

ПРЕДПИСАНИЯ УЧАСТНИКАМ СЛИЯНИЙ

Сравнительный анализ практики Федеральной антимонопольной службы России и Европейской комиссии по конкуренции

Светлана АВДАШЕВА

ординарный профессор НИУ ВШЭ,
заместитель директора Института анализа
предприятий и рынков НИУ ВШЭ

Мария КАЛИНИНА

стажер-исследователь НИУ ВШЭ

Оικονομία • Πολιτικά

OIKONOMIA • POLITIKA

Введение

Государственный контроль сделок экономической концентрации является одним из направлений антимонопольной политики, призванным предотвратить ограничения конкуренции, возникающие из-за неблагоприятного изменения структуры рынка. Подобный контроль особенно актуален в российской экономике. С одной стороны, слияния выступали формой реструктуризации и одной из предпосылок модернизации российских предприятий¹. С другой стороны, на российских рынках, подверженных рискам ограничения конкуренции, слияния могут усилить эти риски. Эта дилемма была значимой на протяжении последнего десятилетия благодаря существенному масштабу сделок слияний в России — до 10% ВВП непосредственно перед кризисом 2008 года.

Традиционным выходом в антимонопольной политике являются анализ ожидаемых эффектов сделок для конкуренции на целевых рынках и выбор реше-

* Статья подготовлена в рамках Программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2012 году. Авторы выражают благодарность А. Шуктомовой и О. Лугиной за содействие в сборе информации.

¹ Российская корпорация: внутренняя организация, внешние взаимодействия, перспективы развития / Под ред. Т. Г. Долгопятовой, И. Ивасаки, А. А. Яковлева. М.: ИД ГУ ВШЭ, 2007.

ния в зависимости от результатов данного анализа. В том случае, когда риски для конкуренции слишком высоки и не компенсируются повышением эффективности, орган конкурентной политики должен запретить сделку. Если риски для конкуренции сочетаются с перекрывающимися их выигрышами эффективности, орган конкурентной политики может дать согласие на сделку наряду с выдачей специального предписания, нацеленного на сохранение условий конкуренции.

Требования к предписаниям чрезвычайно высоки. С одной стороны, они действительно должны нейтрализовать риски для конкуренции. С другой — не препятствовать получению выигрышей от повышения эффективности. Соответственно предписания должны быть достаточно жесткими (чтобы оказывать реальное воздействие на конкуренцию) и в то же время — не должны возлагать на компании слишком жестких ограничений, создающих высокие риски.

До сих пор последовательная апостериорная оценка системы предписаний со стороны ФАС не производилась. Некоторые соображения высказывались в докладах, посвященных российскому антимонопольному законодательству², однако они были преимущественно умозрительными, не основанными на оценке предписаний по конкретным сделкам. Кроме того, до 2006 года оценка системы предписаний неизбежно искажалась центральной на тот момент проблемой — гипертрофированным масштабом системы предварительного контроля. Однако сегодня прошло уже пять лет с того момента, как система предварительного контроля слияний была значительно модернизирована — благодаря повышению границы размера сделок, подлежащих специальному анализу, освобождению из-под режима специального анализа перераспределения акций внутри группы лиц, более правильному определению самих сделок слияния. Отказ от анализа значительного числа сделок, подавляющая доля которых была неспособна оказать сколь-нибудь серьезного воздействия на конкуренцию, позволил антимонопольному органу более тщательно рассматривать каждую отдельно взятую сделку. Вот почему на первый план сейчас выходят те вопросы, которые ранее могли рассматриваться как второстепенные. В их числе — действенность предписаний, вырабатываемых ФАС для участников сделок слияний.

Хотя предписания, нацеленные на сохранение условий конкуренции, выступают специфическим для антимонопольной политики инструментом, их оценка, а также особенности подходов к такой оценке, небезынтересны для обсуждения более широкого круга проблем результативности государственного регулирования, специфичного для отраслей и рынков. Не оказывающие положительного воздействия на

² Влияние конкуренции и антимонопольного регулирования на процессы экономической модернизации в России / Под ред. С.Б. Авдашевой, В.Л. Тамбовцева. М.: ТЕИС, 2005; Авдашева С.Б., Дзагурова Н.Б., Крючкова П.В., Юсупова Г.Ф. Развитие и применение антимонопольного законодательства в России: по пути достижений и заблуждений. М.: ИД НИУ ВШЭ, 2011.

стимулы продавцов предписания могут быть результатом типичных ошибок при планировании регулирующего воздействия.

1. Цели и методы оценки предписаний

Цель настоящей статьи — оценить возможную результативность предписаний, сформулированных российским антимонопольным органом для участников крупнейших сделок на основе применения не вполне традиционных инструментов оценки.

В последние два десятилетия в мировой практике антимонопольной политики использовались разные подходы к определению качества предписаний. Анализ, проводимый собственно антимонопольными органами — например Европейской комиссией по конкуренции³, — обычно акцентирует внимание на непосредственном исполнении сформулированных условий. При преобладании структурных предписаний (к чему мы вернемся ниже), предусматривающих выделение из состава компаний отдельных подразделений, исполнимость требований означает в первую очередь способность выделенного подразделения к самостоятельному и относительно успешному функционированию. В свою очередь, сохранение условий конкуренции трактуется как отсутствие серьезного ухудшения структурных характеристик рынка. Если до слияния на рынке было три компании и после слияния двух из них было выполнено предписание о продаже соответствующего подразделения не вовлеченному в сделку лицу, так что на рынке по-прежнему остается три независимых участника, — считается, что действия Европейской комиссии по конкуренции достигли поставленной цели. Основным методом оценки качества выданных предписаний служит обобщение результатов экспертных интервью и опросов участников рынка.

Если орган конкурентной политики акцентирует внимание на фактическом исполнении предписаний, то независимая оценка системы решений и предписаний фокусирует внимание на адекватности методов и приемов экономического анализа, лежащего в основе решений Комиссии⁴. Предполагается, что к неверным решениям приводит несоблюдение принципов экономического анализа конкуренции — неверное определение продуктовых и географических границ рынка, состава участников рынка, особенностей спроса на рынке, показателей концентрации на стороне спроса и предложения, барьеров входа и их преодолимости.

Мы считаем оба этих подхода вполне применимыми к оценке предписаний. Но одновременно считаем необходимым применить к ним и более широкий метод, используемый для оценки любого государст-

³ Merger Remedies Study. DG COMP / European Commission. 2005. ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf.

⁴ Buccirosi P., Ciari L., Duso T., Fridolfsson S.-O., Spagnolo G., Vitale C. Ex-post Review of Merger Control Decisions. Mimeo. 2006. ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/lear.pdf.

венного регулирования⁵: показать способность предлагаемого предписания решить целевую проблему, а также издержки, с которыми эта проблема решается. С этой точки зрения возможными ошибками при разработке предписания может быть выдача дополнительных условий в том случае, когда слияние не угрожает конкуренции, выдача предписания, которое не адресовано проблемам конкуренции, возникающим на рынке, а также выдача предписания, нацеленного на нейтрализацию вполне реальных угроз конкуренции, но ценой избыточных издержек или рисков, возлагаемых на участников слияния. При анализе фактически совершенных сделок с фактически выданными предписаниями мы не можем рассчитывать на анализ важной группы ошибок — разрешений на сделку в тех случаях, когда она создает слишком сильные угрозы конкуренции, а также разрешений на совершение сделок без выдачи предписаний в тех случаях, когда предписания могли бы нейтрализовать возникающие для конкуренции угрозы.

Оценка результативности выданных предписаний в нашем случае затрудняется тем, что мы не располагаем данными об итогах проверки исполнения предписаний для всей группы сделок. Однако даже независимо от наличия такой информации некоторые выводы можно сделать на основе сопоставления результатов анализа, проведенного антимонопольным органом, и содержания выданных предписаний. Для того чтобы предписание было хотя бы потенциально эффективным, его содержание должно быть адресовано конкретному источнику угрозы конкуренции. При этом предписание не должно быть бессодержательным: в частности, оно не должно дублировать запреты антимонопольного законодательства. Далее, мы стоим на той позиции, что предписание не должно быть нацелено на предотвращение ущерба конкретной группе контрагентов (покупателей или продавцов), то есть не должно предотвращать «эксплуатирующие» типы нарушений антимонопольного законодательства⁶.

2. Объект оценки: характеристика сделок и состава выданных предписаний

Перечень сделок для оценки эффектов предписаний (всего 19 сделок, в рамках которых было выдано 147 условий) был сформирован управлениями центрального аппарата ФАС. Двумя критериями отбора объектов анализа были размер сделки и ее воздействие на рынки (фактическое и возможное), а также наличие выданных ФАС предписаний.

⁵ Принципы и процедуры оценки целесообразности мер государственного регулирования / Под ред. П.В. Крючковой. М.: ТЕИС, 2005.

⁶ Подробнее о проблеме соотношения «эксплуатирующих» и «исключающих» практик доминирующих продавцов в качестве нарушения российского антимонопольного законодательства см.: *Авдашева С.Б., Дзагурова Н.Б., Крючкова П.В., Юсупова Г.Ф.* Развитие и применение антимонопольного законодательства в России: по пути достижений и заблуждений.

Поскольку управления ФАС наблюдают за рынками и отраслями разного размера, при отборе сделок для анализа не было возможности обеспечить их сопоставимость ни по масштабу, ни по их воздействию на целевые рынки. Тем не менее в число участников рассматриваемых сделок попали крупнейшие компании России (табл. 1); по данным 2007 года, отношение их объема продаж к ВВП России составляло около 25%.

Как правило, в решениях ФАС не содержится описание тех угроз для конкуренции, на нейтрализацию которых направлена выработка соответствующих предписаний. Такое положение не может быть признано удовлетворительным, поскольку оно не дает возможности впоследствии осуществлять анализ результативности сформулированных условий. Однако «обратная реконструкция» позволяет установить, что выработка значительной части предписаний была направлена против ограничений конкуренции на смежном рынке. Значительная часть предписаний о недискриминационных условиях заключения договоров подразумевает, что, если бы условия были дискриминационными, они могли бы создать условия для монополизации продавцом смежного рынка. При этом в решениях отсутствуют следы анализа конкуренции на смежных рынках, и прежде всего — условий входа. Вот почему в ряде случаев остается непонятным, действительно ли угрозы ограничения конкуренции были реальными.

В качестве примера можно привести содержание предписания по поводу сделки слияния между компаниями СИБУР и «Амтел-Фредештайн». Условия предписания предусматривали, что компания, одновременно производящая синтетический каучук и шины из него, в состоянии ограничить вход на рынок автомобильных шин. Однако все эксперты сходятся во мнении, что независимо от доли в продажах синтетического каучука ни один из продавцов не в состоянии ограничить конкуренцию на последующем рынке, поскольку значительная часть конкурентов — импортеры. В этих условиях дискриминация, целью которой является монополизация смежного рынка, крайне маловероятна.

Необходимо сделать замечание и об используемых ФАС инструментах предписаний. Это в первую очередь поведенческие условия (среди общего числа их доля составила 96%). Они разделяются на предписания о цене (прямое или косвенное регулирование максимального уровня), о выпуске (продолжении производства при наличии спроса), об обеспечении недискриминационных условий договоров, а также о предоставлении ФАС оперативной информации об изменении цен, выпусков и структуры собственности.

Оценка *возможных* результатов поведенческих условий существенно зависит от их комбинации. Например, сами по себе предписания о недискриминационных условиях договоров мы склонны оценивать скорее отрицательно — поскольку это требование интерпретируется в российской антимонопольной политике весьма прямолинейно — как предписание об одинаковых условиях. Эквивалентность объектов и других условий сделок расценивается, как правило, весьма

поверхностно. В этом контексте предписание о недискриминационных условиях возлагает на продавца слишком высокий риск. Однако в некоторых случаях такое условие является необходимым в качестве дополнения к предписаниям о максимальной цене и обеспечении определенной доли прямых продаж сторонним дистрибьюторам. Правда, при этом необходима конкретизация — что такое недискриминационные условия и к каким договорам применимо данное предписание.

3. Российский и европейский антимонопольный орган: основы для бенчмаркинга решений

Идея бенчмаркинга решений по сделкам, содержания выдаваемых предписаний и процедур контроля за их выполнением основана на концепции универсальных закономерностей развития структуры рынков. Размер компаний формируется в разных странах под воздействием одних и тех же факторов⁷. Именно этим, в частности, объясняется близость показателей концентрации в одинаковых отраслях разных стран⁸.

Если структура рынка в разных странах демонстрирует одинаковые черты, то рынки должны демонстрировать сходство и с точки зрения стимулов и возможностей для отдельных продавцов оказывать воздействие на конкуренцию. Используемые для ограничения конкуренции стратегии должны обладать универсальными чертами. Соответственно в тех случаях, если содержание антимонопольных запретов, используемые для применения антимонопольного законодательства концепции и полномочия антимонопольных органов также близки, то и условия разрешения на совершение сделки экономической концентрации, и содержание оптимальных предписаний должны совпадать.

Дополнительным основанием для бенчмаркинга решений, принимаемых разными антимонопольными органами, служит тот факт, что по сравнению с другими полномочиями антимонопольных органов — предотвращением ограничивающих конкуренцию соглашений и односторонних ограничений конкуренции крупными продавцами — подходы к оценке воздействия на конкуренцию экономической концентрации в мире гармонизированы довольно полно. Совпадают

⁷ См., например: *Lyons B., Matraves C., Moffatt P.* Industrial concentration and market integration in the European Union // *Economica*. 2001. No 68. P. 1—26; *Kumar K., Rajan R., Zingales L.* What determines firm size? // NBER Working Paper. 1999; *Beck T., Demirguc-Kunt A., Laeven L., Levine R.* Finance, Firm Size, and Growth // *Journal of Money, Credit and Banking*. 2008. Vol. 40. No 7. P. 1379—1405; *Laeven L., Woodruff C.* The Quality of the Legal System, Firm Ownership, and Firm Size // *The Review of Economics and Statistics*. 2007. Vol. 89. No 4. P. 601—614; *Angelini P., Generale A.* On the evolution of firm size distributions // *The American Economic Review*. 2008. Vol. 98. No 1. P. 426—438.

⁸ Сопоставление показателей концентрации в России с аналогичными показателями в зарубежных странах см.: Тенденции изменения структуры российской промышленности в период экономического подъема / Под ред. С.Б. Авдашевой, С.В. Головановой. М.: Юстицинформ, 2009. Гл. 1—2, 4.

и понимание возможных угроз для конкуренции, которые могут возникнуть в результате сделки (односторонние ограничения конкуренции, облегчение координации), и представления о характеристиках рынка, способных нейтрализовать отрицательный эффект для конкуренции (наличие потенциальной конкуренции при низких издержках входа). Далее, антимонопольные органы разных стран имеют приблизительно одни и те же полномочия при анализе сделки слияния. Сделка может быть запрещена, сделка может быть разрешена без дополнительных условий, сделка может быть разрешена при выдаче дополнительных условий.

Дополнительные условия, выданные в рамках предписания, могут быть двух основных типов: структурные и поведенческие. Под структурными предписаниями понимают условия для разрешения продать либо права контроля над определенной частью бизнеса, либо часть материальных активов, либо права на осуществление некоего вида деятельности (например, исключительную лицензию) одному или нескольким конкурентам с целью восстановления условий конкуренции. Поведенческие условия призваны регулировать поведение компаний после совершения сделки — в том числе цены, условия доступа к активам и т. д. Одним из важных дополнительных критериев разграничения структурных и поведенческих условий является то, что выполнение первых является однократным актом, а вторых — систематическими действиями участников сделки.

Структурные условия нацелены на сохранение определенного числа продавцов на рынках, которые не обладали бы стимулами и/или возможностями для ограничения конкуренции. Поведенческие предписания налагают рамки на условия заключения договоров компаний с контрагентами, что должно предотвратить злоупотребление рыночной властью, возникшей в результате укрупнения продавцов.

В настоящей статье в качестве эталона для сопоставления выбраны решения, принятые Европейской комиссией по конкуренции (далее — ЕКК). Существует несколько оснований для такого выбора. Во-первых, это близость норм российского антимонопольного законодательства европейскому. Несмотря на обилие национально специфических норм, эквивалентом основным антимонопольным запретам в России (ст. 10 и 11 Закона о защите конкуренции) являются именно 101 и 102 статьи Лиссабонского договора. Соответственно интерпретация угроз для конкуренции должна быть весьма сходной. Во-вторых, это близость процедур и полномочий ЕКК и ФАС России. В рассматриваемый период (2006—2008 годы) в обеих юрисдикциях действовали административные санкции за нарушение антимонопольных запретов. В обеих юрисдикциях — в отличие, например, от США, — основными инициаторами правоприменения выступают антимонопольные органы. В-третьих, это соображения, связанные с размером участников сделки. ЕКК руководствуется довольно высокой планкой суммарного оборота участников рынка, который пред-

полагает применение режима предварительного контроля. Вот почему представляется, что результаты анализа *крупнейших* и наиболее важных сделок для российского антимонопольного органа должны быть сопоставимы с результатами всех сделок, рассматриваемых ЕКК.

Главным отличием деятельности ЕКК является разграничение между этапом, когда антимонопольный орган может либо убедиться в отсутствии угроз для конкуренции, либо согласиться на совершение сделки на условиях, сформулированных самими компаниями (фаза I), и этапом, когда, убедившись в наличии угроз для конкуренции, антимонопольный орган выдает предписание на основе собственного анализа (фаза II). Российский антимонопольный орган находится в менее благоприятных условиях с двух точек зрения. Во-первых, формально не закреплено его право принимать решение на основе предложения участников сделки. Во-вторых, «особо сложные» сделки, требующие более тщательного анализа, не отделены от остальных. Само такое разграничение позволило бы не только антимонопольным органам, но и экспертам, а самое главное — участникам рынка иметь более четкое представление о том, когда предписания должны быть выданы и каково может быть их содержание.

4. ФАС и Комиссия по конкуренции Европейского Союза: решения по сделкам

Бенчмаркинг результатов анализа сделок преследовал цель сопоставить в том числе частоту выдачи предписаний, направленных на сохранение условий конкуренции, в деятельности ЕКК, по сравнению с ФАС. Для этих целей были отобраны и проанализированы за десятилетний интервал (2001—2010) сделки, одобренные ЕКК в тех же видах деятельности (то есть потенциально затронувшие те же рынки), что и сделки, одобренные ФАС. Всего была проанализирована 231 сделка, в разрезах видов деятельности, сопоставимых с теми, где осуществлены сделки в России (табл. 1).

Возможности сопоставления содержания выданных предписаний ограничены следующими моментами:

- сделки в ряде видов деятельности (связанных, например, с производством строительных материалов; см. позиции 15—17 в табл. 1) осуществляются между такими компаниями, которые по критерию оборота не могут служить объектами предварительного контроля со стороны ЕКК;
- лишь небольшое число сделок в практике ЕКК проходит II фазу, в течение которой вырабатываются нацеленные на сохранение конкуренции предписания. Во многих случаях нельзя даже приблизительно судить о том, какими были бы выводы ЕКК о влиянии сделки на конкуренцию и выработанные предписания, поскольку в течение десяти лет в соответствующих видах деятельности было рассмотрено и согласовано лишь небольшое число сделок;

Т а б л и ц а 1

Число сделок экономической концентрации, одобренных Европейской комиссией по конкуренции, в разрезах сопоставимых видов деятельности, в том числе в рамках II фазы

№	Содержание сделки	Дата, номер	Анализ сделок в рамках ЕЭК	
			число сделок	число сделок во II фазе
1	«Assicurazioni Generali S.p.A.» + ООО «ТехАтомПром»	11.01.2008 № АК/160a	61	0
2	«Syneron Holdings Limited» + ЗАО «Кс-Холдинг»	27.03.2008 № АК/6726	61	0
3	«RUSAL Limited» + «SUAL International LTD»	14.02.2007 № ЦА/1777	1	0
4	«Евроцемент» + «Михайловцемент» + «Мальовский портландцемент» + «Липецкемент» + «Савинский цементный завод»	07.09.2006 № АГ/153670-153676	4	0
5	«Мечел» + «Якутуголь» + «Эльгауголь»	28.03.2008	6	0
6	«X5 Retail Group N.V.» + «Русель» (Formata Holding B.V.)	30.04.2008	25	0
7	«Sibur Holding» + «Amtel-Vredestein»	15.07.2008	7	0
8	«РусСоль Лимитед» + «Илецксоль»	04.12.2008 № ЦА/32273	—	—
9	«Газпром» + ОАО «ТГК-1»	22.02.2008 № АГ/3838	67	3
10	«Силловые Машины» + «Калужский турбинный завод»	26.09.2007 № ЦА/17453	1	0
11	«Лебединский ГОК» + «Михайловский ГОК»	20.11.2006 № ЦА/19828	3	1
12	«Западно-Сибирский металлургический комбинат» + «Качканарский горно-обогатительный комбинат „Ванадий“»	25.10.2006 № ЦА/18479	3	1
13	«Новолипецкий металлургический комбинат» + «ВИЗ-Сталь»	09.07.2006	27	1
14	«Rexam Beverage Can Holdings B. V.» + «РОСТАР» + «РОСТАР-Всеволожск»	27.12.2007	3	1
15	«Klauf Gips» + «NewCom»	05.08.2008 № АГ/19335	—	—
16	«Megapolis Holdings (Overseas) Limited» + «Новая табачная компания»	—	—	—
17	«Klauf International GmbH» + «Нукутекий гипсовый карьер»	31.05.2006 № ЦА/8554	—	—
18	Создание ЗАО «Русарпропанс» «Первой грузовой компаний» и «РусГрансКом»	20.11.2008 № ЦА/30711	3	0
19	«Carlsberg A/S» + «Baltic Beverages Holding AB»	18.03.2008	16	0

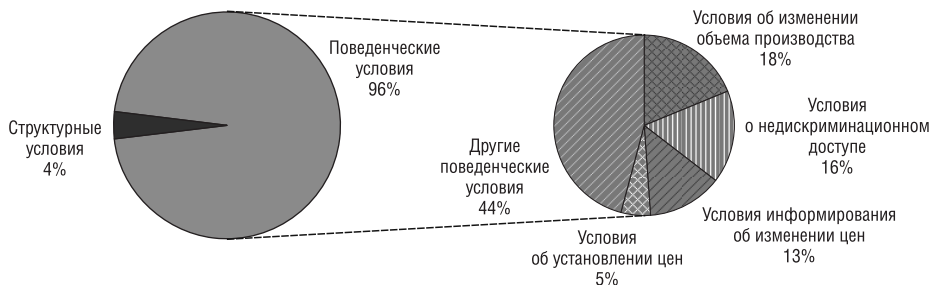
Источник: данные Федеральной монопольной службы и сайта Европейской комиссии по конкуренции.

- однако существуют три группы рынков, в которых, с одной стороны, было согласовано достаточно большое число сделок, а с другой стороны — анализ ни одной сделки не был переведен во II фазу. Это сделки в страховом бизнесе, розничной торговле и производстве пива.

Несмотря на кажущуюся разнородность, эти группы сделок объединяет одна общая черта: они совершены на рынках с относительно низкими барьерами входа. Для ЕКК анализ условий входа на рынок находится в числе ключевых характеристик, которые и определяют решения в отношении одобрения сделки и выработку условий предписания.

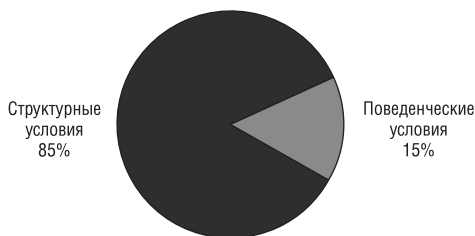
Важно отметить, что почти *все условия* (85%), выданные Европейской комиссией по конкуренции для сделок в соответствующих видах деятельности, носят структурный характер. При этом число условий в расчете на одну сделку ниже, нежели в деятельности ФАС: для семи сделок, которые в разной степени эквивалентны сделкам нашей выборки, было выработано всего 20 пунктов условий, то есть вдвое ниже в расчете на одну сделку, чем в деятельности ФАС (147 пунктов условий на 19 сделок).

На наш взгляд, структура предписаний в большинстве рассмотренных дел не отвечает стандарту соответствия содержания предписаний угрозам конкуренции *независимо от того, какими в каждом конкретном случае являются эти угрозы*. Во-первых, около трети из



Источник: расчеты авторов на основе данных предписаний крупнейших дел.

Рис. 1. Структура условий, сформулированных ФАС в рамках выданных предписаний, 2006–2008 годы



Источник: расчеты авторов на основе данных предписаний Европейской комиссии по конкуренции.

Рис. 2. Структура условий, сформулированных ЕКК в рамках выданных предписаний, 2001–2010 годы, в сопоставимых видах деятельности

147 условий предписаний дублируют запреты антимонопольного законодательства («не создавать дискриминационных условий», «не допускать необоснованного сокращения или прекращения производства», «не допускать экономического и технологического различия цен» и т. д.). Сформированные после сделки компании либо занимают на рынке доминирующее положение, и тогда соответствующие запреты (не обсуждая их обоснованности) применимы к ним в соответствии с требованиями ст. 10 Закона о защите конкуренции. Либо продавцы после сделки не занимают доминирующего положения, и тогда соответствующий запрет для них выступает избыточным: никакое различие условий договоров со стороны компании, не занимающей доминирующего положения, не в состоянии оказать существенного воздействия ни на конкуренцию на рынке, ни на положение контрагентов.

Во-вторых, почти треть пунктов предписаний сформулирована именно в форме запретов, а не в виде предписаний как таковых. Результативность применения запретов как мер коррекции поведения компаний заведомо ниже, по сравнению с предписываемыми действиями.

В-третьих, и дублирующие, и не дублирующие действующее законодательство запреты недостаточно специфичны. «Не допускать дискриминационных условий в договорах с покупателями (поставщиками)» или «не компенсировать в цене неоправданные издержки» — такое содержание предписаний вряд ли может служить хорошим ориентиром даже для добросовестных участников слияний, не говоря уже о недобросовестных. Проверка же выполнения подобных предписаний предъявляет высокие требования и к информации, и к квалификации сотрудников антимонопольных органов — практически аналогичные требованиям к проведению полноценных антимонопольных исследований.

Однако будет ли лучше, если требования, выставляемые участникам сделок, станут более специфичными? Ответ весьма неоднозначен, если речь идет о поведенческих требованиях, преобладающих в структуре российских предписаний. В предписаниях нередко встречаются условия, требующие без особых технологических и/или экономических причин не сокращать выпуск или не предпринимать переуплотнение мощностей. Пусть предписание действует три года. В течение этого периода для повышения эффективности объединенной компании может потребоваться реструктуризация, предполагающая в том числе полную остановку мощностей по производству товара. Будет ли такая реструктуризация считаться достаточным экономическим основанием? Практика применения антимонопольного законодательства не дает достаточных оснований для определенного вывода. При этом чем более специфичны поведенческие условия, тем больший риск на продавцов они возлагают — подумаем, например, о последствиях выполнения требования «не снижать выпуск более чем на 5% по сравнению с предыдущим кварталом». Во многих случаях — например при сокращении спроса — это условие окажется невыполнимым. Все сказанное относится и к условиям, связанным

с изменением цен. На производителей возлагаются риски удорожания ресурсов. Дополнительным негативным последствием выставления условий о ценах может стать скрытая координация продавцов: информация о том, что конкуренту установлена планка повышения цены на уровне 20% в год может расцениваться другими компаниями, как знак того, что антимонопольный орган считает этот рост *минимальной* — и потому желательной для покупателей — границей⁹.

5. ФАС и ЕКК: анализ влияния сделок и предписаний на конкуренцию

Результативность решений о сделках зависит от того, насколько хорошо проведен анализ рынков, насколько четко определены источники ограничения конкуренции на рынках. Только в этом случае условия предписаний могут быть адресованы фактически существующим угрозам для конкуренции. Вот почему нас интересовал не только факт выданного предписания, но и те аналитические приемы, которые использовали антимонопольные органы. Более того, в каждом конкретном случае ни факт выдачи предписания ЕКК, ни его содержание не может служить ориентиром для оценки соответствующих действий ФАС, поскольку воздействие одной и той же сделки на разные рынки существенно различается.

Возьмем, к примеру, сделку объединения активов РУСАЛ (2 место по объему первичной переработки алюминия в мире на момент сделки), СУАЛ (в два с половиной раза меньший объем производства на момент сделки) и Гленкор, одобренную антимонопольными органами в 2007 году¹⁰. Сделка меняла структуру рынков как в границах России, так и в границах Европейского Союза, и потому рассматривалась обоими антимонопольными органами.

При одинаковом результате анализа сделки обоими антимонопольными органами был сделан вывод о ее допустимости — мотивы и содержания решения различались существенно. Доля объединенной компании на рынках алюминиевого проката и некоторых связанных рынках в пределах России составляет от 90 до 100%. Оправданность сделки с точки зрения ФАС России связана с тем, что внутренний рынок — отнюдь не приоритетный для участников слияния, свыше 80% производимой продукции экспортируется.

Возможные ограничения конкуренции на национальном рынке рассматриваются как допустимая плата за ожидаемое повышение прибыли отечественных компаний на рынке мировом. Чтобы снизить размер этой платы, были сформулированы предписания. С точки зрения ЕКК эффекты той же самой сделки выглядели совершенно иначе. Среди затронутых слиянием рынков в географических границах ЕС

⁹ Подробнее о возможных негативных последствиях предписаний о ценах см.: *Авдашева С.Б., Дзагурова Н.Б., Крючкова П.В., Юсупова Г.Ф.* Развитие и применение антимонопольного законодательства в России: по пути достижений и заблуждений.

¹⁰ Данные о результатах рассмотрения сделки ФАС России приводятся на основе презентации: www.fas.gov.ru/solutions/solutions_11056.html; о рассмотрении той же сделки Европейской комиссией по конкуренции: ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4441_20070201_20310_en.pdf

самая высокая доля объединившихся компаний составляет чуть менее 35% (на рынке первичного алюминия). При такой структуре ожидать серьезного негативного воздействия сделки на конкуренцию нельзя, и потому она была разрешена без дополнительных условий.

Однако интерес для сопоставления представляет и содержание анализа, поскольку оно позволяет проследить, как именно антимонопольные органы определяют источники угроз для конкуренции. В решении ЕКК¹¹ выделено 12 продуктовых рынков, рассмотренных либо в границах Европейского сообщества (10 рынков), либо как мировые рынки (9 рынков). Детальный анализ представлен в отношении 6 продуктовых рынков, рассмотренных в границах Европейского сообщества (6 рынков) и как мировые рынки (6 рынков), поскольку в остальных случаях доля объединенной компании не превышала 15%. На каждом рынке определена доля компаний на момент сделки и сделан вывод о том, как она изменится после сделки. В решении содержится анализ как горизонтальных последствий сделки, так и возможных эффектов для вертикально связанных рынков. Поскольку в рассмотренных географических границах ни на одном из рынков доля объединенной компании не оказалась выше 35% и при этом на всех рынках было зафиксировано присутствие достаточно крупных конкурентов, сделка была разрешена без выдачи предписаний. При анализе концентрация оценивалась не только на стороне предложения, но и на стороне спроса, поскольку во многих случаях высокая концентрация покупателей дает им значительную переговорную силу, снижая возможности продавцов злоупотреблять рыночной властью.

В решении ФАС¹² проанализировано 10 продуктовых рынков, большая часть — в географических границах РФ (7 рынков), некоторые — в географических границах стран СНГ (1 рынок) или как мировые рынки (2 рынка). Рассмотрены смежные вдоль цепочки создания стоимости виды деятельности, но не показано, каким образом обладающая высокой долей на одном рынке компания получает возможность воздействовать на конкуренцию на другом (обычно — нисходящем) рынке. Выдано 12 условий поведенческого типа. Большая часть из них представляет собой регламентацию условий договоров объединенной компании с покупателями (цены, объемы продаж, условия заключения договоров). В решении не содержится оценка воздействия выполнения предписаний на конкуренцию.

Аналогично можно сравнить подходы к анализу сделок и в других видах деятельности.

За указанный период в электроэнергетике ФАС одобрена сделка приобретения ОАО «Газпром» (1 место в мире в рейтинге нефтегазовых компаний по добыче природного газа) пакета акций ОАО «ТГК-1» (одного из крупнейших генера-

¹¹ Case No COMP/M.4441 — EN+/Glencore/Sual/UC Rusal (ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4441_20070201_20310_en.pdf).

¹² fas.gov.ru/solutions/solutions_11056.html.

торов электроэнергии в России). В решении ФАС¹³ содержится анализ четырех продуктовых рынков, рассмотренных в границах Российской Федерации. Проанализированы смежные вдоль цепочки создания стоимости рынки и показано, каким образом компания, обладающая высокой долей на одном рынке, получает возможность воздействовать на конкуренцию на нисходящем рынке. В отношении указанной сделки выдано три условия, все они — поведенческие, представляющие собой требования предоставления информации в антимонопольный орган (об условиях — ценах, объемах — и фактическом исполнении договоров) и обеспечение недискриминационных условий при заключении договоров. В решении ФАС не содержится оценка влияния выполнения предписаний на конкуренцию.

ЕКК рассмотрела 3 аналогичные сделки: приобретение *Electricite de France S.A.* (Франция) 100% акционерного капитала *British Energy* (Великобритания), приобретение *RWE Aktiengesellschaft* (Германия) 80% акционерного капитала *Essent N.V.* (Нидерланды), приобретение *Vattenfall AB* (Швеция) 100% акций *N.V. Nuon Energy* (Нидерланды).

В решении ЕКК¹⁴ в отношении сделки приобретения *Electricite de France S.A.* (крупнейший производитель электроэнергии в Европе (22% всей электроэнергии Европы) акций *British Energy* (крупнейший производитель электроэнергии в Великобритании, вырабатывает 17% всей электроэнергии страны) содержится анализ 9 продуктовых рынков, рассмотренных в границах Европейского сообщества (2 рынка) либо как национальные (4 рынка) и мировые рынки (3 рынка). На каждом рынке определена доля компаний на момент сделки и сделан вывод о том, как она изменится в результате совершения сделки. В случаях, когда доля объединенной компании превышала 35%, анализировались возможные негативные последствия сделки для конкуренции. Помимо горизонтальных последствий сделки были проанализированы возможные эффекты для смежных рынков. Однако негативные эффекты для вертикально связанных рынков от совершения сделки выявлены не были, поскольку, во-первых, в ряде случаев доля объединенной компании не превосходила 25%, во-вторых, в случаях, когда доля объединенной компании превышала 30%, на рынках было зафиксировано присутствие достаточно крупных конкурентов. В отношении совершения указанной сделки ЕКК выдано 4 условия: два структурных и два поведенческих. В решении ЕКК проведен анализ ожидаемой эффективности предписаний — оценка возможности устранения проблем в отношении конкуренции в результате выполнения выданных предписаний.

В решении ЕКК¹⁵ о сделке приобретения *RWE Aktiengesellschaft* (14 место в рейтинге 250 крупнейших энергетических компаний мира), акций *Essent N.V.* (крупнейшая энергетическая компания Нидерландов — 23% всей электроэнергии страны) проанализированы 16 продуктовых рынков, рассмотренных как рынки в национальных границах (15 рынков), рынки групп стран (4 рынка), а также в границах Европейского сообщества (1 рынок). На каждом рынке определена доля компаний на момент сделки и сделан вывод о ее изменении в результате совершения сделки. Выводы об отсутствии опасных горизонтальных эффектов сделаны либо поскольку доля объединенной компании не достигает 35%, либо поскольку при более высокой доле барьеры входа на рынок невысоки и продолжают снижаться.

Проанализированы возможные эффекты для вертикально связанных рынков и показано, каким образом компания, обладающая высокой долей на одном рынке,

¹³ fas.gov.ru/solutions/solutions_17812.html.

¹⁴ Case No COMP/M.5224 — EdF/British Energy (ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5224_20081222_20212_en.pdf).

¹⁵ Case No COMP/M.5467 — RWE/Essent (ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5467_20090623_20212_en.pdf).

получает возможность оказывать влияние на конкуренцию на нисходящем рынке. В отношении совершения указанной сделки ЕКК выдано одно предписание структурного типа. В решении ЕКК содержится анализ воздействия выполнения предписаний на конкуренцию.

В решении ЕКК¹⁶ в отношении сделки приобретения *Vattenfall AB* (5 место по производству электроэнергии в Европе) акций *N.V. Nuon Energy* выделено 9 продуктовых рынков, рассмотренных либо как рынки в границах отдельных стран (9 рынков), либо как географические рынки внутри страны (1 рынок). Однако детальный анализ представлен в отношении только одного продуктового рынка, рассмотренного в границах отдельной страны, поскольку в остальных случаях доля объединяемой компании не превышает 15%. В решении ЕКК проведен анализ исключительно горизонтальных эффектов совершения сделки. Поскольку на указанном рынке объединенная компания обладает высокой долей (80—90%), значительно превышающей доли конкурентов, и зафиксированы высокие барьеры входа на рынок, совершение сделки приводит к негативному воздействию на конкуренцию. В отношении совершения указанной сделки ЕКК выдано одно предписание структурного характера, где дан прогноз воздействия на конкуренцию.

Антимонопольными органами и Европейского Союза, и России было одобрено несколько сделок в черной металлургии.

В частности, ФАС рассмотрена сделка приобретения ОАО «Лебединский ГОК» (на момент сделки — единственный в СНГ производитель дообогащенного концентрата с массовой долей железа более 70%) акций ОАО «Михайловский ГОК». В решении ФАС¹⁷ содержится анализ одного продуктового рынка в границах Российской Федерации. Сделан вывод о возникновении доминирующего положения объединенной компании на рассматриваемом рынке. Предписание содержит шесть условий поведенческого типа. Большая часть из них представляет собой требования предоставления информации в антимонопольный орган (об условиях договоров — ценах, объемах, о совершении сделок приобретения активов) и заключении договоров на недискриминационных условиях. Оценка воздействия выполнения предписания на конкуренцию не приводится.

В качестве аналогичной сделки, проанализированной ЕКК, можно рассматривать покупку *Mitsui* акций крупнейшего производителя железной руды в мире *Companhia Vale do Rio Doce (CVRD, Бразилия)* и крупного участника рынка *Caemi Minerazgo e Metalurgia SA (Бразилия)*¹⁸. В решении ЕКК содержится анализ 5 продуктовых рынков, рассмотренных как мировые. Несмотря на высокие доли объединенной компании (45—60%), для некоторых рынков был сделан вывод о том, что сделка не ограничивает конкуренцию в результате присутствия крупных соперников. Но негативные последствия вероятны при комбинации высокой доли объединенной компании и высоких барьеров входа на рынок. Для этих рынков ЕКК сформулировала 2 структурных условия, воздействие которых на конкуренцию оценены в решении.

ФАС рассмотрена сделка приобретения ОАО «Западно-Сибирский металлургический комбинат» (пятый металлургический комбинат в России) акций ОАО «Качканарский горно-обогатительный комбинат „Ванадий“». В решении¹⁹ содержится анализ одного продуктового рынка в границах России. Сделан вывод

¹⁶ Case No COMP/M.5496 — VATTENFALL/NUON ENERGY (ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5496_20090622_20212_en.pdf).

¹⁷ fas.gov.ru/solutions/solutions_12455.html.

¹⁸ Case No COMP/M.2420 — Mitsui/CVRD/Caemi (ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2420_en.pdf).

¹⁹ fas.gov.ru/solutions/solutions_12444.html.

о возникновении доминирующего положения объединенной компании на рассматриваемом рынке. Выдано 5 условий поведенческого типа, большинство из которых представляют собой требования информирования антимонопольного органа (об условиях договоров — ценах, объемах, а также о приобретении активов) и обеспечения заключения договоров на недискриминационных условиях. В решении ФАС не содержится анализ воздействия выполнения предписаний на конкуренцию.

ЕКК также рассмотрела сделку, где объектом поглощения были производители ванадия — приобретение *Evraz Group S.A.* (крупнейшая металлургическая компания в России, занимающая 12 место в мире) акций *Highveld Steel and Vanadium Corporation Limited* (ЮАР, крупнейший производитель ванадия в мире). В решении ЕКК²⁰ проанализировано 6 продуктовых рынков, рассмотренных как мировые (5) и рынки в границах Европейского союза (1). В соответствии с выводами ЕКК сделка не угрожала конкуренции только на одном из рынков, где доля объединенной компании не превышала 15%. В решении проанализированы возможные вертикальные эффекты для конкуренции и показано, каким образом объединенная компания, обладающая высокой долей на одном рынке, получит возможность влиять на конкуренцию на нисходящем рынке. ЕКК выдано 5 условий, большая часть из которых — структурные (4). В решении ЕКК содержится оценка возможности устранения обозначенных проблем в отношении конкуренции в результате выполнения выданных предписаний, а также оценка воздействия выполнения предписаний на концентрацию.

Сделка приобретения ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат» (30 место среди металлургических компаний мира) 100% доли в уставном капитале ООО «ВИЗ-Сталь» (крупнейший производитель трансформаторной стали и один из ведущих производителей холоднокатаной электротехнической стали в России) одобрена на основе анализа²¹ двух продуктовых рынков в границах России. Поскольку на одном из рынков компания приобретала доминирующее положение, было выдано предписание, содержащее 11 мер поведенческого типа. Большая часть из них регламентировала условия договоров с покупателями (цены, объемы продаж, условия заключения, недискриминационные условия), а также информирование антимонопольного органа (об условиях договоров — ценах, объемах, о совершении сделок приобретения активов, об изменении состава группы и сбытовой политики). Оценки воздействия выполнения предписания на конкуренцию в решении не содержатся.

В практике ЕКК подобной сделкой можно считать приобретение *Mittal Steel Company N.V.* (Нидерланды, 1 место по производству стали в мире акций *Arcelor S.A.* (Люксембург, 1 место по производству стали в Европе и 2 место в мире). В решении²² ЕКК выделено 29 продуктовых рынков, проанализированных в границах ЕС (29 рынков), в границах отдельных стран (4 рынков), в границах Западной Европы и Восточной Азии (4 рынка) и как мировые рынки (1 рынок). Детальный анализ проведен только в отношении 17 продуктовых рынков, рассмотренных в границах ЕС (13 рынков), в границах отдельных стран (4 рынков), в границах Западной Европы и Восточной Азии (1 рынок), поскольку на других рынках доля объединенной компании не превышает 15%. Вывод об отсутствии серьезных рисков для конкуренции сделан для рынков, для которых характерны низкие рыночные доли объединенной компании, низкая загрузка производственных мощностей, фрагменти-

²⁰ Case No COMP/M.4494. Evraz/Highveld (ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4494_20070220_20212_en.pdf).

²¹ fas.gov.ru/solutions/solutions_6843.html.

²² Case No COMP/M.4137 — Mittal/Arcelor (ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4137_20060602_20212_en.pdf).

рованный спрос, присутствие крупных конкурентов, а также высокая доля импорта и тенденция к ее увеличению за счет относительно низких барьеров входа на рынок. Влияние сделки на конкуренцию на вертикально связанных рынках выявлено не было. В отношении совершения указанной сделки ЕКК выдано 3 структурных предписания, где приведен прогноз воздействия на концентрацию.

Наконец, на рынке алюминиевой продукции ФАС одобрила сделку приобретения *Rexam Beverage Can Holdings B.V.* 100% доли в уставном капитале ООО «РОСТАР» и ООО «РОСТАР-Всеволожск». В решении ФАС содержится анализ одного продуктового рынка в границах Российской Федерации. Сделан вывод о возникновении доминирующего положения объединенной компании на рассматриваемом рынке. Предписание содержит 10 условий поведенческого характера, регламентирующих условия договоров с покупателями (цены, объемы, недискриминационные условия), а также требующих представлять сведения об условиях договоров и о других сделках, приводящих к изменению состава группы лиц, в антимонопольный орган. В решении не содержится оценка воздействия выполнения предписаний на конкуренцию.

Аналогичной сделкой в практике ЕКК можно считать приобретение *Alcan, Inc.* (Канада, на момент сделки — пятая часть производимого в мире алюминия, 1 место по вторичной переработке алюминиевых банок) акций *Pechiney* (Франция, 3 место в мире по производству первичного алюминия, 1 место по производству плоского алюминиевого проката и упаковки из алюминия). В решении²³ анализируются 2 продуктовых рынка в границах ЕС, где, по мнению Комиссии, объединенная компания занимает доминирующее положение благодаря высокой рыночной доле (40—55%), значительно превышающей доли конкурентов. Концентрация оценивалась не только на стороне предложения, но и на стороне спроса. На одном из рассматриваемых рынков зафиксирована высокая доля крупных покупателей, каждый из которых, тем не менее, не может повлиять на цену приобретения в силу того, что возможности замещения алюминиевых банок ограничены, а конкуренты объединенной компании работают на полную мощность. ЕКК выдано 4 структурных предписания, воздействие которых на концентрацию содержится в решении.

Подводя итог сопоставлению анализа сделок ФАС и ЕКК «лицом к лицу», можно заключить, что российский антимонопольный орган не менее тщательно подходит к определению рынков, затронутых сделками слияния, и проводит анализ угроз для конкуренции для этих рынков. Однако если использовать в качестве эталона решения ЕКК, российскому антимонопольному органу целесообразно стремиться к более последовательному использованию подхода «до и после». Для выработки хорошего предписания необходимо представлять не только и не столько состояние конкуренции на рынке, сколько тенденции его изменения благодаря конкретной сделке. Выработка более специфичных условий позволила бы снизить их число, в первую очередь — за счет отказа от выставления условий, которые дублируют собственно запреты антимонопольного законодательства и выдвигают чисто информационные требования. И наконец, повысить результативность выставляемых условий может предварительная оценка ожидаемого эффекта от их выполнения.

²³ Case No COMP/M.3225 — ALCAN/PECHINEY (ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3225_en.pdf).

Заключение

После радикальной модернизации критериев отбора сделок, подлежащих предварительному контролю, на первый план в деятельности антимонопольного органа вышли вопросы техники анализа слияний и вынесения решений. Положительные эффекты от самой возможности выдавать участникам сделки обязательные для исполнения предписания зависят от того, насколько правильно будут определены угрозы для конкуренции, создаваемые сделками, и масштабы этих угроз, и от того, удастся ли найти способ нейтрализации этих угроз, не возлагающий на участников рынка неоправданно высокие риски.

В данной статье решения и предписания российского антимонопольного органа, а также анализ, на котором основаны эти решения, сравниваются с решениями по аналогичным делам Европейской комиссии по конкуренции. Результаты сопоставления позволяют сделать несколько выводов. Во-первых, в деятельности ФАС разграничение между сделками, требующими и не требующими разработки предписаний, до сих пор определено не совсем четко. Вероятно, главным критерием для подобных решений остается даже не изменение концентрации продавцов, а сама по себе рыночная доля после слияния. Во-вторых, недооцениваются структурные факторы развития рынков, не относящиеся к концентрации продавцов, — например преодолимость барьеров входа и распределение рынка между покупателями. В-третьих, структура предъявляемых компаниям условий до сих пор смещена в сторону условий поведенческих, налагающих высокие издержки контроля выполнения на антимонопольные органы и не исключающих избыточных рисков для участников рынка, а самое главное — зачастую приводящих к неопределенным результатам для собственно конкуренции.

Безусловно, российские антимонопольные органы несут лишь часть ответственности за относительно неразвитые (по сравнению с доступным состоянием) инструменты предварительного анализа сделок и разработки предписаний. Значительная часть ответственности лежит на законодателе, который ограничил процедуру предварительного анализа тридцатью днями и не предусмотрел разделение на I и II фазы, что позволило бы специально выделить сделки, способные существенно повлиять на конкуренцию. Некоторая часть ответственности за скромные результаты анализа лежит и собственно на участниках сделки. Лишь небольшая часть из них представляют в антимонопольные органы внятные результаты анализа возможного эффекта сделок слияния для конкуренции. Во многих случаях результаты анализа — издержки которого для участников рынка существенно ниже, чем для ФАС, — позволили бы избежать выставления предписания в принципе. Определенная доля ответственности лежит и на традициях разработки решений в российской системе исполнительной власти, где принято заменять нормальную процедуру консультирования с заинтересованными лицами неформальными и непрозрачными взаимодействиями.