

ПРОЕКТ

Федеральная антимонопольная служба



**Разъяснения
по порядку и методике анализа
соглашений о совместной
деятельности**

Москва,
2013

Содержание

| | |
|--|----|
| I. Общие положения..... | 3 |
| II. Порядок проведения анализа допустимости соглашений о совместной деятельности..... | 7 |
| III. Методика оценки возможности устранения или ограничения конкуренции в результате реализации соглашений о совместной деятельности | 10 |
| IV. Методика оценки иных последствий реализации соглашений о совместной деятельности | 16 |
| V. Методика анализа отдельных положений соглашений о совместной деятельности..... | 22 |
| VI. Выводы о допустимости соглашений о совместной деятельности..... | 26 |
| Приложение 1 Схема анализа соглашений о совместной деятельности..... | 27 |
| Приложение 2 Анкета. Вопросы для руководителей и специалистов предприятий | 28 |

I. Общие положения

1. Настоящие разъяснения разработаны в целях определения единых подходов к осуществлению анализа соглашений о совместной деятельности, требующих получения предварительного согласия антимонопольного органа в соответствии со статьей 27¹ или 28 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции) или представленных в антимонопольный орган в целях проверки соответствия проекта соглашения в письменной форме требованиям антимонопольного законодательства в соответствии с порядком, предусмотренным статьей 35 Закона о защите конкуренции.

Разъяснения распространяются на соглашения о совместной деятельности, которые могут привести к последствиям, указанным в частях 1 и 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции и не распространяются на вертикальные соглашения.

2. Соглашения о совместной деятельности – заключенные по российскому или зарубежному праву соглашения между хозяйствующими субъектами (в том числе фактическими или потенциальными конкурентами на товарном рынке), включая соглашения, предусматривающие создание нового юридического лица или совместное участие сторон в существующем юридическом лице (далее такое юридическое лицо именуется «совместное предприятие» или «СП»), и иные соглашения, опосредующие совместную деятельность сторон и предполагающие, что:

1) Стороны такого соглашения объединяют ресурсы для достижения целей совместной деятельности и/или осуществляют взаимные инвестиции в целях достижения целей совместной деятельности.

В рамках соглашения о совместной деятельности стороны соглашения могут объединять ресурсы различными способами. К примеру, они могут либо (а) создавать СП (участвовать в существующем СП) для осуществления совместного производства или реализации товара, либо (б) не создавать СП, но объединять усилия по продвижению товаров или услуг на рынке

¹ В данной части разъяснения вступят в силу после внесения поправок в статью 27 Закона о защите конкуренции, предусматривающих необходимость получения предварительного согласия антимонопольного органа на заключение соглашений о совместной деятельности (в случае достижения соответствующих порогов по суммарной балансовой стоимости активов).

(маркетинговые соглашения) или создавать единую логистическую систему, и т.д.

Осуществление сторонами взаимных инвестиций подразумевает:

- инвестиции сторон соглашения в активы (производственные мощности, технологии и т.д.), принадлежащие обеим сторонам;
- совместные инвестиции сторон в активы, принадлежащие одной из сторон соглашения;
- совместные инвестиции сторон в создаваемое ими СП (либо в существующее СП, в котором они совместно участвуют).

Взаимные инвестиции могут осуществляться в форме денежных средств, ценных бумаг, иного имущества, в том числе имущественных прав, иных прав, имеющих денежную оценку, вкладываемых в объекты предпринимательской и (или) иной деятельности в целях получения прибыли и (или) достижения иного полезного эффекта.

При этом инвестиции, осуществляемые стороной соглашения только в собственную деятельность или в собственные предприятия, не будут считаться *взаимными инвестициями* (как предусмотрено выше), т.е. инвестициями, осуществляемыми в рамках совместной деятельности.

2) *Стороны совместно несут риски, связанные с совместной деятельностью.*

Если все риски, связанные с совместной деятельностью, ложатся только на одну сторону соглашения, подобные соглашения не могут считаться соглашениями о совместной деятельности, которые могут быть признаны допустимыми с точки зрения антимонопольного законодательства.

3) *Информация об осуществлении совместной деятельности или создании СП является публичной.*

В целях оценки соглашений о совместной деятельности на соответствие требованиям антимонопольного законодательства соглашение о совместной деятельности будет считаться публичным,

если оно заключено с предварительного согласия антимонопольного органа, поступив на рассмотрение в соответствии со статьей 27 или 28 Закона о защите конкуренции, либо если проект такого соглашения был представлен в антимонопольный орган для проверки соответствия антимонопольному законодательству на основании статьи 35 Закона о защите конкуренции.

3. Не могут быть признаны допустимыми соглашения о совместной деятельности, целью которых является ограничение конкуренции на товарном рынке, в том числе соглашения, направленные на:

- (а) установление или поддержание цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок;
- (б) повышение, снижение или поддержание цен на торгах;
- (в) раздел товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков);
- (г) сокращение или прекращение производства товара;
- (д) отказ от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками).

Также, не могут быть признаны допустимыми соглашения, которые прямо или косвенно налагают на одну из его сторон (субъектов, входящих с ней в одну группу лиц) обязательства, выполнение которых может привести к нарушению такими лицами статьи 10 Закона о защите конкуренции. В частности, не могут быть признаны допустимыми положения соглашения, содержащие обязательства его сторон (субъектов, входящих с ними в одну группу лиц):

- (а) не поставлять сырье иным хозяйствующим субъектам, кроме СП, если сторона соглашения (субъекты, входящие с ней в одну группу лиц) занимает доминирующее положение на рынке данного вида сырья;
- (б) не закупать продукцию у иных хозяйствующих субъектов, кроме СП, если сторона соглашения (субъекты, входящие с ней в одну группу лиц) занимает доминирующее положение как покупатель на рынке данной продукции.

4. Соглашения о совместной деятельности могут предусматривать отказ сторон соглашения (субъектов, входящих с

ними в одну группу лиц) от конкуренции друг с другом или с СП на товарном рынке, на котором стороны планируют осуществлять совместную деятельность и/или создать СП (далее – Затрагиваемый товарный рынок), либо на смежных с ним рынках, в том числе отказ от деятельности на определенной территории.

Смежные рынки по отношению к Затрагиваемому товарному рынку – это рынки товаров (работ, услуг) которые: (а) используются для производства и транспортировки товаров (осуществления работ, оказания услуг), составляющих продуктовые границы Затрагиваемого товарного рынка; либо (б) производятся (осуществляются, предоставляются) с применением товаров (работ, услуг), составляющих продуктовые границы Затрагиваемого товарного рынка; либо (в) являются взаимодополняющими с товарами (работами, услугами), составляющими продуктовые границы Затрагиваемого товарного рынка, при их потреблении.

К положениям, предусматривающим отказ сторон соглашения от конкуренции, могут относиться, в том числе (но не ограничиваясь):

(а) отказ от производства товара, аналогичного товару, производимому СП или сторонами соглашения в рамках совместной деятельности, или взаимозаменяемого с ним товара;

(б) отказ от самостоятельной реализации соответствующего товара на рынке, на котором будет действовать СП, либо отказ от осуществления реализации данного товара иначе как через СП;

(в) обязательство предварительно уведомлять вторую сторону соглашения о совместной деятельности и/или СП о намерении участвовать в иных (инвестиционных и прочих) проектах, связанных с производством или реализацией товара, производимого или реализуемого СП или сторонами соглашения в рамках совместной деятельности;

(г) обязательство вначале предложить второй стороне и/или СП участие в новом проекте, и только в случае отказа приступить к реализации нового проекта самостоятельно или совместно с третьей стороной;

(д) отказ от приобретения (прямо или косвенно, полностью или частично) акций, долей, в уставном капитале хозяйствующих субъектов, осуществляющих деятельность, аналогичную деятельности сторон соглашения и/или СП в границах одного и того

же рынка;

(е) отказ от переманивания у второй стороны соглашения о совместной деятельности и/или у СП клиентов, поставщиков, покупателей, подрядчиков, агентов, представителей, сотрудников, иных лиц, связанных договорными или иными обязательствами;

(ж) обязательство сторон не применять разработки, технологии и т.п., выработанные в рамках совместной деятельности или деятельности СП, в аналогичных проектах.

5. В случае если соглашение о совместной деятельности содержит положения, предусматривающие отказ его сторон от конкуренции, такое соглашение потенциально может приводить к последствиям, перечисленным в частях 1 и 4 статьи 11 Закона о защите конкуренции. Однако подобные положения могут признаваться допустимыми при соблюдении ряда критериев, предусмотренных настоящими разъяснениями.

6. Порядок проведения анализа таких соглашений содержится в Разделе II настоящих разъяснений. Методология проведения анализа соглашений о совместной деятельности содержится в Разделах III-IV настоящих разъяснений.

II. Порядок проведения анализа допустимости соглашений о совместной деятельности

Анализ соглашений о совместной деятельности согласно данным разъяснениям включает в себя следующие разделы:

1. Оценку рыночных долей сторон соглашения на Затрагиваемом товарном рынке (пункт 3.1 Раздела III настоящих разъяснений).

2. Оценку возможности сторон соглашения устранить или ограничить конкуренцию на Затрагиваемом товарном рынке (пункты 3.2 - 3.4 Раздела III настоящих разъяснений).

3. Оценку иных возможных последствий реализации соглашения (Раздел IV настоящих разъяснений).

4. Оценка соответствия положений соглашения, предусматривающих отказ сторон от конкуренции, целям совместной деятельности (Раздел V настоящих разъяснений).

Анализ соглашения о совместной деятельности осуществляется по следующей схеме.

На первом этапе оценивается совокупная рыночная доля сторон соглашения на Затрагиваемом товарном рынке в соответствии с пунктом 3.1 Раздела III настоящих разъяснений.

1. Если совокупная рыночная доля сторон соглашения составляет менее 35%, или если до заключения соглашения о совместной деятельности стороны не являлись участниками Затрагиваемого товарного рынка, то далее в соответствии с Разделом V настоящих разъяснений производится оценка соответствия положений соглашения, предусматривающих отказ сторон от конкуренции, целям совместной деятельности.

1.1. Если положения соглашения, предусматривающие отказ сторон от конкуренции, не налагают на стороны (их группы лиц) или СП ограничения, являющиеся избыточными по отношению к целям совместной деятельности, то антимонопольный орган принимает решение об удовлетворении поданного ходатайства или о соответствии проекта соглашения требованиям антимонопольного законодательства.

1.2. Если положения соглашения, предусматривающие отказ сторон от конкуренции, налагают на стороны (их группы лиц) или СП ограничения, являющиеся избыточными по отношению к целям совместной деятельности, то антимонопольный орган принимает решение об удовлетворении данного ходатайства/о соответствии проекта соглашения требованиям антимонопольного законодательства с одновременной выдачей сторонам соглашения предписания о приведении положений соглашения о совместной деятельности в соответствие с требованиями Раздела V настоящих разъяснений.

2. Если совокупная рыночная доля сторон соглашения составляет более 35%, то в соответствии с пунктами 3.2-3.4 Раздела III настоящих разъяснений проводится оценка наличия у сторон возможности устранить конкуренцию в результате заключения соглашения о совместной деятельности.

2.1. Если в соответствии с пунктами 3.2 – 3.4 Раздела III настоящих разъяснений установлено, что в совокупности выполняются следующие условия:

А) совокупная доля сторон соглашения о совместной деятельности превышает 35%;

Б) Затрагиваемый товарный рынок является высококонцентрированным, со стабильным составом участников, а

относительные размеры рыночных долей участников в течение длительного периода неизменны или подвержены малозначительным изменениями;

В) Затрагиваемый товарный рынок характеризуется высокими барьерами входа;

Г) Затрагиваемый товарный рынок характеризуется высокими барьерами импорта,

то стороны соглашения имеют возможность устранить конкуренцию на Затрагиваемом товарном рынке, и антимонопольный орган принимает решение об отказе в удовлетворении ходатайства или о несоответствии проекта соглашения требованиям антимонопольного законодательства.

2.2. Если хотя бы одно из перечисленных в пункте 2.1 условий не соблюдается, то требуется анализ соглашения на предмет соответствия возможных последствий его реализации условиям, перечисленным в Разделе IV настоящих разъяснений.

2.3.1. Если хотя бы одно из условий, перечисленных в Разделе IV настоящих разъяснений, не соблюдается, то антимонопольный орган принимает решение об отказе в удовлетворении поданного ходатайства (либо о несоответствии проекта соглашения требованиям антимонопольного законодательства) в связи с тем, что соглашение о совместной деятельности может привести к ограничению конкуренции.

2.3.2. Если условия, перечисленные в Разделе IV настоящих разъяснений, выполняются в совокупности, то необходимо осуществить анализ положений соглашения, предусматривающих отказ сторон от конкуренции, на предмет избыточности по отношению к целям совместной деятельности.

2.3.2.1. Если положения соглашения, предусматривающие отказ сторон от конкуренции, удовлетворяют условиям Раздела V настоящих разъяснений, то антимонопольный орган принимает решение об удовлетворении поданного ходатайства (о соответствии проекта соглашения требованиям антимонопольного законодательства) с одновременной выдачей сторонам соглашения предписания об осуществлении действий, направленных на обеспечение конкуренции.

2.3.2.2. Если положения соглашения, предусматривающие отказ сторон от конкуренции, не удовлетворяют условиям Раздела V

настоящих разъяснений, то антимонопольный орган принимает решение об удовлетворении поданного ходатайства о соответствии проекта соглашения требованиям антимонопольного законодательства с одновременной выдачей сторонам соглашения предписания об осуществлении действий, направленных на обеспечение конкуренции, а также о приведении положений соглашения в соответствие с требованиями Раздела V настоящих разъяснений.

III. Методика оценки возможности устранения или ограничения конкуренции в результате реализации соглашений о совместной деятельности

Для оценки наличия у сторон соглашения возможности устранить или ограничить конкуренцию необходимо: (а) определить продуктовые и географические границы Затрагиваемого товарного рынка, (б) исследовать характеристики Затрагиваемого товарного рынка (в том числе провести расчет долей сторон соглашения о совместной деятельности на таком рынке, определить уровень концентрации рынка), а также при необходимости характеристики смежных товарных рынков, в соответствии с пунктами 3.1. – 3.4. данного раздела настоящих разъяснений.

Указанные исследования осуществляются в соответствии с приказом ФАС России от 28 апреля 2010 г. № 220 «Об утверждении порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» (далее – Приказ 220).

О наличии у сторон соглашения о совместной деятельности возможности устранить конкуренцию на Затрагиваемом товарном рынке свидетельствует выполнение в совокупности условий, предусмотренных пунктами 3.1. – 3.4. данного раздела настоящих разъяснений.

3.1. Совокупный размер долей сторон соглашения о совместной деятельности на Затрагиваемом товарном рынке достаточен для того, чтобы они могли устранить конкуренцию на данном товарном рынке.

Расчет долей сторон соглашения на Затрагиваемом товарном

рынке производится в соответствии с положениями Приказа 220.

При определении долей необходимо использовать данные:

- о текущем распределении рыночных долей участников рынка;
- о производственных мощностях участников рынка;
- о прогнозных показателях долей с учетом входа на рынок новых участников, либо увеличения производственных мощностей действующих на рынке субъектов.

В случае если стороны соглашения (субъекты, входящие с ними в одну группу лиц) осуществляют деятельность на рынках, смежных с Затрагиваемым товарным рынком, целесообразно определить долю данных хозяйствующих субъектов на соответствующих смежных товарных рынках, в том числе установить, не занимает ли какая-либо из сторон соглашения (субъекты, входящие с ней в одну группу лиц) доминирующее положение на смежном товарном рынке.

Для целей расчета рыночных долей сторон соглашения при определении продуктовых и географических границ Затрагиваемого товарного рынка следует учитывать также:

- издержки переключения потребителей между продукцией конкурирующих участников рынка;
- уровень конкурентного давления со стороны других участников рынка. Он может зависеть, в том числе, от отношения стоимости расходов на транспортировку товара к стоимости самого товара (соответственно, чем выше соотношение, тем ниже при прочих равных уровень конкурентного давления).

При этом после установления размера долей сторон соглашения на Затрагиваемом товарном рынке необходимо исходить из того, что:

- (а) если стороны соглашения до его заключения не являлись участниками Затрагиваемого товарного рынка, то у них отсутствует возможность устранить или ограничить конкуренцию на данном рынке в результате заключения соглашения;
- (б) если совокупная доля сторон соглашения на Затрагиваемом товарном рынке составляет менее 35%, дальнейший анализ на предмет возможности устранить конкуренцию на

Затрагиваемом товарном рынке (в соответствии с пунктами 3.2. – 3.4. данного раздела настоящих разъяснений) не требуется. Однако в этом случае следует оценить издержки переключения потребителей на продукцию других поставщиков. Если такие издержки высоки, то требуется дальнейшее исследование Затрагиваемого товарного рынка в соответствии с пунктами 3.2. – 3.4. данного раздела настоящих разъяснений;

- (в) если совокупная доля сторон соглашения на Затрагиваемом товарном рынке составляет более 35%, у сторон соглашения может присутствовать возможность устранить или ограничить конкуренцию на таком товарном рынке. Для окончательного вывода о наличии или отсутствии такой возможности необходимо проведение дополнительного анализа характеристик Затрагиваемого товарного рынка в соответствии с пунктами 3.2. – 3.4. данного раздела настоящих разъяснений.

3.2. Затрагиваемый товарный рынок характеризуется высокими показателями экономической концентрации.

Уровень концентрации Затрагиваемого товарного рынка также позволяет дать оценку рискам устранения сторонами соглашения о совместной деятельности (либо одной из них) конкуренции на таком рынке. В частности, при прочих равных условиях, на высококонцентрированных товарных рынках действия хозяйствующих субъектов, не обладающих высокой рыночной долей, могут в конечном итоге привести к устранению конкуренции путем облегчения скоординированных действий участников рынка, которые могут обеспечиваться как заключением ограничивающих конкуренцию соглашений, так и путем согласованных действий.

При анализе уровня концентрации Затрагиваемого товарного рынка необходимо также учитывать наличие соглашений о совместной деятельности между другими участниками рынка. В случае если конкуренты на рынке связаны между собой сетью соглашений о совместной деятельности, содержащих в том числе положения, предполагающие отказ от конкуренции между ними, то в масштабах всего рынка данная ситуация может привести к устранению конкуренции за счет облегчения скоординированных действий его участников. В связи с этим, при рассмотрении ходатайства о заключении соглашения о совместной деятельности или при проверке проекта соглашения на соответствие требованиям антимонопольного законодательства целесообразно установить

наличие между конкурентами сторон исследуемого соглашения, или между какой-либо из сторон исследуемого соглашения и ее конкурентом иных соглашений о совместной деятельности, предполагающих отказ от конкуренции на Затрагиваемом товарном рынке. При наличии таких соглашений, для целей определения долей участников подобного рода соглашений на Затрагиваемом товарном рынке их следует рассматривать как единого экономического субъекта.

Если анализируемый товарный рынок характеризуется низким уровнем концентрации, определенным на основании значений коэффициентов концентрации и Герфиндаля-Гиршмана, то выявлением иных соглашений о совместной деятельности, предусматривающих отказ их сторон от конкуренции, можно пренебречь. Если же основная доля рынка принадлежит нескольким крупным участникам, целесообразно запросить у них информацию о наличии заключенных между ними соглашений о совместной деятельности.

Для целей применения настоящего пункта, уровень концентрации товарного рынка определяется в соответствии с разделом VII Приказа 220, в соответствии с которым уровень концентрации на рынке оценивается как высокий при значении $70\% \leq CR_3 \leq 100\%$ и $2000 \leq HHI \leq 10000$; как низкий при значении $CR_3 < 45\%$ и $HHI < 1000$.

При исследовании уровня концентрации Затрагиваемого товарного рынка целесообразно также осуществить ретроспективный анализ Затрагиваемого товарного рынка на предмет интенсивности изменения долей его участников, а также частоты входа новых участников и выхода из состава участников товарного рынка. Такой анализ необходимо проводить за период продолжительностью 1-3 года или иной срок, установленный исходя из особенностей товарного рынка, но не менее 1 года.

В случае если по результатам ретроспективного анализа Затрагиваемого товарного рынка установлено, что состав участников Затрагиваемого товарного рынка стабилен и их количество незначительно, заключение между двумя участниками такого рынка соглашения о совместной деятельности, предполагающего отказ его сторон от конкуренции, может спровоцировать сговор между участниками рынка (в том числе не являющихся сторонами соглашения) и привести к значительным негативным последствиям для потребителей. Вместе с тем, нестабильное соотношение рыночных долей участников рынка

и/или частое изменение их состава является признаком активной конкуренции между ними. Кроме того, частое изменение состава хозяйствующих субъектов (за счет входа новых участников) на рынке, который характеризуется доступностью информации о продавцах, ценах и характеристиках товаров в сочетании с низкими издержками переключения покупателя между поставщиками, также является признаком активной конкуренции на рынке.

3.3. Затрагиваемый товарный рынок характеризуется высокими барьерами входа.

Для целей применения настоящего пункта наличие и преодолимость барьеров входа на Затрагиваемый товарный рынок определяются в соответствии с Приказом 220. В рамках определения наличия и преодолимости барьеров входа на Затрагиваемый товарный рынок целесообразно проведение опроса фактических и потенциальных участников рынка или отраслевых специалистов (экспертов) на предмет:

- затрат, необходимых для преодоления барьеров входа на Затрагиваемый товарный рынок (в том числе экономических и административных ограничений; ограничений, возникающих вследствие стратегического поведения хозяйствующих субъектов; ограничений, возникающих из-за наличия на рынке вертикально-интегрированных структур);
- сроков, необходимых для преодоления барьеров входа на Затрагиваемый товарный рынок;
- фактических примеров входа на Затрагиваемый товарный рынок в прошлом.

Образец возможной анкеты для использования при проведении опроса фактических и потенциальных участников рынка или отраслевых специалистов (экспертов) представлен в Приложении 2 к настоящим разъяснениям.

В случае если в ходе опроса хозяйствующих субъектов будет установлено, что для осуществления входа на Затрагиваемый товарный рынок требуются значительные затраты, которые экономически не оправдываются доходами (преимуществами), которые получит (предполагает получить) хозяйствующий субъект, собирающийся войти на Затрагиваемый товарный рынок, а срок, необходимый для входа, достаточно велик (например, составляет больше 3-4 лет – или превышает иной срок, установленный исходя из особенностей Затрагиваемого товарного рынка), то барьеры

входа на Затрагиваемый товарный рынок следует расценивать как высокие и труднопреодолимые.

При этом необходимо учитывать, что при прочих равных условиях, на рынках, характеризующихся высокими труднопреодолимыми барьерами входа, риск возникновения устранения конкуренции выше, чем на рынках, характеризующихся низкими барьерами входа. Вместе с тем, для рынков с низким уровнем концентрации исследованием барьеров входа можно пренебречь.

3.4. Имеют место существенные ограничения импорта товара, затрагиваемого рассматриваемым соглашением о совместной деятельности.

При прочих равных условиях отсутствие ограничений импорта товара, производимого и реализуемого сторонами в рамках совместной деятельности, ограничивает возможность сторон соглашения о совместной деятельности устранить конкуренцию на товарном рынке. При анализе ограничений импорта целесообразно учитывать наличие и размер импортной пошлины на рассматриваемый товар. Если импортная пошлина превышает 10% от стоимости товара, то такое ограничение следует рассматривать как существенное ограничение импорта. Необходимо также учитывать соотношение цены товара и стоимости его доставки на территорию Российской Федерации. В случае если стоимость доставки товара составляет 10-20% от его цены, тогда размер транспортных расходов также стоит рассматривать как существенное ограничение импорта.

Необходимо также принять во внимание наличие квот на импорт или каких-либо других ограничений на объем импортируемого товара. Наличие таких ограничений ослабляет сдерживающее влияние, которое оказывает на действующих участников рынка потенциальная конкуренция со стороны импортеров.

Кроме того, о наличии ограничений импорта может свидетельствовать динамика доли импорта от общего объема потребляемой на внутреннем рынке товарной массы. В случае если эта доля мало подвержена изменениям, целесообразно провести опрос покупателей с целью выявления возможных ограничений приобретения товара за пределами территории Российской Федерации.

Таким образом, если в ходе проведения анализа возможности устранения или ограничения конкуренции в результате реализации соглашения в соответствии с Разделом III настоящих разъяснений установлено, что совокупная доля сторон соглашения на Затрагиваемом товарном рынке превышает 35%, и при этом присутствуют все иные негативные условия, предусмотренные пунктами 3.2-3.4 Раздела III настоящих разъяснений, положения об отказе от конкуренции, предусмотренные рассматриваемым соглашением о совместной деятельности, могут привести к устранению конкуренции и, следовательно, ходатайство о заключении такого соглашения не может быть удовлетворено, а проект соглашения не может быть признан соответствующим требованиям антимонопольного законодательства.

Если в ходе проведения анализа установлено, что стороны ранее не являлись участниками товарного рынка, или их совокупная доля составляет менее 35%, то в результате заключения такими хозяйствующими субъектами соглашения о совместной деятельности возможности ограничения конкуренции не возникает, если положения такого соглашения соответствуют требованиям, перечисленным в Разделе V настоящих разъяснений.

Во всех остальных случаях вероятность устранения конкуренции на Затрагиваемом товарном рынке сторонами рассматриваемого соглашения незначительна, однако стороны могут иметь возможность ограничить конкуренцию на Затрагиваемом товарном рынке. В связи с этим требуется дополнительный анализ иных возможных последствий соглашения (Раздел IV настоящих разъяснений), а также его положений, предусматривающих отказ сторон от конкуренции, на предмет избыточности по отношению к целям совместной деятельности (Раздел V настоящих разъяснений).

IV. Методика оценки иных последствий реализации соглашений о совместной деятельности

В случае если стороны не имеют возможности устранить конкуренцию в результате заключения соглашения о совместной деятельности, но могут ее ограничить, то такое соглашение может быть признано соответствующим требованиям антимонопольного

законодательства (а соответствующее ходатайство удовлетворено) с одновременной выдачей сторонам соглашения предписания об осуществлении действий, направленных на обеспечение конкуренции, если **в совокупности** выполняются следующие условия:

- соглашение не налагает ограничений на третьих лиц;
- результатом такого соглашений является совершенствование производства, реализации товаров или стимулирование технического, экономического прогресса либо осуществление его участниками прямых инвестиций на территории Российской Федерации (в том числе введение новых производственных мощностей, модернизация действующих производственных мощностей);
- результатом такого соглашений является получение покупателями преимуществ (выгод), соразмерных преимуществам (выгодам), полученным хозяйствующими субъектами в результате соглашения.

4.1. Отсутствие в соглашении положений, налагающих ограничения на третьих лиц

Соглашение о совместной деятельности может быть признано соответствующим требованиям антимонопольного законодательства, а соответствующее ходатайство может быть удовлетворено, если предусмотренные соглашением обязательства по отказу от конкуренции налагаются исключительно на стороны соглашения (субъектов, входящих со сторонами соглашения в одну группу лиц), и/или на СП (если оно существует как отдельное юридическое лицо). Под «третьими лицами» в данном случае подразумеваются, прежде всего, хозяйствующие субъекты, не входящие в одну группу лиц со сторонами соглашения и действующие на Затрагиваемом товарном рынке или смежных с ним рынках.

Не могут быть признаны соответствующими требованиям антимонопольного законодательства положения, содержащие безусловные обязательства сторон рассматриваемого соглашения о совместной деятельности (субъектов, входящих с ними в группу лиц) не участвовать с третьими лицами в иных (инвестиционных и прочих) проектах, связанных с производством или реализацией СП или сторонами соглашения в рамках совместной деятельности.

При этом безусловными обязательствами не являются обязательства одной стороны соглашения о совместной деятельности предварительно уведомлять вторую сторону соглашения и/или СП о намерении стороны участвовать в таких проектах или обязательства одной стороны соглашения вначале предложить второй стороне соглашения и/или СП участие в новом проекте, и только в случае отказа приступать к реализации нового проекта самостоятельно или совместно с третьей стороной.

Могут признаваться соответствующими требованиям антимонопольного законодательства условия соглашений о совместной деятельности, предусматривающие запрет на действия сторон соглашения (субъектов, входящих с ними в одну группу лиц) и/или СП по переманиванию клиентов, поставщиков, покупателей, подрядчиков, агентов, представителей, сотрудников, иных лиц, связанных договорными или иными обязательствами, на определенной территории либо в течение определенного периода времени.

4.2. Результатом соглашения является совершенствование производства, реализации товаров или стимулирование технического, экономического прогресса, либо осуществления участниками соглашения прямых инвестиций на территории Российской Федерации

Совершенствование производства и реализации товара и/или стимулирование технического, экономического прогресса в результате реализации рассматриваемого соглашения может достигаться за счет:

- исключения дублирующих издержек или снижения фиксированных издержек производства за счет более эффективной реорганизации бизнеса;
- достижения экономии на масштабе или разнообразии;
- комбинирования комплементарных активов и ноу-хау;
- внедрения новых технологий;
- разработки новых уникальных товаров, и т.д.

Для целей настоящих разъяснений в ходе установления факта осуществления участниками рассматриваемого соглашения прямых инвестиций на территории Российской Федерации необходимо учитывать, что под «прямыми инвестициями на территории Российской Федерации» могут пониматься:

(а) передача денежных средств, ценных бумаг, оборудования, иных материальных активов, а также нематериальных активов, если такие нематериальные активы могут быть оценены по рыночной стоимости; при этом инвестиции в форме такой передачи могут осуществляться как напрямую, так и опосредованно через совместно создаваемые для этих целей общества.

(б) не только введение новых производственных мощностей и модернизация действующих производственных мощностей, но также восстановление, ремонт действующих производственных мощностей, и др.

Критерием, позволяющим сделать вывод о том, что имела место модернизация (восстановление, ремонт) производственных мощностей в рамках совместной деятельности, следует считать отношение объема произведенных вложений к текущей стоимости модернизируемого оборудования.

Текущая стоимость оборудования, в зависимости от доступности соответствующих данных, может быть оценена на основе одного из перечисленных ниже показателей:

- рыночная стоимость;
- восстановительная стоимость;
- первоначальная стоимость (скорректированная на уровень инфляции);
- остаточная стоимость, если на текущий момент прошло не более половины срока полезного использования оборудования.

Данные о стоимости оборудования могут содержаться в инвентарных карточках.

Для целей настоящих разъяснений свидетельством осуществления сторонами рассматриваемого соглашения прямых

инвестиций на территории Российской Федерации в форме модернизации (восстановления, ремонта) действующих производственных мощностей будет являться отношение объема произведенных для целей модернизации (восстановления, ремонта) инвестиций к текущей стоимости модернизируемого оборудования, превышающее 20-30%.

Допустимым может признаваться только то соглашение, которое содержит требования, предъявляемые к обеим сторонам рассматриваемого соглашения, по осуществлению:

- 1) инвестиций в новые производственные мощности; и/или
- 2) инвестиций в модернизацию, восстановление, ремонт действующих производственных мощностей; и/или
- 3) инвестиций в научно-исследовательские и опытно-конструкторские работы (НИОКР) с последующим совместным использованием результатов таких работ в рамках совместной деятельности; и/или
- 4) инвестиций во внедрение новых передовых технологий производства и/или дистрибуции товара; и/или
- 5) инвестиций в маркетинг и продвижение товаров.

При этом рассматриваемое соглашение может предусматривать различные виды (типы) инвестиций, осуществляемых каждой стороной соглашения. К примеру, одна сторона может вкладывать инвестиции в виде нематериальных активов в НИОКР, а другая - осуществлять инвестиции в виде вложения материальных активов (денежных средств) в ремонт или строительство производственных мощностей.

Одним из факторов, позволяющих отличить соглашение о совместной деятельности от его имитации, может служить соразмерность инвестиций, осуществляемых сторонами соглашения, их участию в СП (такие инвестиции должны осуществляться сторонами пропорционально их участию в СП).

Данный критерий считается соблюденным, если, к примеру, взносы каждой из сторон соглашения в оплату долей в уставном капитале создаваемого ими СП или контролирующего СП общества (либо рыночная стоимость имущества, переданного в пользование СП) соотносятся в той же пропорции, что и принадлежащие сторонам соглашения голоса или доли в уставном капитале СП.

Если же соотношение инвестиций сторон существенно отличается от соотношения их участия в СП (в том числе от соотношения голосов или долей в уставном капитале СП, получаемых ими в создаваемом СП), то рассматриваемое соглашение о совместной деятельности требует дополнительного исследования на предмет того, не является ли его фактической целью ограничение конкуренции.

4.3. Результатом соглашения является получение покупателями преимуществ (выгод), соразмерных преимуществам (выгодам), полученным хозяйствующими субъектами в результате реализации соглашения

Положительным результатом для покупателей от реализации соглашений о совместной деятельности может быть:

- совершенствование системы дистрибуции товара;
- снижение цены (как следствие сокращения издержек производства и дистрибуции товара);
- насыщение рынка товарами;
- расширение ассортимента;
- улучшение качества товаров;
- появление на рынке новых товаров;
- сокращение времени, необходимого для получения доступа к товару;
- предоставление необходимой информации о товаре, позволяющей потребителям осуществить обоснованный выбор, и т.д.

В целях осуществления антимонопольным органом оценки сопоставимости выгод покупателей и сторон соглашения, стороны рассматриваемого соглашения о совместной деятельности представляют (вместе с соответствующим ходатайством, подаваемым в соответствии со статьей 27 или 28 Закона о защите конкуренции, или заявлением о проверке соответствия проекта соглашения в письменной форме требованиям антимонопольного законодательства в соответствии со статьей 35 Закона о защите конкуренции или по запросу антимонопольного органа) пояснения и экономические обоснования, включая расчеты, позволяющие антимонопольному органу дать оценку соразмерности преимуществ

(выгод), получаемых покупателями, преимуществ (выгодам), возникающим у сторон соглашения в результате его реализации.

Если выгоды, получаемые в результате реализации соглашения о совместной деятельности, распространяются только на его стороны, и оно не предусматривает сопоставимых выгод для покупателей, и при этом анализ Затрагиваемого товарного рынка показал, что стороны имеют возможность ограничить конкуренцию, то данное соглашение не может быть признано соответствующим требованиям антимонопольного законодательства, а соответствующее ходатайство не может быть удовлетворено.

V. Методика анализа отдельных положений соглашений о совместной деятельности

В случае если по результатам анализа, проводимого в соответствии с Разделами III-IV настоящих разъяснений, установлено, что стороны не имеют возможности ограничить конкуренцию, либо имеют такую возможность, но не имеют возможности ее устранить, и иные условия Раздела IV соблюдаются, то для окончательного вывода о соответствии рассматриваемого соглашения требованиям антимонопольного законодательства необходимо провести дополнительное исследование его отдельных положений в соответствии с методикой, приведенной в данном разделе разъяснений.

Положения рассматриваемого соглашения, предусматривающие отказ сторон от конкуренции, следует признавать соответствующими требованиям антимонопольного законодательства, если они удовлетворяют в совокупности следующим условиям:

- 1) соответствуют целям совместной деятельности;
- 2) не распространяются на иные товарные рынки помимо тех, на которых действуют стороны рассматриваемого соглашения в рамках совместной деятельности (т.е. Затрагиваемый товарный рынок и смежные с ним рынки);
- 3) ограничены во времени периодом, необходимым для обеспечения возврата инвестиций сторон соглашения и получения ими прибыли;
- 4) не предусматривают обмена информацией, который может облегчить поддержание картеля или осуществление ограничивающих

конкуренцию согласованных действий.

Методика детального анализа соглашения на предмет соблюдения данных условий приведена в пунктах 5.1 – 5.4 ниже.

5.1. Положения соглашения, предусматривающие отказ сторон от конкуренции, должны соответствовать целям и природе совместной деятельности

Положения соглашения, которые приводят или могут привести к ограничению конкуренции, должны соответствовать целям и природе рассматриваемого соглашения, а именно: должны быть связаны с деятельностью СП и иметь своей целью обеспечение эффективного и прибыльного функционирования СП, сохранности и эффективного вложения ресурсов, которые стороны планируют объединить в ходе создания и развития СП, а также окупаемости инвестиций, вложенных сторонами в СП, и получения необходимой прибыли (как предусмотрено в п. 5.3 данного раздела настоящих разъяснений).

Например, если стороны производят некоторый товар в рамках совместной деятельности, или его производство осуществляет СП, но при этом реализация данного товара осуществляется каждой из сторон соглашения самостоятельно, то договоренность о совместном установлении цены на товар не может быть признана необходимым и неотъемлемым условием соглашения о совместной деятельности.

5.2. Положения соглашения, предусматривающие отказ сторон от конкуренции, не должны распространяться на иные товарные рынки помимо тех, на которых действуют стороны соглашения в рамках совместной деятельности

Если рассматриваемым соглашением предусматриваются ограничения на условия обращения товара, которые распространяются на иные товарные рынки, нежели чем Затрагиваемый товарный рынок и смежные с ним рынки, например, на товарные рынки, на которых СП не ведет деятельность, такие ограничения не могут быть признаны соответствующими требованиям антимонопольного законодательства.

Примерами положений, которые распространяются на иные товарные рынки и в связи с этим не признаются допустимыми, являются положения о разделе товарного рынка между сторонами соглашения на всей территории Российской Федерации при условии, что географическими границами Затрагиваемого товарного рынка

являются границы определенных регионов; положения о согласовании объемов производства всех товаров, выпускаемых сторонами соглашения, а не только товара, производимого в рамках совместной деятельности, и т.д.

5.3. Положения соглашения, предусматривающие отказ сторон от конкуренции, должны быть ограничены во времени

Действие положений соглашения, предусматривающих отказ его сторон от конкуренции, в краткосрочном периоде может быть оправдано необходимостью обеспечения возврата осуществленных инвестиций и получения необходимой прибыли. Однако в долгосрочном периоде ограничивающее конкуренцию воздействие уже не оправдывается данным фактором. Поэтому сроки действия положений соглашения о совместной деятельности, предусматривающих отказ его сторон от конкуренции, не должны превышать сроки, необходимые для обеспечения возврата инвестиций, то есть сроки окупаемости инвестиционного проекта и сроки для получения прибыли (в течение 1-2 лет после того, как окупаемость инвестиционного проекта достигнута). Соответствующие сроки могут быть определены на основании данных, содержащихся в бизнес-плане.

Как правило, срок окупаемости инвестиционного проекта составляет не более 5 лет. В случае если предусмотренный соглашением о совместной деятельности срок превышает эту величину, для оценки обоснованности сроков обеспечения возврата инвестиций антимонопольному органу целесообразно запросить экономическое обоснование данных сроков у сторон соглашения, а также мнение экспертов или иных участников рынка.

В случае если период действия положений соглашения, предполагающих отказ его сторон от конкуренции, выходит за рамки сроков, необходимых для обеспечения возврата инвестиций и сроков для получения прибыли (в течение 1-2 лет после того, как окупаемость инвестиционного проекта достигнута), такие положения не могут быть признаны допустимыми.

В случае если после признания соглашения о совместной деятельности допустимым срок окупаемости инвестиционного проекта возрастет в силу объективных вновь открывшихся обстоятельств, стороны соглашения о совместной деятельности вправе обратиться в антимонопольный орган для согласования продления срока действия положений соглашения, предусматривающих отказ его сторон от конкуренции.

5.4. Соглашение не должно предусматривать обмен информацией между его сторонами, который может облегчить поддержание картеля или осуществление ограничивающих конкуренцию согласованных действий

Если соглашение о совместной деятельности предусматривает обмен информацией о ценах, издержках, объемах выпуска, загрузке мощностей, и т.п., а также о конкурентных стратегиях сторон соглашения, при условии, что данная информация не касается предмета совместной деятельности или деятельности СП и не связана с ней, то поддержание данного соглашения может создать условия для успешных скоординированных действий сторон соглашения – конкурентов на рынке.

Обмен информацией о ценах, объемах выпуска, издержках и т.п. признается допустимым при условии, что он относится исключительно к предмету совместной деятельности или деятельности СП (в частности, касается исключительно товара, производимого/реализуемого в рамках совместной деятельности) и является неотъемлемым условием достижения целей совместной деятельности. Обмен же информацией об издержках производства, рентабельности или ценах на иные товары, помимо товаров, выпускаемых в рамках совместной деятельности или СП, может привести к неоправданному ограничению конкуренции и не может быть признан соответствующим требованиям антимонопольного законодательства.

Необходимо учитывать, что риски ограничения конкуренции, связанные с обменом информацией между конкурентами, напрямую зависят от характера такой информации. В частности, обмен данными за прошлые периоды представляет меньшую опасность с точки зрения возможного ограничения конкуренции, нежели обмен текущими данными или данными о значениях показателей, которые планируется достичь.

VI. Выводы о допустимости соглашений о совместной деятельности

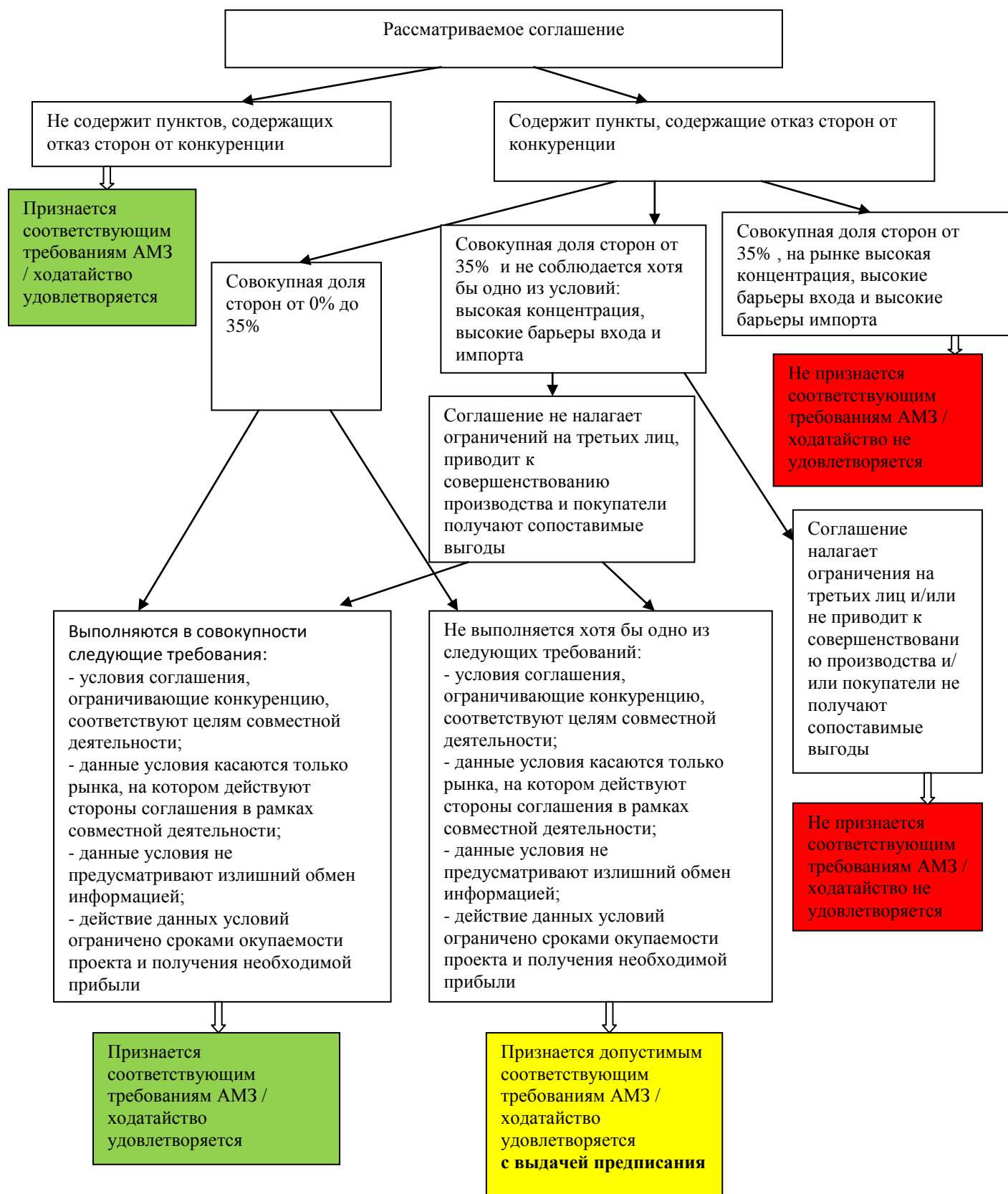
Проект соглашения о совместной деятельности, содержащий положения об отказе его сторон от конкуренции, следует признать соответствующим антимонопольному законодательству, а соответствующее ходатайство удовлетворить без выдачи предписания, если в ходе анализа согласно Разделу III настоящих разъяснений установлено, что у сторон соглашения отсутствует возможность ограничить конкуренцию, и положения такого соглашения соответствуют требованиям Раздела V настоящих разъяснений.

Проект соглашения о совместной деятельности следует признавать не соответствующим антимонопольному законодательству, а в удовлетворении соответствующего ходатайства отказывать, если у сторон соглашения присутствует возможность *устранить* конкуренцию на Затрагиваемом товарном рынке, или у них присутствует возможность ограничить конкуренцию, и при этом хотя бы одно из условий Раздела IV настоящих разъяснений не выполняется.

В остальных случаях соглашение о совместной деятельности может быть признано допустимым, а ходатайство удовлетворено, с одновременной выдачей предписания об осуществлении действий, направленных на обеспечение конкуренции, и/или приведении положений соглашения, предусматривающих отказ сторон от конкуренции, в соответствие с требованиями Раздела V настоящих разъяснений.

Приложение 1

Схема анализа соглашений о совместной деятельности



Приложение 2

Анкета. Вопросы для руководителей и специалистов предприятий

1. Наименование, организационно-правовая форма предприятия: _____

2. Основной вид деятельности: _____

3. Для организации производства _____ (*наименование продукции*) необходимо (выберите нужный вариант):

- значительные первоначальные капитальные вложения (укажите примерную величину _____) при длительных сроках окупаемости (укажите период времени _____);
- значительные первоначальные капитальные вложения (укажите примерную величину _____) при малых сроках окупаемости (укажите период времени _____);
- незначительные первоначальные капитальные вложения (укажите примерную величину _____) при малых сроках окупаемости (укажите период времени _____);

4. Для производства _____ (*наименование продукции*) необходимы ресурсы (укажите какие):

5. Доступ к ресурсам (перечисленным в пункте 4), необходимым для производства _____ (*наименование продукции*) (выберите нужный вариант):

- свободный доступ, множество предложений;
 - ограниченный доступ потенциальных участников рассматриваемого рынка к ресурсам (укажите к каким):
-

в виду следующих причин (укажите каких): _____

- отсутствует доступ потенциальных участников к ресурсам, предложение которых ограничено и которые распределены между хозяйствующими субъектами, уже действующими на рассматриваемом рынке (укажите к каким ресурсам):
-

6. Существуют ли преимущества хозяйствующих субъектов, действующих на рынке _____ (наименование товарного рынка) _____, перед потенциальными участниками данного товарного рынка (выберите нужный вариант):

- таких преимуществ нет;
- преимущества есть (выберите нужный вариант):
- по спросу на товар;
 - по наличию долгосрочных договоров с приобретателями;
 - по доступу к необходимым ресурсам;
 - по доступу к финансовым ресурсам;
 - иные (укажите какие) _____
-

7. Существуют ли на рынке _____ (наименование товарного рынка) _____ издержки для покупателя данного товара, связанные со сменой продавца (выберите нужный вариант):

- таких издержек нет;
- такие издержки существуют, в результате (выберите нужный вариант):
- предоставления скидок постоянным приобретателям,
 - заключения долгосрочных контрактов;

иных причин (укажите каких) _____

8. Существуют ли на рынке (наименование товарного рынка) транспортные ограничения:

- таких ограничений нет;
- ограничения есть (укажите какие): _____
-
-

9. Существуют ли на рынке (наименование товарного рынка) стандарты и предъявляемые к качеству требования:

- таких требований нет;
- требования есть (укажите какие): _____
-
-

10. Существуют ли ограничения входа на рынок (наименование товарного рынка) , связанные с наличием экономически оправданного минимального объема производства, обуславливающего для хозяйствующих субъектов более высокие затраты на единицу продукции до момента достижения такого объема производства (эффект масштаба производства):

- таких ограничений нет;
- ограничения есть (укажите какие): _____
-
-

11. Приводит ли к созданию барьеров входа на рынок наличие среди действующих на рынке хозяйствующих субъектов вертикально-интегрированных хозяйствующих

субъектов:

- нет;
 - да, так как (выберите нужный вариант):
 - создает преимущества для участников вертикально-интегрированных хозяйствующих субъектов по сравнению с другими потенциальными участниками рынка;
 - требует необходимости участия потенциальных участников рынка в вертикальной интеграции, что увеличивает издержки входа на товарный рынок;
 - иные причины (укажите какие) _____
-

12. Существуют ли другие ограничения входа на рынок _____ (наименование товарного рынка) _____:

- таких ограничений нет;
- ограничения _____ есть _____ (укажите _____ какие):

Печать
организации

Подпись лица, уполномоченного
подписывать документы
от имени организации

Расшифровка подписи