного лица может быть опровергнута. «Четвертый антимонопольный пакет» устранил опровержимость отрицательной презумпции доминирования при доле меньше 35 %, что сделало отечественную систему установления доминирующего положения более уравновешенной и логичной.

В литературе имеется мнение, что необходимость норм п.п. 1 и 2 ч. 1 ст. 5 ЗоЗК состоит в том, чтобы снизить высокие издержки доказывания факта доминирования¹⁰². Представляется, что это не совсем так по нескольким причинам. Во-первых, не смотря на то, что обе указанные нормы представляют собой опровержимые презумпции, их внутреннее содержание различно: п. 1 ч. 1 ст. 5 ЗоЗК регламентирует положительную презумпцию, а п. 2 ч. 1 ст. 5 ЗоЗК – отрицательную. Это, в частности, означает, что в первом случае *возможно доказывание отсутствия* доминирования, т. к. оно презюмируется, а во втором случае доминирующее положение *должно быть установлено* антимонопольным органом, т. к. при доле ниже 50 % доминирующее положение субъекта признается отсутствующим в качестве общего правила. Во-вторых, в силу опровержимости презумпций, установленных в п.п. 1 и 2 ч. 1 ст. 5 ЗоЗК, наличие или отсутствие доминирования, так или иначе, все равно подлежит доказыванию или установлению, а поэтому нельзя говорить о том, что данные нормы направлены на «снижение издержек доказывания».

2. Согласно дефиниции понятия «доминирующее положение», регламентированной абз. 1 ч. 1 ст. 5 ЗоЗК, можно заключить, что в российском антимонопольном законодательстве «доминирующее положение» *в первую очередь позиционируется в качестве аналога рыночной власти, а не как производная от структуры рынка*. Об этом свидетельствуют критерии доминирующего положения, включенные в его дефиницию: 1) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке; 2) возможность устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов; 3) возможность затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам.

Связь индивидуального экономического показателя монополизма конкретной фирмы, выраженной в индексе Лернера, с признанием этой фирмы в качестве занимающей доминирующее положение не линейна хотя бы по той причине, что установление доминирующего положения есть производная от функции антимонопольного органа, реализующего правоприменение посредством осуществления процесса волеизъявления. То же относится и к соотношению доминирующего положения и рыночной концентрации, исчисляемой на основании индекса ННІ. Если допустить, что связь между доминирующим положением и индексом индивидуальной монополизации (индексом Лернера) является прямой, то уровень рыночной концентрации оказывается также в прямой зависимости от степени доминирования субъекта относительно своих конкурентов и эластичности спроса по цене на конкретный товар, реализуемый на релевантном рынке.

$$\text{ННІ} = L\varepsilon, (7)$$

¹⁰² Мигитко О. Коллективное доминирование: недоказанность и недосказанность // Конкуренция и право. 2010. № 1. С. 11.

где L – индекс Лернера; HHI – коэффициент Херфиндаля-Хиршмана; ε – эластичность спроса по цене.

Поскольку индекс Лернера описывается как

$$L = (p - MC) / p, \quad (8)$$

где p – рыночная цена; MC – предельные издержки (Marginal Cost); то

$$L = (p - MC) / p = HHI / \varepsilon. \quad (9)$$

Таким образом, уровень доминирования фирмы находится в зависимости от нескольких экономических критериев:

- 1) **предельные издержки** – обратная зависимость (чем выше предельные издержки, тем ниже степень доминирования);
- 2) **структурный состав рынка** (рыночная концентрация) – прямая зависимость (чем выше рыночная доля субъекта, тем выше его доминирование);
- 3) **эластичность спроса на товар по цене** – обратная зависимость (чем ниже эластичность спроса, тем выше степень доминирования).

Вместе с тем количественный критерий является определяющим не в самом установлении факта доминирования, а в применении той или иной правовой презумпции доминирующего положения. В силу определенных экономических обоснований российский законодатель счел возможным установить порог положительной презумпции доминирующего положения на уровне 50 % доли хозяйствующего субъекта на релевантном рынке. Особенности отдельных рынков предполагают установление иных уровней доминирования. Например, для рынка с участием финансовых организаций положение финансовой организации презюмируется доминирующим, если ее доля превышает 10 % на единственном в Российской Федерации товарном рынке либо 20 % на товарном рынке, обращающийся на котором товар обращается также на иных товарных рынках в Российской Федерации¹⁰³. Практически аналогичные требования к доминированию установлены для кредитных организаций¹⁰⁴. Ч. 7 ст. 5 ЗоЗК устанавливает порог неопровержимой отрицательной презумпции доминирующего положения финансовых организаций, который составляет 10 % на единственном в Российской Федерации товарном рынке или 20 % на товарном рынке, если товар, обращающийся на этом рынке, также обращается и на иных товарных рынках в Российской Федерации.

Другими словами, чем ниже уровень рыночной концентрации, ниже барьеры входа на рынок, выше эластичность спроса по цене на товар, больше конкурентов, тем выше должен быть порог доминирования индивидуального хозяйствующего субъекта. И наоборот, чем меньше конкурентов и ниже эластичность спроса, но больше уровни барьеров входа на рынок и выше уровень рыночной концентрации, тем ниже должен быть порог доминирования индивидуального субъекта.

¹⁰³ Постановление Правительства РФ от 9 июня 2007 г. № 359 «Об утверждении Условий признания доминирующим положения финансовой организации (за исключением кредитной организации) и Правил установления доминирующего положения финансовой организации (за исключением кредитной организации)» // СЗ РФ. 2007. № 24. Ст. 2926.

¹⁰⁴ Постановление Правительства РФ от 26 июня 2007 г. № 409 «Об утверждении Условий признания доминирующим положения кредитной организации и Правил установления доминирующего положения кредитной организации» // СЗ РФ. 2007. № 27. Ст. 3296; Приказ ФАС России от 28.06.2012 № 433 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения кредитной организации» // Российская газета. 2012. № 168.

По этой причине на малоконцентрированных рынках с низкими барьерами входа даже при доле хозяйствующего субъекта выше 50 % его презюмирующееся доминирующее положение может быть опровергнуто с учетом фактического состояния рыночной концентрации и уровня рыночной власти на конкретном рынке, если в процессе анализа состояния конкуренции будет доказано, что у этого субъекта отсутствуют основные критерии рыночной власти: 1) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара; 2) возможность устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов; 3) возможность затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам. Именно такая возможность и предоставлена антимонопольному органу п. 1 ч. 1 ст. 5 ЗоЗК. Согласно данной норме Закона о защите конкуренции основаниями для опровержения положительной презумпции доминирующего положения при доле более 50 % является наличие факта нарушения антимонопольного законодательства или осуществление государственного контроля экономической концентрации.

С другой стороны, на высококонцентрированных рынках с высокими барьерами входа и низкой эластичностью спроса на товар доминирующее положение как эквивалент фактической рыночной власти может возникнуть на пороге существенно ниже 50 %. Для таких рынков предусмотрена норма п. 2 ч. 1 ст. 5 ЗоЗК, позволяющая антимонопольному органу опровергать отрицательную презумпцию доминирующего положения вплоть до достижения хозяйствующим субъектом доли до 35 %. Критерии установления доминирующего положения при доле субъекта на рынке от 35 до 50 % устанавливаются п. 2 ч. 1 ст. 5 ЗоЗК. К ним, в частности, относятся: 1) неизменность или малозначительное изменение доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке; 2) сопоставление относительных размеров долей хозяйствующего субъекта на этом товарном рынке с долями, принадлежащими его конкурентам; 3) ограниченность доступа на этот товарный рынок новых конкурентов. Здесь, как можно заметить, на передний план выступают уже не критерии рыночной власти, а признаки рыночной структуры, определяющие специфику концентрации рынка.

ВАС РФ в соответствии со своей позицией, выраженной в п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ № 30¹⁰⁵, последовательно исходит из того, что основным критерием для установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта является размер его доли на рынке определенного товара. В своей более поздней позиции¹⁰⁶ высшая судебная инстанция указала, что лицо, согласившееся с определением его положения на соответствующем товарном рынке как доминирующего (в том числе в части определения продуктовых, географических границ товарного рынка, состава участника и размера их долей) и не оспорившее ненормативный акт антимонопольного органа, в дальнейшем лишается права ссылаться на неправомерность выводов антимонопольного органа. Однако, как было показано выше, подобный подход может быть справедлив только в отношении рынка со стабильной или малодинамичной рыночной концентрацией. При изменении уровня рыночной концентрации, например, в сторону ее снижения (например, изменения производственного цикла, разработки нового товара, отмены административных барьеров и т. д.), рынок может претерпеть столь кардинальные изменения, что положение субъекта на нем также может существенно измениться и не соответствовать признакам доминирования.

3. Необходимо обратить внимание на формальные отличия в установлении правовых режимов исключений в определении доминирующего положения для следующего порога рыночной доли хозяйствующих субъектов, которая составляет 50 %. При рыночной доле свыше 50 % презумпция доминирующего положения инвертируется из опровержимой отри-

¹⁰⁵ Постановление Пленума ВАС РФ от 30.06.2008 № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» // Вестник ВАС РФ. 2008. № 8.

¹⁰⁶ Постановление Президиума ВАС РФ от 08.11.2011 № 4267/11 по делу № А40-42759/10-153-190//Вестник ВАС РФ. 2012. № 4.

цательной (лицо не признается занимающим доминирующее положение, если не доказано иное) в опровержимую положительную (лицо признается занимающим доминирующее положение, если не доказано иное).

Презумпция доминирующего положения при доле хозяйствующего субъекта в пределах от 35 до 50 % на релевантном рынке имеет **количественный (структурный) характер**, который предполагает, что опровержимость презумпции строится на выявлении признаков структуры рынка. Важно отметить, что в основе правового режима опровержимости отрицательной презумпции доминирующего положения при доле субъекта, превышающей 35 %, но меньшей, чем 50 %, лежат сугубо экономические показатели структуры релевантного рынка (п. 2 ч. 1 ст. 5 ЗоЗК). Выявление хотя бы одного из перечисленных признаков является исключительной компетенцией антимонопольного органа и позволяет ему как признавать, так и не признавать доминирующим положение хозяйствующего субъекта, занимающего более 35 %, но менее 50 % рынка.

В соответствии со сложившейся судебной практикой¹⁰⁷ для анализа состояния конкуренции в целях установления доминирующего положения хозяйствующего субъекта (хозяйствующих субъектов) и выявления иных случаев недопущения, ограничения или устранения конкуренции, в том числе при рассмотрении дел о нарушениях антимонопольного законодательства, используется Порядок 2010. П. 1.3 Порядка 2010 установлены следующие этапы проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке: определение временного интервала исследования товарного рынка (подп. «а»); определение продуктовых границ товарного рынка (подп. «б»); определение географических границ товарного рынка (подп. «в»); определение состава хозяйствующих субъектов, действующих на товарном рынке в качестве продавцов и покупателей (подп. «г»); расчет объема товарного рынка и долей хозяйствующих субъектов на рынке (подп. «д»); определение уровня концентрации товарного рынка (подп. «е»); определение барьеров входа на товарный рынок (подп. «ж»); оценка состояния конкурентной среды на товарном рынке (подп. «з»); составление аналитического отчета (подп. «и»). Суды исходят из того, что непроведение хотя бы одного из этапов анализа состояния конкуренции противоречит норме, содержащейся в п. 2 ч. 1 ст. 5 ЗоЗК с учетом того, что доля общества установлена управлением в размере менее 50 %¹⁰⁸.

Таким образом, основаниями для установления антимонопольным органом доминирующего положения хозяйствующего субъекта, имеющего долю рынка более 35 %, но менее 50 %, могут служить:

1) отсутствие динамики размера рыночной доли как в сторону уменьшения, так и в сторону увеличения в течение временного интервала, определенного в соответствии с пунктами 2.1 и 2.2 Порядка № 220;

2) изменение относительного размера долей на этом товарном рынке, принадлежащих конкурентам в сторону их уменьшения; 3) возрастание барьеров входа на релевантный рынок. Эти признаки показывают наличие прямой корреляции между общим уровнем рыночной концентрации и индивидуальным доминирующим положением конкретного субъекта.

4. Порогом трансформации неопровержимой отрицательной презумпции доминирующего положения в опровержимую отрицательную презумпцию является доля хозяйствующего субъекта на рынке определенного товара, не превышающая 35 %. Практически это означает, что при рыночной доле менее 35 % презюмируется отсутствие доминирующего положения у хозяйствующего субъекта. Однако опровержимость этой презумпции состоит в

¹⁰⁷ Постановление Президиума ВАС РФ от 30.07.2013 № 1162/13 по делу № А03-1338/2012 // Вестник ВАС РФ. 2014. № 1.

¹⁰⁸ Определение ВАС РФ от 23.04.2013 № ВАС-1162/13 по делу № А03-1338/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

том, что даже при такой рыночной доле хозяйствующий субъект может быть признан занимающим доминирующее положение. Но признание доминирующего положения в данных случаях не ставится законодателем в зависимость от каких-либо факторов: от временной динамики доли; от сделок, совершаемых этим субъектом в процессе его хозяйственной или правовой деятельности; от особенностей релевантного рынка; от потенциальной возможности совершения хозяйствующим субъектом действий, правовыми последствиями которых будет недопущение или ограничение конкуренции.

В этом отношении весьма важным шагом законодателя в направлении либерализации антимонопольной политики представляется отмена в результате принятия «четвертого антимонопольного пакета»¹⁰⁹ частей 6.1 и 6.2 ст. 5 ЗоЗК. Отмененные нормы позволяли в случаях, когда не имелось оснований для признания хозяйствующего субъекта, не занимающего доминирующее положение на основании базовых критериев, регламентированных в ч. 1 ст. 5 ЗоЗК, а также в ситуациях, прямо указанных в законе (ч. 6 ст. 5 ЗоЗК), и в случаях коллективного доминирования (ч. 3 ст. 5 ЗоЗК) устанавливать факт наличия у него доминирующего положения на основании выявления определенных критериев структуры рынка и определенных оснований наличия рыночной власти, которые потенциально могли предоставить возможность хозяйствующему субъекту оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке. В качестве критериев, позволяющих фиксировать доминирующее положение хозяйствующего субъекта, выступали: 1) возможность в одностороннем порядке определять уровень цены на товар и оказывать решающее влияние на общие условия реализации товара на соответствующем товарном рынке; 2) затрудненность доступа на соответствующий товарный рынок новых конкурентов, в том числе вследствие наличия экономических, технологических, административных или иных ограничений, выявляемых на основании Порядка 2010; 3) проблемность взаимозаменяемости товара; 4) снижение эластичности спроса на товар (ныне утратившая силу ч. 6.1 ст. 5 ЗоЗК).

Представляется, что данная инновация «четвертого антимонопольного пакета» имеет в большей степени политико-правовой характер. Необходимо учитывать, что отмена исключений из отрицательной презумпции установления доминирующего положения при пороге рыночной доли ниже 35 % была обусловлена активным давлением предпринимательского сообщества (с этой законодательной инициативой выступила общественная организация «Деловая Россия»).

Но насколько устранение частей 6.1 и 6.2 из признаков доминирующего положения субъектов, имеющих долю ниже 35 %, соответствует истинным возможностям реализации злоупотреблением доминирующим положением? Думается, что само по себе введение данных критериев в составе «второго антимонопольного пакета»¹¹⁰ в Закон о защите конкуренции не было случайностью. Ведь достаточно легко, особенно на розничных рынках, представить себе ситуацию, при которой хозяйствующий субъект, доля которого на рынке определенного товара составляет менее чем 35 % и одновременно превышает доли других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, может оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на товарном рынке. Данное «послабление», видимо, действительно в большей степени связано с реализацией антимонопольной политики, направленной на содействие либерализации бизнеса.

В литературе указывается на недостатки и практическую невозможность применения норм устранившихся частей 6.1 и 6.2 ст. 5 ЗоЗК: идентичность определения доминирующего

¹⁰⁹ Федеральный закон от 13.07.2015 № 250-ФЗ (ред. от 05.10.2015) «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2015. № 29 (ч. I). Ст. 4376.

¹¹⁰ Федеральный закон от 17.07.2009 № 164-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2009. № 29. Ст. 3601.

положения и первого критерия опровержимости отрицательной презумпции при доле ниже 35 %; сложность применения данной нормы на всех рынках, за исключением тех, которые не требуют капитальных вложений; возможность связи отсутствия флуктуаций спроса при изменении цены с иными факторами, кроме наличия на рынке доминирующего хозяйствующего субъекта (например, с сезонностью)¹¹¹. Однако представляется, что основным недостатком данной нормы является все же экономическая необоснованность применения критериев рыночной власти (например, упраздненного п. 1 ч. 6.1 ст. 5 ЗоЗК, предполагавшего возможность хозяйствующего субъекта в одностороннем порядке определять уровень цены товара и оказывать решающее влияние на общие условия реализации товара на соответствующем товарном рынке) к субъектам, имеющим долю ниже 35 %.

В зарубежной практике пороги даже более высокие, чем 35 % доли, не воспринимаются в качестве потенциальной угрозы конкуренции в части возникновения доминирующего положения. Английские суды в прецедентах не признают наличие доминирующего положения хозяйствующих субъектов с долей менее 40 %¹¹². Американская антимонопольная практика практически едино во мнении, что даже доля в 50 % релевантного рынка, контролируемая одним лицом сама по себе не может свидетельствовать о наличии у него доминирующего положения¹¹³. Американские суды для установления доминирования субъекта на рынке чаще всего обращаются к выявлению экономических критериев рыночной структуры (концентрации), таких как открытость рынка для входа новых конкурентов, ранги фирм-конкурентов, динамика долей на релевантном рынке в определенный временной интервал¹¹⁴.

Представляется, что возврат неопровержимой презумпции отсутствия доминирующего положения при доле субъекта ниже 35 % является позитивной инновацией «четвертого антимонопольного пакета», которая должна способствовать либерализации бизнеса, снижению правоприменительных издержек и устранению правоприменительных ошибок.

В обновленном варианте ст. 5 ЗоЗК из отрицательной неопровержимой презумпции доминирующего положения на пороге ниже 35 % доли рынка сохраняется только два законодательно установленных исключения: 1) случаи коллективного доминирования, которые, как видится, должны расцениваться в качестве особого варианта рыночной концентрации; 2) случаи, прямо регламентированные Федеральными законами. Последних совсем не много. К ним относятся доминирующее положение операторов связи на рынке услуг подвижной радиотелефонной связи, рыночная доля которых превышает 25 %¹¹⁵, и положение хозяйствующего субъекта, доля установленной мощности генерирующего оборудования или доля выработки электрической энергии с использованием указанного оборудования в границах зоны свободного перетока которого, а также доля приобретаемой или потребляемой им электрической энергии и (или) мощности в границах соответствующей зоны свободного перетока превышает 20 %¹¹⁶. Необходимо отметить, что все указанные презумпции доминирующего положения опровержимы и имеют положительный характер, т. е. лицо считается занимающим доминирующее положение, если не доказано иное.

¹¹¹ Борзило Е.Ю. Критерии определения доминирующего положения: обзор законодательства // Российский юридический журнал. 2014. № 3.

¹¹² OFT Guidance Abuse of a dominant position, OFT 402. Dec. 2004. para. 4.18 and Assessment of market power. OFT 415. para. 2.12 // URL: <http://oft.ov.uk>.

¹¹³ Antitrust Section: American Bar Association review. 1996. R 263–265.

¹¹⁴ См.: *Indiana Grocery v. «Super-Valu Stores»* (647 F. Supp. 254 (S. D. Ind. 1986)); *US v. Empire Gas Corp.* (537 f.2d 296 (8th Cir. 1976), cert. denied, 429 U.S. 1122 (1977)).

¹¹⁵ См.: 4. 4 ст. 21 Федерального закона от 29.04.2008 № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» // СЗ РФ. 2008. № 18. Ст. 1940.

¹¹⁶ См.: ч. 3 ст. 25 Федерального закона от 26.03.2003 № 35-ФЗ «Об электроэнергетике» // СЗ РФ. 2003. № 13. Ст. 1177.

По одному из дел суд кассационной инстанции согласился с подходом, определенным антимонопольным органом применительно к доказыванию наличия доминирующего положения у генерирующей компании – производителя электрической энергии (мощности), исходя из совокупности критериев: по фактическому объему производства электрической энергии и по величине установленной мощности генерирующего оборудования в рамках зоны свободного перетока «Москва», а также применительно к группе лиц, в которую входит участник рынка, – в первой ценовой зоне оптового рынка электрической энергии и мощности¹¹⁷.

Здесь необходимо акцентировать внимание на том, что отрицательная неопровержимая презумпция отсутствия доминирующего положения у лица, занимающего менее 35 % доли рынка соответствующего товара, не требует проведения анализа конкурентной среды, определения барьеров входа на рынок, эластичности спроса и взаимозаменяемости товара, а также временных характеристик структурных элементов рынка, как это было предписано частью 6.1 ст. 5 ЗоЗК до введения в действие «четвертого антимонопольного пакета». В настоящее время на передний план выходят формальные признаки структуры рынка (коллективное доминирование) и специфика отдельных видов рынка и общественных отношений, складывающихся на них, нашедшая непосредственное отражение в антимонопольном законодательстве.

При наличии динамики размера доли субъекта доминирования в сторону увеличения и при возрастании барьеров входа на рынок антимонопольным регулятором устанавливается доминирующее положение лица. Но эти же критерии в соответствии с индексом ННІ свидетельствуют о повышении общего уровня рыночной концентрации. Вместе с тем уменьшение относительных долей конкурентов, с одной стороны, приводит к снижению общего уровня рыночной концентрации, но с другой – влечет возрастание относительной доли лица, имеющего долю рынка от 35 до 50 %, что может также позволить применять к нему режим доминирующего положения. Это подтверждает тезис о том, что в основу определения доминирующего положения лица, имеющего на рынке долю от 35 до 50 %, должно быть положено его индивидуальное рыночное положение, а не общий уровень рыночной концентрации.

5. Таким образом, с учетом экономической парадигмы СПЭ (структура – поведение – эффективность) «доминирующее положение» как правовая категория представляет собой «сплав» экономических характеристик рыночной концентрации (структуры) и рыночной власти (эффективности) с правовым режимом, позволяющим в специальном процессуальном порядке (с привлечением антимонопольного органа) установить потенциальную возможность извлечения хозяйствующим субъектом рыночных (экономических) преимуществ из своего реального рыночного положения с учетом: 1) специфики поведения конкурентов; 2) особенностей поведения контрагентов (потребителей); 3) специфики объекта товарооборота (взаимозаменяемости товара); 4) временных составляющих элементов рыночной структуры (темпоральная (временная) динамика размера доли хозяйствующего субъекта).

Доминирующее положение – это такое состояние рыночной концентрации (структуры рынка), при котором для одного или нескольких хозяйствующих субъектов, а также для группы лиц создаются такие условия реализации рыночной власти, которые позволяют субъекту (или субъектам) доминирования определять свою рыночную политику без учета поведения своих конкурентов и контрагентов и контролировать уровень рыночной концентрации на релевантном рынке.

Необходимо подчеркнуть, что доминирующее положение представляет собой разновидность именно рыночной, но не экономической концентрации. Являясь дифференциаль-

¹¹⁷ Постановление ФАС Московского округа от 11.07.2013 по делу № А40-92852/12-145-188 // СПС «Консультант-Плюс».

ным показателем структуры рынка, доминирующее положение не может отождествляться со сделками и действиями, которые в соответствии с п. 21 ст. 4 ЗоЗК составляют внутреннее содержание экономической концентрации. Одним из видов монополистической деятельности (но не экономической концентрации – см. § 2.1) могут служить действия по злоупотреблению доминирующим положением, но не собственно само доминирующее положение как комплексный объективно-экономический показатель состояния рынка и относительного положения на нем субъекта доминирования.

Особенности юридических презумпций доминирования отражены в табл. 2.

Таблица 2.

Презумпции доминирующего положения и основания их опровержимости

Размер рыночной доли хозяйствующего субъекта	Разновидность презумпции доминирующего положения	Основания опровержимости презумпции и исключения
≥ 50%	Опровержимая положительная презумпция	1) отсутствует возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара; 2) отсутствует возможность устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов; 3) отсутствует возможность затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам
50%	Опровержимая отрицательная презумпция	1) доля хозяйствующего субъекта на товарном рынке неизменна или подвержена малозначительным изменениям; 2) относительный размер долей на этом товарном рынке, принадлежащих конкурентам, существенно меньше доли хозяйствующего субъекта; 3) возможности доступа на этот товарный рынок новых конкурентов ограничены
≤ 35%	Неопровержимая отрицательная презумпция	1) коллективное доминирование (ч. 3 ст. 5 ЗоЗК); 2) случаи, прямо указанные в федеральных законах

1.2.5.2. Экономическая концентрация и монополистическая деятельность

В соответствии с п. 10 ст. 4 ЗоЗК монополистическая деятельность представляет собой действия или бездействие, которые признаются федеральными законами монополистической деятельностью. В данной норме представлен открытый перечень действий, которые ЗоЗК признает в качестве монополистической деятельности: 1) злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением (ст. 10 ЗоЗК); 2) ограничивающие конкуренцию соглашения хозяйствующих субъектов (ст. 11 ЗоЗК); 3) согласованные действия хозяйствующих субъектов, ограничивающие конкуренцию (ст. 11.1 ЗоЗК). В качестве монополистической деятельности также могут быть расценены упоминающиеся в ЗоЗК незаконная координация экономической деятельности хозяйствующих субъектов (ч. 5 ст. 11 ЗоЗК) и нарушения правил конкуренции на торгах и в ходе конкурентного отбора контрагентов в иных формах (ст. ст. 17 и 18 ЗоЗК).

Субъектами монополистической деятельности могут являться лица, поименованные в п.п. 5 и 6 ст. 4 ЗоЗК, в том числе: коммерческая организация; некоммерческая организация, осуществляющая деятельность, приносящую ей доход; индивидуальный предприниматель, иное физическое лицо, не зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя, но осуществляющее профессиональную деятельность, приносящую доход, в соответствии с федеральными законами на основании государственной регистрации и (или) лицензии, а также в силу членства в саморегулируемой организации; кредитная организа-

ция; профессиональный участник рынка ценных бумаг; организатор торговли; клиринговая организация; микрофинансовая организация; кредитный потребительский кооператив; страховая организация; страховой брокер; общество взаимного страхования; негосударственный пенсионный фонд; управляющая компания инвестиционных фондов, паевых инвестиционных фондов, негосударственных пенсионных фондов; специализированный депозитарий инвестиционных фондов, паевых инвестиционных фондов, негосударственных пенсионных фондов, а также ломбард и лизинговая компания. Субъектами монополистической деятельности могут являться также субъекты естественных монополий (см. ст. 3 Федерального закона от 17.08.1995 № 147-ФЗ «О естественных монополиях»¹¹⁸; ч. 6 ст. 25 Федерального закона от 26.03.2003 № 35-ФЗ «Об электроэнергетике»¹¹⁹; ст. 23 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи»¹²⁰). В соответствии с этим в качестве субъектов монополистической деятельности не могут расцениваться: 1) акты и действия (бездействие) органов власти (ст. 15 ЗоЗК); 2) ограничивающие конкуренцию соглашения или согласованные действия с участием органов власти (ст. 16 ЗоЗК).

Легитимные дефиниции понятий «монополистическая деятельность» и «экономическая концентрация» на первый взгляд можно воспринять как тождественные понятия, т. к. внутреннее содержание этих понятий практически тождественно – это действия, совершение которых отражается или может отразиться на состоянии конкуренции. Однако при внимательном анализе данных понятий в них обнаруживается больше различий, чем сходства.

Во-первых, они отличаются **по субъектному критерию**. Как было показано выше, состав субъектов монополистической деятельности строго определен содержанием федеральных законов. Субъектами экономической концентрации могут быть любые лица при условии, что совершаемые ими сделки и иные действия оказывают влияние на состояние конкуренции. Поэтому в отличие от монополистической деятельности в качестве субъекта экономической концентрации может выступать публичный субъект. Ярким примером являются сделки корпоративного содержания (реорганизации и присоединения), одной из сторон которых является публичный субъект.

Во-вторых, понятия «монополистическая деятельность» и «экономическая концентрация» различаются по формальному определению **состава действий**. Действиями по экономической концентрации должны признаваться любые действия, осуществление которых оказывает влияние на состояние конкуренции. Состав монополистической деятельности ограничен только теми видами действий, которые точно определены федеральными законами. Таким образом, по объему понятий «экономическая концентрация» вмещает в себя монополистическую деятельность, являясь более широкой правовой категорией.

В-третьих, **по содержанию действий** монополистическая деятельность ограничивается только антиконкурентными действиями. Экономическая концентрация включает в себя любые действия, оказывающие влияние на конкуренцию, в том числе не только действия антиконкурентной направленности. В этом смысле понятие экономической концентрации также шире категории «монополистическая деятельность».

В-четвертых, **по форме действий** в состав экономической концентрации включаются только сделки и иные действия, т. е. только разновидности прямого открытого волеизъявления. В состав монополистической деятельности могут быть включены не только открытые виды волеизъявлений, но также и бездействие, последствия которого приводят к ограничению или недопущению конкуренции. Этот признак не означает, что содержание понятия «экономическая концентрация» не полностью покрывает содержание понятия «монополи-

¹¹⁸ СЗ РФ. 1995. № 34. Ст. 3426.

¹¹⁹ СЗ РФ. 2003. № 13. Ст. 1177.

¹²⁰ СЗ РФ. 1999. № 29. Ст. 3697.

стическая деятельность». Такое расхождение связано с правовой природой экономической концентрации, при которой имеется прямая и неразрывная связь между действием, оказывающим влияние на состояние конкуренции, и уровнем рыночной власти на рынке, которая изменяется в результате совершения этого действия. Признак связанности действия и динамики рыночной власти является отличительным критерием действия по экономической концентрации от иных видов действий, в том числе и монополистической деятельности. Состояние рыночной власти в экономической парадигме «структура – поведение – эффективность» определяется наличием явного открытого волеизъявления, последствием которого становится изменение размера и качества рыночного влияния одного или нескольких конкурентов. По этой причине бездействие как форма правонарушения, присущее и монополистической деятельности как разновидности противоправной деятельности, не может оказывать воздействия на динамику рыночной власти вследствие отсутствия явного и открытого волеизъявления в таком действии. К сожалению, действующая в настоящее время редакция п. 21 ст. 4 ЗоЗК в легитимной дефиниции категории «экономическая концентрация» не указывает на наличие связи действий, оказывающих влияние на состояние конкуренции, с динамикой рыночной власти. Представляется, что в будущем этот законодательный пробел должен быть устранен.

В-пятых, отличие рассматриваемых понятий заключается еще и в их **последствиях действий**, составляющих их содержание. Для квалификации того или иного действия в качестве действия по экономической концентрации необходимо фактическое обоснование того, что такое действие реально оказывает влияние на состояние конкуренции, причем это влияние может иметь как позитивный (проконкурентный), так и негативный (антиконкурентный) характер. Влияние на состояние конкуренции монополистической деятельности всегда негативно, поэтому оно презюмируется законодателем, устанавливающим перечень видов деятельности, подпадающих под действие режима монополистической деятельности.

В-шестых, с признаком правовых последствий самым тесным образом связан критерий **правомерности действий**, составляющих внутреннее содержание рассматриваемых понятий. По своей правовой сущности монополистическая деятельность всегда является правонарушением, в то время как действия по экономической концентрации могут иметь не только характер правонарушений, но также и представлять собой разновидность правомерных действий. Ярким примером правомерных действий являются корпоративные сделки по реорганизации в виде слияния и присоединения (поглощения), которые всей мировой антимонопольной практикой признаются дозволенными правомерными действиями («сделками» в лексике Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ) (ст. 153 ГК РФ), т.

к. они направлены на возникновение, изменение или прекращение прав участия и управления юридическим лицом, т. е. корпоративных прав (п.1 ст. 2 ГК РФ)). Представляется, что признак противоправности монополистической деятельности должен найти отражение в его легитимной дефиниции в п. 10 ст. 4 ЗоЗК, т. к. этот критерий является сущностным критерием любой монополистической деятельности вне зависимости от ее формы и содержания.

Более наглядно отличия содержания понятий «экономическая концентрация» и «монополистическая деятельность» представлены в табл. 3.

Таким образом, понятие «экономическая концентрация» должно расцениваться как родовое понятие по отношению к понятию «монополистическая деятельность», которое предстает в качестве видового понятия.

Таблица 3. Критерии отличия экономической концентрации от монополистической деятельности

Критерий отличия	Экономическая концентрация	Монополистическая деятельность
Субъектный состав действия	Любые субъекты	Только субъекты монополистической деятельности, определенные в федеральных законах
Формальное определение действия	Любые действия	Только виды действий, указанные в федеральных законах
Содержание действия	Любые действия, имеющие последствием влияние на состояние конкуренции	Только антиконкурентные действия (оказывающие негативное влияние на конкуренцию)
Форма действия	Сделки или иные действия	Действия (включая сделки) и бездействие
Последствия действия	Влияние совершения действия на состояние конкуренции устанавливается антимонопольным органом	Антиконкурентный характер влияния действия на состояние конкуренции презюмируется законодателем
Правомерность действия	Как правонарушения, так и правомерные действия	Только правонарушения

1.3. Междисциплинарный интерфейс категории «экономическая концентрация»

1. В настоящее время существует серьезная проблема в формировании комплексного – экономико-правового – подхода к проблемам антимонопольного регулирования в целом. Вопрос о выявлении общих «точек соприкосновения», если можно так выразиться, «опорных пунктов» или «реперных точек» между юридической и экономической науками остается открытым, хотя необходимо признать, что в литературе со стороны ученых-экономистов регулярно предпринимаются попытки экономических оценок норм антимонопольного законодательства¹²¹, чего нельзя сказать о юридической доктрине, которая практически не обращается к достижениям экономической науки при исследовании вопросов антимонопольного регулирования.

Такое отношение юридической науки нельзя признать конструктивным, тем более что все антимонопольное регулирование строится на экономическом анализе состояния рынков и конкурентной среды, а его правовые режимы зачастую непосредственно связаны с возникновением определенных экономических последствий, выражающихся в изменениях состояния конкурентной среды на рынке.

Все сказанное свидетельствует о необходимости выработки специального междисциплинарного экономико-правового интерфейса практически для всех существующих категорий антимонопольного законодательства. В целях настоящей работы предпринимается попытка формирования такого интерфейса в отношении категории «экономическая концентрация», тем более что она «пришла» в антимонопольное законодательство именно из экономической теории, что требует уточнения значения данной категории в сопоставлении ее правового и экономического содержания.

2. Наиболее наглядно отличие в подходах к оценке одного и того же понятия можно проследить на примере официальных дефиниций понятия «товарный рынок», которое является базовым для всего антимонопольного регулирования. В американском «Руководстве по горизонтальным слияниям»¹²² понятие «товарный рынок» определяется как «товар или группа товаров и географическая территория, на которой он производится и продается таким образом, что гипотетическая фирма, увеличивающая свой доход, не подверженная ценовым ограничениям, являющаяся единственным настоящим и будущим производителем и продавцом этих товаров на этой территории, имеет возможность повышать цену, по крайней мере, на малую, но существенную и стабильную во времени величину, при этом параметры продаж других товаров останутся постоянными». Европейский «Словарь промышленной эко-

¹²¹ См., напр.: *Шаститко А.* Экономические аспекты ослабления наказания за нарушение антимонопольного законодательства // Вопросы экономики. 2007. № 8. С. 68–79; *Авдашева С.Шаститко Л.* Новое антимонопольное законодательство: результат стратегического взаимодействия? // Экономическая политика. 2007. № 3. С. 72; *Льдашева С.Б., Шаститко А.Е., Калмычкова Е.Н.* Экономические основы антимонопольной политики: российская практика в контексте мирового опыта // Экономический журнал ВШЭ. 2007. № 4; *Шаститко А.Е.* Экономика преступления и наказания в антитрасте: освобождение от ответственности. М.: Промышленник России, 2008; *Авдашева С.Б.* Описание нелегального поведения в российском антимонопольном законодательстве: влияние на эффективность правоприменения // Теневая экономика. 2007. М.: РГГУ, 2008. С. 456; *Авдашева С., Шаститко А.* Модернизация антимонопольной политики в России (экономический анализ предлагаемых изменений конкурентного законодательства) // Вопросы экономики. 2005. № 5. С. 1–6; Развитие и применение антимонопольного законодательства в России: по пути достижений и заблуждений: докл. к XII Междунар. науч. конф. Нац. исслед. ун-та «Высшая школа экономики» по проблемам развития экономики и общества, Москва, 5–7 апреля 2011 г. / С. Авдашева, Н. Дзагурова, П. Крючкова, Г. Юсупова; науч. ред. С. Авдашева; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2011; Экономический анализ в применении норм антимонопольного законодательства: эмпирические оценки и пути развития / Горейко Н.А. и др. Под ред. Павловой Н.С. М.: МАКС Пресс, 2014.

¹²² Horizontal Merger Guideline, USA, 1992.

номики»¹²³ определяет товарный рынок как «товар или группу товаров и географическое пространство, в котором они продаются так, что некая фирма, стремящаяся к увеличению дохода, являющаяся единственным продавцом этих продуктов в данном районе, может поднимать цены на небольшую, но стабильную во времени величину, превышающую ранее установившийся уровень цен».

Легитимная отечественная дефиниция понятия «товарный рынок» содержится в п. 4 ст. 4 ЗоЗК. Согласно ей «товарный рынок – это сфера обращения товара (в том числе товара иностранного производства), который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров, в границах которой (в том числе географических) исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами».

Первое, на что сразу обращается внимание, – это специфика акцентов, содержащихся в экономическом и правовом определениях одного и того же явления. С экономической точки зрения основу рынка составляют три базовых критерия: 1) товар; 2) территория, на которой этот товар подлежит продаже; 3) цена на этот товар и ее потенциальная динамика. В юридическом определении акценты совершенно иные. Товарный рынок с правовой точки зрения представляет собой: 1) деятельность по продаже товара (а не собственно товар); 2) сферу обращения, т. е. определенное деловое пространство, в пределах которого осуществляется деятельность по его продаже (а не географически очерченная территория); 3) целесообразность приобретения товара (а не формирование цены на него и возможность динамики этой цены).

В сопоставлении экономического и правового содержания категории «товарный рынок» проявляется основное отличие специальнодисциплинарных подходов. С экономической точки зрения на передний план выступают *объективно-стоимостные критерии*: товар, географические границы рынка, цена. С юридической точки зрения основу содержания категории «товарный рынок» составляют *субъективно-деятельностные признаки*, такие как: деятельность по продаже товара; возможность замены одного товара другим в пределах сферы его обращения; целесообразность деятельности по продаже и приобретению данного товара.

И.В. Князева отмечает, что понятие «товарный рынок» сформировалось на стыке экономической и юридической наук, в результате чего появился новый методологический подход к пониманию категории рынка. Основами экономико-правового анализа товарного рынка и формирования вектора его регулирования, с ее точки зрения, служат принципы: 1) системного подхода; 2) комплексного исследования; 3) формально-юридического рассмотрения; 4) динамической диагностики и 5) территориальный принцип¹²⁴.

Представляется, что принцип *системного подхода* в отношении оценки товарного рынка должен опираться не на объективную, а на субъективную составляющую. Это подтверждается выводами Л. Кабраля о возможности обратного воздействия элементов парадигмы «структура – поведение – эффективность», поскольку им было математически доказано, что конкурентная деятельность может определять не только содержание рыночной власти, но и оказывать действие в обратном направлении, формируя собственно структуру рынка¹²⁵. Исходя из этой основополагающей предпосылки, товарный рынок должен рассматриваться как постоянно изменяющаяся динамическая система взаимодействующих субъектов (как конкурентов, так и контрагентов), основу которой составляет возмездно-реализационная деятельность по обороту материальных и нематериальных благ, имеющих товарную

¹²³ «The Glossary of Organization Economics» Competition Law and Policy Terms, Paris, OECD, 1993.

¹²⁴ Князева И.В. Указ. соч. С. 53.

¹²⁵ Луис М.Б. Кабраль. Организация отраслевых рынков. Вводный курс. Минск, Новое знание, 2003. С. 158.

стоимость, границы которой определяются перекрестной эластичностью по спросу и предложению на эти блага, что обуславливает релевантное значение рыночной деятельности в каждый конкретный промежуток времени.

Динамика рынка, таким образом, обуславливается двумя основными факторами: 1) внутренним, который определяется поведением его участников¹²⁶, и 2) внешним, содержание которого детерминируется регулирующим воздействием государства, устанавливающим систему стимулов и ограничений в отношении субъектов рынка.

Такой подход позволяет в определенной степени «примирить» экономическое и правовое понимание товарного рынка, поскольку в нем акцент делается не на объекте рынка (товаре), а на носителе возможности осуществления определенного поведения в отношении этого объекта – **субъектах рынка**, деятельность которых имеет определяющее значение не только для формирования структуры рынка (например, путем снижения или увеличения количества присутствующих на нем участников в результате совершаемых слияний или создания новых предприятий), но также и для ограничения или оздоровления конкуренции на нем.

Смысл предлагаемой доктрины заключается в том, что центром оценки рыночных отношений должен являться хозяйствующий субъект (участник рынка, фирма, предприятие, компания и т. п.), а не товар или не деятельность этого субъекта. Такой подход представляется наиболее унифицированным, поскольку и предмет деятельности субъектов рынка (например, товар как разновидность материального блага), и объект их деятельности (например, реализация товара или оказание услуги) являются лишь функцией, производной от их носителя – субъекта, которым определяется и содержание предмета деятельности (выбор товара), и содержание объекта (выбор способа деятельности). В свою очередь, выбор рыночной модели поведения является производной от рыночного положения хозяйствующего субъекта.

Такая доктрина может быть охарактеризована как **субъектная доктрина рынка**, применение которой сочетает в себе и экономические, и правовые критерии рынка, что может позволить существенно изменить представления о формировании правовых режимов регулирования деятельности хозяйствующих субъектов на рынках.

3. Применительно к экономической концентрации **субъектная доктрина рынка** должна опираться на парадигму «структура – поведение – эффективность» (СПЭ) и иметь следующее содержание.

3(а). Структура рынка с экономической точки зрения представляет собой совокупность субъектно-экономических характеристик участников рынка, которая находит свое выражение в количестве хозяйствующих субъектов, осуществляющих продажи товара и размере их долей. Еще одним существенным фактором, отражающим характеристику структуры рынка, является величина капитализации (ранг) предприятия, являющегося участником релевантного рынка.

Прямого правового эквивалента экономическому пониманию структуры рынка не существует. Закон о защите конкуренции оперирует понятием «доля субъекта на рынке определенного товара» (ст. 5 ЗоЗК), что соответствует лишь такому признаку, как размер доли в экономической структуре рынка. Экономические показатели количества субъектов рынка являются предметом экономического анализа состояния конкуренции на товарном рынке¹²⁷, но не могут быть отнесены к разряду правовых категорий.

¹²⁶ Имеющим как проконкурентный, так и антиконкурентный характер.

¹²⁷ См. раздел V Порядка 2010 (Приказ ФАС России от 28.04.2010 № 220 «Об утверждении Порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2010. № 34.).

Категория «доминирующее положение» также является лишь функциональной относительной характеристикой структуры рынка, не отражая ее абсолютные значения. Необходимо заметить, что в манере, характерной для основных правовых категорий, в ч. 1 ст. 5 ЗоЗК дается и легитимное определение доминирующего положения, которое описывается как функция от деятельности, а не от размера участника товарного рынка: «Доминирующим положением признается положение хозяйствующего субъекта (группы лиц) или нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее такому хозяйствующему субъекту (группе лиц) или таким хозяйствующим субъектам (группам лиц) *возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам*».

В качестве частных случаев доминирующего положения п.п. 1 и 2 ч. 1 ст. 5 ЗоЗК предусматривают возможность применения относительных характеристик структуры рынка в виде процентных размеров долей. Однако юридическое понимание структуры рынка опять исходит не из количественных (пусть даже относительных) показателей, а из их деятельностной составляющей, определяющей значение этих относительных структурных показателей для состояния конкуренции в связи осуществлением хозяйствующими субъектами, соответствующими признакам доминирующего положения, определенных видов деятельности на релевантном рынке, которые оказывают или могут оказать непосредственное влияние на состояние конкуренции на этом рынке. Собственно эту деятельность п. 21 ст. 4 ЗоЗК и называет термином «экономическая концентрация».

В связи с этим можно заключить, что правовым эквивалентом структуры рынка в экономическом понимании является категория «доминирующее положение», косвенно отражающая экономические показатели структуры рынка через относительный критерий «доля субъекта на рынке определенного товара».

3(6). Второй элемент парадигмы СПЭ – **поведение** – наиболее полно отражает как раз правовые характеристики рынка, поскольку в качестве поведения субъектов рынка приобретают значение не только их *экономические действия* по обороту товара, но, прежде всего, их *правовая деятельность*, которая проявляется сразу в нескольких ипостасях:

1) в правовой деятельности по совершению юридически значимых действий (заключение соглашений, принятие корпоративных актов, например, по созданию и реорганизации юридических лиц, учреждению их уставов);

2) в правовой деятельности по участию в общественных (некоммерческих) объединениях предпринимателей;

3) в правовой деятельности по соблюдению установленных государством правовых режимов государственного регулирования предпринимательской (рыночной) деятельности в виде воздержания от совершения запрещенных действий и исполнения обязательных предписаний.

С экономической точки зрения поведение является наиболее проблемным участком экономического анализа. На стадии поведения субъектов парадигма СПЭ сталкивается с объективными трудностями в экономических оценках именно по той причине, что поведение участников рынка имеет выраженный субъективный характер. Вектор рыночного поведения субъектов зачастую определяет и элемент эффективности в парадигме СПЭ за счет реализации рыночной власти и элемент структуры рынка, что находит наиболее яркое проявление как в динамике числа компаний, принимающих участие в деятельности релевантного рынка, так и в изменении их размеров путем совершения правовых действий (сделок) по созданию, слиянию и (или) поглощению предприятий, т. е. в действиях по экономической концентрации.

Кроме того на динамику структуры рынка и рыночной власти как элементов парадигмы СПЭ оказывает непосредственное влияние режим сговора¹²⁸, т. е. такое явление, при котором в отсутствие объективных изменений в структуре рынка и рыночной власти каждого отдельного его участника в результате соглашений или согласованных действий субъектов рынка возникает эффект существенного возрастания фактической рыночной власти в результате проведения конкурентами согласованной экономической политики, приводящей к выраженному ограничению конкуренции в отношении иных конкурентов, не являющихся сторонами сговора. Практически аналогичный антиконкурентный эффект может иметь и координация экономической деятельности хозяйствующих субъектов третьим лицом (п. 14 ст. 4 ЗоЗК).

Поведение участников рынка, с одной стороны, оказывает существенное влияние на его структуру, проявляясь в виде совершения сделок по созданию и реорганизации юридических лиц (сделки по слиянию и поглощению), а с другой стороны – находит свое выражение в реализации потенциальной рыночной власти, которая проявляется путем установления монополистом минимальных или максимальных монопольных цен или в совершении сделок, определяющих содержание контроля над деятельностью одного или нескольких хозяйствующих субъектов.

3(в). **Рыночная власть** как элемент парадигмы СПЭ сама по себе не определяет состояние экономической концентрации. С экономической точки зрения рыночная власть описывается через индекс Лернера и эластичность спроса по цене. Однако эти показатели имеют относительно объективный характер. Индекс Лернера может быть существенно занижен производителем, а эластичность спроса может быть функцией от поведения потребителей товара. В этом смысле рыночная власть сама по себе, будучи изолированной от поведения участников рынка, не может оказывать воздействия на экономическую концентрацию. Рыночная власть является относительным показателем потенциальной динамики рынка. Содержание и последствия динамики рынка являются результатом реализации потенциала рыночной власти ее владельцем.

Это, например, означает, что хозяйствующий субъект, обладающий признаками доминирующего положения в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 5 ЗоЗК и в соответствии с ними наибольшей рыночной властью по отношению к своим прямым конкурентам на релевантном рынке, совершенно не обязательно будет совершать действия, реализующие его рыночную власть в ущерб интересам своих конкурентов. Однако такой монополист для удовлетворения своих экономических интересов может оказывать решающее значение на формирование ценовой политики конкурентов, совершив публичное заявление об изменении цены на товар. В этом случае конкуренты монополиста, следуя за «лидером», могут последовать его примеру и совершить аналогичные действия по изменению собственной ценовой политики. Налицо формирование состава антимонопольного нарушения в виде совершения согласованных действий (ст. 8 ЗоЗК).

С экономической точки зрения увеличение цены при неизменном размере предельных издержек в соответствии с индексом Лернера неизбежно приводит к возрастанию рыночной власти. Структура рынка (количество хозяйствующих субъектов, размеры их долей и ранги предприятий) при этом остаются неизменными. Каким же образом реализация рыночной власти монополистом может привести к динамике экономической концентрации? В соответствии с ч. 1 ст. 11.1 ЗоЗК согласованные действия могут быть расценены в качестве нарушения антимонопольного законодательства только при условии, что они фактически привели к ограничению конкуренции. В данном случае такое ограничение конкуренции может возникнуть в виде: установления или поддержания цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок (п. 1 ч. 1 ст. 11.1 ЗоЗК); сокращения или прекращения производства товаров

¹²⁸ Луис М.Б. Кабраль. Указ. соч. С. 158–164.

(п. 4 ч. 1 ст. 11.1 ЗоЗК); отказа от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками) (п. 5 ч. 1 ст. 11.1 ЗоЗК); создания другим хозяйствующим субъектам препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка (п. 3 ч. 3 ст. 11.1 ЗоЗК). Иными антиконкурентными фактическими последствиями согласованных действий могут явиться сокращение числа конкурентов при установлении монопольно низкой цены; отсутствие возможности вхождения на рынок новых субъектов конкурентов, уменьшение размеров долей предприятий-конкурентов за счет их приобретения монополистом или хозяйствующими субъектами из пула сговора. Последние факторы являются прямыми основаниями для динамики рыночной концентрации в части изменения структуры рынка.

4. Несмотря на то, что по Бертрану снижение рыночной власти является закономерным результатом возрастающей конкуренции фирм, а в соответствии с моделью Курно возрастание рыночной концентрации в отрасли неизбежно влечет увеличение степени рыночной власти, в экономической литературе указывается на достаточно слабую статистическую связь между структурой и эффективностью (рыночной властью)¹²⁹. Адекватной экономической интерпретации это явление в литературе не находит. Однако с правовой точки зрения подобная связь вполне объяснима, т. к. между структурой рынка (*объективный показатель*) и рыночной властью (*объективный показатель*) находится субъективный элемент – **поведение**. Именно поведение участников рынка, особенно в случаях, когда они объективно обладают признаками высокой рыночной власти, определяет состояние конкуренции на релевантном рынке. Поэтому увеличение числа конкурентов в пределах релевантного рынка, объективно свидетельствующее о снижении рыночной концентрации, не определяет, в конечном счете, состояние экономической концентрации на этом рынке, т. к. заключение картеля между большинством участников рынка или совершение ими согласованных действий является формой реализации ими коллективной рыночной власти, представляя собой в соответствии с п. 21 ст. 4 ЗоЗК разновидность действия по экономической концентрации и являясь основанием для ограничения конкуренции на этом рынке.

Можно сделать вывод, что рыночная концентрация представляет собой только элемент структуры в парадигме СПЭ. Правовым **аналогом экономического показателя рыночной концентрации является субъектный состав участников рынка** и размеры их рыночных долей, определяемые в соответствии с разделами V и VI Порядка 2010.

Правовым **аналогом рыночной власти** каждой n-ой фирмы на релевантном рынке является **признак контроля**, который определяется как возможность физического или юридического лица прямо или косвенно (через юридическое лицо или через несколько юридических лиц) определять решения, принимаемые другим юридическим лицом, посредством одного или нескольких действий (ч. 8 ст. 11 ЗоЗК). При этом легитимная дефиниция понятия «контроль», содержащаяся в ст. 11 ЗоЗК, имеет выраженный ограничительный характер, лимитированный целями применения положений о картелях (ст. 11 ЗоЗК), согласованных действиях (ст. 11.1 ЗоЗК) и процессуальных требованиях к действиям, совершаемым в порядке государственного контроля над экономической концентрацией (ст. 32 ЗоЗК). В целях определения объема фактической рыночной власти понятие «контроль» должно толковаться расширительно и оперировать не только корпоративными критериями, содержащимися в ч. 8 ст. 11 ЗоЗК, но также широко использовать договорные признаки контроля, включая организационные условия соглашений, устанавливающих программу частноправовой субординации с элементами гражданско-правовой и дисциплинарной ответственности, определяющими пределы осуществления как властных правомочий контролирующего лица, так и требования к исполнению обязанностей подчиненными субъектами в управленческом правоотношении.

¹²⁹ Луис М.Б. Кабраль. Указ. соч. С. 160–161.

Следует заметить, что и с правовой, и с экономической точки зрения контроль как аналог рыночной власти представляет собой лишь **потенциальную возможность осуществления динамики рыночной концентрации**, а не определяет ее содержание. Это означает, что наличие (или установление) факта существования юридически значимого контроля одного лица над другим само по себе не определяет объективное состояние рыночной концентрации, т. е. структуры рынка. Но реализация контроля (как разновидность реализации любого властного правомочия) может иметь своим последствием не только динамику структурных элементов рынка, которая может выражаться, к примеру, в изменении числа конкурентов на нем (например, в результате создания новых предприятий или слияния и присоединения уже существовавших), но также и снижение предельных издержек одной или нескольких фирм, произошедших в результате их диверсификации или модернизации вследствие приобретения их имущества или активов в результате решений, принятых контролирующими лицами, т. е. объективное возрастание рыночной власти в экономическом значении этого понятия.

В итоге необходимо признать, что *в объективном поле экономического анализа проблема формализации динамики рыночной власти, и, следовательно, динамики конкуренции, не может иметь оптимального решения, поскольку вектор динамики рыночной концентрации и рыночной власти как объективных экономических показателей определяется субъективной переменной – поведением участников релевантного рынка, которое может иметь признаки как прямого, так и обратного воздействия на элементы структуры и эффективности в парадигме СПЭ, что определяется содержанием их как экономической, так и правовой деятельности.*

5. В соответствии с рыночным положением участников рынка в его структуре и в соответствии со своим содержанием их **поведение** может оказывать самое **различное воздействие на показатели рыночной концентрации**.

Во-первых, в результате поведения, совершаемого участниками рынка, изменению может подлежать **количество конкурентов**, действующих в его пределах. Увеличение числа фирм на рынке может произойти как в результате *совершения сделок по созданию* новых предприятий (сделки по экономической концентрации в виде создания коммерческих организаций (п.п. 4 и 5 ч. 1 ст. 27 ЗоЗК)), так и быть следствием *входа на рынок* новых конкурентов (как в модели Портера). Возрастание числа конкурентов на рынке влечет снижение рыночной власти каждой из фирм, присутствующих на этом рынке, и, как следствие, приводит к снижению рыночной концентрации. Уменьшение количества предприятий в пределах релевантного рынка может быть следствием *совершения сделок по слиянию или присоединению* коммерческих организаций (п.п. 1–3 и 6–7 ч. 1 ст. 27 ЗоЗК). В этом смысле и представляют опасность для конкуренции сделки по слияниям и поглощениям предприятий, поскольку укрупненное предприятие, состоящее из двух независимых ранее конкурентов может обладать столь существенной рыночной властью, что может оказаться способным оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке, и (или) устранять с этого товарного рынка других хозяйствующих субъектов, и (или) затруднять доступ на этот товарный рынок другим хозяйствующим субъектам, т. е. обладать признаками доминирующего положения (ч. 1 ст. 5 ЗоЗК). Другим вариантом уменьшения числа предприятий-конкурентов на рынке является *устранение (выдавливание) конкурента* с рынка путем создания для него условий, при которых его *деятельность на рынке теряет экономическую эффективность*. Определенной спецификой обладает деятельность субъектов рынка по созданию барьеров входа на рынок. Такие действия могут о действия, приводящие к возрастанию ранга предприятия осуществляться как самим монополистом, например, путем поддержания монопольно низкой цены на товар, так и третьими лицами, выполняющими роль координаторов экономической деятельности, например саморегулируемой организацией с обязательным саморегулированием.

Во-вторых, как самими предприятиями, так и их собственниками (учредителями) могут совершаться **действия, приводящие к возрастанию ранга предприятия**, что в соответствии с индексом Холла-Тайдмана (НТ) является одним из признаков возрастания уровня рыночной концентрации конкретной фирмы. Такие действия могут быть связаны с: 1) *приобретением лицом (группой лиц) голосующих акций* зарегистрированного на территории Российской Федерации акционерного общества (п. 1 ч. 1 ст. 28 ЗоЗК); 2) *приобретением лицом (группой лиц) долей в уставном капитале* зарегистрированного на территории Российской Федерации общества с ограниченной ответственностью (п. 2 ч. 1 ст. 28 ЗоЗК); 3) *получением в собственность, пользование или во владение хозяйствующим субъектом (группой лиц) находящихся на территории Российской Федерации основных производственных средств* (за исключением земельных участков и не имеющих промышленного назначения зданий, строений, сделки по привлечению инвестиций сооружений, помещений и частей помещений, объектов незавершенного строительства) и (или) нематериальных активов другого хозяйствующего субъекта (п. 7 ч. 1 ст. 28 ЗоЗК). Особой формой сделок, приводящих к возрастанию ранга предприятий, являются *сделки по привлечению инвестиций*, такие, например, как прямой инвестиционный контракт или эмиссия ценных бумаг. В настоящее время такие сделки не подлежат государственному контролю над экономической концентрацией, несмотря на то, что их значение для увеличения рыночной власти предприятий трудно переоценить хотя бы по той причине, что эффектом инвестиционной деятельности может являться существенное снижение предельных издержек в результате модернизации или совершенствования производственного цикла товара, что в соответствии с индексом Лернера объективно ведет к возрастанию рыночной власти данной фирмы на релевантном рынке.

В-третьих, поведение участников рынка может существенно изменить **размер их доли на товарном рынке**. Исходя из п. 6.3 Порядка 2010, доля хозяйствующего субъекта на товарном рынке рассчитывается как выраженное в процентах отношение показателя, характеризующего объем товарной массы, поставляемой данным хозяйствующим субъектом на рассматриваемый товарный рынок, к показателю, характеризующему объем рассматриваемого товарного рынка. В условиях существования *сговора* между конкурентами в пределах релевантного рынка в зависимости от содержания условий сговора размер доли продаж товара каждым из хозяйствующих субъектов может изменяться как в сторону увеличения, так и в сторону уменьшения. К изменению доли субъекта на рынке могут приводить не только согласованные действия хозяйствующих субъектов или картельные соглашения, но и односторонние действия участников рынка. Одним из оснований увеличения доли продаж может являться осуществляемая в одностороннем порядке *модернизация производства*, приводящая к снижению предельных издержек и, соответственно, возрастанию рыночной власти. К увеличению размера доли продаж товара на рынке может приводить и совершение различных сделок как корпоративного, так и договорного содержания. Например, увеличение поставщиком количества дистрибьюторов в сети продаж товара на релевантном рынке может существенно влиять на размер доли продаж товара поставщика на этом рынке. Примером корпоративной сделки, влияющей на изменение размера доли продаж поставщика, может служить приобретение последним контрольных пакетов акций (или долей) дистрибьюторов с включением их в состав собственной дистрибьюторской сети поставщика и возникновение корпоративного контроля (в смысле ч. 8 ст. 11 ЗоЗК) в отношении группы лиц, состоящей из поставщика и его дистрибьюторов. В этом случае размер доли поставщика должен рассчитываться, исходя из совокупного размера долей участников всей группы лиц, осуществляющих продажи на релевантном рынке, и его абсолютный размер, соответственно, будет существенно больше, особенно в случаях, когда поставщиком на данном рынке осуществляются «прямые» продажи товара (т. е. продажи товара непосредственно

поставщиком наряду со своими дистрибьюторами, выступающими по отношению к нему в качестве конкурентов).

В-четвертых, одним из вариантов поведения хозяйствующих субъектов может являться **диверсификация и модернизация производства**, приводящая к эффекту снижения предельных издержек и соответствующему возрастанию рыночной власти. В отличие от предыдущих рассмотренных случаев модернизация производства рассматривается в качестве самостоятельного основания изменения рыночной власти. В данном случае имеется в виду не косвенное влияние процесса совершенствования производства на размер доли продаж, а непосредственное воздействие этого процесса на изменение размера рыночной власти в соответствии с индексом Лернера.

В-пятых, в соответствии с тем же индексом Лернера существенное влияние на величину рыночной власти может оказывать **поведение монополиста по определению размера цены на товар**. Возможность монополиста увеличивать цену является одним из основных признаков *рыночной власти монополиста*. В данном случае необходимо точно отграничивать собственно рыночную власть как потенциальную возможность хозяйствующего субъекта оказывать воздействие на процессы рыночного взаимодействия от процесса реализации рыночной власти как разновидности поведения участника рынка по использованию этой потенциальной возможности в своих собственных интересах. В зависимости от интересов монополиста им может устанавливаться как монопольно высокая, так и монопольно низкая цена на товар. Главным отличием монопольно низкой цены от монопольно высокой является не относительный размер цены в ее соотношении со среднерыночной в аналогичных условиях и на аналогичном рынке, но при отсутствии субъекта, занимающего доминирующее положение, а субъектная направленность монополистического деяния. При монопольно низкой цене мишенью монополистической деятельности монополиста являются не его *контрагенты*, а его *прямые конкуренты* на конкретном рынке товара. Таким образом, поведение монополиста по определению размера цены на товар может быть направлено не только в отношении своих конкурентов, но и призвано оказывать влияние на потребителей путем косвенного стимулирования спроса на товар за счет снижения цены на него.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.