

Суд Евразийского экономического союза

ПЯТЬ ЛЕТ ДОГОВОРУ О ЕВРАЗИЙСКОМ ЭКОНОМИЧЕСКОМ СОЮЗЕ: РОЛЬ СУДА

*Международная конференция
(19–20 сентября 2019 года, г. Минск)*

СБОРНИК МАТЕРИАЛОВ

Минск
«Медисонт»
2020

УДК 341.645.5(476+574+470)(082)
ББК 67.71я43с89
П99

Редакционная коллегия:

Н. Н. Кулеиш, руководитель Секретариата Суда ЕАЭС;
А. С. Бугаева, канд. юр. наук, советник экспертно-аналитического отдела Секретариата Суда ЕАЭС;
Е. С. Орлова, советник экспертно-аналитического отдела Секретариата Суда ЕАЭС;
Е. Е. Рафалюк, канд. юр. наук, советник экспертно-аналитического отдела Секретариата Суда ЕАЭС;
Э. Э. Садыков, канд. юр. наук, советник экспертно-аналитического отдела Секретариата Суда ЕАЭС;
А. А. Туреханов, советник экспертно-аналитического отдела Секретариата Суда ЕАЭС;
М. С. Шмелев, советник экспертно-аналитического отдела Секретариата Суда ЕАЭС

П99 **Пять** лет Договору о Евразийском экономическом союзе: роль Суда : Междунар. конф. (19–20 сентября 2019 г., г. Минск) : сб. материалов / Суд Евразийского экономического союза ; редкол.: А. С. Бугаева [и др.]. — Минск : Медисонт, 2020. — 476 с.

ISBN 978-985-7228-84-3.

Издание представляет собой сборник статей и выступлений на конференции Суда Евразийского экономического союза, посвященной пятилетию Договора о Евразийском экономическом союзе.

В рамках конференции обсуждались актуальные вопросы правовой системы Евразийского экономического союза: проблемы отраслевых положений Договора о Евразийском экономическом союзе, касающиеся единого внутреннего рынка, общих правил и принципов конкуренции, таможенного регулирования, а также вопросы совершенствования институциональной системы Союза.

Адресовано юристам, ученым и практикам, государственным служащим, преподавателям, студентам и аспирантам юридических вузов, а также всем тем, кто интересуется вопросами правового регулирования интеграционных процессов.

УДК 341.645.5(476+574+470)(082)
ББК 67.71я43с89

ISBN 978-985-7228-84-3

© Суд Евразийского экономического союза, 2019
© Оформление. ООО «Медисонт», 2020

Отдельные аспекты применения запрета на злоупотребление доминирующим положением в ЕС и ЕАЭС⁵⁰

В. Ю. Слепак,

*заместитель заведующего кафедрой интеграционного и европейского права
Московского государственного юридического университета
им. О. Е. Кутафина (МГЮА), к. ю. н., доцент*

Принцип свободной конкуренции, закрепленный в ст. 119 и 120 Договора о функционировании Европейского союза (далее — ДФЕС), является одним из основных элементов внутреннего рынка⁵¹. Параграф 3 ст. 3 ДФЕС предусматривает, что Союз учреждает внутренний рынок. Протокол 27 к Лиссабонскому договору гласит, что внутренний рынок, указанный в параграфе 3 ст. 3 ДФЕС, включает систему, позволяющую обеспечить защиту от искажений конкуренции⁵². Эта защита от искажений конкуренции основывается на обеспечении равных возможностей для всех участников рынка⁵³.

⁵⁰ При поддержке Программы Европейского Союза Эразмус + Модуль Жана Монне 587634-EPP-1-2017-1-RUEPPJM0-MODULE.

⁵¹ Jones, A. EU Competition Law: Text, Cases, and Materials / A. Jones, B. Sufrin // Sixth edition, 2016, OUP Oxford. — P. 34; Frenz, W. Handbook of EU Competition Law / W. Frenz. — 2016, Springer. — P. 3; Cruz, J. B. Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community / J. B. Cruz. — 2002, Oxford — Portland Oregon. — P. 65; Braun, W. David, European Competition Law: A Practitioner's Guide / W. Braun. — 2005, Kluwer, The Hague. — P. 6.

⁵² Case C-52/09 Konkurrenteriket v TeliaSonera Sverige AB [2011] ECR I-00527, para. 20.

⁵³ Case C18/88 GB-Inno-BM [1991] ECR I5941, para. 25; Case C462/99 Connect Austria [2003] ECR I5197, para. 83; Joined Cases C327/03 and C328/03 ISIS Multimedia Net and Firma O2 [2005] ECR I8877, para. 39; Case C49/07 Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (МОТОНЕ) v Elliniko Dimosio [2008] ECR I4863, para. 51; Case C-280/08 P Deutsche Telekom AG v European Commission [2010] ECR I-09555, para. 230.

В части регулирования конкуренции основными статьями учредительных договоров выступают ст. 101 и 102 ДФЕС. Статья 101 ДФЕС запрещает любые соглашения между предприятиями, любые решения объединений предприятий и любые виды согласованной практики, которые способны затрагивать торговлю между государствами-членами и имеют целью или результатом создание препятствий для конкуренции в рамках внутреннего рынка. Статья 102 ДФЕС, в свою очередь, вводит запрет на злоупотребление со стороны одного или нескольких предприятий доминирующим положением на внутреннем рынке или на существенной части такового в той мере, в какой оно способно затрагивать торговлю между государствами-членами. Параграф 1 ст. 105 ДФЕС предоставляет Европейской комиссии полномочия по обеспечению применения принципов, установленных в ст. 101 и 102 ДФЕС.

Комиссия в рамках своих полномочий по надзору за применением принципов, установленных ст. 101 и 102, в своем Руководстве по приоритетам надзора (*Guidance on Enforcement Priorities*) подчеркивает, что занятие доминирующего положения предприятием само по себе не является противоправным и такое доминирующее предприятие вправе участвовать в экономической жизни исходя из такого положения⁵⁴. Суд Европейского союза (далее — Суд) последовательно указывает в своих решениях, что установления занятия предприятием доминирующего положения не является само по себе основанием для критики соответствующего предприятия⁵⁵ и не может лишить его прав на самостоятельное ведение своей экономической деятельности⁵⁶, на защиту собственных ком-

⁵⁴ European Commission 'Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings' [2009] OJ C45/7, para. 1.

⁵⁵ Case 322/81 *Niederlandsche Banden-Industrie-Michelin v Commission* [1983] ECR 3461, para. 57; *Joined Cases C395/96 P and C396/96 P Compagnie maritime belge transports and Others v Commission* [2000] ECR I1365, para. 37; Case C-52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB* [2011] ECR I-00527, para. 20.

⁵⁶ *Bronner*, para. 26.

мерческих интересов, предпринимая все разумные меры, которые оно сочтет необходимыми для достижения этой цели⁵⁷.

При этом соперничество между предприятиями является существенным двигателем экономической эффективности, в отсутствие которой доминирующее предприятие лишается достаточного количества стимулов для повышения эффективности своей деятельности и роста своих экономических показателей⁵⁸.

Как подчеркивается Комиссией, хотя и занятие предприятием доминирующего положения не является само по себе противоправным, на доминирующее предприятие возлагаются дополнительные обязанности не допустить, чтобы его поведение наносило ущерб реальной конкуренции на рынке⁵⁹. Суд ЕС регулярно указывает на то, что «злоупотребление» является объективной концепцией, относящейся к поведению доминирующего предприятия, которое влияет на структуру рынка, если в результате самого присутствия такого предприятия уровень конкуренции снижается, и которое посредством использования методов, отличных от регулирующих обычную конкуренцию на рынке товаров или услуг, ведет к затруднению поддержания нормальной конкуренции, еще существующей на рынке, или усилению такой конкуренции⁶⁰.

⁵⁷ Case 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207, para. 189; Case T-65/89 *BPB Industries and British Gypsum v Commission* [1993] ECR II-389, para. 69; *Joined Cases T-24/93 to T-26/93 and T-28/93 Compagnie maritime belge transports and Others v Commission* [1996] ECR II-1201, para. 107; Case T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969, para. 112; Case T-203/01 *Michelin v Commission* [2003] ECR II-04071, para. 55.

⁵⁸ European Commission 'Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings' [2009] OJ C45/7, para. 30.

⁵⁹ Case 322/81 *Michelin v Commission* [1983] ECR 3461, para. 57; Case T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969, para. 112; Case T-203/01 *Michelin v Commission* [2003] ECR II-04071, para. 55.

⁶⁰ Case 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 461, para. 91; Case 322/81 *Michelin v Commission* [1983] ECR 3461, para. 70; Case C-62/86 *AKZO v Commission* [1991] ECR I-3359, para. 69; Case T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969, para. 111; Case T-203/01 *Michelin v Commission* [2003] ECR II-04071, para. 54.

В настоящей работе мы остановимся на достаточно специфической форме злоупотреблений доминирующим положением: необоснованном отказе от заключения договора с покупателем (заказчиком).

В деле *Commercial Solvents* Суд впервые постановил, что предприятие, занимающее доминирующее положение на рынке сырья и которое с целью резервирования такого сырья для производства собственных производных продуктов из такого сырья отказывается поставлять сырье покупателю, который сам является производителем таких производных продуктов, и тем самым рискует ограничить конкуренцию со стороны такого покупателя, злоупотребляет доминирующим положением в значении ст. 82 Договора, учреждающего Европейское сообщество (ныне ст. 102 ДФЕС)⁶¹. В деле *Télémarketing*⁶², касавшемся телекоммуникационного сектора, Суд сослался на *Commercial Solvents*, тем самым подтвердив, что аналогичные правила применяются к нематериальному имуществу.

В соответствии с параграфом 1 ст. 17 Хартии Европейского союза об основных правах⁶³ каждое лицо вправе иметь в своей собственности имущество, приобретенное на законных основаниях, пользоваться, распоряжаться им и завещать его. Следовательно, как указывает Комиссия, любое предприятие, включая занимающее доминирующее положение, свободно в выборе торговых партнеров и вправе свободно распоряжаться своей собственностью⁶⁴. Как было установлено в деле *Magill*⁶⁵ и подтверждено в ряде других

⁶¹ Joined Cases 6/73 and 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities [1974] ECR 00223, para. 25.

⁶² Case 311/84 Centre Belge d'études de marché — Télémarketing (CBEM) v SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) and Information publicité Benelux (IPB) [1985] ECR 3261, para. 26.

⁶³ Charter of Fundamental Rights of the European Union (2007/C 303/01) // Official Journal of the European Union, C 303, 14 December 2007.

⁶⁴ European Commission 'Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings' [2009] OJ C45/7, [75].

⁶⁵ Joined cases C-241/91 P and C-242/91 P Radio Telefís Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission of the European Communities [1995]

решений⁶⁶, отказ доминирующего предприятия от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) сам по себе не является злоупотреблением доминирующим положением. Любое вмешательство, влекущее за собой обязательство заключить контракт, требует тщательного рассмотрения⁶⁷ и может применяться в исключительных обстоятельствах⁶⁸. Соответственно, для того чтобы установить злоупотребление доминирующим положением по этому основанию требуется тщательное изучение фактических экономических обстоятельств⁶⁹.

Условия, при которых отказ доминирующего предприятия от предоставления доступа к своему имуществу может рассматриваться как злоупотребление, разъяснены Судом в деле *Bronner*⁷⁰. Такими условиями являются: 1) отказ должен с высокой долей вероятности ограничивать конкуренцию на рынке со стороны лица, запрашивающего заключение договора; 2) отказ невозможно объективно оправдать; 3) запрашиваемый ресурс сам по себе должен быть жизненно важным для обеспечения хозяйственной деятельности; 4) должны отсутствовать действительные или потенциальные заменители соответствующего ресурса.

ECR I-743, para. 49, 50.

⁶⁶ Case 238/87 *AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd.* [1988] ECR 6211, para. 7 and 8; Case C-418/01 *IMS Health & Co OHG v NDC Health GmbH & Co KG* [2004] ECR I-5039, para. 38; AG Jacobs Opinion in Case 53/03 *Synetairismos Farmakopoiou Aitolias & Akarnanias (Syfait) and Others v GlaxoSmithKline A EVE* [2005] ECR I-4609, para. 53.

⁶⁷ Joined cases C-241/91 P and C-242/91 P *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission of the European Communities* [1995] ECR I-743, para. 50; Case C-418/01 *IMS Health & Co OHG v NDC Health GmbH & Co KG* [2004] ECR I-5039, para. 35; Case T-201/04 *Microsoft Corp v EC Commission* [2007] ECR II-3601, para. 319, 330, 331, 332 and 336; European Commission 'Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings' [2009] OJ C45/7, [75].

⁶⁸ Magill, para. 50; *Bronner*, para. 26; *Volvo*, para. 7, 8; Case T-198/98 *Micro Leader v Commission*, [1999] ECR II-03989, para. 56.

⁶⁹ AG Jacobs Opinion in Case 53/03 *Synetairismos Farmakopoiou Aitolias & Akarnanias (Syfait) and Others v GlaxoSmithKline A EVE* [2005] ECR I-4609, para. 53.

⁷⁰ Case C-7/97: *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG* [1998] ECR I-7791, para. 41.

Прежде чем оценивать добросовестность действий доминирующего предприятия, необходимо определить соответствующий рынок⁷¹. Так как определение соответствующего рынка является необходимой предпосылкой для констатации антиконкурентного поведения доминирующего предприятия, отсутствие такого рынка на момент получения оферты делает сам факт злоупотребления при отказе невозможным.

Тем не менее, как было установлено Судом⁷² и Комиссией⁷³, для того чтобы квалифицировать отказ от заключения договора как злоупотребление, не требуется, чтобы продукт когда-либо обращался на рынке, достаточно лишь того, что существует реальный и действительный спрос от потенциальных продавцов и что потенциальный рынок (или даже гипотетический) может быть определен. Как указал Суд в *IMS Health*, такое будет иметь место, если предприятие стремится получить определенный продукт или услугу, которые являются жизненно важными для конкретной хозяйственной деятельности⁷⁴. Более того, в соответствии с практикой Суда⁷⁵ и Комиссии⁷⁶ при некоторых обстоятельствах доминирующее предприятие обязано открыть доступ к своим ресурсам

⁷¹ Joined Cases T-68/69, T-77/89 and T-78/89 *Società Italiana Vetro SpA and Others v Commission* [1992] ECR II-01403, para. 159; T-69/99 *Adriatica di Navigazione SpA v Commission* [2003] ECR II-05349, para. 27.

⁷² Case C-418/01 *IMS Health & Co OHG v NDC Health GmbH & Co KG* [2004] ECR I-5039, para. 44; also see AG Tizzano Opinion in Case C-418/01 *IMS Health* [2003] ECLI:EU:C:2003:537, para. 57.

⁷³ European Commission 'Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings' [2009] OJ C45/7, para. 79, 84.

⁷⁴ Case C-418/01 *IMS Health & Co OHG v NDC Health GmbH & Co KG* [2004] ECR I-5039, para. 44.

⁷⁵ See generally Case 238/87 *AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd* [1988] E.C.R. 6211; Case 53/87 *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli and Another v Renault* [1988] E.C.R. 6039; Magill; Case T-504/93 *Tierce Ladbroke SA v Commission* [1997] E.C.R. II-923; Bronner; *IMS Health*; and *Microsoft*.

⁷⁶ *Port of Rødby* [1994] O.J. L55/52; *ACI Channel Tunnel* [1994] O.J. L224/28; *European Night Services* [1994] O.J. L259/20; *Eurotunnel* [1994] O.J. L354/66; *Ijsselcentrale* [1991] O.J. L28/32; *British Midland/Aer Lingus* [1992] O.J. L96/34; and *London European/Sabena* [1988] O.J. L317/47.

новому участнику рынка⁷⁷. В доктрине высказывается справедливое замечание о том, что любые различия между обязанностями доминирующей компании в отношении новых и уже существующих покупателей необоснованны, так как на всех этих покупателях распространяется требование о том, что запрашиваемый ресурс должен быть существенным⁷⁸.

Следующим шагом при применении теста *Bronner* станет установление факта того, что эксклюзивное использование продукта для целей контроля всех игроков рынка соответствует критерию ограничения конкуренции со стороны участника рынка, запрашивающего заключение договора. Как указывается в деле *Microsoft*, сам риск ограничения конкуренции является достаточным для возбуждения дела по ст. 102 ДФЕС, так как ожидание неизбежного ограничения числа участников рынка прямо противоречит целям данной нормы, призванной поддерживать конкуренцию на общем рынке и, в частности, гарантировать конкуренцию, которая еще существует на соответствующем рынке⁷⁹.

В то же время, как справедливо отметил Генеральный адвокат Якобс в Заключении по делу *Syfait*, существует узкий круг обстоятельств, при которых доминирующее предприятие впервые обязано открыть доступ к своим ресурсам или интеллектуальным правам, и для этого необходимо продемонстрировать исключительный ущерб конкуренции⁸⁰. В соответствии с позицией Суда ЕС по делу *United Brands* доминирующее предприятие не обязано исполнять указания, выходящие за пределы обычной хозяйственной де-

⁷⁷ AG Jacobs Opinion in Case C-53/03 SYFAIT v. Glaxosmithkline, para. 66.

⁷⁸ Ritter, Cyril, «Refusal to Deal and Essential Facilities: Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?» [2005] World Competition: Law and Economics Review, Vol. 28, No. 3, at P. 3, citing G.B. Abbamonte and V. Rabassa, «Foreclosure and Vertical Mergers: The Commission's Review of Vertical Effects in the Last Wave of Media and Internet Mergers: AOL/Time Warner, Vivendi/Seagram, MCI Worldcom/Sprint» [2001] ECLR 214, at 215; and R. Subiotta and R. O'Donoghue, «Defining the Scope of the Duty of Dominant Firms to Deal with Existing Customers under Article 82 EC» [2003] ECLR, 683, at 686.

⁷⁹ Microsoft, para. 561.

⁸⁰ AG Jacobs Opinion in Case 53/03 Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) and Others v GlaxoSmithKline A EVE [2005] ECR I-4609, para. 66.

тельности. Если позволить получать доступ к ресурсам компании слишком легко, то это затормозит деятельность как конкурента, получающего доступ, так и доминирующего предприятия, открывающего такой доступ, по инвестированию в соответствующие ресурсы; сам по себе факт, что удержание ресурса для своих собственных нужд доминирующим предприятием сохраняет преимущества доминирующего предприятия над остальными участниками рынка, не может оправдать требования о предоставлении доступа к ресурсу⁸¹.

В соответствии со ст. 12 ДФЕС потребности защиты потребителей принимаются во внимание при определении и осуществлении других направлений политики и деятельности Союза. Благополучие потребителей является одним из приоритетов политики ЕС в сфере конкуренции, на что неоднократно обращали внимание Комиссия⁸², Европейский парламент⁸³ и Суд⁸⁴. Согласно заключению Генерального адвоката Якобса по делу *Bronner* основной целью ст. 102 ДФЕС является предотвращение искажений конкуренции с тем, чтобы скорее защитить интересы потребителей, чем защитить конкурентов⁸⁵.

⁸¹ Opinion of AG Jacobs in *Bronner*, para. 57.

⁸² First Annual Report on Competition Policy [1971] P. 11-12; Twentieth Annual Report on Competition Policy [1990] P. 11; European Commission 'Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings' [2009] OJ C45/7, para. 1, 5; Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU [2011] OJ C 308, 20.10.2011, p. 6-32, para. 13.

⁸³ European Parliament resolution of 20 January 2011 on the Report on Competition Policy 2009 (2010/2137(INI)) OJ C 136E, 11.5.2012, p. 60-70, para. 12, 14, 19, 57.

⁸⁴ Case 6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can Co. Inc. v Commission* [1973] ECR 215, para. 26; Joined Cases T-213/01 and T-214/01 *Österreichische Postsparkasse AG and Bank für Arbeit und Wirtschaft AG v EC Commission* [2006] ECR II-1601, para. 103, 115; Case T-168/01 *GlaxoSmithKline v Commission* [2006] ECR II-2969, para. 118.

⁸⁵ Opinion of Advocate General Jacobs in Case C-7/97: *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG* [1998] ECR I-7791, delivered on 28 May 1998, ECLI:EU:C:1998:264, para. 57.

В соответствии с практикой Суда⁸⁶ и Комиссии⁸⁷ поведение доминирующего предприятия может быть оправдано существенными выгодами, которые оно приносит, что уравнивает любой антиконкурентный результат и, в конечном счете, ведет к выгодам для потребителей. Для того чтобы оправдать поведение доминирующего предприятия по сохранению ресурса существенными выгодами, которые оно приносит, необходимо доказать следующее: такие выгоды (например, технические улучшения в качестве товаров или услуг) должны быть результатом такого поведения, само такое поведение абсолютно необходимо для получения рассматриваемых выгод, и отсутствуют менее «антиконкурентные» альтернативы соответствующему поведению, которые позволили бы достичь аналогичного результата; при этом сами выгоды нивелируют любые негативные воздействия на конкуренцию и благополучие потребителей на рынке, который затронут таким поведением, а само поведение не ограничивает эффективную конкуренцию⁸⁸.

Само ограничительное поведение доминирующего предприятия может принимать формы создания барьеров для входа на рынок конкурентов путем преимуществ, которыми пользуется исключительно доминирующее предприятие, таких как привилегированный доступ к значимым технологиям, или даже существенными инвестициями, которые должен произвести конку-

⁸⁶ Case C-209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrenceradet* EU:C:2012:172, para. 41; Case C-95/04P *British Airways v EC Commission* [1978] ECR 207, para. 86; Case C-52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB* [2011] ECR I-527, para. 76; European Commission 'Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings' [2009] OJ C45/7, para. 28; Akman, P., *The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment under EU Competition Law*. July 19, 2016. — P. 31.

⁸⁷ European Commission 'Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings' [2009] OJ C45/7, para. 28.

⁸⁸ Case C-209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrenceradet* EU:C:2012:172, para. 42; European Commission 'Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings' [2009] OJ C45/7, para. 30.

рент⁸⁹. Как указывает Европейский парламент, политика в сфере конкуренции должна способствовать продвижению и претворению в жизнь открытых стандартов и технологической открытости в целях предотвращения технологической блокировки потребителей и клиентов меньшинством игроков на рынке⁹⁰.

Следующим элементом, подлежащим доказыванию в соответствии с тестом *Bronner*, будет установление того, что отсутствуют действительные или потенциальные заменители необходимого товара или услуги⁹¹. При ссылках на наличие потенциальных заменителей необходимо учитывать следующие ограничения: предсказуемость (временные ограничения) и техническая, юридическая и экономическая реализуемость (фактические ограничения). Таким образом, потенциальный заменитель должен быть реалистичным⁹². При оценке наличия таких заменителей необходимо установить, является ли экономически целесообразным создать альтернативный ресурс (то есть воспроизвести ресурс)⁹³ и существуют ли какие-либо технические, юридические или экономические препятствия, которые сделают такое воспроизведение ресурса невозможным или как минимум необоснованно затруднительным⁹⁴. Такими препятствиями могут быть, например, чрезмерно высокие затраты или чрезмерно долгий срок, необходимый для

⁸⁹ European Commission 'Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings' [2009] OJ C45/7, para. 17.

⁹⁰ Report on competition policy 2009. European Parliament resolution of 20 January 2011 on the Report on Competition Policy 2009 (2010/2137(INI)) OJ C 136E, 11.5.2012, p. 60–70, para. 19

⁹¹ Magill, para. 52, 53; Bronner, para. 41, 44, 45; Case T-504/93 Tiercé Ladbroke v Commission [1997] ECR II-923, para. 131; Microsoft, para. 421; Joined cases T-374-375, 384 and 388/94 European Night Services v EC Commission [1998] ECR II-3141, para. 208; European Commission 'Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings' [2009] OJ C45/7, para. 83.

⁹² Bronner, para. 45.

⁹³ Petit, N. Theories of Self-Preferencing under Article 102 TFEU: A Reply to Bo Vesterdorf, 2005 [Electronic resource] / N. Petit. — Mode of access: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2592253>.

⁹⁴ Bronner, para. 44.

воспроизведения ресурса⁹⁵. Согласно позиции Комиссии необходимо выяснить, имеется ли у конкурента возможность эффективно воспроизвести ресурс, производимый доминирующим предприятием в обозримом будущем. Ресурс будет считаться невозпроизводимым, если его воспроизводство касается естественных монополий в силу того, что себестоимость продукции прямо обусловлена масштабами производства, если имеет место сильный сетевой эффект или когда оно касается так называемого безальтернативного источника информации⁹⁶.

Как уже упоминалось, тест на незаменимость одинаков как для новых, так и для существующих участников рынка⁹⁷. Например, в деле *Bronner* Суд постановил, что услуга должна быть незаменимой для продолжения ведения бизнеса. В дальнейшем в деле *Microsoft*⁹⁸ Суд указал, что для признания ресурса незаменимым необходимо, чтобы без ресурса, в доступе к которому отказано, ни один конкурент не мог бы выйти на потребительский рынок или продолжать на нем деятельность. Данный подход был поддержан Комиссией в ее последующей практике⁹⁹. Таким образом, чтобы требование о незаменимости было соблюдено, необходимо установить, что запрашиваемые товар или услуга являются существенным ресурсом, то есть такие товар или услуга объективно необходимы для возможности конкурировать на потребительском рынке¹⁰⁰.

⁹⁵ Joined cases T-374-375, 384 and 388/94 *European Night Services v EC Commission* [1998] ECR II-3141, para. 209.

⁹⁶ European Commission 'Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings' [2009] OJ C45/7, footnote 3 to para. 83.

⁹⁷ *Commercial Solvents*, para. 25; *Télémarketing*, para. 26; *Magill*, para. 53; also see generally *United Brands*, and *Microsoft*.

⁹⁸ Case T-201/04 *Microsoft Corp v EC Commission* [2007] ECR II-3601, para. 428, 560–563.

⁹⁹ European Commission 'Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings' [2009] OJ C45/7, para. 83.

¹⁰⁰ European Commission 'Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings' [2009] OJ C45/7, Para. 82.

В отношении интеллектуальных прав Суд ЕС в делах *Magill* и *IMS Health* указал, что для признания отказа доминирующего предприятия, обладающего соответствующими результатами интеллектуальной деятельности, незаменимыми для ведения деятельности на рынке, от предоставления доступа к ресурсам или услугам злоупотреблением необходимо выполнение всех следующих условий: отказ препятствует возникновению нового продукта, на который существует потенциальный потребительский спрос, что такой отказ неоправдан и исключает любую конкуренцию на вторичном рынке.

В деле *IMS Health* Суд разъяснил, что критерий «нового продукта» подразумевает условие, согласно которому предприятие, запрашивающее лицензию, не должно быть нацелено лишь на воспроизведение товаров или услуг, уже предлагаемых на вторичном рынке владельцами прав на интеллектуальную собственность, но должно стремиться к производству новых товаров или услуг, не предлагаемым владельцами соответствующих интеллектуальных прав и в отношении которых существует потенциальный потребительский спрос¹⁰¹. Продукт признается новым, если он отличается параметрами, способами использования, безопасностью, функциональностью и предлагает расширенные функциональные возможности или дополнительные опции, которые ценятся потребителями более, чем те, которыми обладает предлагаемый доминирующим предприятием продукт¹⁰². При этом достаточно лишь потенциального потребительского спроса¹⁰³. Тем не менее необходимо разграничивать отказ позволить разработку нового продукта от отказа позволить копирование¹⁰⁴.

Необходимо учитывать, что рассмотренные выше подходы базируются на требовании ст. 102 ДФЕС, запрещающем действия, направленные на ограничение производства, сбыта или техниче-

¹⁰¹IMS Health, para. 49.

¹⁰²Microsoft, para. 639–642.

¹⁰³Microsoft, para. 638.

¹⁰⁴Microsoft, para. 632.

ского развития в ущерб потребителям¹⁰⁵. Обстоятельства, связанные с возникновением нового продукта, соответственно, должны оцениваться в контексте ущерба интересам потребителей¹⁰⁶. Этот подход в полной мере разделяет и Комиссия, указывая в числе основных целей реализации политики конкуренции содействие всех представителей промышленности инновациям, обеспечивающим европейским потребителям максимально возможный широкий выбор инновационных продуктов¹⁰⁷.

В Евразийском экономическом союзе отсутствует столь подробно разработанная практика в отношении отказа от сделки как вида злоупотребления доминирующим положением.

Сам отказ от сделки как разновидность злоупотребления доминирующим положением закреплен в п. 5 ч. 1 ст. 76 Договора о Евразийском экономическом союзе, согласно которому запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта (субъекта рынка), результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц, в том числе экономически или технологически не обоснованные отказ либо уклонение от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) в случае наличия возможности производства или поставок соответствующего товара с учетом особенностей, предусмотренных настоящим Договором и (или) другими международными договорами государств-членов.

Судебной практики применения данного пункта нет. Вторичное право также на настоящий момент не уделяет достаточного внимания рассматриваемым положениям. Фактически единственная отсылка к данной норме присутствует в Решении Высшего Евразийского экономического совета от 19 декабря 2012 г. № 29 «Об утверждении Критериев отнесения рынка к трансграничному».

¹⁰⁵Microsoft, para. 632, 643.

¹⁰⁶Microsoft, para. 646.

¹⁰⁷Report on Competition Policy 2015. Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Brussels, 15.6.2016 COM (2016). — P. 5.

В соответствии с п. 5 указанного решения злоупотребление доминирующим положением может быть констатировано Евразийской экономической комиссией, если, в частности, реализуемый или приобретаемый хозяйствующими субъектами товар не может быть заменен другим товаром при потреблении (в том числе при потреблении в производственных целях), рост цены товара не обуславливает соответствующее такому росту снижение спроса на этот товар, информация о цене, об условиях реализации или приобретения этого товара на соответствующем товарном рынке доступна неопределенному кругу лиц.

Как мы видим, критерии, использованные в Решении № 29, весьма близки к тем, которые были установлены судебной и административной практикой ЕС. С учетом того, что Суд ЕАЭС при рассмотрении дел уделяет весьма пристальное внимание практике Европейского союза¹⁰⁸, есть основания полагать, что правоприменительная практика в отношении п. 5 ч. 1 ст. 76 в ЕАЭС пойдет по пути, сходному со сложившимся в Европейском союзе.

¹⁰⁸См., например, п. 7 Консультативного заключения Суда Евразийского экономического союза от 30 октября 2017 г.