

СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ПРАВОВЫХ НОРМ РЕГУЛИРОВАНИЯ ВЕРТИКАЛЬНЫХ ОГРАНИЧИВАЮЩИХ СОГЛАШЕНИЙ

АГАМИРОВА МАРИЯ ЕВГЕНЬЕВНА,

*кандидат экономических наук, старший преподаватель,
Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», г. Москва,
e-mail: magamirova@gmail.com, magamirova@hse.ru*

Сопоставление норм регулирования вертикальных ограничивающих соглашений (ВОС) в США, ЕС и РФ осложняется их принадлежностью к различным семействам права. А именно, законодательная система США относится к семейству общего права (англ. common law), в то время как в ЕС и РФ действует семейство гражданского права (англ. civil law).

Исторически сложилось так, что страны, которые в прошлом были колониями Великобритании (США, Канада, Индия, Австралия), преимущественно стали продолжать традиции англо-саксонской правовой системы. В континентальной Европе, а соответственно и в тех странах, которые прежде были колониями Франции, Дании, Германии, Испании и Португалии, доминирует система гражданского права, отдельно к этому перечню стоит отнести Россию и Японию. Системы общего и гражданского права существенно различаются в том, каким образом происходит процесс внедрения нововведений в практику правоприменения. В системе общего права решающую роль играет прецедент, соответственно, в США судья играет активную роль при судебном разбирательстве сторон, он, по сути, выступает арбитром. Прецедентное право – это открытая, развивающаяся на основе социальных фактов система процессуальных инструментов.

В отличие от общего права концепция гражданского права для стран ЕС предполагает существование детализированной системы норм и принципов, четко определяющих процесс регулирования той или иной сферы правоприменения. Каждая правовая система определяет свои особенности практики регулирования ВОС.

Помимо принадлежности США, ЕС и РФ к разным семействам права, различаются время и обстоятельства становления и развития антимонопольной системы в этих регионах, а также влияние экономической теории, что, несомненно, не могло не сказаться на процессе формирования режимов регулирования вертикальных ограничивающих соглашений в этих странах.

Ключевые слова: вертикальные ограничивающие соглашения; антитраст; закон Шермана; Руководство по регулированию вертикальных ограничений в странах ЕС; семейство общего права, семейство гражданского права.

THE COMPARATIVE ANALYSIS OF VERTICAL RESTRAINTS REGULATION

MARIA E. AGAMIROVA,

*National Research University - Higher School of Economics, Moscow,
e-mail: magamirova@gmail.com, magamirova@hse.ru*

Comparison the way of vertical restraints regulation in the United States, the European Union and the Russian Federation is the subject to certain difficulties arising from their belonging to different types of legal system. The United States legal system belongs to the family of common law, while in the European Union and the Russian Federation operates a family of civil law.

Historically, the countries that were colonies of Great Britain (the US, Canada, India, Australia) steel continue the tradition of the Anglo-Saxon legal system. The civil law system dominates in Continental Europe and, consequently, in those countries that were formerly colonies of France, Denmark, Germany, Spain and Portugal. Separately to this list should include Russia and Japan.

Common and civil law systems differ significantly. The common law system is characterized by a decisive role of precedents. This fact explains that in the United States the judge acts as arbiter. In contrast, the European Union civil law concept implies the existence of detailed system of rules and principles, clearly defining the regulation process for every specific area of law enforcement. Thus, every legal system determines its own peculiarities practice of vertical restraints regulation.

Considering the differences of vertical restraints regulation the attention should paid not only the type of the country legal system, but also the interaction between the economic theory and the antitrust law, because the theoretical analysis played a crucial role in the regulation norms evolution.

Keywords: *antitrust, vertical restraints, Sherman antitrust act, Guidelines on vertical restraints, common law, civil law.*

JEL: *L40, L42.*

Вопрос, касающийся анализа взаимосвязи развития экономической теории и изменения норм антимонопольного регулирования, до сих пор является одним из самых обсуждаемых в экономической теории. Несомненно, развитие экономической теории оказывает воздействие на практику правоприменения. Однако это влияние носит не столь прямолинейный характер, как может показаться на первый взгляд, особенно если обратиться к рассмотрению вертикальных ограничивающих соглашений (Агамирова и Дзагурова, 2014а). В частности, различается между собой само понимание вертикальных ограничений в правовом аспекте и в экономической теории.

В целом можно говорить о том, что именно в США в начале XX века начинают формироваться теоретические подходы к объяснению контр- и проконкурентных последствий применения ВОС, помимо этого США занимают лидирующие позиции при внесении изменений в режим регулирования ВОС. При этом принимаемые судами решения обладают особой значимостью в свете прецедентного характера правовой системы США, что представляет собой важное отличие от Европейских принципов регулирования ВОС, во многом меняющихся вслед за американскими законодательными нормами, но при этом вобравшие в себя идеи представителей Австрийской школы. Однако даже в конце 80-х годов XX века Оливер Уильямсон указывал на «отсутствие единого, разделяемого всеми экономистами мнения относительно характера воздействия, оказываемого на конкурентную среду в результате заключения сторонами ВОС» (Williamson, 1987. P.123).

Первая половина XX века характеризуется господством в экономической теории преимущественно негативной оценки ВОС, как инструмента ограничения конкуренции, что являлось отражением взглядов представителей Гарвардской школы. Прежде всего, речь шла о рассмотрении ВОС через призму горизонтальных взаимодействий, то есть как способа, облегчающего сговор между участниками рынка (Mason, 1949, Hovenkamp, 2010). Определенным изменениям эта оценка ВОС подверглась в результате появления большого количество работ, авторы которых делали акцент на проконкурентных эффектах и повышении эффективности вертикальных взаимодействий, достигаемых в результате применения как ценовых, так и неценовых форм ВОС.

Первыми, кто попытался учесть позитивное влияние ВОС, были представители Чикагской школы в 50-60-х гг. XX века. Ими было продемонстрировано, что применение ВОС способствует устранению двойной надбавки, они также обратили внимание на то обстоятельство, что данный вид соглашений может способствовать активизации межбрендовой конкуренции (*Spengler, 1950; Telser, 1960; Мэтьюсон и Уинтер, 2003*). А именно, определенным изменениям подверглась трактовка мотивов, которыми руководствуются поставщики, фиксируя минимальную цену перепродажи. В 1960 году Лестер Телсер продемонстрировал в своей работе, что гарантированный уровень цены снижает степень неопределенности относительно ценовой политики дилеров-фрирайдеров и способствует перераспределению стимулов в сторону неценовых методов конкуренции (*Телсер, 2003. С. 247-249*). А именно, дилеры были заинтересованы прилагать дополнительные усилия по продвижению товара, например, проведение различных рекламных кампаний, обучение персонала, консультирующего конечного потребителя, предоставление бесплатной доставки, гарантий, ремонта и др. Впрочем, отдельные попытки объяснить положительное влияние такой меры, как фиксация цены перепродажи, предпринимались и в более ранний период, предшествующий развитию идей Чикагского направления. По сути, впервые проконкурентное влияние подобных мер было подчеркнуто в (*Silcock, 1938*). А именно, по мнению автора, установление цены перепродажи способствовало увеличению количества предоставляемых потребителям услуг.

Наряду с ценовыми ВОС сходную интерпретацию получили и некоторые разновидности неценовых ВОС. Это, прежде всего, касается применения рассмотренных ранее в 1950 году Джозефом Спенглером нелинейных форм ценообразования, позволяющих решить проблему двойной надбавки за счет интернализации вертикальных эффектов. В дальнейшем уже в середине 80-х гг. этот подход был серьезно дополнен в работах Ральфа Уинтера и Фрэнка Мэтьюсона, признавших, что проблема двойной надбавки может быть полностью решена путем установления двухставочного тарифа лишь в совокупности с фиксацией минимальной цены перепродажи, либо закреплением эксклюзивных территорий (*Spengler, 1950; Mathewson and Winter, 1987; 1998; O'Brien, 2008*). Ральф Уинтер и Фрэнк Мэтьюсон в рамках своего комплексного анализа ВОС подчеркнули, что «при некоторых условиях ограничение розничных цен и территориальные ограничения являются заменителями; любой из этих двух инструментов может быть использован производителем для достижения желаемого, максимизирующего прибыль равновесия, при этом обеспечивая стимулы для предоставления эффективного уровня дополнительных сервисных услуг» (*Мэтьюсон и Уинтер, 2003*).

В дальнейшем целесообразность применения неценовых ВОС стала достаточно активно рассматриваться с позиции создания стимулов для дилеров по предоставлению различного рода пред- и постпродажных услуг¹. Большое количество теоретических исследований, посвященных рассмотрению ВОС с позиции стимулирования неценовых форм конкуренции пришлось на 80-90-е гг. XX века (*Sherer 1983; Marvel and McCafferty, 1984; Comanor and French, 1985; Rey and Tirole, 1986; Caillaud and Rey, 1987; Rey and Stiglitz, 1995; Steiner, 2004; Hovenkamp, 2005; Marvel, 2010*). Стоит отметить, что неценовые ВОС в американском антимонопольном практике к тому моменту уже рассматривались в соответствии с правилом *rule of reason*, согласно прецеденту, созданному в деле *Sylvania* (1977)².

¹ При этом предполагалось, что подобного рода услуги могут быть измерены в натуральных единицах, например, как количество рекламных сообщений, время сотрудников, потраченное на обучение и предоставление предпродажной информации. Если необходимо агрегирование величин с разными единицами измерения, усилия по продвижению продукта могут быть измерены непосредственно в денежном эквиваленте. Усилия по продвижению продукта оказывают воздействие на спрос не только в текущем, но и в последующих периодах. Это влияние уменьшается со временем. Таким образом, предполагается, что у розничного торговца создается некоторая репутация.

² *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977). Available from: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/>

В дальнейшем Патрик Рей и Джозеф Стиглиц в качестве аргумента, оправдывающего применение исключительных территорий, приводят наличие у товара таких характеристик, как высокое качество, сложность технической конструкции, а также принадлежность товара к люкс-категории. «В случае применения системы франчайзинга закрепление исключительных территорий за дилером или дистрибьютором обеспечивает возможность достижения более устойчивой репутации продавца качественного товара за счет наращивания усилий по предоставлению квалифицированных информационных и сервисных услуг» (*Rey and Stiglitz, 1995. P. 446*).

Что касается рассмотрения вертикальных ограничений не только в отношении поставщиков, но и в отношении дилеров - Говард Марвел обратил внимание на то, что контракты эксклюзивного дилерства позволяют избежать оппортунистического поведения со стороны дилеров, уклоняющихся от оплаты значимых дополнительных услуг производителя, неотъемлемо связанных с продаваемыми изделиями, стимулирующих сбыт и усиление торговой марки (*Marvel, 1982; 2010; Авдашева и Дзагурова, 2010; Дзагурова и Авдашева, 2010; Агамирова и Дзагурова, 2014б*).

Несколько иначе рассматривалась роль ВОС в (*Klein and Murphy, 1988*). Именно, авторы критически подошли к анализу того, насколько ВОС способны непосредственно преодолеть проблему «фрирайдерства». В частности, при установлении минимальной цены перепродажи, как инструмента преодоления «фрирайдерства» в отсутствие ценовой конкуренции и сугубо за счет неценовых методов конкурентной борьбы, что способствует обеспечению эффективного объема предпродажных услуг, если «предоставление этих услуг является единственной областью неценовой конкуренции дилеров», что представляется авторам крайне нереалистичным (*Klein and Murphy, 1988. P. 266*). Клейн также, придерживаясь этой концепции, критикует аргументацию суда по делу *Leegin*³, построенной на рассмотрении решения проблемы «фрирайдерства» за счет установления минимальной цены перепродажи (*Klein, 2009*). Напомним, что решение по этому судебному разбирательству стало прецедентным и сделало возможным рассмотрение установления минимальной цены перепродажи в соответствии с правилом «взвешенного подхода».

Дальнейшее развитие этих подходов, дополняющих прежние теоретические концепции и предлагающие свои объяснения того, почему заключение ВОС может иметь наряду с негативными и сугубо позитивные последствия, в основном происходит в русле новой институциональной экономической теории, возникновению которой положили работы Рональда Коуза и Оливера Уильямсона (*Coase, 1937; Williamson, 1981; 1987*).

А именно, качественным отличием современных исследований является переход к рассмотрению ВОС как инструмента поддержания стимулов к так называемым «кооперативным специфическим инвестициям», которые были выделены в отдельное экономическое понятие лишь в самом конце XX века (*Che and Hausch, 1999; Hart, 2011; Дзагурова и Агамирова, 2014*). С одной стороны, это позволяет по-новому взглянуть на описанную выше концепцию, касающуюся предоставления различных сервисных услуг, рассмотрев их как форму специфических инвестиций, а с другой – предложить новые концепции, убедительно объясняющие проконкурентные последствия ВОС, что является крайне актуальным в рамках использования метода «взвешенного подхода».

В частности, перспективным является анализ ВОС с учетом их множественной интерпретации. Речь идет о том, что наряду с традиционной трактовкой этих соглашений как договоренностей, достигнутых в результате давления одной стороны на другую, следует иметь в виду и иное объяснение

³ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc, DBA Kay's Kloset...Kays' Shoes, 551 U.S. 877 (2007)*. Available from: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/06-480/>

перераспределения контроля, происходящего в результате заключения ВОС. А именно, оно может носить сугубо добровольный характер, т.е. ВОС может интерпретироваться как элемент сигнализирующей активности фирмы, стремящейся обеспечить партнеру более благоприятные условия (т.е. стимулы) для осуществления специфических инвестиций (*Дзагурова, 2016*).

Тем самым с позиций новой институциональной экономической теории запрет ВОС, вопреки распространенной ранее точки зрения, напротив, может привести к созданию благоприятных условий для ограничения конкуренции, способствуя росту барьеров входа в результате увеличения степени вертикальной интегрированности компаний. Таким образом, различие норм регулирования ВОС в США, ЕС и РФ обусловлено не только их принадлежностью к тому или иному семейству права, но и развитием теоретической базы, способной дать экономически обоснованную оценку целесообразности применения ВОС (*Агамирова и Дзагурова, 2014а*)

1. Сопоставление правовых режимов регулирования вертикальных ограничивающих соглашений в США и ЕС

Как в США, так и в ЕС признается необходимость разграничения горизонтальных и вертикальных соглашений в практике правоприменения.

Горизонтальные соглашения заключаются фирмами, которые являются прямыми конкурентами при продаже своей продукции, или покупке факторов производства, т.е. это фирмы, функционирующие на одном уровне производственно-сбытовой цепи. В большинстве случаев горизонтальные соглашения рассматриваются как инструмент подавления конкуренции. При этом наиболее опасными полагаются горизонтальные соглашения по поводу ограничения объемов выпуска, уровня устанавливаемых цен, соглашений о территориальном делении сфер влияния, а также картельные соглашения. В частности, в странах ЕС, согласно положениям статьи 101(1) Лиссабонского договора о функционировании Европейского Союза, подобные соглашения имеют статус незаконных *per se*. Тем не менее антимонопольные режимы регулирования в США и ЕС предполагают в некоторых ситуациях рассмотрение подобного рода горизонтальных соглашений с использованием «взвешенного подхода». Речь идет о ситуациях, когда негативные последствия применения горизонтальных соглашений сопровождаются возникновением явно выраженных положительных эффектов, а именно снижением общих издержек, улучшением качества продукта, увеличением степени доступности информации, снижением риска, что можно охарактеризовать как общее повышение уровня эффективности горизонтального взаимодействия партнеров⁴.

Вертикальные соглашения заключаются между компаниями, стоящими на разных уровнях производственно-сбытовой цепи. За последнее десятилетие однозначно негативная оценка вертикальных соглашений, как инструмента ограничения конкуренции, сменилась осознанием тех позитивных последствий, которые ВОС могут иметь для повышения эффективности вертикальных взаимодействий. Кроме того, воздействие вертикальных ограничений на конкуренцию носит не прямой, а скорее косвенный характер. Предполагается, что снижая внутривидовую конкуренцию, ВОС, напротив, стимулируют конкуренцию между брендами.

Следует подчеркнуть, что даже в тех случаях, когда поставщик и дилер выступают в качестве конкурентов (поставщик не только перепродает свою продукцию дилерам, но и сам представлен на этом рынке), поставщик и покупатель могут конкурировать между собой при перепродаже товара, данное соглашение, будет рассматриваться согласно нормам антимонопольного регулирования ЕС как вертикальное⁵.

⁴ Commission Regulation (EU) No 330/2010 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, OJ L 102, 4/23/2010. (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0330&from=EN>).

⁵ Commission Regulation (EU) No 330/2010 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, OJ L 102, 4/23/2010 Article 2, part 4. (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0330&from=EN>).

Наряду с принадлежностью к разным семействам права различия режимов регулирования ВОС в США и ЕС обусловлены и формулировкой целей, стоящих перед антимонопольными органами в этих странах. В США при анализе ВОС в первую очередь внимание антимонопольных органов уделяется тому, не способствует ли применение вертикальных соглашений ограничению конкуренции или сокращению уровня общественного благосостояния. Наряду с этим в ЕС важной задачей является создание интегрированного рынка, и поэтому ВОС анализируются еще и с той точки зрения, не препятствуют ли они этому процессу.

В США регулирование вертикальных соглашений регламентируется в соответствии с положениями закона Шермана, принятого в 1890 году. Согласно закону Шермана, под запрет попадают действия как одностороннего, так и многостороннего характера, к числу которых, вообще говоря, могут быть отнесены как горизонтальные, так и вертикальные соглашения. В соответствии с первой статьей закона Шермана регулируются только многосторонние формы взаимодействия участников рынка. В свою очередь эти взаимодействия делятся на следующие виды: «контракты, объединения и тайные сговоры по ограничению торговли». По сути, правительством США не было проведено граней между этими формами взаимодействия, и в той или иной степени к ним применимо понятие «соглашение». Таким образом, соглашения, направленные на ограничение свободы торговли и коммерции, согласно закону Шермана, признаются незаконными, если только заключение подобного рода соглашений не относится к «разумной» практике (англ. *reasonable*), как это было установлено судом в деле *Trans-Missouri*⁶.

Вторая статья закона Шермана касается действий участников рынка, осуществляемых как в одностороннем, так и в многостороннем порядке. При этом под действиями, осуществляемыми фирмой в одностороннем порядке, понимается «монополизация и попытки тайного сговора, ведущего к монополизации». Взаимодействия многостороннего характера предполагают, что «лицо находится во взаимоотношении, тайном сговоре с другим лицом или лицами». Эта формулировка включает также все виды многосторонних взаимоотношений, описанных в первой статье закона Шермана. В рамках второй статьи закона Шермана признается незаконным именно процесс монополизации, а не ситуация сложившейся монополии. При этом, как было установлено судом в деле *Standart Oil* в 1911 году, последствия от такого рода действий должны носить действительно пагубный характер для того, чтобы расцениваться в качестве незаконных⁷.

Признание ВОС незаконными, согласно второй статье закона Шермана, достаточно редкое, но возможное явление. К примеру, фирма-производитель может занять монопольное положение на рынке в результате ограничения конкуренции среди своих дистрибьюторов и дилеров. Таким образом, монополист, используя вертикальные соглашения, может создавать барьеры входа на рынок новых фирм. Опасаясь разрыва взаимоотношений, дистрибьютор (дилер) вынужден выполнять требования производителя, занимающего монопольное положение на рынке. В первой статье закона Шермана признаются незаконными соглашения между дистрибьюторами (дилерами) и производителем, являющимся монополистом на своем уровне технологической цепи, которые способствуют ограничению торговли. Но, по сути, здесь идет речь о добровольном двустороннем взаимодействии, в данном примере же дистрибьюторы осуществляют свою деятельность под давлением. В этой связи возникает вопрос о том, согласно какой (первой или второй) статье закона Шермана должна рассматриваться данная ситуация?

В практике судебных разбирательств может применяться как первая, так и вторая статьи закона Шермана, учитывая прецедентный характер права, все зависит от позиции, которую занимает суд в каждой конкретной ситуации⁸.

⁶ United States v. *Trans-Missouri Freight Assn.*, 166 U.S.290 (1897).

⁷ *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

⁸ *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.*, 495 U.S. 328 (1990), Статья 1 закона Шермана; *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir.), cert. denied, 534 U.S. 952 (2001), Статья 2 закона Шермана.

Переходя к обсуждению особенностей регулирования ВОС в ЕС, следует отметить, что так же, как и в случае горизонтальных соглашений, статья 101(1) Лиссабонского договора о функционировании Европейского Союза запрещает вертикальные соглашения между участниками, заключение которых способно нанести вред конкуренции, а статья 101(3) этого договора содержит исключения тех случаев, в которых положительное воздействие от применения ВОС превосходит их антиконкурентные последствия. В ЕС практика применения ценовых ВОС (за исключением разрешенных, таких как максимальная и рекомендованная цена перепродажи) является запрещенной. В настоящее время это является значимым отличием от американской системы антимонопольного регулирования. Что касается неценовых ВОС, то режим их регулирования был либерализован после судебного разбирательства по делу *Pronuptia de Paris GmbH v. Irmgard Schillgalis*, Case 161/84 (1986)⁹.

В ЕС процесс пересмотра норм регулирования вертикальных соглашений, в сторону их смягчения начался лишь в 1997 году, с принятия так называемого «Зеленого списка мер регулирования ВОС» (англ. *Green paper on vertical restraints*)¹⁰. Затем в 2000 году были приняты *Vertical Block Exemption Regulation*¹¹ и сопровождающие этот документ *Guidelines on vertical restraints*¹², после этого в 2002 году в ЕС было выделено в отдельную сферу регулирование ВОС в автомобильной отрасли¹³, обновленное в 2010 году¹⁴, и регулирование ВОС, касающееся передачи интеллектуальной собственности в 2004¹⁵. В 2010 году вступила в силу новая редакция *Vertical Block Exemption Regulation*¹⁶, рассчитанная на ближайшие 10 лет. В сопровождающих этот документ *Guidelines on vertical restraints*¹⁷ отражены основные значимые изменения, касающиеся включения целого раздела, посвященного регулированию интернет-торговли, что представляет собой первую попытку определения режима регулирования такого рода соглашений.

Согласно этому документу вертикальные ограничения признаются допустимыми, если рыночная доля фирмы не превышает 30%. Лишь некоторые разновидности ВОС признаются особо опасными (*hardcore restrictions*), а именно, фиксация или установление минимальной цены перепродажи и некоторые виды территориальных ограничений. Впрочем, и они не считаются недопустимыми *per se* и фирмы, которые применяют подобного рода вертикальные ограничения, могут получить от антимонопольных органов соответствующее разрешение, если им удастся привести убедительные доводы в пользу того, что положительные эффекты от заключения ВОС перевешивают негативные.

⁹ *Pronuptia de Paris GmbH v. Irmgard Schillgalis*, Case 161/84 (1986). (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984J0161:EN:HTML>).

¹⁰ *Green paper on vertical restraints in EC competition policy*. (http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com96_721_en.pdf).

¹¹ *Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices*. (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:336:0021:0025:EN:PDF>).

¹² *Commission notice - Guidelines on Vertical Restraints*, Official Journal C 291, 13.10.2000, p. 1-44. ([http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000Y1013\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000Y1013(01)&from=EN)).

¹³ *Commission Regulation (EC) No 1400/2002 of 31 July 2002 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector*. (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:203:0030:0041:en:PDF>).

¹⁴ *Commission Regulation (EU) No 461/2010 of 27 May 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 in the motor vehicle sector*. (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:129:0052:0057:EN:PDF>).

¹⁵ *Commission Regulation (EC) No 772/2004 of 7 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements*. (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:123:0011:0017:EN:PDF>). *Commission Notice - Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements* [Official Journal C 101 of 27.4.2004]. ([http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0427\(01\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004XC0427(01):EN:NOT)).

¹⁶ *Commission Regulation (EU) No 330/2010 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*, OJ L 102, 4/23/2010. (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R0330&from=EN>).

¹⁷ *Guidelines on Vertical Restraints*. (http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/guidelines_vertical_en.pdf).

Если рыночная доля фирмы превышает пороговое значение 30%, решение о допустимости ВОС принимается в соответствии с правилом «взвешенного подхода», то есть при сопоставлении сопутствующих выгод и потерь.

2. Правовые нормы регулирования вертикальных ограничивающих соглашений в РФ

Переходя к обсуждению режима регулирования ВОС в РФ, необходимо отметить его схожесть с европейскими нормами регулирования ВОС. Подобно статье 101 Лиссабонского договора о функционировании Европейского Союза в ФЗ № 135 «О защите конкуренции» прописаны нормы регулирования вертикальных соглашений. В частности, вертикальные ограничения регулируются статьями 4, 11, 12, 13 Федерального закона - № 135-ФЗ «О защите конкуренции». Аналогом европейского регламента № 330/2010 (Vertical Block Exemption Regulation) является постановление Правительства РФ № 583 «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами» от 16 июля 2009 года. Следует учитывать то, что в антимонопольном законодательстве РФ принято оперировать термином «вертикальные соглашения», подразумевая под ними именно ВОС. Данная оговорка необходима, поскольку существуют серьезные различия между двумя этими понятиями: вертикальные ограничения всегда могут быть представлены в форме вертикального соглашения, но при этом сами вертикальные соглашения не всегда являются вертикальными ограничениями (*Шаститко, Федулова и Яковлева, 2010. С. 43*).

Близость к европейским нормам регулирования ВОС стала более очевидной благодаря изменениям, внесенным в закон «О защите конкуренции» в последние годы, согласно которым вертикальные соглашения, прежде признававшиеся незаконными *per se*, будут рассматриваться в соответствии с правилом «взвешенного подхода». А именно, речь идет о соглашениях, условиями которых так или иначе предусмотрена фиксация цены перепродажи, и о соглашениях, содержащих запрет на реализацию покупателем товаров, которые являются взаимозаменяемыми с товаром, непосредственно приобретаемым в рамках соглашения с поставщиком.

Помимо постановления Правительства РФ № 583 «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами» допустимость ВОС прописана также и в самом Федеральном законе - № 135-ФЗ «О защите конкуренции», что является отличием от ЕС.

В частности, согласно статье 12 Федерального закона - № 135-ФЗ «О защите конкуренции», правомерным признается заключение вертикальных соглашений между хозяйствующими субъектами при условии, что доля каждого из них на любом товарном рынке не превышает 20%. Это условие напоминает принятое в ЕС правило *de minimis* в отношении ВОС. Согласно этому правилу, заключение ВОС между не конкурирующими друг с другом хозяйствующими субъектами признаются Еврокомиссией допустимыми при совокупной рыночной доле участников, не превышающей 15%, так как воздействие на конкуренцию при таком значении совокупной рыночной доли участников соглашения считается малозначительным.

Наконец, часть 1 статьи 13 Федерального закона - № 135-ФЗ «О защите конкуренции» определяет, что допустимыми могут быть признаны иные ВОС, которые запрещены частью 2 статьи 11, если такие соглашения соответствуют критериям, установленным в статье 13. К допустимым вертикальным соглашениям относятся соглашения, которые не способствуют наложению таких ограничений на его участников и третьих сторон, которые не соответствуют достижению целей самого соглашения. Кроме того, к этой категории отнесены вертикальные соглашения, заключение которых приводит к «совершенствованию производства, реализации товаров или стимулирование технического, экономического прогресса либо повышение конкурентоспособности товаров российского производства на мировом товарном рынке» или применение такого рода соглашений обеспечивает

«получение покупателями преимуществ (выгод), соразмерных преимуществам (выгодам), полученным хозяйствующими субъектами в результате действий (бездействия), соглашений и согласованных действий, сделок»¹⁸.

Предусмотренные в российском антимонопольном законодательстве критерии оценки вертикальных соглашений на предмет их допустимости копируют аналогичные критерии, установленные статьей 101(3) Лиссабонского договора о функционировании Европейского Союза.

В соответствии с изданными российским Правительством общими исключениями в отношении ВОС¹⁹ правомерным может быть признано вертикальное соглашение, если одновременно выполняются следующие условия в отношении участников:

- доля продавца на рынке, выступающего в качестве стороны соглашения, не должна превышать 35% при условии, что он реализует свой товар двум и более покупателям, либо единственному покупателю, доля которого на рынке не превышает пороговое значение 35%;
- стороны соглашения не должны конкурировать между собой на том уровне технологической цепи, на котором оперирует покупатель;
- покупатель не является производителем товаров-заменителей продукции поставщика²⁰;

При этом в данном документе приведен перечень пунктов, согласно которым заключение вертикального соглашения не является правомерным даже при выполнении указанных условий. К данным требованиям относятся:

- условия соглашения не должны ограничивать возможность покупателя самостоятельно определять цену перепродажи товара;
- условия соглашения не должны содержать отказ покупателя продавать товар на какой-либо географической территории;
- условия соглашения не должны ограничивать способность продавца продавать товар розничным покупателям, если он является запасной частью или компонентом производимого покупателем изделия, а также продавать такой товар специализированным ремонтным или обслуживающим организациям, в том числе организациям, которые не уполномочены покупателем на ремонт и обслуживание производимых им изделий;
- соглашение не должно содержать условий, обязывающих покупателя приобретать у продавца такое количество товара, которое составляет более 50 % (в стоимостном выражении) товаров (в том числе товаров-заменителей), приобретаемых покупателем за год;
- соглашение не должно содержать условий, обязывающих покупателя включать в договор о последующей продаже товара условия, запрещающие перепродажу товара и пр²¹.

Однако общие исключения, содержащиеся в постановлении Правительства РФ, допускают включение в вертикальное соглашение отдельных элементов эксклюзивности, например:

- - соглашение, предусматривающее отказ покупателя продавать товар на какой-либо географической территории, может быть признано допустимым, если на такой территории продажи товара продавец осуществляет самостоятельно, либо их осуществляет иное лицо по договору с продавцом;

¹⁸ Федеральный закон Российской Федерации от 26.07.2006 г. № 135 - ФЗ «О защите конкуренции», ст. 13 часть 1 и 1.1. (<http://base.garant.ru/12148517/>).

¹⁹ Постановление Правительства РФ от 16 июля 2009 г. № 583 «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами». (<http://base.garant.ru/12168499/>).

²⁰ Постановление Правительства РФ от 16 июля 2009 г. № 583 «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами», пункт 1 «Общих исключений в отношении соглашений между покупателями и продавцами». (<http://base.garant.ru/12168499/>).

²¹ Постановление Правительства РФ от 16 июля 2009 г. № 583 «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами», пункт 2 «Общих исключений в отношении соглашений между покупателями и продавцами». (<http://base.garant.ru/12168499/>).

- соглашение, содержащее запрет, адресованный покупателю товара, производить, покупать и/или приобретать товар, который является взаимозаменяемым по отношению к товару, приобретаемому им в рамках соглашения, может быть признано допустимым, если покупатель товара осуществляет торговлю на земельном участке или в помещении, переданном ему продавцом.

Наконец, если в соглашении определена территория, в пределах которой только покупатель товара осуществляет его последующие продажи (исключительные продажи), такое соглашения обязательно должно содержать отказ покупателя заключать соглашения с продавцами товаров-заменителей.

Заключение

Несмотря на то, что российские нормы регулирования ВОС очень близки к европейским, они все же не являются в достаточной мере проработанными в сравнении с европейской правовой базой. Содержательно важные соображения упускаются из виду во имя упрощения норм регулирования. В частности, в российской практике правоприменения отсутствует аналог европейских Guidelines on vertical restraints, где в отличие от самого закона уделялось бы внимание не столько базовым разновидностям ВОС, сколько регулированию сложных комплексов вертикальных ограничений, представляющих собой по сути системы дистрибуции. К примеру, в РФ в законе «О защите конкуренции» нет понятия селективной дистрибуции или франчайзинга, поэтому отношения участников подобных систем дистрибуции просто не отражены, что, несомненно, можно охарактеризовать, как пробел в российском законодательстве. Все это тормозит формирование и развитие сетей дистрибуции ввиду неспособности законодательства дать объективную оценку деятельности участников подобных, содержащих комплекс ограничений вертикальных соглашений.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

Авдашева С. Б. и Дзагурова Н. Б. (2010). Вертикальные ограничивающие контракты и их интерпретация в антимонопольном законодательстве // *Вопросы экономики*, № 5, с. 110-122.

Агамирова М. Е. и Дзагурова Н. Б. (2014а). Стимулы для осуществления кооперативных специфических инвестиций: от судебных решений к теоретическому анализу // *Экономическая политика*, № 4, с. 79-97.

Агамирова М. Е. и Дзагурова Н. Б. (2014б) Подходы к классификации вертикальных ограничивающих соглашений // *Современная конкуренция*, № 6(48), с. 20-30.

Дзагурова Н. Б. (2012). Кооперативные инвестиции и причины недоинвестирования в специфические активы // *Российский журнал менеджмента*, Т. 10, № 4, с. 31-48.

Дзагурова Н. Б. (2016). Вертикальные ограничивающие соглашения как инструменты повышения привлекательности лотерей, сопряженных с осуществлением кооперативных специфических инвестиций // *Журнал институциональных исследований*, Т. 8, № 2, с. 25-37.

Дзагурова Н. Б. и Авдашева С. Б. (2010). Современные теоретические подходы к анализу эксклюзивных соглашений и законодательные нормы их регулирования // *Вопросы государственного и муниципального управления*, № 1, с. 69-88.

Дзагурова Н. Б. и Агамирова М. Е. (2014). Критерии разграничения эгоистических и кооперативных специфических инвестиций // *Журнал институциональных исследований*, Т. 6, № 4, с. 65-76.

Коуз Р. (1999). Природа фирмы // *Вехи экономической мысли. Теория потребительского поведения и спроса*. Т. 2. Под ред. В. М. Гальперина. СПб.: Экономическая школа.

- Мэтьюсон Г. Ф. и Уинтер Р. А. (2003). Экономическая теория вертикальных ограничений // *Вехи экономической мысли*, Т. 5. СПб.: Экономическая школа, с. 404–428.
- Телсер Л. Г. (2003) Зачем производителям справедливая торговля? // *Вехи экономической мысли*, Т. 5. СПб.: Экономическая школа, с. 247–279.
- Шаститко А. Е., Федулова А. А. и Яковлева Е. Ю. (2010). Регулирование вертикальных ограничений в России // *Экономическая политика*, № 5, с. 42-61.
- Caillaud B. and Rey P. (1987). A Note on Vertical Restraints with the Provision of Distribution Services. *Working Paper INSEE and MIT*.
- Comanor W. and French III. (1985). The Competitive Effects of Vertical Agreements // *American Economic Review*, no. 75, pp. 539-546.
- Che Y.-K. and Hausch D. B. (1999). Cooperative Investments and the Value of Contracting // *American Economic Review*, vol. 89, no. 1, pp. 125-147.
- Hart O. (2011). Noncontractible Investments and Reference Points // *NBER Working Paper*, 16929.
- Hildebrand D. (2009). The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules, pp. 1-596.
- Hovenkamp H. (2005). *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Harvard University Press, London. pp. 1-368.
- Hovenkamp H. (2010). Harvard, Chicago, and Transaction Cost Economics // *The Antitrust Bulletin*, no. 55(3), pp. 613-662.
- Klein B. (2009). Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free-Riding // *Antitrust Law Journal*, vol. 76, no. 2, pp. 431-481.
- Klein B. and Murphy K. (1988). Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms // *Journal of Law & Economics*, vol. 31, no. 2, pp. 265-297.
- Marvel H. (1982). Exclusive Dealing // *Journal of Law and Economics*, no. 25(1), pp. 1-25.
- Marvel H. (2010). Resale Price Maintenance and Resale Prices: Paying to Support Competition in the Market for Heavy Trucks // *Antitrust Bulletin*, no. 55, pp. 79-99.
- Marvel H. and McCafferty S. (1984). Resale Price Maintenance and Quality Certification // *Rand Journal of Economics*, no. 15(3), pp. 346-359.
- Mason E. S. (1949). The Current Status of the Monopoly Problem in the United States // *Harvard Law Review*, vol. 62, no. 8, pp. 1265-1285.
- Mathewson F. and Winter R. (1987). The Competitive Effects of Vertical Agreements: Comment // *American Economic Review*, no. 77, pp. 1057-1062.
- Mathewson F. and Winter R. (1998). The Law and Economics of Resale Price Maintenance // *Review of Industrial Organization*, no. 13, pp. 57-84.
- O'Brien D. (2008). The Antitrust Treatment of Vertical Restraints: Beyond the Possibility Theorems, in Report: The pros and cons of vertical restraints 40.
- Rey P. and Stiglitz J. (1995). The Role of Exclusive Territories in Producers' Competition // *Rand Journal of Economics*, no. 26, pp. 431-451.
- Rey P. and Tirole J. (1986). The Logic of Vertical Restraints // *The American Economic Review*, vol. 76, no. 5, pp. 921–939.
- Sherer F. (1983). The Economics of Vertical Restraints // *Antitrust Law Journal*, no. 52, pp. 687-707.
- Silcock T. (1938). Some Problems of Price Maintenance // *Economic Journal*, no. 48, pp. 42-51.
- Spengler J. (1950). Vertical Integration and Antitrust Policy // *Journal of Political Economy*, no. 53, pp. 347-352.
- Steiner R. L. (2004). Exclusive Dealing + Resale Price Maintenance: A Powerful Anticompetitive Combination // *Southwestern University Law Review*, vol. 33, pp. 468-475.
- Williamson O. (1981). The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach // *The American Journal of Sociology*, vol. 87, no. 3, pp. 548–577.

Williamson O. (1987). *Antitrust Economics: Mergers, Contracting, and Strategic Behavior*. Basil Blackwell. New York.

REFERENCES

- Avdasheva S. B. and Dzagurova N. B. (2010). Vertical restraints, the interpretation in antitrust law. *Voprosy Ekonomiki*, no. 5. pp. 110-122. (In Russian).
- Agamirova M. E., Dzagurova N. B. (2014a). Incentives for cooperative specific investments: from antitrust cases to theoretical approaches. *Economic Politics*, no. 4, pp. 79-97. (In Russian).
- Agamirova M. E. and Dzagurova N. B. (2014b). Types of Vertical restraints and their classification criteria. *Modern Competition*, no. 6(48), pp. 20-30. (In Russian).
- Caillaud B. and Rey P. (1987). A Note on Vertical Restraints with the Provision of Distribution Services. *Working Paper INSEE and MIT*.
- Che Y.-K. and Hausch D. B. (1999). Cooperative Investments and the Value of Contracting. *American Economic Review*, vol. 89, no. 1, pp. 125-147.
- Coase R. (1937). The Nature of the Firm. *Economica, New Series*, vol. 4, no. 16, pp. 386-405.
- Comanor W. and French III. (1985). The Competitive Effects of Vertical Agreements. *American Economic Review*, no. 75, pp. 539-546.
- Dzagurova N. B. (2012). Cooperative Investments and the Reasons for Underinvestment in Relationship-Specific Assets. *Russian Management Journal*, vol. 10, no. 4, pp. 31-48. (In Russian).
- Dzagurova N. B. (2016) Voluntary Vertical Restraints as Tools of Reducing Dealers' Risks Associated with Cooperative Relation-Specific Investments. *Journal of Institutional Studies*. vol. 8, no.2, pp. 25-37. (in Russian)
- Dzagurova N. B. and Avdasheva S. B. (2010). Modern theoretical approaches to the analysis of Exclusive Agreements and Legislative Norms of their Regulation. *Issues of government regulation and municipal management*, no. 1, pp. 69-88. (In Russian).
- Dzagurova N. B. and Agamirova M. E. (2014). Criteria for selfish and cooperative relation-specific investments distinction. *Journal of Institutional Studies*, vol. 6, no.4, pp. 65-76. (In Russian)
- Hart O. (2011). Noncontractible Investments and Reference Points. NBER Working Paper, 16929.
- Hildebrand D. (2009). The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules, pp. 1-546.
- Hovenkamp H. (2005). *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Harvard University Press, London, pp. 1-368.
- Hovenkamp H. (2010). Harvard, Chicago, and Transaction Cost Economics. *The Antitrust Bulletin*, no. 55(3), pp. 613-662.
- Klein B. (2009). Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free-Riding. *Antitrust Law Journal*, vol. 76, no. 2, pp. 431-481.
- Klein B. and Murphy K. (1988). Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms. *Journal of Law & Economics*, vol. 31, no. 2, pp. 265-297.
- Marvel H. (1982). Exclusive Dealing. *Journal of Law and Economics*, no. 25(1), pp. 1-25.
- Marvel H. and McCafferty S. (1984). Resale Price Maintenance and Quality Certification. *Rand Journal of Economics*, no. 15(3), pp. 346-359.
- Marvel H. (2010). Resale Price Maintenance and Resale Prices: Paying to Support Competition in the Market for Heavy Trucks. *Antitrust Bulletin*, no. 55, pp. 79-99;
- Mathewson F. and Winter R. (1987). The Competitive Effects of Vertical Agreements: Comment. *American Economic Review*, no. 77, pp. 1057-1062.
- Mathewson F. and Winter R. (1998). The Law and Economics of Resale Price Maintenance. *Review of Industrial Organization*, no. 13, pp. 57-84.
- O'Brien D. (2008). The Antitrust Treatment of Vertical Restraints: Beyond the Possibility Theorems, in Report: The pros and cons of vertical restraints 40.

- Rey P. and Stiglitz J.* (1995). The Role of Exclusive Territories in Producers' Competition // *Rand Journal of Economics*, no. 26, pp. 431-451.
- Rey P. and Tirole J.* (1986) The Logic of Vertical Restraints. *American Economic Review*. 1986. no 76. pp. 921-939;
- Sherer F.* (1983). The Economics of Vertical Restraints // *Antitrust Law Journal*, no. 52, pp. 687-707.
- Shastitko A. E., Fedulova A. A. and Yakovleva E. U.* (2010). The Regulation of Vertical Restraints In Russia. *Economic Politics*, no. 5, pp. 42-61. (In Russian).
- Silcock T.* (1938). Some Problems of Price Maintenance. *Economic Journal*, no. 48, pp. 42-51.
- Spengler J.* (1950). Vertical Integration and Antitrust Policy. *Journal of Political Economy*, no. 53, pp. 347-352.
- Steiner R. L.* (2004). Exclusive Dealing + Resale Price Maintenance: A Powerful Anticompetitive Combination. *Southwestern University Law Review*, vol. 33, pp. 468-475.
- Williamson O.* (1981). The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach. *The American Journal of Sociology*, vol. 87, no. 3, pp. 548-577.
- Williamson O.* (1987). *Antitrust Economics: Mergers, Contracting, and Strategic behavior*. Basil Blackwell. New York.