

серия науки

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

Монография

Ответственный редактор
доктор юридических наук М.А. Егорова

ЮСТИЦ  ИНФОРМ

Д. А. Петров
Мария Александровна Егорова

А. Ю. Кинёв

Андрей Владимирович Габов

Виктор Алексеевич Вайпан

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

Текст предоставлен правообладателем

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=20972373

*Экономическая концентрация: опыт экономико-правового исследования
рыночных и юридических конструкций: монография/отв. ред. доктор
юридических наук М.А. Егорова.: Юстицинформ; Москва; 2016
ISBN 978-5-7205-1332-0*

Аннотация

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.

Содержание

| | |
|---|----|
| Авторский коллектив | 9 |
| About the authors: | 11 |
| Список сокращений | 13 |
| Введение | 15 |
| Глава 1 | 25 |
| 1.1. Экономическое содержание категории «экономическая концентрация» | 25 |
| 1.1.1. Понятие «рыночная концентрация» в экономической науке | 25 |
| 1.1.2. Количественные экономические индексы рыночной концентрации | 29 |
| 1.1.3. Качественные экономические характеристики рыночной концентрации | 39 |
| 1.1.4. Соотношение понятий «рыночная концентрация» и «рыночная власть» | 45 |
| 1.1.5. Значение парадигмы «структура – поведение – эффективность» в оценке экономической концентрации | 52 |
| 1.2. Правовое содержание категории «экономическая концентрация» | 70 |
| 1.2.1. Содержание категории «экономическая концентрация» в российском законодательстве | 70 |

| | |
|--|-----|
| 1.2.1.1. Легитимная дефиниция понятия «экономическая концентрация» | 70 |
| 1.2.1.2. Легитимная дефиниция понятия «объект экономической концентрации» | 82 |
| 1.2.2. Понятие «экономическая концентрация» в ЕС | 89 |
| 1.2.2.1. Слияние | 91 |
| Конец ознакомительного фрагмента. | 101 |

**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, дирек-

тор 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. заведующей 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

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).

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, подпадающих 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

³ Дианов В., Егорушкин 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.

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 освещаются 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; соотно-

⁴ См., наир.: Конкурентное право России: учебник/ отв. ред. И.Ю. Артемьев, А.Г. Сушкевич. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2012; *Е[вгений] А[ндрей] С[тепанович] 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. Бакшинскас, Е.П. Губин и др.; отв. ред. И.С. Шиткина. 2-е изд., перераб. и доп. М: КНОРУС, 2015.

шение 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 пред-

ставляет 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 концентрацией 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 принята 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 РАН-ХиГС 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. Ча-

сти 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 избирательной 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.

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

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 призна-

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

⁸ Князева И.В. Указ. соч. С. 56, 94.

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

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

¹¹ Далее по тексту – «экономическая концентрация».

ки 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.

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*).

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

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 рыноч-

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.

ных 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.

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, измеряет-

ся 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 относительно неравенства занимаемых ими рыночных долей.

Комплексный анализ всей совокупности использующихся 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 величине 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 необхо-

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

димось проведение 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 то-

варов (продукции) в границах релевантного рынка.

Таблица 1. Количественные индексы экономической концентрации

| 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 Херфиндала-Хиршмана (HHI) | Абсолютный | Суммарный | 1. Количество субъектов 2. Доля рынка 3. Прямо пропорционален уровню концентрации |
| Коэффициент Холда-Тайлмана (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 недостоверно |
| 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 НН1 | 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 недостоверно |

| 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 (b^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 абсолют-

ные суммарные коэффициенты, такие как ННІ 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 пря-

мых 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 пред-

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

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

В модели «пяти сил Портера» имеют место только качественные критерии. На «центральном 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 при-

сутствующих 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 ры-

нок 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

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

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 кон-

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

курении 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, 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 изме-

нения 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):

$$L = \text{ННІ} / \epsilon, (1)$$

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:

$$\text{ННІ} = L \epsilon, (2)$$

и с учетом того, что:

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

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

$$HHI = \sum_{i=1}^n s_i^2, \quad (2)$$

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

2) индекс Лернера рассчитывается по формуле:

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

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

3) эластичность спроса рассчитывается по формуле :

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

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

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

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 раз-

мера рыночной цена 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 Кабрал ем 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 распре-

²² Кабраль Л. Указ. соч. С. 159–166.

деления 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 отсталых 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 эффективности производства. Но что же в данном случае в действительности явилось причиной увеличения рыночной концентрации?

Совершенно очевидно, что внедрение инноваций и повы-

шение эффективности производства были связаны с *активным конкурентным поведением фирмы*. При этом это 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

²³ Кабраль Л. Указ. соч. С. 162.

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), 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:

²⁴ Кабраль Л. Указ. соч. С. 159–166.

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 (НИИ). 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 **ННП**. 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 **ННП**. 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 вла-

²⁵ Князева И.В. Указ. соч. С. 71.

сти 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.

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 конкурен-

тов 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 повыше-

ния 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, направленной 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 компе-

тентными 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 величины спроса по це-

не, 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)

²⁶ Кабраль Л. Указ. соч. С. 30.

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

²⁷ Кабраль Л. Указ. соч. С. 161–162.

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 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 определен-

ного 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

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

концентрации заключается в объеме из 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 (например, 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 (дей-

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

ствий) 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 ЕА-ЭС, 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 концентрация рынка порождает рыночную власть вследствие увеличения сговоров между фирмами³⁰. Луисом Кабрал ем этот феномен был формализован³¹.

Складывается положение, при котором практически любое действие (в том числе и правонарушение, и сделка как правомерное действие), оказывающее влияние на конкурен-

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.

цию, 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 судебно-арбитражная 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 ан-

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

тиконкурентному 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.

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.

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

зитивное (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.

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

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. 4 ЗоЗК, что в юридическое содержание экономической концентрации должны включаться *не только сделки*,

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

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 соответству-

ющие 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 лицензий, 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 экономической 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 концентра-

ции. 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 характери-

стики 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

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.

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 задействия 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 опреде-

ленности 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 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 статусе самостоятельных юридиче-

³⁸ См., напр.: Case COMP/M. 1673 – Veba/VIAGof 13 June 2000; Case COMP/M.1806– AstraZeneca/Novartis of 26 July 2000; Case COMP/M.2208 – Chevron/Texaco of 26 January 2001; Case IV/M.1383 – Exxon/Mobil of 29 September 1999; Case COMP/M.2510– Cendant/Galileo of 24 September 2001.

ских 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-

но 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 полномочий в ней имеет корпоративную природу

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

ного 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 чис-

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

ле 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 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

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.

ми 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 с п. 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 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.

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.