

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО ПРАВА

Е.Ю. Борзило

НОВЫЕ МЕТОДЫ ВЕДЕНИЯ ТОРГОВЛИ В АНТИМОНОПОЛЬНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

***Аннотация.** Статья посвящена антимонопольным вопросам регулирования новых методов ведения торговли в праве ЕС. С развитием технологий изменяются не только среда, в которой ведется торговля, но и бизнес-методы ее ведения. Автор рассматривает особенности ведения предпринимательской деятельности в сети Интернет с точки зрения антимонопольного законодательства ЕС, а также подход Комиссии ЕС к регулированию названного вида деятельности принимая во внимание специфику среды. Также идентифицируются правовое содержание и потенциальные последствия для конкуренции от использования хозяйствующими субъектами двух наиболее популярных сегодня механизмов — селективной дистрибуции и категорийного менеджмента. Анализируются критерии, по которым в ЕС оценивается законность той или иной торговой практики с учетом ее эффективности для конечного потребителя и оценивается действенность применяемых мер регулирования. По результатам исследования нормативных актов и правоприменительной практики ЕС, автор приходит к выводу о том, что выбранный метод регулирования, ограниченный решением наиболее ясных антимонопольных вопросов, является эффективным методом стимулирования развития экономики.*

***Ключевые слова:** селективная дистрибуция, категорийный менеджмент, доступ на рынок, антиконкурентное соглашение, торговля онлайн, антимонопольное законодательство, конкуренция, обцие исключения, территория деятельности, отбор контрагентов.*

Развитие экономики порождает появление новых методов ведения бизнеса, а также новую терминологию. Антимонопольному законодательству приходится адаптироваться к новым методам ведения бизнеса, что не всегда происходит быстро. Наибольшим изменениям подвержены отношения, именуемые в конкурентном праве «вертикальными», то есть отношения между продавцом и покупателем товара. Антимонопольные правила для такого рода отношений обычно менее жесткие, поскольку в отличие от отношений между конкурентами, они не несут риска отказа от конкуренции. С формально юридической точки зрения отношения между продавцом и покупателем могут подпадать под запреты «вертикальных» антиконкурентных соглашений, но только в том случае, если антимонопольные органы докажут соответствующие негативные последствия для конкуренции. В этом случае соглашение может быть квалифицировано как не соответствующее ст. 101 Договора о функционировании Европейского Союза (TFEU)¹ и повлечь санкции для его участников, включая крупный оборотный штраф.

Европейское законодательство² (Регламент от 20.04.2010 330/2010 об общих исключениях — далее Общие исключения) под «вертикальным» соглашением понимает соглашение или совместные действия между двумя и более хозяйствующими субъектами, каждый из которых для целей этого соглашения (или в рамках этих действий) на различных уровнях производственной цепи или цепи распространения продукции, относящиеся к условиям, на которых стороны могут продавать, покупать или перепродавать различные товары или услуги. В практике антимонопольных органов ЕС, что видно даже из Общих исключений, сложилось относительно четкое правило о том, что к антиконкурентным последствиям может приводить установление цены перепродажи, однако в отношении остальных соглашений и теория и практика не столь определенны. В случае с «вертикальными» соглашениями ситуация осложняется еще и неповоротливостью административной машины, воспринимающей постоянные нововведения в предпринимательской деятельности в лучшем

¹ Consolidated version of the treaty on the functioning of the European Union, 9.5.2008 OJ C 115/49.

² Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20.04.2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, O.J.L102/1.

случае нейтрально, но, как правило, негативно. Однако и ст.101 TFEU и Общие исключения, и иные акты ЕС позволяют участникам правоотношений доказать их обоснованность и эффективность для экономики.

Рассмотрим наиболее распространенные и одновременно, наиболее спорные методы ведения торговли, которые позиция по которым европейских судебных и правоприменительных органов является относительно устоявшейся.

Торговля в сети Интернет

Принятие регламентов ЕС, касающихся вертикальных отношений, во многом было связано с развитием торговли в Интернете, расцвет которой начался в 2000м году³. Торговля в сети Интернет сложно подчиняется каким-либо правилам, особенно, если речь идет о товарах массового потребления. Сегодня через Интернет можно приобрести все — от продуктов питания до медицинского или космического оборудования, она редко бывает локализована, как следствие, сложно определить географические границы рынка. С другой стороны, торговля в сети Интернет требует значительно меньше капитальных вложений, чем торговля «офф-лайн», а комбинация обоих методов приводит к росту прибыли. Иными словами, кто еще не ведет предпринимательскую деятельность в Интернете, будет вести ее там завтра.

Эти аргументы находят свое отражение в актах ЕС. Как отмечено в Указаниях о вертикальных ограничениях⁴ в принципе, каждый дистрибьютор должен иметь возможность продавать свои товары в сети Интернет. Использование сети позволяет дистрибьютору выйти за пределы территории, на которой он работает, а также расширить целевую группу потребителей. Учитывая специфику среды, в которой ведется торговля, Комиссия ЕС выделила несколько групп нарушений, которые, с определенными оговорками, будут считаться грубыми и повлекут ответственность в соответствии со ст. 101 TFEU, запрещающей антиконкурентные соглашения. К ним относятся:

(а) соглашение, в рамках которого дистрибьютор обязан либо не допускать клиентов, находящихся на территории его деятельности, к просмотру его веб-сайта, либо автоматически перенаправлять их на сайт другого дистрибьютора — находящегося на одной с покупателем территории. При этом, размещение на странице списка адресов сайтов других дистрибьюторов — не нарушение.

(b) Соглашение, в рамках которого дистрибьютор не будет проводить операции в Интернет, если реквизиты платежной карты клиента свидетельствуют о его нахождении за пределами территории дистрибьютора.

(с) Соглашение об ограничении объема продаж через Интернет. Это однако не препятствует установлению требований о продаже определенного объема в точках продаж, а также требований о соблюдении при онлайн торговле общих принципов и правил, применимых при продаже вне сети. Фиксированный объем продаж может быть как одинаковым для всех клиентов, так и индивидуально подсчитанным с учетом параметров бизнеса и местонахождения отдельно взятого дистрибьютора.

(d) Соглашение, устанавливающее обязанность дистрибьютора применять более высокую торговую наценку в онлайн торговле.

Категорийный менеджмент

Категорийный менеджмент — также явление начала XXI в., и связан он с ростом ритейлерского бизнеса как самостоятельного направления розничной торговли. В рамках соглашений о категорийном менеджменте дистрибьютор передает поставщику всю маркетинговую деятельность, связанную не только с тем товаром, который этот поставщик поставяет, но еще и с товарами конкурентов. Такой поставщик именуется «категорийным капитаном»; он оценивает потребительские предпочтения и ориентирует дистрибьютора в части динамики спроса на отдельную категорию товара. Таким образом, категорийный капитан приобретает влияние на позиционирование товара, его продвижения, выбор магазина и тп. Категорийный менеджмент разрешен в рамках Общих исключений, если доли поставщика и его дистрибьютора не превышают 30%. В большинстве случаев категорийный менеджмент не является нарушением, но все же может ограничивать конкуренцию между поставщиками, если категорийный капитан, благодаря своему маркетинговому влиянию на решения дистрибьютора ограничит его работу с другими поставщиками.

Тем не менее, система категорийного менеджмента подразумевает, что категорийный капитан не будет злоупотреблять своими правами (в противном случае он их лишится). Однако на базе поступающей от категорийного капитана информации дистрибьютор также может по собственному желанию ограничить представленность отдельных товаров из продуктовой линейки, а также прекратить работу с отдельными поставщиками. Для оценки последствий категорийного менеджмента в любом случае в соответствии с правом ЕС необходимо оценить охват сети, позиции конкурентов на рынке, а также общий эффект от таких соглашений. К тому же,

³ Richard Whish, David Bailey, Regulation 330/2010: The Commission new Block Exemptions for vertical agreements, Common Market Law Review, Kluwer Law International, 2010, v 47, iss. 6 p 17590.

⁴ Commission notice of 10.05.2010: Guidelines on vertical restraints [SEC (2010) 411].

категорийный менеджмент может облегчить сговор или согласованные действия дистрибьюторов, поскольку делает рынок полностью информационно прозрачным. Аналогичную прозрачность он создает и для поставщиков, которым становятся доступны маркетинговые планы, информация об акциях конкурентов и т.п.

К позитивным сторонам категорийного менеджмента, которые учитываются всегда при рассмотрении дел, следует отнести возросшие возможности дистрибьюторов использовать «маркетинговую машину» поставщика, и как следствие, оптимально использовать свои ресурсы и планировать запасы. С точки зрения потребительского блага, категорийный менеджмент позволяет наилучшим образом удовлетворить спрос на продукцию, избежать ажиотажного спроса или подготовиться к падению спроса на товар. Именно эта характеристика и является определяющей при оценке соответствия действий участников категорийного менеджмента ст. 101 TFEU.

Селективная дистрибуция

Селективная дистрибуция направлена на ограничение количества авторизованных продавцов товара на определенной территории, а также на ограничение возможности перепродажи товара. Согласно п. 1 е) Общих исключений под системой селективной дистрибуции понимается система распространения товара, при которой поставщик обязуется продавать товар, прямо или косвенно, только дистрибьюторам, отобранным по специальным критериям, а дистрибьюторы, в свою очередь, обязуются не продавать такие товары не авторизованным дистрибьюторам в пределах территории внедрения системы распространения. Еще одно отличие этой системы состоит в том, что запрет распространяется не на «активные» продажи, а на любые продажи неавторизованным дистрибьюторам, именуемые в от обратного «пассивными» продажами — *passive sales*. Потенциальные антимонопольные риски в случае с селективной дистрибуцией состоят в снижении конкуренции между дистрибьюторами. Для оценки этого эффекта Комиссия ЕС предлагает проводить разграничение между количественной селективной дистрибуцией и качественной селективной дистрибуцией.

Качественная селективная дистрибуция основана на отборе дистрибьюторов с учетом объективных характеристик, необходимых для реализации товара — обучение персонала, обслуживание в точках продаж, ассортимент, предлагаемый к продаже и т.п. Применение таких характеристик не ограничивает количество дистрибьюторов определенным конкретным числом.

Количественная селективная дистрибуция не подпадает в сферу антимонопольного законодательства ЕС, при соблюдении нескольких условий:

- характеристики товара должны позволять применение специальных критериев для дистрибьюторов, например, требования безопасности, требования к использованию, качества, особые условия хранения и т.п.⁵
- дистрибьюторы должны выбираться на основании единообразных критериев, основанных именно на характеристиках товара
- требования не должны превышать пределы необходимого⁶.

Количественная селективная дистрибуция добавляет дополнительные критерии и прямо ограничивает количество дилеров через требования минимальных продаж или просто количество необходимых дилеров. И количественная и качественная селективная дистрибуция изъяты из сферы антимонопольных запретов в ЕС при непревышении порогов размеров долей каждого из ее участников планки в 30%, а также при отсутствии запретов оборота товара между авторизованными дистрибьюторами и к конечному потребителю. При этом Общие исключения не делают различия в природе критериев или в характеристиках товара, однако только в том случае, если такие критерии действительно требуются⁷. Безусловно, доля имеет существенное значение, в противном случае — при значительной доле на рынке, вопрос о соответствии системы селективной дистрибуции будет решаться уже в рамках вопроса о злоупотреблении доминирующим положением, как это делается в России⁸. И все же, по мнению Комиссии ЕС селективная дистрибуция может быть более опасна, чем эксклюзивность, потому что полностью закрывает доступ на рынок для неавторизованных дистрибьюторов, что при доле, превышающей 30% означает невозможность для потребителей воспользоваться преиму-

⁵ Case T-88/92 *Groupement d'achat Édouard Leclerc v Commission* [1996] ECR II-1961

⁶ Case 31/80 *L'Oréal v PVBA* [1980] ECR 3775, para.15, 16; Case 26/76 *Metro I* [1977] ECR 1875, para.20, 21; Case 107/82 *AEG* [1983] ECR 3151, para. 35; а также решение Case T-19/91 *Vichy v Commission* [1992] ECR II- 415, para. 65

⁷ Case T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc v Commission* [1996] ECR II-1851, para. 112-123; Case T-88/92 *Groupement d'achat Edouard Leclerc v Commission* [1996] ECR II-1961, para. 106-117, а также предыдущие дела.

⁸ См, напр.: Решение и предписание по делу № 1 10/91-10 в отношении ООО «Ново Нордиск» от 06.10.2010, http://fas.gov.ru/solutions/solutions_31980.html. По существу, изменение критериев отбора контрагентов проводилось в рамках введения системы коллективной дистрибуции, однако монополия доля в совокупности с принятым обществом решением о снижении количества дистрибьюторов привела к квалификации деяния как злоупотребления доминирующим положением. Доводы о селективной дистрибуции в России пока не воспринимаются антимонопольными органами.

ществами селективной дистрибуции. При этом Комиссия ЕС не принимает во внимание, что в ряде случаев критерии селективной дистрибуции, да и сама система просто необходимы. Хотя и отмечает, что в случае, если доля рынка участников системы дистрибуции меньше 50%, то антиконкурентный эффект маловероятен, как и в случае, когда доля больше 50%, а коэффициент доли на рынке 5 крупнейших поставщиков (CR5) ниже 50%. И даже в случае, если оба показателя превышают 50%, оценка будет зависеть от того, все ли поставщики используют систему селективной дистрибуции и как они ее используют. Чем сильнее положение участников рынка, тем меньше вреда наносит селективная дистрибуция. Комиссия ЕС полагает, что следующие аспекты требуют повышенного внимания:

- необоснованные условия количественной или качественной селективной дистрибуции;
- отказ в допуске в систему селективной дистрибуции при наличии у потенциального дистрибьютора всех характеристик для надлежащей перепродажи товара.

Статья 5(1)(с) Общих исключений указывает, что поставщик не может устанавливать для дистрибьюторов запрет продавать товары его конкурентов. Такой запрет направлен исключительно на защиту других поставщиков, на невозможность ограничения их доступа на рынок, в том числе, и в результате сговора между крупными поставщиками, применяющими систему коллективной дистрибуции. Однако Комиссия ЕС оговаривает возможность применения изъятий даже для подобных случаев, если с помощью системы селективной дистрибуции покрывается менее 50% рынка или же $CR5 < 50\%$.

Селективная дистрибуция эффективна по многим причинам. Она позволяет добиться единых стандартов обслуживания, обеспечить надежность хранения то-

вара, соблюдение требований безопасности и условий реализации. Она крайне необходима для товаров, где обслуживание является важным этапом продажи, для сложных товаров, для товаров, качество которых невозможно определить до их потребления или даже после (например, бытовая техника, автомобили, медицинская техника и т.п.).

С точки зрения определения территории деятельности дистрибьюторов, селективная дистрибуция оправдывает запрет активных продаж за пределами территории, отведенной для деятельности участника системы. Поскольку система рассчитана на товары, торговля которыми требует установления специальной системы допуска, попасть в эту систему, да и просто начать работать как дистрибьютор, можно только вложив определенные инвестиции. И эти инвестиции надо окупать, то есть, защищать развивающийся бизнес нового дистрибьютора от агрессивных методов конкуренции уже действующих дистрибьюторов.

Подводя итог анализу принятого в ЕС подходов к регулированию новых методов ведения торговли, хотелось бы отметить следующее. Несмотря на новизну механизмов, антимонопольные проблемы, которые они порождают, по сути своей не изменились: это вопросы доступа на рынок, вопросы разделения территории, сговора участников рынка и цен. Поэтому европейское регулирование направлено именно на решение этих классических проблем. Однако, решая эти проблемы, европейские Регламенты не запрещают сам вид деятельности и не ставят ограничений в развитии отдельно взятых методов ведения торговли, равно как и не препятствуют появлению новых. Достаточно большое «пространство для маневра», предоставленное хозяйствующим субъектам в данном случае является действенным антимонопольным инструментом, стимулирующим конкуренцию в частности и экономику в целом.

Библиографический список:

1. Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20.04.2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, O.J.L102/1.
2. Commission notice of 10.05.2010: Guidelines on vertical restraints [SEC (2010) 411].
3. M. Mendelson, St. Rose, Guide to the EC Block Exemption for vertical agreements, international competition law series, v4, Kluwer Law Int. 2002.
4. R. Whish, D. Bailey, Regulation 330/2010: The Commission new Block Exemptions for vertical agreements, Common Market Law Review, Kluwer Law International, 2010, v47, iss. 6.