



Г.О. СТАХЄЄВА,
аспірантка
(Інститут міжнародних відносин Київського
національного університету
імені Тараса Шевченка)
(Науковий керівник професор В.І. Муравйов)

УМОВНЕ СХВАЛЕННЯ КОНЦЕНТРАЦІЇ ЗА НОВИМ ПОВІДОМЛЕННЯМ КОМІСІЇ ЄС: ОСНОВНІ ЗМІНИ ТА НОВОВВЕДЕННЯ

Ключові слова: концентрація, вимоги і зобов'язання, умовне схвалення концентрації, Комісія ЄС.

У випадку, коли концентрація викликає значні сумніви щодо її сумісності з конкуренцією на ринку, якщо вона обмежує чи здатна обмежити конкуренцію на ринку, окрім простої заборони такої трансакції, можливий ще й альтернативний варіант — надання умовного дозволу, тобто дозволу, що обумовлений певними вимогами та зобов'язаннями, виконання яких зможе відновити конкуренцію на ринку (*merger remedies, conditional clearance* або умовні дозволи). Про актуальність та важливість питання надання умовних дозволів свідчить той факт, що Комісія ЄС все частіше надає саме умовні дозволи, ніж відразу забороняє концентрацію, адже умовні дозволи надають можливість компаніям здійснити концентрацію та разом з тим забезпечити, щоб конкуренція була неспотворена. З метою полегшення процедури співпраці учасників концентрації із Комісією ЄС в процесі прийняття вимог та зобов'язань в умовних дозволах, Комісія ЄС прийняла Повідомлення про зобов'язання та надання умовних дозволів на концентрацію [8]. В Україні, на жаль, не існує спеціальних положень, інструкцій чи роз'яснень стосовно особливостей та процедури надання умовних дозволів на концентрацію, незважаючи на те, що Україна зробила зна-

чні успіхи в гармонізації свого антимонопольного законодавства до права ЄС.

Крім того, в Україні не існує й достатніх наукових напрацювань з цього питання. Серед зарубіжних авторів, які займаються дослідженням питання умовних дозволів в ЄС, можна виділити П. Папандрополос та А. Тайана [20], В. Кора [15], Г. Бланк [5] та А. Езрачі [14]. Таким чином, можна вважати дану роботу першим вітчизняним науковим дослідженням питання надання умовних дозволів на концентрацію в ЄС.

Завданням цієї статті є огляд основних змін та нововведень до процедури надання умовних дозволів Комісією ЄС відповідно до оновленого Повідомлення Комісії ЄС, що може стати кроком назустріч до прийняття відповідних правил в Україні. На думку автора, прийняття відповідних детальних положень про умовні дозволи полегшить процедуру надання умовних дозволів в Україні, збільшить кількість успішних концентрацій, а також прозорість процесу контролю за концентраціями та впевненість компаній.

І. Правові засади для умовного схвалення концентрації

В ЄС правовою базою ДЛІА Надання умовних дозволів на здійснення концентрації є стаття 6(2) та стаття 8(2) Регла-

менту ЄС 139/2004 [13]. Зокрема, зазначається, що Комісія ЄС може вирішити, що концентрація не загрожує конкуренції на внутрішньому ринку, за умови, якщо учасники концентрації візьмуть на себе певні зобов'язання. Крім того, в жовтні 2008 р. Комісія нарешті прийняла нове Повідомлення про зобов'язання та надання умовних дозволів на концентрацію (надалі — Повідомлення). Слід зауважити, що Повідомлення або Notice є роз'ясненням політики Комісії ЄС. Воно не має загальнообов'язкового характеру для учасників правовідносин, проте Комісія ЄС в своїй діяльності має дотримуватися політики і принципів, закладених в Повідомленні. Нове Повідомлення є більш чітким і детальним поясненням-інструкцією для компанії стосовно того, як найкраще діяти та які саме зобов'язання Комісія ЄС очікує від них для того, щоб дозволити здійснення «проблемної» концентрації.

В Україні, на жаль, не існує такої детальної законодавчої бази з цього питання. Лише ст. 31 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (надалі — Закон) [1] наголошує на тому, що рішення про надання дозволу на здійснення концентрації «може бути обумовлено виконанням учасниками...концентрації певних вимог і зобов'язань, які усувають або пом'якшують негативний вплив...концентрації на конкуренцію». Також про умовні дозволи згадується в Положенні про концентрацію [2], згідно з яким заявник може запропонувати взяти на себе певні зобов'язання, виконання яких усуває сумніви Антимонопольного комітету України (АМКУ) щодо сумісності концентрації з конкуренцією на ринку.

Таким чином, в ЄС, на відміну від України, існує ґрунтовна правова база для надання умовних дозволів на здійснення концентрації. Відсутність детальних положень про зобов'язання та умовне схвалення концентрації в Україні ускладнює процес отримання дозволів та здійснення концентрацій. Крім того, така ситуація означає, що процес формулювання та ви-

несення умовних дозволів АМКУ не є достатньо прозорим та зрозумілим для заявників.

II. Аналіз основних змін і нововведень за новим Повідомленням

Нове Повідомлення є документом, що значно вдосконалив Повідомлення 2001 р. [9] у зв'язку із прийняттям Регламенту ЄС 139/2004 та Процедурного Регламенту 802/2004 [10]. Нове Повідомлення запроваджує спеціальну форму Form RM для подання інформації про запропоновані зобов'язання, деталізує роль Наглядового органу (Trustee) в структурних зобов'язаннях та пояснює зміст основних принципів оцінки зобов'язань.

Так, Повідомлення наголошує та пояснює важливість нового принципу — достатній рівень впевненості в реалізації взятих зобов'язань («*requisite degree of certainty of implementation*») [8, п. 10]. Зокрема, саме Комісія ЄС повинна мати достатній рівень впевненості в тому, що умови та зобов'язання, якими обумовлюється дозвіл на концентрацію, будуть виконані. Таке формулювання наголошує на важливості того, щоб зобов'язання, які пропонуються заявниками-учасниками концентрації були чіткими, зрозумілими та ефективними. Ефективність зобов'язань залежить від різних пов'язаних факторів: права третіх осіб щодо бізнесу або ж труднощі із визначенням найбільш підходящого покупця тощо. Це обов'язок саме учасників концентрації усунути будь-які невизначеності щодо успішного виконання запропонованих зобов'язань або ж компенсувати такі невизначеності альтернативними зобов'язання («*crown jewel*»). Поняття «*crown-jewel*» є новим та вживається в Повідомленні Комісії ЄС для позначення альтернативних зобов'язань [8, п. 45]. Коли Комісія ЄС має певні сумніви в тому, що запропоновані зобов'язання будуть успішно виконані, учасники концентрації повинні запропонувати альтернативні зобов'язання, які вони зобов'язуються виконати у випадку невиконання або неналежаного виконання перших зобов'язань.

Такі альтернативні зобов'язання мають бути хоча б настільки ефективними, як і перші зобов'язання, та не повинні лишати місця для жодного сумніву щодо їх виконання та можливості покращення конкуренції на ринку.

Повідомлення також замінює тест на «домінування» (*dominance test*) тестом на «суттєве обмеження ефективної конкуренції» (*significant impediment of effective competition* або *SIEC test*) для визначення, чи є концентрація сумісною з ринком. Комісія ЄС припинила застосовувати тест на «домінування» з моменту вступу Регламенту про злиття в силу. На думку Г. Монті, мотивацією для такої реформи було, перш за все, бажання відокремити контроль за концентраціями від доктрини зловживання домінуючим становищем за ст. 82 Договору про заснування Європейського Співтовариства (сьогодні — це ст. 102 Договору про функціонування Європейського Союзу), щоб два нормативні положення розвивалися окремо [19]. Крім того, цей тест є ширшим за тест на «домінування», тому що створення та посилення домінуючого становища, незважаючи на те, що є основним, проте не єдиним способом суттєвого обмеження ефективної конкуренції на ринку. Конкуренція може бути обмежена внаслідок концентрації компаній, які не володіють великими частками на ринку [22] або шляхом координації своєї поведінки із конкурентами [21]. Тест на «суттєве обмеження ефективної конкуренції» покликаний на заповнення таких прогалин.

Не можна не звернути увагу на те, що нове Повідомлення вносить чіткість до питання, хто може пропонувати зобов'язання в умовних дозволах — учасники концентрації чи антимонопольний орган. Зазначається, що це обов'язок і право «учасників концентрації запропонувати певні зобов'язання, а Комісія ЄС не має права в односторонньому порядку зобов'язувати учасників будь-якими умовами/зобов'язаннями в своєму офіційному рішенні, а лише на основі пропози-

цій учасників концентрації» [8, п. 6]. Комісія ЄС має право лише виявити проблему, яка може виникнути внаслідок концентрації, та довести її до відома учасників концентрації з тим, щоб вони змогли запропонувати адекватні зобов'язання для вирішення проблеми. Такий підхід можна пояснити тим, що учасники концентрації знаходяться у більш вигідному становищі для оцінки економічного обґрунтування зобов'язань, а отже здатні запропонувати більш ефективні зобов'язання.

І останнє. Нове Повідомлення деталізує дві основні групи зобов'язань — поведінкові (*behavioural*), тобто ті, що стосуються поведінки на ринку [17; 7], та структурні (*structural*) — зобов'язання, що впливають на структуру ринку. Відповідно до рішення Суду ЄС по справі *Tetra Laval* [11] та *ARD* [3], поділ зобов'язань на структурні та поведінкові не є принциповим, головне, щоб вони вирішували проблему конкуренції, що виникає або може виникнути внаслідок концентрації. Хоча на практиці Комісія ЄС надає перевагу структурним, зокрема, зобов'язанням здійснити відчуження майна [8, п. 17], ніж поведінковим зобов'язанням. Так, п. 17 нового Повідомлення прямо наголошує на тому, що «...зобов'язання щодо поведінки на ринку в майбутньому...можуть бути прийнятими лише в порядку виключення в дуже особливих випадках,...якщо можна бути повністю переконаним в тому, що зобов'язання спрацюють, що можливо проконтролювати їхнє виконання...»

Структурні зобов'язання, на думку Комісії ЄС, є найбільш ефективними, тому що вони здатні за досить короткий період створити або зміцнити конкуренцію на ринку шляхом появи нових фірм-конкурентів. На думку В. Кора, структурні зобов'язання «вирішують проблему раз і для всіх» [15, 422]. Нове Повідомлення Комісії ЄС, в порівнянні з попереднім, наводить перелік ймовірних структурних зобов'язань, а саме: відчуження цілісного бізнесу [8, п. 32], відчуження певних частин взаємопов'язаного бізнесу

[8, п. 35], продаж активів [8, п. 37], ребрендинг [8, п. 39]. Комісія ЄС надає перевагу зобов'язанням із відчуження цілісного бізнесу, що може самостійно існувати після свого відчуження. Для того, щоб структурне зобов'язання було ефективним, наступні моменти повинні бути враховані як учасниками концентрації, так і конкурентним відомством. По-перше, обсяг бізнесу, що підлягає відчуженню, має бути достатнім для того, щоб відчужений бізнес став ефективним конкурентом. По-друге, вибір підходящого покупця є надзвичайно важливим моментом [18]. Такий покупець повинен бути незалежним від учасників концентрації, а також володіти достатніми фінансовими ресурсами, відповідним досвідом та здатністю утримувати відчужений бізнес ефективним конкурентом на ринку [8, п. 48].

Однією з основних проблем структурних зобов'язань, зокрема, зобов'язань здійснити відчуження бізнесу/майна, є те, що може не виявитися покупець, як наприклад у справі *Boeing/McDonnell Douglas* [6]. У цій справі зобов'язання відчужити бізнес не було прийнято Комісією, яка дійшла висновку, що не існувало осіб, які б бажали купити компанію DAC у компанії Boeing; до того ж не було потенційних бажаних ввійти на ринок реактивних літаків для комерційних перевезень [4]. Як наслідок, компанія Boeing зобов'язалася утримувати DAC як окрему юридичну особу на 10 років та регулярно звітувати Комісії ЄС про діяльність компанії DAC. Крім того, компанія Boeing зобов'язалася утримуватися від укладання будь-яких наступних ексклюзивних угод на 10 років та від здійснення ексклюзивних прав за існуючими договорами. Іншими словами, компанія Boeing запропонувала надати своїм конкурентам доступ до неексклюзивних ліцензій на патенти та ноу-хау. Пакет таких поведінкових зобов'язань був в кінці кінців схвалений Комісією ЄС, і концентрація була визнана сумісною з ринком. Ця справа підтверджує той факт, що структурні зобов'язання не завжди є найкращим рішенням. Згідно

з думкою С. Вонг, для антимонопольного органу структурні зобов'язання, безсумнівно, є більш привабливими [23], тому що вони чіткі та слідкувати за процесом їх виконання набагато легше. Хоча вони не завжди є найкращим рішенням. Можуть виникнути ситуації, коли не буде зацікавлених покупців, а подовження терміну для знаходження такого покупця може зашкодити учасникам концентрації. Більше того, як правильно зазначив Мотта Массімо, навіть якщо є потенційний покупець, входження на ринок нового гравця ще не означає, що конкуренція на ринку буде відновлена [16], тому що продавець та покупець можуть співпрацювати, або ж ситуація після відчуження може спровокувати змову. Саме тому у певних випадках поведінкові зобов'язання можуть бути кращим рішенням.

Поведінкові зобов'язання інколи є більш привабливими, ніж структурні, на думку А. Езрачі, саме через свою «гнучкість та реверсивність» [14, 463]. Іншим аргументом на користь поведінкових зобов'язань є те, що вони менш складні та мають «дешевшу ціну їх виконання» [17]. Найбільш поширеним різновидом поведінкових зобов'язань є зобов'язання надати доступ (*access remedies*) [8, п. 62—66]. Зазвичай, це доступ третіх осіб, конкурентів до основних технологій, інфраструктури, прав інтелектуальної власності, інформації та ноу-хау на недискримінаційній основі з тим, щоб сприяти їхньому входженню на ринок. Умови прийнятності поведінкових зобов'язань визначені в п. 63 нового Повідомлення. Це, насамперед, достатній рівень впевненості в тому, що виконання зобов'язання призведе до появи нових конкурентів на ринку; будь-які суттєві обмеження ефективної конкуренції будуть ліквідовані; за своїм ефектом ці зобов'язання будуть рівноцінними тому, що виникає внаслідок виконання зобов'язання здійснити відчуження бізнесу/майна. Спільною думкою серед науковців [24, 852; 12, 286; 5, 15] є те, що складність зобов'язань надати доступ полягає в їх довготривалості та мож-

ливості контролювати виконання. Хоча П. Папандрополос та А. Тайана вважають, що загальне твердження про те, що поведінкові зобов'язання складніше виконувати та дорого контролювати, не обов'язково є правильним [20, 449], тому що можливість третіх осіб звернутися із скаргою на дії учасників концентрації відіграє надзвичайно важливу роль в процесі контролю за виконанням поведінкових зобов'язань.

Таким чином, як структурним, так і поведінковим зобов'язанням властиві свої переваги і недоліки. Тому найбільш ефективний пакет зобов'язань — це той, який складається як із структурних, так і поведінкових зобов'язань.

Висновок

Нове Повідомлення є більш деталізованим, в порівнянні із попереднім. Воно вносить значні зміни до таких основних аспек-

тів, що стосуються процесу формулювання та надання умовних дозволів, як: тест для визначення сумісності концентрації з відповідним ринком; питання про те, хто саме може формулювати та пропонувати умови/зобов'язання; принципи прийнятності зобов'язань тощо. Крім того, чітко прописуються особливості двох основних груп зобов'язань — структурних та поведінкових. І нарешті, значно збільшується рівень співпраці між учасниками концентрації та Комісією ЄС в процесі формулювання та виконання зобов'язань. Прийняття деталізованих правил про умовне схвалення концентрації в Україні, з урахуванням основних моментів нового Повідомлення Комісії ЄС, створило б певну систему критеріїв оцінки зобов'язань в процесі умовного схвалення концентрації, що значно б полегшило роботу як самих учасників концентрації, так і АМКУ.

Список літератури:

1. Про захист економічної конкуренції: станом на 7 травня 2009 р. Закон України № 2210-III. — К.: Відомості Верховної Ради України, 2001. — № 12.
2. Про порядок подання заяв до Антимонопольного комітету України про попереднє отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання: за станом на 25.01.2008 р. Положення, Розпорядження N 33-р. / Антимонопольний комітет України. — К.: Офіційний вісник України, 2002. — № 13.
3. *ARD v Commission, Case T-158/00*. — 2003. — Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000A0158:EN:HTML>
4. *Aribaud J-L. Summary of the most important recent developments // EC Competition Policy Newsletter*. — 1997. — Vol. 3, No 2. — Режим доступу: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1997_040_en.html
5. *Blanke G. The Use and Utility of International Arbitration in the EC Commission Merger Remedies*. — Europa Law Publishing, Groningen. — 2006.
6. *Boeing/McDonnell-Douglas, Case IV/M.877*. — 1997. — Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997D0816:EN:HTML>
7. *Comments on the EC's Draft Notice on remedies acceptable under Council Regulation No 139/2004 and under Commission Regulation No 802/2004 / International Chamber of Commerce*. — 2004. — Режим доступу: http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/icc.pdf
8. *Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004*. — Official Journal of the European Union. — 2008. — C 267/11.
9. *Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98*. — Official Journal of the European Union. — 2001. — C 68.

10. Commission Regulation (EC) No 802/2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings. — Official Journal of the European Union. — 2004. — L 133.
11. Commission v Tetra Laval, Case C-12/03. — 2005. — Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003J0012:EN:HTML>
12. Cook C.J. EC Merger Control. Fourth Edition / C.J.Cook, C.S. Kerse. — London: Sweet & Maxwell, 2005.
13. Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings. — Official Journal of the European Union. — 2004. — L 24.
14. Ezrachi A. Behavioural Remedies in EC Merger Control: Scope and Limitations. — World Competition, 2006. — No. 29(3).
15. Korah V. An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice. Ninth Edition. — Oregon: Hart Publishing, Oxford and Portland, 2007.
16. Massimo M. Merger remedies in the European Union: an overview. — Antitrust Bulletin, 2007. — Vol. 52. — p. 603-632.
17. Merger Remedies Review Project. Report for the fourth ICN annual conference, June 2005. — Bonn, International Competition Network, ICN Merger Working Group, Analytical Framework Subgroup. — Режим доступу: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc323.pdf>
18. Merger Remedies Study, Public version. /European Commission, 2005. — Режим доступу: http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf
19. Monti G. The New Substantive Test in the EC Merger Regulation Bridging the Gap Between Economics and Law? — LSE Law, Society and Economy Working Papers, London School of Economics and Political Science Law Department. — 2008. — Режим доступу: <http://ssrn.com/abstract=1153661>
20. Papandropoulos P. The Merger Remedy Study — In Divestiture We Trust? / P. Papandropoulos, A. Tajana. — European Competition Law Review, 2006. — p. 443 — 454.
21. Sony/BMG, Case COMP/M.3333. — 2008. — Режим доступу: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3333_20040719_590_en.pdf
22. T.Mobile Austria/Tele.ring, Case M.3916. — 2005. — Режим доступу: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3916_20060426_20600_en.pdf
23. Wong S. Merger Remedies — Lessons from the Ireland and the EC. / Symposium «Remedies in Merger Control,» 17 June 2009, Istanbul. — Режим доступу: <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/Egitim/2Wong.ppt#263,1,Merger Remedies>
24. Wish R. Competition Law. Fifth Edition. — UK: Lexis Nexis, 2003.

РЕЗЮМЕ

В работе исследуется вопрос особенностей условного одобрения Комиссией ЕС концентраций предприятий согласно с новым Уведомлением Комиссии ЕС «Об условиях и требованиях в условных разрешениях на концентрацию». В Украине, кроме общего упоминания в Законе «О защите экономической конкуренции», не существует специальных положений, инструкций либо объяснений, касающихся условных разрешений на концентрацию, несмотря на то, что Украина достигла значительных успехов в процессе гармонизации своего антимонопольного законодательства с правом ЕС. Поэтому обзор и анализ основных изменений процедуры предоставления условных разрешений на концентрацию в ЕС может стать шагом навстречу для разработки и принятия соответствующих правил в Украине, что, безусловно, позитивно скажется на контроле за концентрациями.

SUMMARY

This paper presents an overview of the particularities of granting the conditional approvals for the concentrations in the European Union under the modernized Notice of the European Commission on Merger Remedies. The legislation of Ukraine, apart from the general reference to the possibility of obtaining the conditional clearance for the concentration in the Law of Ukraine «On protection of economic competition», lacks the detailed provisions on merger remedies, despite the fact that it has been rather successful in harmonizing its competition law to the EU rules. The paper suggests that Ukraine should adopt its rules on merger remedies especially considering Ukraine's policy towards the EU integration and in order to increase transparency and certainty of the business parties.

*Рекомендовано кафедрою прав людини, міжнародного
та європейського права*

Подано 26.02.10.