

Пропозиції до проекту Рекомендаційних роз'яснень щодо порядку застосування частини першої статті 25 Закону України «Про захист економічної конкуренції» під час оцінки негоризонтальних концентрацій

Пропозиції та коментарі Комітету АПУ з конкуренційного права виділено жирним шрифтом та курсивом.

I. Загальна частина

1.1. Ці Рекомендаційні роз'яснення (далі - Роз'яснення) дано Антимонопольним комітетом України (далі - Комітет) відповідно до частини шостої статті 4 Закону «Про захист економічної конкуренції» (далі - Закон) з метою однакового застосування норм статті 25 Закону щодо критеріїв надання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання (далі - концентрація) у випадках, коли учасники концентрації не конкурують між собою на жодному відповідному товарному ринку.

1.2. Відповідно до частини першої статті 25 Закону Комітет чи його адміністративна колегія надають дозвіл на концентрацію у разі, якщо вона не призводить до монополізації чи суттєвого обмеження конкуренції на ринку. Отже, дозвіл органу Комітету не може бути надано на концентрацію, стосовно якої рішення про надання дозволу призводить до хоча б одного з наступних наслідків:

монополізації товарного ринку;

суттєвого обмеження конкуренції на товарному ринку.

1.3. В цих Роз'ясненнях терміни використовуються в таких значеннях:

негоризонтальна концентрація - вертикальна або конгломератна концентрація;

вертикальна концентрація - концентрація, учасники якої здійснюють господарську діяльність на різних рівнях ланцюга виробництва або розподілу товару і перебувають чи можуть мати потребу перебувати між собою у відносинах «продавець - покупець»;

конгломератна концентрація - концентрація, учасники якої не конкурують між собою на жодному товарному ринку і не перебувають і не можуть мати потреби перебувати між собою у відносинах «продавець - покупець»;

верхній суміжний ринок - ринок товару, використання якого є потрібним для виробництва та/або реалізації товарів, що обертаються на відповідному нижньому суміжному ринку;

нижній суміжний ринок - ринок товару, виробництво та/або реалізація якого потребує використання товарів, що обертаються на відповідному верхньому суміжному ринку;

[підвищення цін – термін, що використовується для позначення різних способів, у які концентрація може зашкодити конкуренції. Цей вираз також включає в себе ситуації, коли, наприклад, ціни зменшилися менше (або менш імовірно зменшаться), ніж могли б без концентрації, або ціни збільшилися більше (або більш імовірно збільшаться), ніж могли б без концентрації.]

[Комітет АПУ з конкуренційного права: Пропонуємо уточнити вираз "підвищення цін", що використовується у документі. Відповідне визначення було запозичено із Негоризонтальних роз'яснень ЄС.]

Інші терміни, що використовуються в цих Роз'ясненнях, вживаються у значеннях, наведених в Законі України «Про захист економічної конкуренції», Положенні про порядок подання та розгляду заяв про попереднє отримання дозволу Антимонопольного комітету України на концентрацію суб'єктів господарювання, затвердженому розпорядженням Комітету від 19 лютого 2002 року № 33-р (у редакції із змінами розпорядження Комітету від 21 червня 2016 року № 14-рп), і в Рекомендаційних роз'ясненнях щодо порядку застосування частини першої статті 25 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (щодо оцінки горизонтальних концентрацій), затверджених рішенням Комітету від 27 грудня 2016 року № 49-рр.

II. Основні складові оцінки негоризонтальних концентрацій

2.1. Ці Роз'яснення застосовуються щодо вертикальних та конгломератних концентрацій.

У разі, якщо учасники вертикальної або конгломератної концентрації стосовно задіяних ринків концентрації на інших ринках є фактичними або потенційними конкурентами, Комітет здійснює оцінку горизонтальних концентрацій відповідно до Рекомендаційних роз'яснень, затверджених рішенням Комітету від 27 грудня 2016 року № 49-рр.

2.2. Складовими елементами дослідження при здійсненні Комітетом оцінки концентрацій є:

- 1) визначення *задіяних* товарних та географічних ринків;

[Комітет АПУ з конкуренційного права: У Розділі 1 цих Роз'яснень, а також у інших нормативно правових актах, на які здійснюється посилання, не надається визначення "відповідного ринку". Тому пропонуємо уточнити, що повинен здійснюватися аналіз саме задіяних ринків (визначення надане у Положенні про концентрацію), а не будь-яких ринків.]

2) оцінка впливу концентрації на конкуренцію.

2.3. Комітет, під час оцінки впливу концентрації на конкуренцію досліджує, зокрема, такі групи чинників:

1) ринкові частки учасників концентрації та рівні концентрації на задіяних товарних ринках;

2) можливі антиконкурентні наслідки на задіяних товарних ринках;

3) імовірність того, що ринкова влада покупця буде діяти як урівноважуючий чинник антиконкурентних наслідків концентрації;

4) імовірність того, що вступ нових учасників на ринок буде діяти як урівноважуючий чинник антиконкурентних наслідків концентрації;

5) ризик банкрутства.

6) *[імовірність того, що підвищення ефективності в результаті концентрації буде діяти як урівноважуючий чинник антиконкурентних наслідків концентрації;]*

[Комітет АПУ з конкуренційного права: Ми вважаємо, що як це передбачено і у Негоризонтальних роз'ясненнях ЄС (див. зокрема пп. 13, 14, 22, 28, 52-57, 114-118 відповідних роз'яснень), при здійсненні аналізу впливу негоризонтальних концентрацій на конкуренцію важливо також досліджувати, чи зможе підвищення ефективності у наслідок концентрації нівелювати можливі антиконкурентні наслідки.

Так, негоризонтальні концентрації з меншою імовірністю призводять до обмеження конкуренції, ніж горизонтальні концентрації. Зокрема, вертикальні та конгломератні концентрації не призводять до зменшення кількості прямих конкурентів на ринку, що є головним антиконкурентним ефектом у горизонтальних концентраціях.

Навпаки, вертикальні та конгломератні концентрації можуть призвести до значного підвищення ефективності функціонування ринку. Однією з характеристик вертикальних концентрацій, а також певних конгломератних концентрацій є те, що господарська діяльність та/або товари учасників є взаємодоповнюючими. Інтеграція взаємодоповнюючої діяльності/товарів у одному суб'єкті господарювання може призвести до значного підвищення ефективності та бути проконкурентною. Така інтеграція може також зменшити операційні витрати та оптимізувати процеси розробки, виробництва та продажу нових товарів, що, у кінцевому рахунку, знизить вартість продукції для кінцевого споживача. Так само концентрації, які об'єднують широкий спектр продукції, що зазвичай реалізується одному виду споживачів (це можуть бути як взаємодоповнюючі, так і різноманітні товари), можуть мати переваги для споживачів, такі як можливість придбати все необхідне у одного постачальника (one-stop-shopping).

До того ж, на наш погляд, оцінка підвищення ефективності, що може настати у результаті концентрації, не суперечить положенням частини першої статті 22 та статті 25 Закону. Навпаки, підвищення ефективності може свідчити про те, що концентрація не призводить до монополізації чи суттєвого обмеження конкуренції на ринку і, отже, може бути дозволена АМКУ. Таким чином, ці чинники також повинні враховуватися АМКУ при здійсненні аналізу негоризонтальних концентрацій.]

2.4. Аналіз усіх зазначених чинників не є обов'язковим у кожному випадку. Вибір обов'язкових для дослідження чинників залежить від обставин конкретної концентрації.

2.5. Установлення ринкових часток учасників концентрації, а також рівнів концентрації на задіяних товарних ринках може не здійснюватись у випадку концентрацій, які вже здійснилися, якщо наявні прямі докази антиконкурентних наслідків.

2.6. Аналіз чинників груп (2) - (5), зазначених у пункті 2.3. розділу II цих Роз'яснень, зазвичай не здійснюється, якщо органом Комітету прийнято рішення розглядати заяву на концентрацію за спрощеною процедурою відповідно до абзацу сьомого частини першої статті 27 Закону. У такому випадку, Комітет здійснює аналіз чинників, зазначених у підпункті 2 пункту 2.3. розділу II, і за потреби - чинників, зазначених у підпунктах (3) - (5), коли з урахуванням особливостей та обставин певної концентрації такий аналіз є необхідним або наявні обґрунтовані звернення суб'єктів господарювання, органів державної влади, споживачів щодо можливого негативного впливу заявленої концентрації на конкуренцію.

2.7. Якщо за результатами аналізу чинників, зазначених у підпунктах (1) та (2) пункту 2.3. розділу II Комітет дійде висновку про відсутність наслідків концентрації у вигляді монополізації або суттєвого обмеження конкуренції, Комітет надає дозвіл на таку концентрацію.

2.8. Якщо на підставі сукупного аналізу чинників, зазначених у підпунктах (1) і (2) пункту 2.3. розділу II Комітет дійде висновку про наявність наслідків у вигляді монополізації або суттєвого обмеження конкуренції внаслідок концентрації, Комітет здійснює аналіз чинників, зазначених у підпунктах (3) - (5) пункту 2.3. розділу II Роз'яснень.

2.9. Якщо на підставі аналізу чинників, зазначених у підпунктах (1) - (5) пункту 2.3. розділу II Комітет дійде висновку про те, що концентрація призведе до монополізації або суттєвого обмеження конкуренції:

1) надається дозвіл на відповідну концентрацію, якщо негативні наслідки будуть відвернуті шляхом виконання учасниками концентрації певних вимог і зобов'язань відповідно до статті 31 Закону, обумовлений зазначеними вимогами та зобов'язаннями;

2) концентрація підлягає забороні, якщо ці негативні наслідки не можуть бути відвернуті шляхом виконання учасниками концентрації вимог та зобов'язань, відповідно до статті 31 Закону.

Комітет оцінює потенційні наслідки запропонованих вимог та зобов'язань, використовуючи аналіз впливу на конкуренцію, наведений у цих Роз'ясненнях.

III. Ринкові частки та рівні концентрації

3.1. Негативні наслідки для конкуренції, спричинені негоризонтальними концентраціями, є малоймовірними, якщо утворений суб'єкт господарювання не має значної ринкової влади хоча б на одному з задіяних ринків. ***Значна ринкова частка одного чи всіх учасників концентрації до здійснення концентрації, а також перевищення значення індексу Герфіндаля-Гіршмана, зазначеного у п. 3.5. розділу III Роз'яснень, може свідчити про ризик того, що концентрація призведе до антиконкурентних наслідків.***

[Комітет АПУ з конкуренційного права: Пропонуємо уточнити, що до уваги потрібно брати не лише ринкову частку, а і індекс ННІ, як це запропоновано у наступних пунктах Розділу III Роз'яснень, а також Негоризонтальних роз'ясненнях ЄС.]

3.2. Зазвичай аналізуються поточні ринкові частки, що мають місце на момент розгляду заяви на концентрацію. Однак поточні ринкові частки можуть корегуватися з метою об'єктивного відображення певних змін, наприклад, у випадку виходу з та входження на ринок суб'єктів господарювання або розширення обсягів господарської діяльності його учасників, імовірність яких підтверджується фактичними обставинами.

3.3. Частки на ринку після концентрації розраховуються, виходячи з припущення, що сукупна частка учасників концентрації дорівнюватиме сумі їхніх ринкових часток до концентрації. У разі, якщо частки суб'єктів господарювання на відповідному ринку постійно змінюються, наприклад, коли ринок характеризується великими оптовими замовленнями, можуть братися до уваги також дані про структуру відповідного ринку в минулому. У таких випадках зміни ринкових часток у минулому беруться до уваги з метою оцінки стану конкуренції та ймовірності важливості різних конкурентів у майбутньому, наприклад, шляхом визначення збільшувалися чи зменшувалися ринкові частки учасників ринку.

3.4. Комітет використовує індекс Герфіндаля-Гіршмана (далі - ННІ) як показник, що характеризує загальний рівень концентрації ринку. ННІ вираховується шляхом додавання квадратів індивідуальних ринкових часток усіх суб'єктів господарювання, які діють на ринку:

$$\text{ННІ} = \sum_{i=1}^n (P_i)^2, \text{ де } i=1$$

n - кількість суб'єктів господарювання;

P_i - частка на ринку суб'єкта господарювання (у відсотках).

За можливості до розрахунків слід включати ринкові частки всіх суб'єктів господарювання, що діють на відповідному ринку. Відсутність інформації про суб'єктів господарювання, сукупна ринкова частка яких менше 5 відсотків, може не мати істотного значення.

3.5. Якщо ринкова частка утвореного в результаті концентрації суб'єкта господарювання на кожному з задіяних ринків не перевищує 30 відсотків і значення ННІ після концентрації становить менше 2 000, то робиться висновок, що суттєве обмеження конкуренції в результаті негоризонтальної концентрації є малоімовірним, за винятком особливих обставин, таких як, наприклад, наявність одного або більше чинників, наведених нижче:

1) серед учасників ринку існує значне перехресне володіння акціями (частками) або перехресний контроль;

2) одним з учасників концентрації є суб'єкт господарювання з великою імовірністю порушення координуючої поведінки;

3) наявні ознаки минулого або чинного узгодження поведінки між учасниками концентрації та конкурентами;

4) одним із учасників концентрації є суб'єкт господарювання, що може суттєво розширити свою діяльність у найближчому майбутньому, наприклад, через запровадження інноваційних технологій;

[Комітет АПУ з конкуренційного права: Пропонуємо доповнити перелік вказаним вище чинником, який передбачений у Негоризонтальних роз'ясненнях ЄС.]

3.6. Перевищення показників ринкових часток і значень ННІ, зазначених у підпункті 3.5. розділу III Роз'яснень, на хоча б одному з задіяних ринків є необхідною, але недостатньою умовою негативного впливу на конкуренцію. Тому у кожному випадку такого перевищення слід аналізувати можливі негативні конкурентні наслідки концентрації.

IV. АНАЛІЗ МОЖЛИВИХ АНТИКОНКУРЕНТНИХ ЕФЕКТІВ НЕГОРИЗОНТАЛЬНИХ КОНЦЕНТРАЦІЙ

4.1. ВЕРТИКАЛЬНІ КОНЦЕНТРАЦІЇ

4.1.1. Вертикальні концентрації можуть призводити до суттєвого обмеження конкуренції на товарному ринку за наявності хоча б одного з видів антиконкурентних наслідків:

1) Некоординуючі наслідки:

обмеження доступу до важливих чинників виробництва;

обмеження доступу до покупців

2) Координуючі наслідки, що можуть чинити істотний негативний вплив на конкуренцію.

Некоординуючі наслідки

4.1.2. Концентрація призводить до обмежень доступу, коли вона перешкоджає або усуває доступ фактичних або потенційних конкурентів до постачальників або покупців, таким чином зменшуючи здатність та/або мотивацію цих суб'єктів господарювання конкурувати. Обмеження доступу може мати місце не лише коли конкуренти змушені залишати ринок. Достатнім є те, що окремі конкуренти опинилися в несприятливих умовах та, як наслідок, конкурували менш ефективно. Обмеження в доступі вважається таким, що суттєво обмежує конкуренцію, коли внаслідок цього інтегрований суб'єкт господарювання - і можливо, також деякі його конкуренти - можуть із зиском для себе підвищувати ціни для споживачів.

4.1.3. Виділяють дві форми обмеження доступу:

1) обмеження доступу до важливих чинників виробництва - коли імовірним наслідком концентрації стає збільшення витрат конкурентів на нижньому суміжному ринку за рахунок обмеження їх доступу до важливих чинників виробництва;

2) обмеження доступу до покупців - коли концентрація імовірно перешкоджатиме діяльності конкурентів на верхньому суміжному ринку шляхом обмеження їх доступу до значної сукупності покупців.

[Комітет АПУ з конкуренційного прав Імовірно, у двох абзацах вище було допущено неточність, оскільки:

- *обмеження доступу до важливих чинників виробництва збільшує витрати конкурентів на нижньому суміжному ринку – обмеження доступу до ресурсів (верхній суміжний ринок) збільшує витрати компаній, які використовують ці ресурси для виробництва (нижній суміжний ринок);*
- *обмеження доступу до покупців збільшує витрати конкурентів на верхньому суміжному ринку – обмеження доступу до покупців/споживачів ресурсів (нижній суміжний ринок) збільшує витрати компаній-виробників цих ресурсів (верхній суміжний ринок).*

Такий самий підхід використовується і у Негоризонтальних роз'ясненнях ЄС (п. 30): Two forms of foreclosure can be distinguished. The first is where the merger is likely to raise the costs of downstream rivals by restricting their access to an important input (input foreclosure). The second is where the merger is likely to foreclose upstream rivals by restricting their access to a sufficient customer base (customer foreclosure).]

Обмеження доступу до чинників виробництва

4.1.4. Якщо суб'єкт господарювання придбаває одного з основних постачальників важливих чинників виробництва, це може призвести до наслідків у вигляді обмеження доступу до них. Вертикально інтегрований суб'єкт господарювання може перешкоджати доступу суб'єктів господарювання, з якими він конкурує на нижньому суміжному ринку, до таких важливих чинників виробництва, зокрема, шляхом підвищення цін, погіршення якості, створення менш сприятливих умов постачання, вибору специфічної технології, яка не є сумісною з технологіями, які обрали конкуруючі суб'єкти господарювання, постачання зі значною затримкою або взагалі відмови у постачанні.

4.1.5. Під час оцінки ймовірності настання антиконкурентних наслідків у вигляді обмеження доступу до чинників виробництва, досліджується:

- 1) чи зможе утворений в результаті концентрації суб'єкт господарювання суттєво обмежувати доступ до чинників виробництва,
- 2) чи буде у нього мотивація так чинити, та
- 3) чи матиме стратегія обмеження доступу значний негативний вплив на конкуренцію на нижньому суміжному ринку.

У випадку встановлення відсутності здатності утвореного суб'єкта господарювання обмежувати доступ, мотивація та вплив на конкуренцію не досліджуються.

У випадку встановлення відсутності мотивації для обмеження доступу, наявність негативного впливу на конкуренцію не досліджується.

Здатність обмежувати доступ до чинників виробництва

4.1.6. Здатність обмежувати доступ до чинників виробництва, як правило, визначається двома обставинами:

- а) важливістю чинників виробництва для виробництва та/або реалізації товару на нижньому суміжному ринку, та
- б) можливостями конкурентів переходити до альтернативних постачальників.

4.1.7. Обмеження доступу до чинників виробництва може суттєво обмежувати конкуренцію, якщо це стосується важливих чинників виробництва товарів, що обертаються на нижньому суміжному ринку. Це має місце, наприклад, коли:

чинники виробництва істотно впливають на витрати, що обумовлюють ціни на товари на нижньому суміжному ринку;

без цих чинників виробництво чи ефективна реалізація товару на нижньому суміжному ринку взагалі неможливі;

ці чинники можуть істотно впливати на однорідність/неоднорідність товарів на нижньому суміжному ринку;

витрати на перехід до альтернативних чинників виробництва відносно високі.

4.1.8. Утворений внаслідок концентрації суб'єкт господарювання може чинити істотний негативний вплив на доступність чинників виробництва, зокрема, за наявності договорів виключного постачання між утвореним суб'єктом господарювання та незалежними постачальниками чинників виробництва, або коли решта постачальників пропонує менш вигідні альтернативи, або за їх неможливості розширяти виробництво у відповідь на обмеження в постачанні, наприклад, унаслідок обмеженості потужностей.

4.1.9. Під час оцінки концентрації слід враховувати, чи можуть бути ефективними та своєчасними протидіючі господарські стратегії, які могли б застосовувати суб'єкти господарювання - конкуренти. Такі стратегії включають можливість зміни виробничого процесу з метою зменшення його залежності від чинників виробництва, про які йде мова, або сприяння входженню нового постачальника на верхній суміжний ринок.

Мотивація обмежувати доступ до чинників виробництва

4.1.10. Мотивація обмежувати доступ до чинників виробництва залежить від ступеня вигідності такої поведінки. Якщо вертикально інтегрований суб'єкт господарювання на верхньому суміжному ринку зменшує обсяг продажів для покупців, з якими він конкурує на нижньому суміжному ринку, це може призвести до зменшення його загального прибутку на верхньому суміжному ринку. З іншого боку, його продажі та прибуток на нижньому суміжному ринку можуть збільшуватися за рахунок покупців конкурентів на цьому ринку. Стратегія обмеження доступу вигідна, якщо зростання прибутку на нижньому суміжному ринку переважає спад прибутку на верхньому суміжному ринку.

4.1.11 . Як правило, чим нижча прибутковість на верхньому суміжному ринку, тим нижчі збитки від обмеження продажу чинників виробництва на ньому. Подібним чином, чим вища прибутковість на нижньому суміжному ринку, тим вищий прибуток від збільшення частки на цьому ринку за рахунок обмеження доступу конкурентам.

4.1.1 2. Мотивація обмежувати доступ залежить також від можливості перерозподілити попит на нижньому суміжному ринку на користь частини інтегрованого суб'єкта господарювання, що діє на ньому, за рахунок конкурентів, яким обмежено доступ до чинників виробництва, і частки цього відібраного попиту, яку така частина інтегрованого суб'єкту господарювання зможе забрати собі. Чим потенційно більшою є така частка, тим імовірно сильнішою є мотивація обмежувати доступ.

4.1.13. Мотивація обмежувати доступ фактичним або потенційним конкурентам може також залежати від ступеня вигоди від підвищення цін на нижньому суміжному ринку, яку частина інтегрованого суб'єкту господарювання, що діє на цьому ринку, може очікувати як результат стратегії збільшення витрат конкурентів. Чим більшою є частка утвореного суб'єкта господарювання на нижньому суміжному ринку, тим більшим є обсяг продажів, на якому він зможе скористатися збільшеною прибутковістю, отже, тим сильнішою - мотивація обмежувати доступ.

4.1.14. Суб'єкт господарювання, який вже займає монополіне (домінуюче) становище на верхньому суміжному ринку і тому здатний отримувати всі доступні вигоди на вертикально інтегрованих ринках, може не мати жодного мотиву обмежувати доступ конкурентам після здійснення вертикальної концентрації. Проте, якщо він не може отримати всі імовірні вигоди у такого суб'єкта господарювання, може мати місце мотивація до обмеження доступу.

Імовірний загальний вплив на конкуренцію

4.1.15. Концентрація призводить до негативного впливу на конкуренцію внаслідок обмеження доступу до чинників виробництва, якщо це має або з великою імовірністю може мати наслідком підвищення цін на нижньому суміжному ринку і, таким чином, суттєво перешкоджає ефективній конкуренції.

4.1.16. Антиконтурентний ефект обмеження доступу може мати місце, коли концентрація дозволяє вертикально інтегрованому суб'єкту господарювання збільшувати витрати конкурентів, що діють на нижньому суміжному ринку, і, таким чином збільшує тиск на їх ціни продажу. Чим більшій кількості конкурентів на нижньому суміжному ринку буде обмежено доступ чинників виробництва, тим більшою є ймовірність того, що концентрація призведе до значного підвищення цін на нижньому суміжному ринку.

4.1.17. До негативних наслідків для конкуренції може призвести також поглинання конкурента з відносно невеликою ринковою часткою, який є близьким конкурентом вертикально інтегрованого суб'єкта господарювання або є агресивним конкурентом.

4.1.18. Конкуренції може суттєво перешкоджати створення або зростання бар'єрів входу потенційних конкурентів на нижній суміжний ринок. Це відбувається, зокрема, якщо утворений суб'єкт господарювання імовірно не буде здійснювати постачання потенційним новим учасникам цього ринку, або постачатиме на менш сприятливих умовах, ніж за відсутності концентрації. Конкуренція на нижньому суміжному ринку може бути суттєво обмеженою, якщо обмеження доступу до чинників виробництва викликати у таких потенційних конкурентів потребу вступати як на нижній, так і на верхній суміжний ринок, щоб ефективно конкурувати на кожному з них.

4.1.19. Якщо існують конкуренти на нижньому суміжному ринку, чії витрати з достатньою імовірністю не зможуть бути збільшені, наприклад, тому що вони самі

вертикально інтегровані або здатні перейти на альтернативні чинники виробництва, конкуренція, що забезпечується такими суб'єктами господарювання, може чинити достатній тиск на утвореного суб'єкта господарювання і, таким чином, запобігати підвищенню цін на продукцію вище за рівень, який існував до концентрації.

4.1.20. Вплив на конкуренцію на нижньому суміжному ринку потрібно також оцінювати з урахуванням урівноважуючих чинників, таких як наявність влади покупця, або ймовірність того, що нове входження на верхній суміжний ринок зможе підтримувати ефективну конкуренцію, та захист від банкрутства (див. Рекомендаційні роз'яснення, затверджені рішенням Комітету від 27 грудня 2016 року № 49-pp).

[Комітет АПУ з конкуренційного права: Як зазначалося вище (див. наш коментар до п. 2.3 Роз'яснень), у якості урівноважуючих чинників також слід враховувати підвищення ефективності у результаті концентрації. Важливості цього чинника приділяється багато уваги у Негоризонтальних роз'ясненнях ЄС (див. зокрема пп. 13, 14, 22, 28, 52-57, 114-118 відповідного документу). Критерії його оцінки зазначені у п. 76-88 Горизонтальних роз'яснень ЄС, на які посилаються Негоризонтальні роз'яснення ЄС. У той же час, Горизонтальні роз'яснення АМКУ від 27 грудня 2016 року № 49-pp не містять цих критеріїв (АПУ пропонувало їх включити, але цю пропозицію було відхилено АМКУ), тому варто або відобразити їх у цьому документі, або відповідним чином доповнити Горизонтальні роз'яснення АМКУ.]

Обмеження доступу до покупців

4.1.21. Обмеження доступу до покупців може виникати, якщо виробник придбаває важливого покупця своїх товарів або набуває контроль над важливим каналом розповсюдження товарів в результаті концентрації.

4.1.22. Обмеження доступу до покупців може набувати різних форм. Наприклад, утворений суб'єкт господарювання може отримувати всі необхідні товари та послуги від своєї частини, що діє на верхньому суміжному ринку та, як результат, припинити їх закупівлю у своїх конкурентів на цьому ринку. Він може також або зменшити обсяги своїх закупівель у конкурентів, що діють на верхньому суміжному ринку, або здійснювати закупівлі у своїх конкурентів на менш сприятливих умовах, ніж за відсутності концентрації.

4.1.23. Під час оцінки ймовірності виникнення обмеження доступу до покупців досліджується наступне:

1) чи матиме утворений суб'єкт господарювання здатність обмежувати доступ до нижніх суміжних ринків шляхом зменшення власних закупівель у конкурентів на верхньому суміжному ринку;

2) чи буде у нього мотивація зменшувати обсяги закупівель на верхньому суміжному ринку;

3) чи буде стратегія обмеження доступу мати значний негативний вплив на покупців на нижньому суміжному ринку.

У випадку встановлення відсутності здатності утвореного суб'єкта господарювання обмежувати доступ, мотивація та вплив на конкуренцію не досліджуються.

У випадку встановлення відсутності мотивації утвореного суб'єкта господарювання обмежувати доступ, вплив на конкуренцію додатково не досліджується.

Здатність обмежувати доступ до покупців

4.1.24. Здатність утвореного суб'єкта господарювання обмежувати доступ до покупців залежить, зокрема, від:

здатності конкурентів переходити до альтернативних покупців;

ступеню, до якого продажі конкурентів може бути зменшено унаслідок стратегії обмеження доступу;

впливу на витрати конкурентів.

4.1.25. Можливості конкурентів переходити до альтернативних покупців тим більш обмежені, чим більшу ринкову владу вже має суб'єкт господарювання-учасник концентрації на нижньому суміжному ринку. Якщо наявна достатньо велика сукупність покупців у сучасному або в майбутньому, що ймовірно перейде до інших постачальників, малоймовірно, щоб концентрація у зв'язку із цим мала б негативний вплив на конкуренцію.

4.1.26. Якщо обмежено доступ конкурентів, які діють на верхньому суміжному ринку, до нижнього суміжного ринку, постачальник на верхньому суміжному ринку може втратити ефективний обсяг продажів та нести вищі витрати на інших ринках.

Мотивація обмежувати доступ до покупців

4.1.27. Мотивація обмежувати доступ до покупців має місце, коли витрати утвореного суб'єкта господарювання, пов'язані з придбанням товарів у конкурентів на верхньому суміжному ринку, є меншими, ніж імовірні вигоди від таких дій, наприклад, унаслідок обумовленого цим підвищення цін на верхніх або нижніх суміжних ринках.

4.1.28. Мотивація обмежувати доступ до споживачів тим сильніша, зокрема, чим більшою є ринкова частка утвореного суб'єкта господарювання на нижньому суміжному ринку, отже, тим більшим є обсяг продажів, на якому можна скористатися збільшеною прибутковістю.

Імовірний загальний вплив на конкуренцію

4.1.29. Внаслідок обмеження доступу товарів суб'єктів господарювання, з якими утворений суб'єкт господарювання конкурує на верхньому суміжному ринку, до значної частки покупців, концентрація може збільшити витрати конкурентів на нижньому суміжному ринку на придбання чинників виробництва. Це у свою чергу, може дозволити утвореному суб'єкту господарювання із зиском збільшувати ціни або зменшувати обсяг реалізації на нижньому суміжному ринку.

4.1.30. Якщо на верхньому суміжному ринку залишається достатня кількість конкурентів, на яких концентрація не позначається, конкуренція з їхнього боку може запобігти підвищенню цін на верхньому суміжному ринку, і як наслідок, негативному впливу на нижній суміжний ринок. Водночас, значна конкуренція з боку таких суб'єктів господарювання, доступ яких на верхній суміжний ринок не обмежується, потребує відсутності перешкод для розширення обсягів продаж, наприклад, шляхом обмеження потужностей або диференціації товарів. Якщо послаблення конкуренції на верхньому суміжному ринку впливатиме на істотну частку товарів для нижнього суміжного ринку, концентрація ймовірно призведе, як і у випадку обмеження доступу до чинників виробництва, до значного зростання цін на нижньому суміжному ринку.

4.1.31. Конкуренції на верхньому суміжному ринку може перешкоджати також посилення бар'єрів для входження потенційних конкурентів на ринок. Зокрема, таке становище може мати місце, якщо обмеження доступу до покупців викличе у потенційних конкурентів потребу вступати водночас як на нижній, так і на верхній суміжний ринок, щоб ефективно конкурувати на кожному з них. Питання бар'єрів входження потребують особливої уваги стосовно галузей, ринки яких є конкурентними або можуть стати такими у найближчому майбутньому.

4.1.32. Вплив на конкуренцію слід оцінювати з урахуванням врівноважуючих чинників, таких як наявність врівноважуючої влади покупця або ймовірності, що новий учасник ринку буде підтримувати ефективну конкуренцію на нижньому чи верхньому суміжному ринку, а також захисту від банкрутства (див. Рекомендаційні роз'яснення, затверджені рішенням Комітету від 27 грудня 2016 року № 49-pp).

[Комітет АПУ з конкуренційного права 1: Як зазначалося вище, у якості урівноважуючих чинників також слід враховувати підвищення ефективності у результаті концентрації.]

Комітет АПУ з конкуренційного права 2: Також, як це передбачено Негоризонтальними роз'ясненнями ЄС (п. 78), пропонуємо зазначити про можливість існування інших некоординуючих наслідків. Так, суб'єкт господарювання, який утвориться у наслідок злиття, може отримати доступ до комерційно важливої інформації щодо діяльності конкурентів на верхньому або нижньому суміжному ринку. Наприклад, у випадку концентрації між постачальником і споживачем, новоутворений суб'єкт господарювання може

отримати доступ до критичної інформації, яка дозволить йому проводити менш агресивну цінову політику на нижньому суміжному ринку, що, у кінцевому рахунку, може зашкодити споживачам. Це також може поставити конкурентів у невідне конкурентне положення і, таким чином, завадити входу нових конкурентів на ринок, або розширенню діяльності існуючих конкурентів.]

4.1.3. Координуючі наслідки

4.1.33. Наслідком концентрації може бути те, що у суб'єктів господарювання, які до концентрації не координували свою поведінку, ймовірність координації поведінки після концентрації значно збільшиться. Крім того, концентрація може полегшити координацію, зробити її більш стабільною або більш ефективною для суб'єктів господарювання, які координували свою поведінку до концентрації.

Окремо координуючі наслідки, як правило, не призводять до суттєвого обмеження конкуренції на ринку. Разом із тим, вони можуть істотно посилювати негативний вплив на конкуренцію некоординуючих наслідків концентрації.

Отже, дослідження координуючих наслідків є доцільним у випадках, коли виявлено негативний вплив на конкуренцію некоординуючих наслідків концентрації, але сам по собі він є недостатнім для висновку про суттєве обмеження конкуренції на ринку.

4.1.34. Для того, щоб координація була стабільною, необхідна наявність трьох умов:

- 1) суб'єкти господарювання, що координують свою поведінку, мають бути здатними відслідковувати в достатній мірі, чи виконуються умови координації;
- 2) необхідними є певні форми стримуючих механізмів, які можуть бути застосовані, якщо виявляються ознаки відхилення від узгодженої поведінки;
- 3) реакція третіх сторін, така як відмова наявних або майбутніх конкурентів від участі в координації, а також покупців, не повинна ставити під загрозу результати, що очікуються від координації.

Вплив на досягнення умов координації

4.1.35. Якщо вертикальна концентрація призводить до обмеження доступу, результатом є зменшення кількості конкурентів на ринку, що, у свою чергу, полегшує координацію між рештою учасників ринку.

4.1.36. Вертикальні концентрації можуть також збільшувати одноманітність (схожість) суб'єктів господарювання - учасників ринку. Це може збільшити ймовірність координації шляхом полегшення процесу досягнення взаєморозуміння щодо умов координації. Подібним чином, вертикальна інтеграція може підвищити рівень прозорості ринку, полегшуючи координацію між рештою учасників ринку.

4.1.37. Концентрація може мати наслідком усунення суб'єкта господарювання, поведінка якого відхиляється від звичайної на ринку. Таким суб'єктом господарювання може бути постачальник, який через власні причини не бажає брати участь у координації і таким чином підтримує агресивну конкуренцію. Вертикальна інтеграція такого суб'єкта господарювання може змінити його мотивацію до такої міри, що перешкоди для координації господарської поведінки зникнуть.

Вплив на відслідковування відхилень від координуючої поведінки

4.1.38. Вертикальна інтеграція може сприяти координації шляхом підвищення рівня інформаційної прозорості ринку через доступ до конфіденційної інформації конкурентів або шляхом полегшення процесу відслідковування цін. Це може виникнути, наприклад, якщо рівень цінової прозорості вищий на нижньому суміжному ринку, ніж на верхньому. Така ситуація може скластися також, якщо ціни для кінцевих споживачів є загальновідомими, в той час як трансакції у посередницькій ланці є конфіденційними. Вертикальна інтеграція може надати виробникам, що діють на верхньому суміжному ринку, також можливість установлювати ціни на нижньому суміжному ринку і таким чином більш ефективно відслідковувати відхилення від координуючої поведінки.

4.1.39. Вертикальна концентрація у випадках, коли це призводить до обмеження доступу, може також спричиняти зменшення кількості ефективних конкурентів на ринку. Зменшення кількості учасників ринку може полегшувати процес відслідковування поведінки один одного.

Вплив на стримуючі механізми

4.1.40. Вертикально інтегрований суб'єкт господарювання може бути здатним більш ефективно забезпечувати настання несприятливих наслідків для суб'єктів господарювання, якщо вони відхилитимуться від умов координації, тому що це або їхній важливий покупець, або їхній постачальник.

Вплив на реакцію третіх сторін

4.1.41. Вертикальні концентрації можуть зменшити можливості третіх сторін дестабілізувати координацію шляхом підвищення бар'єрів для входження на ринок або обмеження здатності конкурувати.

4.1.42. Якщо суб'єкти господарювання, що діють на верхньому суміжному ринку, розглядають продажі певному покупцеві як значно важливі, вони можуть мати мотивацію відхилитися від умов координації. Придбання такого покупця може збільшити ризик координації на ринку.

4.2. Конгломератні концентрації

4.2.1. Конгломератні концентрації можуть спричинити негативний вплив на конкуренцію, зокрема, якщо суб'єкти господарювання - учасники концентрації, хоч і не перебувають у відносинах «продавець - покупець», діють на ринках пов'язаних між

собою товарів. Такий вплив мають, наприклад, концентрації між постачальниками взаємодоповнюючих товарів або товарів, які відносяться до одного переліку товарів, що зазвичай придбаються однією і тією ж групою покупців для однакового кінцевого застосування. Товари вважаються взаємодоповнюючими, якщо поєднане споживання цих товарів має додаткові переваги для покупців.

Конгломератні концентрації можуть посилювати негативний вплив на конкуренцію горизонтальних та вертикальних концентрацій у випадках, коли учасники відповідних концентрацій діють на багатьох ринках, у тому числі, на ринках пов'язаних між собою товарів.

Некоординуючі наслідки

4.2.2. З метою оцінки ймовірності настання негативних наслідків для конкуренції в результаті здійснення конгломератної концентрації досліджується наступне:

- 1) чи буде здатний утворений суб'єкт господарювання обмежувати доступ своїм конкурентам;
- 2) чи матиме утворений суб'єкт господарювання мотивацію так діяти;
- 3) чи матиме стратегія обмеження доступу наслідком значний негативний вплив на конкуренцію.

При цьому, мотивацію та наслідки недоцільно досліджувати, якщо встановлено відсутність здатності обмежувати доступ, а наслідки недоцільно досліджувати, якщо встановлено відсутність мотивації.

Здатність обмежувати доступ

4.2.3. Обмеження доступу конкурентам на певний ринок внаслідок конгломератної концентрації передбачає наявність щонайменш двох обставин:

монопольне (домінуюче) становище одного з учасників концентрації на одному із задіяних ринків;

організація продажу товарів у такий спосіб, який поєднував би товари з різних ринків. Це може бути здійснено через пов'язування або постачання у комплекті.

4.2.4. «Пов'язування» означає спосіб продажу товарів, коли покупці, які купують один товар (пов'язуючий товар), мають також купувати інший товар у іншого виробника (пов'язаний товар). Пов'язування може мати місце на технічній та договірній основі. Технічне пов'язування виникає, коли пов'язуючий товар створений таким чином, що він може функціонувати лише з пов'язаним товаром (і не з альтернативними товарами, що пропонують конкуренти). Договірне пов'язування полягає в тому, що покупці, придбаваючи пов'язуючий товар, зобов'язані купувати тільки пов'язаний товар (а не його альтернативи, що їх пропонують конкуренти).

4.2.5. «Постачання у комплекті» може набувати форми простого або змішаного постачання у комплекті. У разі простого постачання у комплекті товари лише продаються разом у встановлених пропорціях. У разі змішаного постачання у комплекті товари також доступні для покупки окремо, але рівень ціни на окремих товар вище за ціну на комплект.

4.2.6. Особливі характеристики товарів можуть бути важливими для визначення, чи доступні утвореному суб'єкту господарювання будь-які з цих способів поєднувати продажі між окремими ринками. Наприклад, просте постачання у комплекті є дуже мало ймовірним, якщо товари не купуються одночасно або одними й тими ж покупцями.

4.2.7. Поряд із наявністю домінуючого становища учасників на одному із задіяних ринків негативний вплив на конкуренцію, спричинений постачанням у комплекті або пов'язуванням, може бути суттєвим, якщо хоча б один з товарів учасників концентрації розглядається багатьма покупцями як особливо важливий та якщо є мало альтернатив цього товару, наприклад, через диференційованість товарів або обмеженість потужностей конкурентів.

4.2.8. Можливість обмежувати доступ внаслідок конгломератної концентрації зменшується, якщо учасники концентрації не можуть зробити свою стратегію пов'язування та постачання у комплекті тривалою, наприклад, шляхом технічного пов'язування або комплектування, зміни яких тягнули б значні витрати.

4.2.9. Пов'язування або постачання у комплекті може стримувати потенційного конкурента від входження на ринок. Ефективність такої стратегії залежить, зокрема, від здатності потенційного конкурента входити на ринки обох товарів.

Мотивація обмежувати доступ

4.2.10. Виникнення мотивації до пов'язування товарів або постачання товарів у комплекті залежить від того, наскільки вигідні такі способи продажу. Якщо значна кількість покупців утримується від покупки комплекту, можуть виникати втрати доходів та прибутків. Якщо утворений суб'єкт господарювання зменшує ціну на комплект, щоб протидіяти такому перебігу подій, його доходи та прибутки також зменшаться. Чи переважатимуть витрати або ж додаткові прибутки внаслідок пов'язування товарів чи постачання у комплекті, залежить також від обсягів та прибутковості реалізації задіяних товарів. Мало ймовірно, щоб утворений суб'єкт господарювання мав мотивацію поступитися продажами на певному високоприбутковому ринку задля збільшення ринкових часток на іншому ринку, де товарообіг відносно малий і прибутковість невелика.

4.2.11. Мотивація до постачання товарів у комплекті може також з'явитися в результаті мережевих ефектів або ефектів масштабу на ринку товару, що продається у комплекті.

Ймовірний загальний вплив конгломератних концентрацій на конкуренцію

4.2.12. Постачання у комплекті або пов'язування може привести до значного зменшення можливостей продажу для конкурентів, що спроможні продавати лише один товар. Якщо таке зменшення достатньо значне, це може призвести до зменшення здатності або мотивації конкурентів конкурувати, що, у свою чергу, може дозволити утвореному суб'єкту господарювання набути ринкову владу на ринку пов'язаних товарів/товарів, що постачаються у комплекті, або/та утримувати таку владу на ринку пов'язуючих або залучених до постачання у комплекті товарів.

4.2.13. Конгломератна концентрація може мати значний негативний вплив на конкуренцію тільки якщо обмеження доступу, спричинене такою концентрацією, вплинуло на значну частину обсягу товарів, що обертаються на ринку.

4.2.14. Малоімовірно, щоб конкуренція послаблювалася в результаті конгломератної концентрації, якщо:

на будь-якому з ринків залишаються суб'єкти господарювання, що постачають лише один товар і є ефективними конкурентами, або ж залишається хоч і незначна кількість таких конкурентів, але вони мають здатність та мотивацію розширити обсяги виробництва;

конкуренти чи новий учасник ринку здатні забезпечити конкуруюче постачання у комплекті і, таким чином, спроможні обмежувати поведінку утвореного суб'єкта господарювання.

4.2.15. Вплив на конкуренцію слід оцінювати з урахуванням врівноважуючих чинників, таких як наявність врівноважуючої влади покупця або ймовірності, що новий учасник ринку буде підтримувати ефективну конкуренцію на верхньому чи нижньому суміжному ринку, а також захисту від банкрутства (див. Рекомендаційні роз'яснення, затверджені рішенням Комітету від 27 грудня 2016 року № 49-pp).

[Комітет АПУ з конкуренційного права: Як зазначалося вище, у якості урівноважуючих чинників також слід враховувати підвищення ефективності у результаті концентрації.]

Координуючі ефекти

4.2.16. Координуючі ефекти конгломератних концентрацій, як правило, не призводять і не можуть призвести до суттєвого обмеження конкуренції.

Разом із тим, вони можуть посилювати негативний вплив на конкуренцію некоординуючих ефектів, отже, мають братися до уваги за наявності останніх і разом з останніми.

4.2.17. Одним із способів, у який конгломератна концентрація може вплинути на ймовірність настання координації на певному ринку, є зменшення кількості ефективних конкурентів настільки, що мовчазна координація стає можливою. Крім того, навіть коли конкуренти залишаються на ринку, вони можуть опинитись у більш уразливому становищі. В результаті цього, такі конкуренти можуть мати мотивацію координувати свою конкурентну поведінку і вдаватися до скоординованого підвищення ціни.

4.2.18. Конгломератна концентрація може збільшити обсяг і значущість одночасної конкуренції на різних ринках. Наявність одночасних конкурентних відносин на декількох ринках може збільшити можливості та ефективність стримуючих механізмів, спрямованих на забезпечення дотримання умов координації.