

Роль судової практики у формуванні засад правового регулювання конкуренції на спільному (внутрішньому) ринку Європейського Союзу

В.С. Лук'янець

кандидат юридичних наук, доцент кафедри державно-правових дисциплін, Університет економіки та права «КРОК»

Розглянуто вплив основних рішень Комісії ЄС на формування конкурентного права Європейського Союзу; значну увагу зосереджено на позиції Суду ЄС щодо політики Комісії ЄС у процесі розгляду спорів стосовно порушення конкуренції на спільному ринку.

Ключові слова: прецедент, Комісія ЄС, Суд ЄС, конкурентна політика.

Рассмотрено влияние основных решений Комиссии ЕС на формирование конкурентного права Европейского Союза; затронут вопрос о позиции Суда ЕС по отношению к политике Комиссии ЕС в процессе рассмотрения споров о нарушении конкуренции на общем рынке.

Ключевые слова: прецедент, Комиссия ЕС, Суд ЕС, конкурентная политика.

The influence of case law on EU's competition law creation and the role of the EU Commission are considered in this article. The research also deals with the European Court's of Justice position concerning the EU Commission policy in hearing the competition cases.

Key words: case law, the EU Commission, European Court's of Justice, competition policy

Постановка проблеми

У процесі формування та розвитку конкурентного права Європейського Союзу неабияку роль відіграє судова практика, що на сьогодні є результатом діяльності Комісії ЄС та Суду ЄС, тобто їх рішення у конкретних справах, які стали прецедентами для застосування судами в аналогічних та/або схожих справах.

Аналіз останніх досліджень і публікацій

Дослідження окремих аспектів права Євросоюзу в рамках науки міжнародного та міжнародного економічного права проводили та проводять такі вітчизняні автори, як М.О. Баймуратов, М.В. Буроменський, В.А. Василенко, О.Ф. Висоцький, А.З. Георгіца, М.М. Гнатовський, В.Н. Денисов, А.І. Дмитрієв, А.С. Довгерт, В.І. Євінгов, О.О. Мережко, М.М. Мікієвич, В.І. Муравйов, В.Ф. Опришко, Р.А. Петров, К.В. Смирнова, Л.Д. Тимченко,

Л.О. Тимченко та ін. Результати їхніх досліджень дають можливість отримати більш чітке уявлення про особливості правового регулювання світових та європейських економічних процесів і місце в них рішень Комісії та Суду ЄС.

Не вирішені раніше частини загальної проблеми

Практика розгляду спорів Комісією ЄС має поважну історію, значна частина з яких є класикою права Євросоюзу. Суд ЄС, у свою чергу, покликаний своїми рішеннями гарантувати єдність права Євросоюзу, уніфіковане розуміння та тлумачення євроінтеграційного права.

Формулювання цілей статті

Нині досить мало наукових праць, які були б присвячені розгляду питання взаємодії та впливу рішень Комісії ЄС та політики Суду ЄС, а у сфері правового регулювання конкуренції – відсутні взагалі.

Виклад основного дослідження

На наш погляд, у цьому дослідженні слід розглянути рішення Суду ЄС (далі – Суд) та Комісії ЄС (далі – Комісія), адже практика переконливо свідчить про те, що переважну більшість прецедентів було створено під час розгляду Судом скарг щодо рішень Комісії¹. Вважаємо, що необхідно спочатку розглянути практику щодо **угод між підприємствами, рішення асоціацій підприємств та узгоджених дій**, що досить часто за результат мають порушення конкуренції на ринку ЄС. Слід зазначити, що ст. 85 (1) Договору про ЄС (далі – ДЕС) [1] не може бути застосовна, якщо не існує термінів «угода», «рішення асоціації підприємств» або «узгоджена дія». «Угода» в цьому разі повинна тлумачитися широко, тобто охоплювати не тільки формально укладені та юридично зобов'язуючі документи, а й усні контракти, так звані джентльменські угоди, тобто такі, що укладаються лише під слово честі. Окрім цього, угоди, у яких тільки одна зі сторін добровільно погоджується обмежити свою свободу і які порушують конкуренцію на ринку, також розглядаються як такі, що мають недобровільне обмеження поведінки. Практика переконливо свідчить, що висновок про існування такої угоди можна зробити перш за все на підставі фактів і обставин справи, незважаючи на заперечення і протести сторін. Так, наприклад, у справі *Vereniging van Cementhandelaren v Commission* [1972] [2] Асоціація торговців цементом встановила «індикативні ціни» для своїх членів, які активно працювали на голландському ринку цементу. Комісія дійшла висновку, що встановлення індикативних цін підпадає під дію ст. 85 ДЕС [1]. Асоціація оскаржила такі висновки в Суді, де вона доводила, що індикативні ціни не ідентичні фіксованим ставкам, про які домовлялись учасники угоди, адже вони становлять основу для

розрахунку цін, встановлених самостійно. Асоціація заявила, що домовленість була досить загальною і не мала обов'язкового характеру, тобто не підпадає під дію зазначеної статті. Суд у свою чергу підтримав висновки Комісії про те, що домовленість порушує ст. 85 (1) ДЕС, зауваживши що *«встановлення цін, навіть коли вони індикативні, впливає на конкуренцію, тому що дає змогу всім учасникам передбачати зі значним ступенем вірогідності, яку цінову політику мають проводити їхні конкуренти»* [2]. Таким чином, з точки зору Суду, встановлення індикативних цін дає змогу сторонам проводити спільну політику. Не було ні зобов'язуючої норми, ні явної згоди щодо встановленої ціни, проте домовленість, якою б широкою вона не була, дає змогу сторонам спільно діяти в напрямі, дещо далекому від самостійності, а це підпадає під дію положень права ЄС щодо обмежувальної практики. Рішення асоціацій включають насамперед діяльність торговельних асоціацій та інших колективних і представницьких органів. у такому разі зовсім не суттєво, чи має орган правосуб'єктність, чи доручається йому виконання суспільних функцій і завдань. Таким чином, союз асоціацій, наприклад, Пан'європейська федерація, яка охоплює всі національні асоціації, також є «асоціацією». Поняття «рішення» має широке тлумачення, що включає в себе не тільки зобов'язуючі рішення, а й рекомендації членам, оскільки вони можуть їх спонукати діяти відповідним чином, незважаючи на їхній непримусовий характер. Це поняття стосується заборони неформальних домовленостей у ст. 85 (1) ДЕС [1], які не можуть розглядатися як «угода» або «рішення асоціацій підприємств». З цієї точки зору «узгоджена дія» є до певної міри занадто загальним положенням. Класичну дефініцію узгодженої дії дано Судом ЄС у справі *ICI v Commission (Dyestuffs)* [1972] [3], де стверджується, що фраза застосовується у Договорі про ЄС таким чином, щоб охопити ст. 85 ДЕС: *«форми координації між підприємствами, які свідомо змінюють ризики конкуренції практичною кооперацією між ними, не пройшовши стадії,*

¹ Слід нагадати, що за правом ЄС до функцій Комісії ЄС належить розгляд справ по суті, а до функцій Суду ЄС – нагляд за тим, чи вірно було застосовано право ЄС, тобто власне розгляд справи по факту.

коли укладається власне так звана угода»[1]. Необхідно зазначити, що для того, щоб дія була визначена як власне узгоджена дія, не обов'язково мати узгоджений план. Достатньо, щоб кожна сторона мала можливість поінформувати іншу сторону про напрям, який вона обиратиме, щоб кожна з них могла здійснювати свою лінію, будучи впевненою в тому, що її конкуренти діятимуть у тому самому напрямі. Безумовно, такі дії можуть завдавати не меншої шкоди конкуренції, ніж угоди або рішення асоціацій, що, як свідчить практика, набагато складніше довести [3]. У справі *ICI v Commission (Dyestuffs)* [1972] Суд зосередився на трьох підвищеннях цін, які було здійснено майже одночасно основними виробниками анілінових барвників у 1964, 1965 і 1967 роках. Підвищення стосувалися однакових продуктів. У період між 7 і 10 січня 1964 р. ціни підвищилися на 10%, між 14 жовтня і 28 грудня 1964 р. було прийнято рішення про підвищення цін на 10-15%, яке набуло чинності 1 січня 1965 року. На зустрічі в Базелі в серпні 1967 р. один із виробників заявив про підвищення на 8% цін з 16 жовтня. Згодом два інших виробники заявили також про підвищення цін на 8%. Комісія прийняла рішення, що були узгоджені дії щодо спільного підвищення цін, і наклала на них суворі штрафи. Компанія *ICI* у свою чергу домагалася скасування такого рішення, аргументуючи свої дії тим, що підвищення цін було лише прикладом дій, звичайних для олігономії. Цей довід, однак, не був прийнятий Судом, який визнав, що в той час, коли паралельні рішення самі по собі не є узгодженими діями, такі дії стають цілком очевидними, якщо призводять до спотворення конкуренції, що не відповідає нормальним умовам ринку. Слід зазначити, що цей аспект рішення був підданий критиці. Адже в той час, як висновки щодо узгоджених дій були прийнятними, відповідно до фактів виявилось, що ринок ділився згідно з державними кордонами. Таким чином попередні зустрічі і заяви виключали будь-які невизначеності між сторонами, підвищення цін було загальним і спільним та поширюва-

лося на однакові види продукції. Зазначалося також, що рішення, яке базується виключно на досить загальній формулі «нормальні умови ринку», буде дуже важко довести і воно може зробити олігономії надто вразливими до обвинувачень щодо узгоджених дій навіть у разі цілком «нормальних» і необхідних підвищень цін [3].

Слід зазначити, що Суд ЄС був обережнішим у своїх підходах до олігономії у справі *Ahlstrom v Commission (Woodpulp)* [1988] [4]. Під час судового процесу з анулювання рішення Комісії, згідно з яким коло провідних світових виробників деревини, яким спільно належало дві третини ринку деревини Співтовариства, були оштрафовані за узгоджені дії через щоквартальне одночасне оголошення ідентичних підвищень цін. Суд визнав, що ці чинники не є фактом, що доводить наявність узгоджених дій, адже система оголошення цін представляє «поміркувану реакцію на необхідність обмежити комерційний ризик у довгостроковій перспективі». На відміну від попереднього рішення він вирішив, що схожість була результатом високого ступеня прозорості ринку ЄС, а паралелізм у підвищенні цін можна цілком пояснити олігономістичними тенденціями ринку. Хоча з іншого боку, угоди сторін, укладені на засіданнях своєї торговельної асоціації, відносно фіксації рекомендованих цін і попередження заздалегідь своїх членів про будь-який запропонований відступ від таких цін розглядалися як такі, що стримують конкуренцію в межах ЄС [4].

У справі *Hasselblad v Commission* [1984] [5] Суд підтримав висновки Комісії про узгоджені дії Віктора Хасельблада, шведського виробника фотоапаратури, і дистриб'юторів його продукції в кількох державах-членах. Фірма «Камера Кер» у Лондоні була лідером з продажу фотоапаратів Хасельблада, але в 1978 р. вона втратила ліцензію. Тоді фірма спромоглася отримувати камери Хасельблада для перепродажу з Ірландії, де вона скупила запаси продукції у «Ілфорда», офіційного дилера Хасельблада. Унаслідок розслідування, проведеного компанією «Хасельблад Ю.К.», дистриб'ютора в Об'єднаному

Королівстві, він дізнався про отримання «Камера Кер» своєї продукції за межами Великої Британії. Хасельблад подав скаргу на «Ілфорда» та «Телоса». Обидва припинили продаж для «Камера Кер» і почали торгувати тільки на вітчизняних ринках. У цьому разі Суд підтримав позицію Комісії, що ці дії є узгодженими й підпадають під дію ст. 85 ДЕС. Адже за ініціативою та під тиском Хасельблада дилери виробили план дій, що не дозволяв торгівлю поза межами держави, а також стримував конкуренцію на спільному ринку ЄС. Скарга такого роду, що веде до розподілу ринків, є очевидною узгодженою дією, яка заборонена ст. 85 ДЕС [1]. Вважається, що основою для визначення «узгодженої дії» є наявність у контактах чи зв'язках між сторонами впливу на комерційну ситуацію на ринку. При визначенні наявності або відсутності «узгодженої дії» Комісія вимагає враховувати характерні особливості ринку [5].

Досліджуючи це питання, необхідно звернути увагу на те, що у справі *AEF-Telefunken v Commission* [1983] [6] сторони оголосили про підписання дистриб'юторських угод щодо продукції *AEF-Telefunken*, однак не отримали дозволу Комісії на це. Пізніше *AEF-Telefunken* була звинувачена в порушенні ст. 85 (1) ДЕС. Вважається, що при розробленні цих угод учасники намагалися обмежити конкуренцію шляхом систематичної відмови у використанні своєї мережі дилерами, які не згодні з неофіційною ціновою політикою, якої, вочевидь, дотримувалися всі учасники цих угод. Більше того, хоча *AEF-Telefunken* почала діяти поза межами оголошеної її угоди, нова політика не звільнила фірму від сплати штрафу.

Необхідно звернути увагу на те, що подібним чином, у справі *Ford Werke v Commission* [1984] [7] Суд схвалив відмову Комісії надати дозвіл на те, що на перший погляд здавалося повністю прийнятною стандартною дистриб'юторською угодою, оскільки *Ford Werke* відмовився співпрацювати з дистриб'юторами в Німеччині й постачати їм автомобілі з правостороннім кермом для експорту до Англії, очевид-

но, з метою збереження штучного розподілу ринку і, отже, різного рівня цін у державах-членах. Хоча в так даному разі не було жодної угоди, що свідчила б про наявність узгоджених дій, Суд визнав, що рішення *Ford Werke* припинити постачання частково набувають форми договірних відносин між *Ford Werke* та його дилерами. Доступ до дилерської мережі *Ford Werke* означав схвалення з боку договірних сторін його політики. Таким чином, ці справи свідчать про те, що Комісія і Суд, застосовуючи ст. 85 (1) ДЕС повинні брати до уваги контекст, у якому присутня конкретна дія, і тлумачити ст. 85 (1) проти її буквального значення, якщо це необхідно для припинення дій, які не відповідають духу конкурентного права ЄС. Слід зазначити, що застосування ст. 85 (1) ДЕС вимагає наявності угоди «між підприємствами». Застосування слова «між» вказує на те, що повинно бути щонайменше два зацікавлених підприємства. На перший погляд це твердження здається неважливим, однак воно набуває важливого значення, коли розглядається угода між материнською і дочірньою компаніями. Постає запитання як їх розглядати – як одне чи як два підприємства? Перш ніж відповісти, слід з'ясувати, що розуміється під терміном «підприємство». Необхідно відмітити, що загальне поняття має широке тлумачення, яке охоплює всіх фізичних і юридичних осіб, які займаються економічною діяльністю [1]. Воно включає державні підприємства, компанії з обмеженою відповідальністю, товариства, торговельні асоціації, кооперативи, дрібних торговців, державні торговельні корпорації, некомерційні організації тощо. Фізичні особи також можуть вважатися підприємцями, якщо здійснюють економічну діяльність за власний рахунок. Таким чином адвокати, оперні співаки, консультанти та винахідники можуть бути підприємцями. І навпаки, службовці не можуть вважатися підприємцями. Деякі сумніви можуть виникати щодо статусу професійних спілок, особливо щодо фактичної діяльності. Хоча їх промислова діяльність має значний вплив на ринкову конкуренцію, антимонопольні органи

традиційно вважають, що така діяльність повинна проводитися поза правилами з очевидних політичних причин. Асоціація осіб, зайнятих самостійною працею, також є «підприємством». Повернімося до запитання, що залишилося без відповіді: чи є материнська і дочірня фірми, що уклали між собою угоду, одним підприємством? Угода між ними не підпадає під ст. 85 (1) ДЄС за умови, що материнська і дочірня фірми створюють насправді єдину економічну одиницю. Для цього перевіркою фактів повинно бути встановлено, що дочірня компанія настільки залежить від материнської, що не має права визначати власний напрям діяльності. На практиці дуже рідко члени одного корпоративного об'єднання не розглядають себе як щось єдине, тому слід навести винятково вагомий свідчення, щоб змінити таку категоричну презумпцію. Слід зауважити, що ст. 85 ДЄС застосовується, коли угода або узгоджена дія можуть «впливати на торгівлю між державами-членами». Якщо цього не існує, угода не підпадає під норми конкурентного права ЄС і отже, тільки національне антимонопольне законодавство може визначати, чи підлягає угода взагалі будь-якому законодавчому контролю щодо порушень правил конкуренції [1]. Таким чином, від формулювання залежить норма, яка визначатиме юрисдикцію Союзу.

Вважаємо за необхідне розглянути окремо значення слів «впливати» і «торгівля». Почнемо з останнього. «Торгівля» як термін повинен тлумачитися широко й охоплювати всі форми економічної активності. У справі *Societe Technique Miniere v Maschinenbau Ulm* [1966] [8] Суд застосував ст. 85 (1) ДЄС: «На підставі кола об'єктивних моментів з точки зору права та факту можливо, що ця угода впливатиме прямо чи побічно, зараз або у майбутньому, на характер торгівлі між державами-членами» [8]. У справі *Windsurfing International v Commission* [1986] [9] Суд визнав, що при визначенні впливу на торгівлю слід аналізувати угоду в цілому. Тобто, якщо угода в цілому впливає на торгівлю, то не має значення, чи можуть окремі її положення мати та-

кий вплив. В інших справах Суд розширив сферу дії формулювання таким чином, що нині багато угод чітко підпадають під юрисдикцію Комісії. Так угода, яка стосується однієї держави-члена, впливає на міждержавну торгівлю, як і угода щодо сировини, яка сама по собі не має впливу на міждержавну торгівлю, однак, входить до складу іншого продукту, який є об'єктом міждержавної торгівлі. Слід зазначити, що угоди, предмет яких міститься дуже близько від кордону ЄС, особливо спроможні впливати на міждержавну торгівлю. Виходячи з правила «*de minimis*», ст. 85 ДЄС [1] повинна застосовуватися тільки при значному впливі на торгівлю, тобто не всякий вплив викликає її дію. З метою забезпечення дієвого контролю за компаніями Комісія ЄС видала повідомлення щодо угод другорядного значення. Згідно цього повідомлення Комісія орієнтовно визначила, що угода не є об'єктом застосування ст. 85 (1) ДЄС, коли: 1) товари та послуги, які є предметом угоди, не становлять понад 5% загального ринку таких товарів і послуг на Спільному ринку; 2) сукупний оборот зацікавлених підприємств не перевищує 200 млн євро [9]. Необхідно зауважити, що відповідність цим двом вимогам визначається за допомогою перевірок у кожному конкретному випадку. Таким чином, наприклад, угода між двома гігантськими корпораціями стосовно продукту, коли їх спільна частка на ринку становила 0,1% такого продукту, не виграє від цього повідомлення. Подібним чином, наприклад, домовленість між двома дрібними виробниками відносно продукту, який, можливо, займає дуже специфічну нішу на ринку, якщо вони володіють десятою часткою ринку, не зможе спокійно скористатися повідомленням. Ураховуючи, що цей елемент ст. 85 ДЄС підпадає під юрисдикцію Комісії, не є дивним, що вона часто намагається звести до мінімуму важливість цього формування, аргументуючи, що дійсно багато локальних угод мають побічний економічний вплив на міждержавну торгівлю. Очевидно, що такий підхід підвищує політичну вагу Комісії. І навпаки, національні суди намагаються бути суво-

рішми і вимагати надання переконливих доказів щодо дій впливу на торгівлю.

Як і в питанні впливу на торгівлю між державами, конкурентне право ЄС опікується не проблемами зростання обсягів торгівлі між країнами, а лише можливостями спотворення «нормальної» конкуренції в межах Спільного ринку. Крім того це стосується не тільки «горизонтальних» угод, тобто між конкуруючими виробниками або конкуруючими оптовиками – класичний картель, які явно обмежують конкуренцію. Також це стосується «вертикальних» угод, тобто між виробником і дистриб'ютором, між дистриб'ютором і роздрібними торговцями, сторонами, що не конкурують одна з одною, які часто економічно корисні, оскільки раціоналізують процес розподілу і концентрують діяльність з просування продукції на користь споживачів.

Такий підхід було закладено у справах *Consten & Grundig v Commission* [1966] [10]. Ця справа стосується ексклюзивної дилерської угоди між *Grundig*, компанією з Німеччини, що виробляє електронне устаткування, і акціонерним товариством *Consten* із Франції. Згідно з угодою *Consten* визначався єдиним дистриб'ютор *Grundig* у Франції і надавав ексклюзивні права торговельній марці *Grundig*, *GINT* у Франції. Констен дав згоду не займатися реекспортом продукції *Grundig* в інші держави-члени, а *Grundig* погодився забезпечити аналогічне запевнення від своїх дилерів. Таким чином, існувала цілковита заборона на паралельні імпорту і експорт продукції *Grundig*, посилена торговою маркою *GINT*. *Consten* довідався, що інша французька фірма *UNEF* купувала продукцію *Grundig* у німецьких торговців і продавала її у Франції за ціною, нижчою від ціни *Consten*. *Consten* подав позов проти *UNEF* за порушення правил використання торгової марки фірми. *UNEF* звернулася до Комісії рішенням, що угода *Consten-Grundig* порушувала положення ст. 85 (1) ДЄС, і згодом Комісія прийняла таке рішення. Зверненнями до Суду сторони намагалися скасувати це рішення. Позивачі доводили, що метою їхньої угоди було не скорочен-

ня торгівлі між державами-членами, а її збільшення. Угода мала на меті концентрацію і раціоналізацію розподілу продукції *Grundig* на території Франції та фактично продаж виробів *Grundig* збільшився. Суд відкинув такі аргументи. Збільшення продажу продукції *Grundig* було кваліфіковано як таке, що могло впливати на торгівлю між державами-членами і зашкодити меті Договору ЄС, тобто створенню спільного ринку. Право конкуренції в цьому разі стосувалося не тільки домовленостей, що обмежували конкуренцію між виробниками та марками виробників. Справа в тому, що метою угоди було взагалі знищити конкуренцію на продукцію *Grundig* на оптовому рівні, та конкуренцію серед дистриб'юторів однієї торгової марки. До того ж, сторони за таких обставин не могли покладатись на свої права щодо товарного знаку. Використовувати їх тільки з метою розподілу ринку кваліфікувалося як зловживання такими правами. Однак Суд, на відміну від Комісії, не був готовий визнати цю угоду недійсною, тому анулював лише окремі статті, які порушували право ЄС. Хоча рішення Суду було піддано критиці, слід визнати, що обмеження конкуренції серед дистриб'юторів однієї торгової марки, які мають місце у вертикальних угодах, використовуються досить часто, як у разі з угодою *Consten & Grundig*, яку було використано для розподілу ринку за національними кордонами з метою ізолювання дистриб'ютора в кожній державі від конкуренції паралельного імпорту товарів з інших держав, де рівень цін нижчий. Таким чином можна штучно підтримувати високий рівень цін. Слід звернути увагу на те, що застосування термінів «мета» і «вплив» дає чітко зрозуміти, що ст. 85 ДЄС застосовується до угоди, за допомогою якої сторони намагались обмежити конкуренцію, але не встигли цього зробити, таким чином угода, у якій сторони намагались досягти в принципі законних цілей, але при цьому ненавмисно стримували конкуренцію. Отже, Комісія як відповідний орган має право втручатися на ранній стадії виконання угоди для запобігання шкоди для ринку.

Зазначимо, що аналіз наслідків угод потребує розгляду всіх економічних і правових обставин. Сфера застосування відповідного аналізу розглядалася у справі *Societe Technique Miniere v Maschinenbau* [1966] [8]. Вона стосувалась ексклюзивної дистриб'юторської угоди між німецьким виробником важких землерийних машин *Maschinenbau* і французьким дистриб'ютором *Societe Technique Miniere* і була подібною до угоди *Consten & Grundig*. Вона не стосувалась обмежень паралельного імпорту та експорту чи зловживань при використанні товарних знаків. *Societe Technique Miniere* намагалась відмовитись від цієї угоди, заявляючи, що вона порушує ст. 85 (1) ДЕС. На звернення Паризького апеляційного суду і посилаючись на ст. 177 ДЕС Суд визнав, що для з'ясування питання, чи здатна угода запобігти, обмежити або спотворити конкуренцію, необхідно проаналізувати ряд факторів. Серед них найпринциповіше – характер і кількість відповідної продукції, тобто ринок продукції і загальна частка сторін на цьому ринку. Адже чим більша частка ринку належить сторонам, тим більша шкода може бути завдана конкуренції. Окрім цього, слід дослідити масштаб зацікавлених сторін, тобто їх становище на ринку. Чим вони міцніші з точки зору обороту і відповідної частки ринку, тим імовірніше, що конкуренція буде обмежуватися. Слід також встановити наскільки ізольований чи неізольований характер угоди. Це особливо доречно щодо дистриб'юторської угоди, яка, на перший погляд може здаватися неважливою, але часто становить частину системи подібних угод на спільному ринку. Ще один аспект, який потребує окремого дослідження – це жорсткість статей. Чим жорсткішими є статті, тим імовірніше порушуватимуть ст. 85 (1) ДЕС. Однак будь-яке положення, що є більш ніж необхідним для отримання бажаного чи вигідного результату, ризикує порушити ст. 85 (1) ДЕС. Щодо можливості існування інших комерційних потоків на ідентичну продукцію на ринку через реімпорт і реекспорт, тобто паралельні імпорт та експорт, то будь-яка угода, що матиме

намір заборонити або навіть обмежити паралельні імпорт та експорт, буде, звичайно, порушувати ст. 85 (1) ДЕС. У нашому разі угода між *Societe Technique Miniere* і *Maschinenbau* була розцінена як така, що фактично не порушувала ст. 85 (1) ДЕС. Отже знадобилося широкомасштабне розслідування, щоб пересвідчитися, чи може угода потенційно запобігти, обмежити або спотворити конкуренцію в межах спільного ринку. Слід наголосити, що невелика розбіжність існує між поняттями «запобігання», «обмеження» або «спотворення конкуренції». Судом ЄС було визнано, що справа *Consten & Grundig* проти Комісії стосувалася конкуренції як на горизонтальному, так і вертикальному рівнях. Таким чином, ст. 85 ДЕС охоплює угоду щодо встановлення цін або розподілу ринку між конкурентами, тобто горизонтальні угоди, а також ексклюзивні дилерські угоди. Наприклад такі, що регулюють відносини між виробником і дилером, або відносини отримання патенту на інтелектуальну власність, між ліцензіаром і ліцензіатом, тобто вертикальна угода. Основні дебати відносно зазначених понять сконцентрувалися довкола підходу до їх тлумачення з точки зору так званого здорового глузду. Такий підхід з огляду на здоровий глузд передбачає уникання того, щоб засуджувати специфічний тип статей як таких, що обмежують конкуренцію. Замість цього застосування такого підходу вимагає аналізу загальної мети такої угоди і з'ясування, чи обмежує така мета конкуренцію. Якщо ні, тобто сприяє конкуренції або зовсім її не зачіпає, тоді розглядається питання, чи потрібні ці статті угоди для досягнення цієї мети. Знову ж таки в разі потреби вони не можуть запобігати, обмежувати або спотворювати конкуренцію, оскільки становлять будівельний матеріал конструкції проекту, що не шкодить конкурентним силам. У ряді випадків суд схвалив такий підхід, не застосовуючи фразу «мотиваційна норма». Наприклад, у справі *Remia & Nutricia v Commission* [1985] [11] до суду було направлено запит щодо застосування ст. 85 ДЕС до обмежувальних домовленостей в угоді про продаж активів.

Такі домовленості, як відомо, є загальним явищем для бізнесу. Коли продавець укладає угоду на продаж фірми, він, безумовно, повинен погодитися з пунктом, за яким бере на себе зобов'язання не конкурувати протягом визначеного терміну і на певному географічному просторі з компанією, яка продається. Суд погодився з загальноприйнятим підходом щодо таких пунктів, тобто вони були необхідні, аби забезпечити передачу в повному обсязі репутації фірми покупцю, у разі відсутності такого пункту продавець зможе конкурувати з компанією і залишити собі більшу частину такої репутації, і визначив, що угода з прийнятими обмеженнями не підпадає під дію ст. 85 (1) ДЕС. У справі *Pronuptia de Paris v Schillgalis* [1986] [12] суд вирішив, що франчайзингові угоди сприяють конкуренції, або є нейтральними щодо неї, і тому всі статті, які її явно або не явно обмежують, є необхідними, щоб франчайза взагалі мав право на існування, не підпадаючи під дію ст. 85 (1) ДЕС. Не викликає сумнівів той факт, що угоди між підприємствами, розташованими в межах Спільного ринку, підпадають під дію ст. 85 ДЕС. Що ж робити з угодами між підприємствами в межах або поза межами ЄС, які зосереджені на торгівлі за межами Союзу? Що робити, якщо такі угоди впливають на торгівлю в межах Союзу?

Багато ухвалених Комісією рішень свідчать про те, що наявність в угоді елемента, що має місце поза межами Союзу не виключає автоматично її юрисдикції. Так, угода стосовно експорту товарів до третьої країни в поєднанні з заборонаю реекспорту до ЄС може порушувати ст. 85 ДЕС, якщо існує реальна можливість реекспорту. Як правило, таких перспектив не існує через те, що вартість транспортування та мито можуть знівелювати будь-яку різницю в цінах, яка могла б зробити реекспорт прибутковим. Угоди між Союзом і сторонами з інших країн щодо обмеження імпорту порушуватимуть ст. 85 (1) ДЕС і, якщо ці товари є важливими, мають розглядатися як серйозне порушення, що заслуговує на штраф.

Намагання застосувати юрисдикцію

Співтовариства щодо нерезидентів можуть викликати, безумовно, гостру дипломатичну полеміку. Питання про екстериторіальне застосування права ЄС розглядалось у судовому порядку лише кілька разів. У справі *ICI v Commission (Dyestuffs)* [1972] [3] Комісія наклала штраф на виробників цієї продукції з країн ЄС та поза його межами начебто за встановлення цін. Слід зазначити, що три з покараних компаній не були на той час компаніями ЄС. Питання юрисдикції щодо компаній було розглянуто в апеляції до Суду, який вирішив, що юрисдикція має під собою основу. Тобто Суд постановив, що ці материнські та дочірні компанії утворюють єдине економічне підприємство. Отже, сам факт, що материнська компанія з держави-члена ЄС має дочірню компанію у межах ЄС, є достатнім для застосування ст. 85 ДЕС. Юрисдикція, таким чином, залежить від здатності контролювати дочірню компанію материнською, і така здатність має підтверджуватися відповідними фактами.

Справа *ICI v Commission (Dyestuffs)* не торкалася безпосередньо так званої доктрини впливу, яка стверджує, що юрисдикція базується на простому доводі – відсутності впливу «de minimis» на конкуренцію в межах ЄС. В останній справі щодо екстериторіальності – *Ahlstrom v Commission (Woodpulp)* [1988] [4] – Суд зіткнувся з апеляціями сорока трьох виробників паперової маси, жоден із яких не мав статусу юридичної особи в межах ЄС. Проти рішення Комісії заборони угод щодо встановлення цін і стягнення штрафів. Комісія постановила, що юрисдикція існує, оскільки угода мала вплив на торгівлю в межах Євросоюзу. Суд вирішив, посилаючись на загальновизнані норми міжнародного права, що оскільки угода «виконувалась» у ЄС, ст. 85 ДЕС повинна бути застосована. Імплементация могла мати вплив унаслідок існування і діяльності дочірніх фірм, філій, агенцій, субагенцій тощо. Отже, діяльність на території ЄС таких компаній у вигляді посередників, філій тощо, дала Союзу територіальну прив'язку, яка згідно зі звичаєвими нормами приватного міжнародного права підлягає його юрисдикції. У

цьому разі Суд не був зобов'язаний керуватися доктриною впливу.

Досліджуючи питання ролі прецедентної практики у формуванні конкурентного права ЄС слід звернути особливу увагу на те, що ще одна сфера правового регулювання конкуренції, де прецедентна практика має неабияке значення – це **зловживання домінуючим становищем**. Зазначимо, що ст. 86 ДЄС стосується поведінки підприємств, що домінують на ринку, а саме зловживання таким становищем. Кожна справа за ст. 86 ДЄС завжди складається з двох компонентів. По-перше, це докази домінування підприємства на ринку; по-друге, це докази власне зловживання таким становищем. Разом з тим необхідно чітко усвідомлювати, що явне домінування на ринку не є само по собі чимось незаконним, адже ст. 86 ДЄС забороняє зловживання ринковою владою, а не сам факт його існування.

У справі *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] [13] Суд зробив крок уперед при тлумаченні ст. 86 ДЄС як стримувача зловживань, коли визнав, що «концепція зловживання є об'єктивною концепцією, пов'язаною з поведінкою підприємства, яке має домінуюче становище на ринку, коли внаслідок лише присутності цього підприємства рівень конкуренції послаблюється, а через звернення до методів, що відрізняються від таких, які обумовлюють нормальну конкуренцію на виробі і послуги, спостерігається створення перешкод для утримання рівня конкуренції, який ще існує на ринку, або для зростання такої конкуренції» [13]. Таким чином проблема, проти якої спрямована ст. 86 ДЄС, є багатогранною. Вона може виражатись і в експлуаторській або нечесній поведінці; у використанні методів, які шкодять ефективній структурі ринку; і бізнесова практика, що відрізняється від існуючої за нормальних конкурентних умов. У доктрині права ЄС зазвичай зловживання поділяються на дві категорії: експлуаторські й антиконкурентні [14]. Перші стосуються нав'язування споживачам несправедливих умов, а другі – створення умов, що перешкоджають або обмежують

можливості інших підприємств конкурувати з домінуючим. Однак якщо певні зловживання можна чітко визначити, наприклад, конкуренти, що збивають ціни для усунення суперників з ринку, можуть, принаймні спочатку, приносити користь споживачам, то інші впливають негативно як на споживачів, так і на конкурентів як, наприклад, такі, що встановлюють дискримінаційні ціни. Експлуаторські зловживання стосуються параграфів (a) і (b) у переліку до ст. 86 ДЄС, натомість антиконкурентні або змішані дії підпадають під дію параграфів (c) і (d), оскільки пов'язані з несправедливими умовами контрактів. Антиконкурентні порушення включають дії, що впливають на структуру ринку, а також на кожного конкурента: «Забороняючи зловживання домінуючою позицією на ринку, оскільки вони можуть впливати на торгівлю між державами-членами, ст. 86 ДЄС охоплює не тільки зловживання, що можуть завдати безпосередньої шкоди споживачам, а також ті, що шкодять їм побічно, руйнуючи ефективну конкурентну структуру, передбачену ст. 3(f) Договору».

Із заяви Суду у справі *Hoffmann-La Roche v Commission* стає зрозуміло, що поведінка, пов'язана зі зловживанням, – це ненормальна поведінка, оскільки вона є за межами нормальної конкуренції. Однак ні Комісія, ні Суд ще не спромоглися дати повного визначення нормальної конкуренції. Антиконкурентна поведінка може включати дискримінаційне ціноутворення, що виявила Комісія в разі з *British Telecom* [14], коли відправка повідомлення коштувала значно більше, ніж у разі його надходження з будь-якого іншого місця Союзу. Продаж товарів, прив'язаний до дистриб'юторів або роздрібних торговців, також може викликати зловживання, як у разі з *Hoffmann-La Roche*. Політика, що обмежує імпорт, повинна розглядатися як антиконкурентна, оскільки призводить до розподілу в межах Спільного ринку. Однак Суд ЄС пішов далі і визначив, що поведінка, яка спричиняє скорочення експорту, також повинна вважатися антиконкурентною. Відмова з боку домі-

нуючого підприємства поставляти товари дистриб'юторам може призвести до витіснення торговця з його бізнесу, а, отже, є антиконкурентною. Однак тільки довільна і невинуватана відмова підпадає під дію ст. 86 ДЄС. За відсутності інших факторів було б маловірогідним, щоб небажання постачати товари дистриб'юторам, які мають значну заборгованість, розглядалося як зловживання.

Необхідно зазначити, що ст. 86 ДЄС необхідна для зменшення наслідків домінування. У справі *Michelin v Commission* [1983] [15] Суд повторив давно сформульований підхід до домінування: «Стабільна економічна позиція підприємства, що дає йому можливість стримувати підтримку ефективної конкуренції на відповідному ринку, і поводить значною мірою незалежно від конкурентів, покупців, а зрештою, і споживачів». Суттю такого визначення є поняття «відповідний ринок». Комісія ЄС зазначила, що ринок готової продукції як інструмент права конкуренції має свої обмеження. Вважається, що коли йдеться про відповідний ринок, то передбачається домінування, пов'язане з горизонтальним розширенням. Компанія, яка покладається переважно на вертикальну інтеграцію або політику диверсифікації, не обов'язково повинна відчути збільшення горизонтально визначеної частки ринку. Вважається за доцільне в розгляді домінуючої позиції вертикального або конгломеративного характеру іноді застосовувати штучне визначення відповідного ринку. Корисним у цьому разі є звернення до концепції обов'язкового торгового партнера, яка стосується відносин залежності, що можуть існувати між двома економічними операторами, завдяки їхнім комерційним угодам. У свою чергу, ринок відповідної продукції є таким, де продукція значною мірою взаємозамінна *ICI v Commission (Soda Ash)* [1995] [15]. Він включає ідентичну продукцію або таку, що її споживачі розглядають як подібну з точки зору характеристик, ціни або мети використання. Тоді постають два основних запитання: якою мірою споживач, імпортер або оптовик зможе купувати товари, подібні

до тих, що постачає домінуюча фірма, або прийняти їх як заміну? Це є перехресною еластичністю попиту. І друге запитання – якою мірою інші фірми спроможні постачати або виробляти прийнятні заміники? Це вже перехресна еластичність пропозиції. Зазначені питання повинні розглядатися з точки зору характеристик продукції, її ціни або сфери використання. Незважаючи на те, що основні засади формулюються через товари та продукцію, вони однаковою мірою застосовуються в контексті послуг. Виявлення ринку відповідної продукції не є легким. Як засвідчила справа *Europemballage & Continental Can v. Commission* [1973] [14]. У ній йшлося про приєднання великої голландської фірми з пакування продукції Томасен і Дрийвер-Вербліфа НВ до *Europemballage*, компанії, яка зареєстрована у Сполучених Штатах і контролюється іншою американською компанією, – *Continental Can*. *Continental Can* була потужною організацією, що займалася пакуванням продукції, Шмальбах–Любева–Вернке (ШЛВ), відомого у Німеччині виробника контейнерів з легких металів для м'яса, риби і машин для закриття пляшок. *Continental Can* запропонувала передати свою частку в ШЛВ до Юропамбалаж, що мало привести до зосередження у *Europemballage* і, побічно, у *Continental Can* значних ринкових потужностей. Комісія вирішила, що приєднання ТДВ до *Continental Can* через *Europemballage* призводить до порушення ст. 86 ДЄС. Стверджувалося, що *Continental Can*, завдяки своїй частці у ШЛВ, буде домінувати на трьох окремих ринках продукції Німеччини: банки з легкого металу для м'ясних продуктів; банки з легкого металу для рибних продуктів; металеві кришки для скляних банок. Придбання ТДВ компанією *Europemballage* мало у подальшому посилити її домінування на цих ринках, оскільки усунуло б потужного потенційного конкурента для ШЛВ. *Continental Can* і *Europemballage* намагались анулювати рішення Комісії. Хоча суд погодився з Комісією в принципі, що приєднання повинно було характеризуватися як зловживання, він виніс

рішення про те, що Комісія не довела факту домінування позивача на відповідному товарному ринку. Комісія не спромоглася вивчити питання заміни продукції. Щоб розглядатися як окремий ринок, така продукція, за визначенням суду, повинна чітко відрізнятися не тільки призначенням, а й специфічними характеристиками, які роблять її придатною для цього. Комісія також не розглядала питання заміни постачання, тобто не з'ясувала, чи не можуть інші потенційні конкуренти з'явитися на ринку шляхом простої адаптації.

Ретельніше Комісія поставилася до справи *United Brands v Commission* [1978] [16]. Вона заявила, що компанія *United Brands*, одна з найбільших у світі бананових імперій, постачальник бананів «Чикіта», часто зловживала домінуючим становищем. Питання полягало в тому, чи відповідний ринок продукції становили банани лише з товарним знаком чи без нього, або й інші свіжі фрукти, як свідчила *United Brands*. Очевидно, Комісія була зацікавлена дати більш вузьке тлумачення ринку, а *United Brands* – якомога ширше. Комісія провела дослідження за допомогою Продовольчої та сільськогосподарської організації ООН (ФАО), яка виявила, що наявність інших фруктів незначною мірою впливала на вартість і споживання бананів. Більше того, банани мають особливе значення в дієті людей молодшого та старшого віку, а також хворих. Для них інші фрукти не можуть бути прийнятні як заміна. Цього разу Суд прийняв точку зору Комісії щодо вузького тлумачення відповідного ринку продукції. Також у даній справі було доведено, що ринок відповідної продукції міг бути визначеним навіть ще вужчим, тобто або це банани, які мають торгову марку, або такі, які купують люди молодшого і старшого віку та хворі, оскільки очевидно, що споживачі й надалі купуватимуть банани з товарним знаком, навіть якщо вони коштуватимуть значно дорожче, ніж без товарного знаку. Таким чином підтверджується невелика перехресна еластичність попиту, тоді як для людей молодшого та похилого віку і хворих навіть такої перехресної еластичності

практично не існувало. У зазначених вище справах ринок відповідної продукції був значним і сторони, що вважалися домінуючими на ринку, мали відповідну силу. Однак ринок товарів або послуг може бути невеликим, і домінування підприємства зовсім не означає, що воно є таким сильним, щоб підпадати під ст. 86 ДЄС. У справі *Hugin v Commission* [1979] [14] шведська фірма *Hugin*, виробник касових апаратів, постачала їх компанії Ліптонс Кеш Реджістерс енд Бізнес Еквіпамлент (Велика Британія) через англійську філію *Hugin* Кеш Реджістерс ЛТД. У цій справі було визнано, що шведська компанія займає домінуюче положення у постачанні запасних частин до апаратів *Hugin* для окремих ремонтних майстерень. Так само деякі види діяльності фірми, що можуть здаватися вкрай незначними за обсягом, можуть формувати відповідний ринок, на якому така фірма може мати перевагу. Наприклад у разі з *General Motors v Commission* [1975] [17] видача сертифікатів про перевірку призначених для імпорту нових автомобілів Опель, яка здійснювалася виключно *General Motors* у Бельгії, засвідчила наявність відповідного ринку, хоч за один рік (1973) було продано лише п'ять машин.

Слід зазначити, що визначити географічний ринок необхідно для того, аби вирішити, які підприємства повинні розглядатися як конкуренти існуючого домінуючого підприємства. Теоретично Суд становить відповідний географічний ринок для більшості продукції та послуг, оскільки спільний ринок не передбачає наявності торгових бар'єрів на території Союзу. Однак можуть існувати легальні торгові бар'єри, які ще не усунені або дозволені згідно з правами ЄС. Обмеження ринку можуть викликати, наприклад, продукти харчування, що швидко псуються. Як приклад доцільності обмеження можна навести справи *RTE, BBC & ITP v Commission* [1989] [17], які полягали в тому, що ринок телевізійного котування програм для RTE, Бі Бі Сі та Ай Ти Ві включав Ірландію та Північну Ірландію, оскільки саме в цьому просторі компанії вели трансляції.

Окрім того, якщо через високу вартість транспортних послуг неможливо створити великий ринок з географічної точки зору, то такий ринок можна визначити у вузькому сенсі. Нарешті, можуть існувати традиційні підстави для обмеження структури торгівлі. Наприклад, у справі *United Brands* Велика Британія і Франція були вилучені з географічного ринку, оскільки ці дві країни мали торговельні угоди з колишніми колоніями, що означає наявність відмінностей у структурі торгівлі бананами в цих країнах. У справі *Michelin* Суд погодився з Комісією, що завдяки практиці закупівлі продукції споживачами відповідний географічний ринок шин автомобілів може формуватися в одній державі-члені. У деяких справах, пов'язаних з проблемами транспортування, відповідним ринком визначалася навіть одна траса. Основним критерієм домінування є реальна частка ринку, що включає монополії, створені згідно з національним законодавством, хоча їхнє існування відповідає й праву ЄС, зокрема ст. 90 (2) ДЄС [14]. Однак значна частина ринку є лише доказом домінування, а не визначенням його: *«Наявність домінуючої позиції може визначатися за кількома чинниками, які при спеціальному розгляді виявляються невирішальними. Надзвичайно важливим серед них є наявність дуже великих часток ринку»* [14].

Європейський суд наполягає також на врахуванні інших чинників. Хоча не існує чіткого визначення, що таке «дуже значна частка ринку», суд у справі *AKZO Chemie* визначив, що навіть 50% можуть розглядатися як «дуже значна частка» [18]. Навіть підприємства, які володіли менш ніж 50% ринку, визнавалися домінуючими. За справою *Hoffman* Суд ЄС, однак, не підтримав висновок Комісії про домінування стосовно вітаміну фірми *Hoffman*, коли ця компанія володіла 41% ринку. У десятому звіті з Конкурентної політики Комісія констатувала, що домінування виникає при 40-45%, а потенційно можливе навіть і за 20%. Невеликі частки можуть забезпечувати домінування, якщо у кон-

курентів вони ще менші, ніж було у справі з компанією *Michelin*, де найближчий конкурент мав 8% ринку, хоч частка компанії *Michelin* ніколи не перевищувала 65%. Серед інших факторів домінування насамперед важливі умови створення бар'єрів для проникнення інших конкурентів. Якщо маловірогідно, щоб будь-який потенційний конкурент спричинив виклик будь-яким зловживанням підприємства, запропонувавши кращі умови для споживача, тоді, можливо, це підприємство посяде домінуючу позицію. Права на інтелектуальну власність можуть забезпечити різновид монополії у виробництві продукції, що запобігатиме, принаймні тимчасово, проникненню на ринок нових конкурентів. Кращі технології (такі як невикористані великі виробничі можливості) також є перешкодою для новачків, як і доступ до капіталу, що може полегшити швидку експансію, або створення ефективних мереж для торгівлі, що означає високий ступінь інтеграції у ринок.

Підприємство повинно бути домінуючим на значній частині єдиного ринку, щоб його дії підпали під ст. 86 ДЄС. Таке питання не може бути розв'язане тільки посиланням на відповідне визначення географічного ринку, хоча у справі *Michelin* обидві проблеми Європейський суд розглядав у цілому. Значна частина визначатиметься на інших засадах, ніж масштаби території, а саме «структура та обсяг виробництва і споживання такої продукції, а також звички і економічні можливості продавців і покупців».

Висновки

Отже, прецедентна практика у сфері конкуренції в Євросоюзі є суттєвою для досягнення та підтримки спільного ринку. Вона забезпечує та підтримує конкурентну поведінку підприємств і захищає інтереси споживачів, і таким чином сприяє виробленню товарів та послуг на кращих умовах. Окрім цього вона сприяє ефективності через створення клімату, придатного для інновацій і технічного прогресу.

Література

1. Європейський Союз. Консолідовані договори. / Пер. Ю.Петруся. (Наук. ред. к.ю.н., доц. В. Муравйов)– К.: Port-Royal, 1999. – 207 с.
2. Case 8/72, Vereniging van Cementhandelaren v Commission [1972] ECR 977.
3. Case 48/69 Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission (Dyestuffs) [1972] [1972] ECR 619.
4. Cases 89 etc/85. Ahlstrom v Commission (Woodpulp) [1988] ECR 5193.
5. Case 86/82, Hasselblad (G.B.) LTD v Commission [1984] ECR 883.
6. Case 107/82, AEG-Telefunken v Commission [1983] [1983] ECR 3151.
7. Cases 228-9/82, Ford Werke v Commission [1984] [1984] ECR 1129.
8. Case 56/65 Societe Technique Miniere v Maschinenbau Ulm [1966] ECR 235.
9. Case 193/83, Windsurfing International v Commission [1986] ECR 611.
10. Cases 56&58/64, Consten & Grundig v Commission, [1966] ECR 299.
11. Case 42/84, Remia & Nutricia v Commission [1985] ECR 2524.
12. Case 161/84, Pronuptia de Paris v Schillgalis [1986] ECR 353.
13. Case 85/76, Hoffmann-La Roche v Commission [1979] ECR 461.
14. Valentine Korah. Cases and Materials on EC Competition Law. – Oxford: Hart Publishing, 2006. – 692 p.
15. Case 322/81, Michelin v Commission [1983] ECR 3461.
16. Case 27/76 United Brands v Commission [1978] ECR 207.
17. Case L 29/14 General Motors Continental NV v Commission, OJ 1975.
18. Case 41/69, ACF Chemiefarma v Commission [1970] ECR 661.