



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

РЕКОМЕНДАЦІЙНІ РОЗ'ЯСНЕННЯ

27 грудня 2016

Київ

№ 49-рр

Про надання Рекомендаційних роз'яснень щодо порядку застосування частини першої статті 25 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (щодо оцінки горизонтальних концентрацій)

Відповідно до пункту 13 частини третьої статті 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» та на виконання пункту 130 Плану заходів з імплементації розділу IV «Торгівля і питання, пов'язані з торгівлею» Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, на 2016-2019 роки, затвердженого розпорядженням Кабінету Міністрів України від 18 лютого 2016 року № 217, Антимонопольний комітет України:

1. Надає Рекомендаційні роз'яснення щодо порядку застосування частини першої статті 25 Закону України «Про захист економічної конкуренції» (щодо оцінки горизонтальних концентрацій), що додаються.

2. Ці Рекомендаційні роз'яснення набирають чинності з моменту їх опублікування на офіційному веб-сайті Комітету.

3. Контроль за виконанням цих Рекомендаційних роз'яснень залишаю за собою.

Голова Комітету

Ю. ТЕРЕНТЬЄВ

**РЕКОМЕНДАЦІЙНІ РОЗ'ЯСНЕННЯ ЩОДО ПОРЯДКУ
ЗАСТОСУВАННЯ ЧАСТИНИ ПЕРШОЇ СТАТТІ 25 ЗАКОНУ УКРАЇНИ
«ПРО ЗАХИСТ ЕКОНОМІЧНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ» (ЩОДО ОЦІНКИ
ГОРИЗОНТАЛЬНИХ КОНЦЕНТРАЦІЙ)**

I. ЗАГАЛЬНА ЧАСТИНА

1. Ці Рекомендаційні роз'яснення надані Антимонопольним комітетом України (далі – Комітет) відповідно до Закону України «Про захист економічної конкуренції» (далі – Закон) з метою роз'яснення застосування норм Закону щодо критеріїв оцінки концентрацій суб'єктів господарювання у випадках, коли два чи більше учасники концентрації конкурують або можуть конкурувати між собою на одному ринку (горизонтальні концентрації).

2. Відповідно до частини першої статті 25 Закону Антимонопольний комітет України (далі – Комітет) чи адміністративна колегія Антимонопольного комітету України надають дозвіл на концентрацію суб'єктів господарювання у разі, якщо вона не призводить до монополізації чи суттєвого обмеження конкуренції на всьому ринку чи в значній його частині. Отже, Комітет забороняє концентрацію, яка призводить до хоча б одного з таких наслідків:

- монополізації або
- суттєвого обмеження конкуренції на всьому ринку чи в значній його частині.

Ці Рекомендаційні роз'яснення представляють аналітичний підхід, який використовує Комітет під час здійснення оцінки горизонтальних концентрацій та не може зазначити деталі всіх можливих застосувань цього підходу. Комітет використовує підхід, описаний в рекомендаційних роз'ясненнях, з урахуванням фактів і обставин кожного випадку.

II. ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТЬ

3. Терміни «економічна конкуренція (конкуренція)», «монополізація», «органи Комітету», «товар», «ринок товару (товарний ринок)», «суб'єкт господарювання», що використовуються в цих Рекомендаційних роз'ясненнях, вживаються у значеннях, наведених у статті 1 Закону.

Термін «монопольне (домінуюче) становище суб'єкта господарювання» вживається у значенні, наведеному у статті 12 Закону.

Термін «концентрація суб'єктів господарювання» вживається у значенні, наведеному в частинах другій – третій статті 22 Закону; термін «учасники концентрації» вживається у значенні, наведеному у статті 23 Закону.

Інші терміни вживаються в цих Рекомендаційних роз'ясненнях у таких значеннях:

- горизонтальна концентрація – концентрація, учасники якої конкурують або можуть конкурувати між собою на одному ринку;

- диференційовані товари – товари, споживання яких забезпечує задоволення однакових або пов'язаних між собою потреб, але які відрізняються за фізичними характеристиками, складом, способами використання, вподобаннями споживачів;

- досягнення монопольного (домінуючого) становища – набуття ознак монопольного (домінуючого) становища суб'єктом господарювання, який не мав таких ознак у минулому;

- індивідуальне монопольне (домінуюче) становище – відповідно до статті 12 Закону – монопольне (домінуюче) становище, яке займає лише один суб'єкт господарювання;

- колективне монопольне (домінуюче) становище – відповідно до статті 12 Закону – монопольне (домінуюче) становище, яке займають спільно декілька (два і більше) суб'єкти господарювання на ринку;

- конкурентні обмеження – обмеження можливості суб'єкта господарювання самостійно встановлювати умови обороту товарів на ринку, що виникають внаслідок діяльності інших учасників цього ринку – конкурентів;

- однорідні товари – товари з ідентичними характеристиками, які вважаються повністю взаємозамінними з точки зору споживачів;

- посилення монопольного (домінуючого) становища – посилення спроможності суб'єкта господарювання, який займає монопольне (домінуюче) положення на певному ринку, діяти незалежно від інших суб'єктів;

- потенційний конкурент – суб'єкт господарювання, який на момент здійснення концентрації не проводить господарської діяльності на відповідному ринку, але має можливість вступити на зазначений ринок;

- ринкова частка – це відсоткова частка обсягу реалізації у натуральному чи вартісному виразі продукції (товару, роботи, послуги) певного суб'єкта господарювання на відповідному товарному ринку у загальному обсязі реалізації цієї продукції на відповідному товарному ринку.

III. ОСНОВНІ СКЛАДОВІ

4. Для прийняття рішення про надання дозволу чи заборону концентрації суб'єктів господарювання Комітет порівнює умови конкуренції, які виникли б у результаті концентрації, з умовами, які б існували без концентрації. Для цього Комітет здійснює загальну оцінку передбачуваного впливу концентрації на конкуренцію, щоб встановити, чи призведе вона до монополізації (домінування) чи суттєвого обмеження конкуренції на всьому ринку або його значній частині. За деяких обставин можуть бути взяті до уваги також майбутні зміни на ринку, які можна з упевненістю передбачити.

5. Оцінка Комітетом концентрації зазвичай включає:

(а) визначення відповідних товарних та географічних меж ринків;

(б) оцінку впливу концентрації на конкуренцію.

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

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

(б) можливі антиконкурентні наслідки на задіяних товарних ринках;

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

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

(д) ризик банкрутства.

Слід підкреслити, що ці чинники не є «контрольним списком», що буде механічно застосовуватись до кожного випадку. Скоріш за все, конкурентний

аналіз в окремому випадку буде ґрунтуватись на загальній оцінці передбачуваного впливу злиття з огляду на відповідні фактори й умови. Не всі чинники будуть завжди доречними в кожному горизонтальному злитті, і може бути непотрібним аналіз усіх елементів кожного випадку.

7. У разі якщо концентрація призводить до монополізації ринку або суттєвого обмеження конкуренції, Комітет приймає рішення про її заборону.

За результатами оцінки чинників, зазначених у пункті 6 цих Рекомендаційних роз'яснень, Комітет може дійти висновків про те, що існує ймовірність настання негативних наслідків концентрації (наприклад, підвищення цін, зменшення обсягів виробництва та асортименту або погіршення якості товарів та послуг), яким одночасно протидіють позитивні для конкуренції наслідки.

Під час прийняття остаточного рішення Комітет враховує позитивні для конкуренції наслідки за умови, що:

- вони є неможливими без здійснення концентрації (безпосередньо залежать від концентрації);
- є вигідними та своєчасними для споживачів.

8. Комітет зазвичай розпочинає дослідження з оцінки обсягу відповідного ринку та встановлення ринкових часток учасників концентрації, а також загального рівня концентрації на задіяних товарних ринках. Однак у випадках розгляду концентрацій, які вже здійснилися, можуть бути наявні прямі докази антиконкурентних наслідків, тому у таких випадках немає необхідності аналізувати ринкові частки. Залежно від результатів дослідження виділяється три категорії випадків:

(1) Аналіз чинників груп (б) – (д), зазначених у пункті 6 цих Рекомендаційних роз'яснень, не здійснюється якщо органом Комітету прийнято рішення розглядати заяву на концентрацію за спрощеною процедурою відповідно до абзацу шостого частини першої статті 27 Закону.

(2) Комітет здійснює аналіз чинників, зазначених у пункті (б), і при потребі – чинників, зазначених у підпунктах (в) – (д),

якщо 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;

та у випадках якщо:

а) сукупна ринкова частка двох і більше учасників концентрації більше ніж 15 відсотків, але менше ніж 35 відсотків або

б) сукупна частка не більш як трьох суб'єктів господарювання, включаючи суб'єкт господарювання, що буде утворений у результаті концентрації, яким на одному ринку належать найбільші частки на ринку, перевищує 15 відсотків і не досягає 50 відсотків, або

в) сукупна частка не більш ніж п'яти суб'єктів господарювання, включаючи суб'єкт господарювання, що буде утворений у результаті концентрації, яким на одному ринку належать найбільші частки на ринку, більше ніж 15 відсотків та не перевищує 70 відсотків.

(3) Комітет завжди повинен здійснювати аналіз чинників, зазначених у пункті 6 (б), і при потребі – чинників, зазначених у підпунктах (в) – (д),

у випадках якщо:

а) сукупна частка двох і більше учасників концентрації перевищує 35 відсотків, або

б) сукупна частка не більш як трьох суб'єктів господарювання, включаючи суб'єкт господарювання, що буде утворений у результаті концентрації, яким на одному ринку належать найбільші частки на ринку, перевищує 50 відсотків, або

в) сукупна частка не більш ніж п'яти суб'єктів господарювання, включаючи суб'єкт господарювання, що буде утворений у результаті концентрації, яким на одному ринку належать найбільші частки на ринку, перевищує 70 відсотків.

9. У разі висновку, за результатами аналізу чинників, зазначених у підпунктах (а) та (б) пункту 6, про відсутність наслідків концентрації у вигляді монополізації або суттєвого обмеження конкуренції, Комітет надає дозвіл на таку концентрацію.

10. У разі висновку на підставі сукупного аналізу чинників, зазначених у підпунктах (а) і (б) пункту 6, про наявність наслідків у вигляді монополізації або суттєвого обмеження конкуренції внаслідок концентрації, Комітет проводить аналіз чинників, зазначених у підпунктах (в) – (д) пункту 6.

11. У разі висновку на підставі аналізу чинників, зазначених у підпунктах (а) - (д) пункту 6, про те, що концентрація призведе до монополізації або суттєвого обмеження конкуренції на всьому ринку або його значній частині:

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

б) 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 конкурентний аналіз, наведений у цих Рекомендаційних роз'ясненнях.

IV. РИНКОВІ ЧАСТКИ ТА РІВНІ КОНЦЕНТРАЦІЇ

12. Будь-який аналіз заявленої концентрації суб'єктів господарювання починається з розрахунку та оцінки ринкових часток учасників концентрації, їх конкурентів та загального рівня концентрації на ринку (ринкової структури).

IV.1. РОЗРАХУНОК ТА ОЦІНКА РИНКОВИХ ЧАСТОК

13. 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 майбутніх змін, наприклад, у випадку виходу з та входження на ринок суб'єктів господарювання або розширення обсягів господарської діяльності його учасників.

14. 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 набували чи втрачали ринкові частки суб'єкти господарювання.

15. Виходячи з норм статті 12 Закону Комітет робить висновок про наявність структурних передумов монопольного (домінуючого) становища у разі, якщо до та після концентрації:

- (а) сукупна частка учасників концентрації перевищує 35 відсотків, або
- (б) коли сукупна ринкова частка учасників концентрації дорівнює або менше ніж 35 відсотків, і конкуренти мають порівняно малі ринкові частки;
- (в) сукупна ринкова частка з двома іншими найбільшими учасниками ринку перевищує 50 відсотків;
- (г) сукупна частка з чотирма іншими найбільшими учасниками ринку перевищує 70 відсотків.

IV.2. ОЦІНКА РІВНІВ РИНКОВОЇ КОНЦЕНТРАЦІЇ

16. Комітет використовує індекс Герфіндаля-Гіршмана (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:

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

n – кількість суб'єктів господарювання;

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

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

Комітет розглядатиме ринок, в якому після злиття ННІ знаходиться нижче 1000 як «неконцентрований», між 1000 і 2000 як «помірно концентрований» і вище 2000 як «високо концентрований».

17. Якщо значення ННІ після здійснення концентрації становить менше 1000, робиться висновок, що суттєве обмеження конкуренції мало ймовірно.

18. Обмеження конкуренції мало ймовірно якщо на ринку після здійснення концентрації значення ННІ становитиме від 1000 до 2000 і різниця між ННІ до і

після концентрації буде менше 250, або якщо після концентрації значення ННІ буде більше 2000, а різниця між ННІ до і після концентрації - менше 150, за винятком особливих обставин, таких як, наприклад, наявність одного або більше чинників, наведених нижче:

(а) концентрація передбачає поглинання суб'єкта господарювання, який потенційно може вступити або нещодавно вступив на цей ринок;

(б) один або більше суб'єктів господарювання, які є учасниками концентрації, є важливими власниками новітніх технологій у такий спосіб, що це не відображається в їхні ринкових частках;

(в) серед учасників ринку існує значне перехресне володіння акціями (частками);

(г) один з учасників концентрації є суб'єктом господарювання, що реалізує незалежну від інших учасників ринку стратегію та ймовірно буде порушувати узгоджену поведінку;

(д) суб'єкти господарювання – учасники концентрації є найближчими конкурентами один одного на диференційованому ринку (уточнюється далі в розділі V.1.2 цих Рекомендаційних роз'яснень);

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

(ж) ринкова частка одного з учасників концентрації становить 35 відсотків і більше до здійснення концентрації.

19. Обчислення ННІ є лише однією частиною аналізу. У кожному конкретному випадку значення ННІ в поєднанні з відповідними дельтами можуть використовуватися для оцінки можливих негативних наслідків для конкуренції.

V. АНАЛІЗ МОЖЛИВИХ АНТИКОНКУРЕНТНИХ НАСЛІДКІВ КОНЦЕНТРАЦІЙ

20. Горизонтальні концентрації можуть мати такі антиконкурентні наслідки:

односторонні наслідки – це ефекти, які виникають без координації конкурентної поведінки. Односторонні ефекти можуть виникнути в результаті усунення існуючих або потенційних конкурентних обмежень стосовно одного чи більше суб'єктів господарювання;

координуючі наслідки – це зменшення конкуренції, що може виникнути лише в результаті мовчазної або явної координації. Наслідком концентрації може бути те, що у суб'єктів господарювання, які до концентрації не координували свою поведінку, ймовірність координування поведінки після концентрації значно збільшиться та внаслідок цього буде істотно обмежено конкуренцію. Крім того, концентрація може полегшити координацію, зробити її більш стабільною або більш ефективною для суб'єктів господарювання, які координували свою поведінку до концентрації.

V.1. ОДНОСТОРОННІ АНТИКОНКУРЕНТНІ НАСЛІДКИ

21. Концентрація може призводити до суттєвих антиконкурентних наслідків на ринку шляхом усунення важливих існуючих чи потенційних конкурентних обмежень стосовно одного чи більше суб'єктів господарювання. Зокрема, наслідком концентрації є зникнення конкуренції між суб'єктами господарювання, які є учасниками концентрації. Концентрація також може усунути або зменшити важливий конкурентний тиск на решту конкурентів і таким чином суттєво обмежити конкуренцію.

Нижче представлено огляд деяких чинників, які можуть спричинити суттєві односторонні наслідки у результаті концентрації. Представлений нижче огляд не є вичерпним переліком усіх таких чинників.

V.1.1. Обмеження потужностей

22. На ринках однорідних товарів суб'єкти господарювання можуть збільшувати прибутки шляхом підвищення цін і скорочення обсягів виробництва та/або реалізації. Скорочення виробництва може відбуватися, зокрема, за:

- (а) рахунок або залишення частини виробничих потужностей незадіяною;
- (б) утримання від будівництва нових потужностей, або
- (в) переорієнтації потужностей з одного ринку на інший.

23. Скорочення виробництва є більш імовірним у разі концентрації, коли один учасник концентрації має суттєву частку в реалізації відповідної продукції на ринку, а інший учасник володіє значними надлишковими виробничими потужностями для випуску такої продукції.

24. Імовірність настання анти-конкурентних наслідків при скороченні виробництва та підвищенні цін є тим більшою, чим меншими є можливості конкурентів розширити виробництво у відповідь. Настання таких

антиконкурентних наслідків є більш імовірним, якщо конкуренти потребуватимуть істотних витрат часу для розширення виробництва або таке розширення є практично нездійсненним у достатньому масштабі.

При оцінюванні здатності конкурентів до збільшення виробництва слід брати до уваги (а) наявність відповідних виробничих потужностей і (б) витрати, необхідні для набуття відповідних потужностей або введення в дію потужностей, що не використовуються.

V.1.2. Вплив на ринки диференційованої продукції

25. Деякі товари на ринку можуть бути більш близькими заміниками, ніж інші (диференційована продукція). При оцінюванні концентрації на такому ринку важливими чинниками, що мають братися до уваги, є уподобання споживачів та витрати, пов'язані зі зміною постачальника. Імовірність настання негативного впливу концентрації на конкуренцію є тим більшою, чим більш подібними є диференційовані продукти учасників концентрації з точки зору уподобань споживачів.

26. Чим більша кількість споживачів розглядає товари учасників концентрації як близькі заміники, тим більшою є ймовірність підвищення цін унаслідок відповідної концентрації. Наприклад, концентрація за участю двох суб'єктів господарювання, що пропонують товари, які значна кількість споживачів вважає своїм першим та другим вибором, може спричинити істотне підвищення ціни.

27. Концентрації близьких заміників можуть ймовірно мати антиконкурентні наслідки, якщо вподобання споживачів є стійкими. Уподобання споживачів можуть бути пов'язані з торговельними марками чи будь-якою стратегією забезпечення прихильності споживачів або зниження мотивації до заміни постачальника у відповідь на підвищення ціни.

28. За наявності даних, ступінь заміності може оцінюватись на підставі звітів про дослідження вподобань споживачів або закономірностей здійснення покупок, оцінки перехресно-цінових еластичних якостей відповідних товарів або коефіцієнтів переходу. На ринках, де застосовуються конкурентні процедури закупівель, існує можливість проаналізувати, чи було в минулому ціновим пропозиціям одного з учасників концентрації надано перевагу над пропозиціями іншого учасника.

29. Споживачі товарів учасників концентрації можуть не обирати інших постачальників через суттєві витрати, пов'язані зі зміною постачальника.

Витрати, пов'язані зі зміною постачальника, виникають, зокрема, якщо пошук і переговори з метою укладання контракту з новим постачальником потребують значного часу і значних зусиль. Витрати на навчання також можуть бути частиною витрат, пов'язаних зі зміною постачальника (наприклад, при встановленні нового програмного забезпечення або використанні устаткування іншого типу). Витрати, пов'язані зі зміною постачальника, також можуть бути результатом стратегії постачальника (наприклад, коли запроваджується плата за припинення дії контракту або коли споживачі прив'язані програмою лояльності).

30. Перехід до іншого постачальника також може бути ускладненим, якщо кількість альтернативних постачальників є обмеженою або якщо споживачі змушені застосовувати стратегію одночасного споживання з двох джерел, обидва з яких є учасниками концентрації. У таких ситуаціях спроможність споживачів змінювати постачальників (наприклад, у відповідь на підвищення ціни), може бути обмеженою ще до концентрації. Якщо концентрація ще більше скорочує можливості вибору постачальників, це може істотно перешкоджати спроможності споживачів захистити себе від негативних наслідків.

V.1.3. Вплив на здатність конкурентів конкурувати

31. У деяких випадках результатом концентрації може стати утворення суб'єкта господарювання, який має можливість і мотивацію обмежувати здатність конкурентів конкурувати. Обмеження може здійснюватися шляхом (а) збільшення витрат конкурентів, (б) перешкоджання їх здатності придбавати необхідні товари, або (в) підтримувати ефективний доступ до споживачів конкурентів.

Такі здатності та стимули можуть, зокрема, виникати, коли внаслідок концентрації відповідні учасники одержують контроль щодо постачання та дистрибуції товарів.

32. Також створювати бар'єри для входження нових та розширення існуючих конкурентів може наявність контролю відповідного суб'єкта господарювання над патентами або іншими видами прав інтелектуальної власності (наприклад, знаками для товарів і послуг), що мають суттєве значення для реалізації товарів на ринках.

V.2. КООРДИНУЮЧІ НАСЛІДКИ (ЕФЕКТИ)

33 Концентрація може суттєво обмежувати конкуренцію, якщо вона збільшує ймовірність того, що суб'єкти господарювання будуть здатні координувати свою поведінку, вдаючись до узгоджених дій у значенні статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції». Концентрації можуть суттєво обмежувати конкуренцію, якщо вони надають учасникам концентрації здатність і мотивацію до координації своєї (майбутньої) поведінки на ринку, або якщо вони сприяють наявній координації чи роблять її більш стійкою.

34. Координована взаємодія передбачає такий характер відносин між учасниками, за якого кожен з них може отримати прибуток лише за сприяння інших учасників.

Така координована взаємодія може набувати різних форм, зокрема: підтримання цін на рівні, вищому за конкурентний; обмеження виробництва або обсягу нових потужностей, що використовуються для нього. Суб'єкти господарювання можуть також координувати свою поведінку шляхом розподілу ринку, наприклад, за географічною ознакою або іншими характеристиками споживачів, або розподіляючи контракти на ринках, на яких застосовуються конкурентні процедури закупівлі.

35. Координована взаємодія між конкурентами може призводити до суттєвого обмеження конкуренції, коли:

конкуренти здатні достатньою мірою відстежувати ринкову поведінку один одного;

конкуренти здатні реагувати на неї (або повторювати поведінку, або вживати заходів щодо її покарання);

сукупна реакція є достатньою для здійснення впливу на загальні умови товарообігу ринку.

36. Отже, для оцінки узгоджених наслідків Комітет досліджує щонайменше два аспекти, а саме:

(1) чи буде можливим досягнення координації та

(2) чи існує ймовірність того, що координація буде стійкою.

37. Під час оцінки ймовірності узгоджених наслідків Комітет бере до уваги всю наявну належну інформацію про особливості задіяних ринків,

включаючи як структурні ознаки, так і поведінку суб'єктів господарювання в минулому.

Докази координації в минулому є важливими, якщо відповідні характеристики ринку не зазнали істотних змін або ймовірно не зміняться істотно чи найближчим часом.

38. Слід брати до уваги, що в кожному випадку індивідуальні чинники можуть мати різну вагу залежно від їх важливості на задіяному ринку. Враховуючи умови, що переважають на задіяних ринках, деякі чинники можуть практично не мати значення для одного ринку, але водночас бути вирішальними для оцінки іншого ринку.

V.2.1. Оцінка ймовірності досягнення умов координації

39. Виникнення координації є більш імовірним на ринках, де відносно легко досягти взаєморозуміння щодо умов координації

Чим менш складними та більш стабільними є характеристики ринків, тим простіше суб'єктам господарювання досягти взаєморозуміння щодо умов координації. Наприклад, простіше здійснювати координацію серед обмеженої кількості учасників, ніж серед багатьох. Також більш імовірною є координована взаємодія щодо ціни для одного однорідного продукту, ніж на ринку з багатьма диференційованими продуктами.

40. Стабільні ринкові умови зазвичай роблять ринки більш схильними до координації. Здійснювати координацію цін простіше тоді, коли попит і пропозиція є відносно сталими, ніж коли вони постійно змінюються.

З цієї самої причини також важливо, в якій фазі розвитку знаходиться ринок. У ранніх фазах розвитку ринків координація є менш імовірною, оскільки обсяги ринку динамічно зростають. Розвинені ринки, на яких (уже) не запроваджуються постійні інновації, є більш схильними до координації, ніж динамічні ринки, рушійною силою яких є інновації.

41. Істотна схожість суб'єктів господарювання, які координують свою поведінку, сприяє їх порозумінню щодо умов координації завдяки схожим інтересам і цілям. Ця схожість може особливо стосуватися структури витрат, ринкових часток, рівнів потужностей та рівнів вертикальної інтеграції.

42. Зв'язки між суб'єктами господарювання, які координують свою поведінку, також можуть сприяти досягненню кращої координації. Це стосується відносин у вигляді перехресного володіння акціями (частками);

участі в спільному підприємстві, стратегічному союзі; чи інших формах договірної співпраці.

43. Координація шляхом розподілу ринку буде простішою, якщо споживачі мають характеристики, що дозволяють суб'єктам господарювання, які координують свою поведінку, легко розподілити їх між собою. Такі характеристики можуть бути за (а) географічним розташуванням, (б) за типом споживача або (в) за наявністю споживачів, які зазвичай купують в одного конкретного суб'єкта господарювання. Координація шляхом розподілу ринку може бути відносно простою та очевидною, якщо існує можливість легко визначити постачальника кожного споживача, а механізмом координації є закріплення наявних споживачів за постачальниками, з якими вони вже працюють.

V.2.2. Аналіз передумов для сталості координованої взаємодії

44. Для того щоб координація була сталою, необхідними є три умови:

(1) суб'єкти господарювання, які координують свою поведінку, повинні бути здатними достатньою мірою відстежувати дотримання умов координації всіма учасниками;

(2) має бути певна форма надійного стримуючого механізму (питання дисципліни);

(3) реакція зовнішніх сторін (таких як існуючі або майбутні конкуренти, що не беруть участі в координації, а також споживачів, не повинна мати змогу ставити під загрозу результати, що очікуються від координації.

V.2.2.1. Аналіз можливостей здійснювати моніторинг за відхиленнями від умов координації

45. Ринки, на яких координована взаємодія є більш імовірною, мають бути достатньо прозорими, щоб дозволити суб'єктам господарювання, які координують свою поведінку, достатньою мірою відстежувати, чи відхиляються інші суб'єкти господарювання від умов координації.

Ключовим елементом оцінки рівня прозорості на ринку є визначення того, які висновки можуть зробити суб'єкти господарювання про дії інших суб'єктів господарювання на основі доступної інформації. Суб'єкти господарювання, які координують свою поведінку, повинні мати можливість інтерпретувати з певною мірою впевненості чи є непередбачувана поведінка результатом відхилення від умов координації.

Разом з цим, повна прозорість ринків не є обов'язковою. Достатнім є існування ризику виявлення можливого відхилення від погодженої поведінки.

46. Певному рівню прозорості сприяють, зокрема, такі характеристики ринку:

(1) Прозорість на ринку часто тим вища, чим меншою є кількість активних учасників на ринку.

(2) Зазвичай на ринках з однорідними товарами прозорість має тенденцію до підвищення, тому що легше відстежити меншу кількість параметрів поведінки конкурентів.

(3) Прозорість, як правило, є вищою на ринку, де трансакції здійснюються на відкритих біржах або за тендерними процедурами. І, навпаки, прозорість може бути меншою на ринку, де трансакції обговорюються конфіденційно між покупцями та продавцями у двосторонньому порядку.

(4) Стабільність ринкових умов полегшує визначення змін на ринку та їх правильну інтерпретацію. І, навпаки, суттєві коливання попиту чи пропозиції на ринку ускладнюють виявлення зміни в ринковій поведінці інших суб'єктів господарювання та здійснення їх надійної оцінки.

47. На деяких ринках, де загальні умови можуть виглядати такими, що ускладнюють моніторинг поведінки конкурентів, суб'єкти господарювання все одно можуть застосовувати практики, результатом яких є полегшення здійснення моніторингу. Такі практики, як застосування положень в угодах між постачальниками та покупцями про те, що (а) постачальник може знизити ціну на товар, якщо інші постачальники на ринку пропонуватимуть ціни, нижче обумовлених, (б) про надання окремим клієнтам режиму найбільшого сприяння, (в) добровільне оприлюднення інформації, оголошення, обмін інформацією через торговельні асоціації або іншими способами, можуть підвищити прозорість або допомогти конкурентам інтерпретувати прийняті рішення. Взаємне членство в радах директорів, участь у спільних підприємствах та подібні домовленості також можуть полегшувати моніторинг.

V.2.2.2. Оцінка можливості стримуючих механізмів

48. Стабільність координації забезпечує, зокрема, реальна можливість настання негативних наслідків для учасників координованої взаємодії, які порушують її умови. Сам факт застосування стримуючих заходів на ринку в минулому доводить те, що механізми настання негативних наслідків для учасників координованої взаємодії, які порушують її умови, є можливими.

Разом із цим, достатньо довести, що негативні наслідки відхилення від умов координації є практично здійсненими, а їх застосування є ймовірним.

49. Існування достатньо ефективного стримуючого механізму є менш ймовірним на ринку, що характеризується нечастими замовленнями великого обсягу, оскільки вигода від відхилення в правильний час може бути великою, безсумнівною та негайною, тоді як втрати від покарання можуть бути малими, непевними та фактично настануть лише через деякий час. На відміну від цього, суб'єкти господарювання, що координують свою поведінку, можуть вчасно виявляти та реагувати на відхилення, коли багато трансакцій здійснюється з короткими інтервалами, а кожна трансакція має типовий обсяг і стосується лише відносно невеликого обсягу трансакцій порівняно із загальним обсягом ринку.

50. Швидкість, з якою стримуючий механізм може бути введено в дію, пов'язана з питанням прозорості. Якщо суб'єкти господарювання здатні спостерігати за діями своїх конкурентів лише після спливу значного часу, тоді настання негативних наслідків для порушників також буде суттєво відкладено в часі, що може впливати на відхилення чи дотримання домовленостей.

51. Настання негативних наслідків для порушників (учасників, які відхиляються від погодженої поведінки) стає менш ймовірним при швидко змінюваних умовах ринку, наприклад, у високотехнологічних галузях з коротким життєвим циклом продуктів. У цьому випадку негативні наслідки за попередніх ринкових умов можуть втратити ефективність або стати нездійсненими у результаті змін. Крім того, учасники такого ринку часто мають мотивацію здійснювати інновації з метою набуття конкурентних переваг.

52. Реалізація стримуючих заходів може бути простішою на ринку однорідних продуктів. На відміну від цього, у випадку диференційованої продукції стабільні вподобання споживачів можуть обмежувати ефективність стримуючих заходів.

53. Потенціал стримуючих заходів може бути підвищено завдяки структурним відносинам між суб'єктами господарювання, що діють на відповідному ринку. Якщо, наприклад, суб'єкти господарювання, які координують свою поведінку, пов'язані між собою спільним підприємством, вони можуть реагувати на відхилення від домовленостей скороченням інвестиції в спільне підприємство або ігноруванням інтересів компанії, яка відходить від домовленостей, при прийнятті рішень спільного підприємства.

54. Застосування стримуючих заходів не обов'язково повинно відбуватися на тому самому ринку, де відбувається відхилення від домовленостей. Якщо суб'єкти господарювання, що діють на відповідному ринку, здійснюють комерційну взаємодію на інших ринках, це може запропонувати різні способи забезпечення настання негативних наслідків. Стримуючі заходи можуть застосовуватися у багатьох формах, у тому числі у формі припинення спільних підприємств чи інших форм співпраці.

Настання негативних наслідків є більш імовірним на ринках, де діяльність суб'єктів господарювання є схожою.

V.2.2.3. Оцінка можливої реакції третіх сторін

55. Координована взаємодія є менш імовірною на ринках, де дії суб'єктів господарювання, які не координують свою поведінку, потенційних конкурентів, а також споживачів, здатні поставити під загрозу результат, очікуваний від координації.

56. Конкурентні обмеження щодо суб'єктів господарювання, які є учасниками концентрації, з боку третіх сторін, оцінюються за такою самою методикою, як і в разі оцінки односторонніх ефектів.

V.III. ЕФЕКТИ, ЩО МОЖУТЬ БУТИ ЯК ОДНОСТОРОННІМИ, ТАК І КООРДИНУЮЧИМИ

V.3.1. Усунення важливого конкурентного тиску

57. В окремих випадках суб'єкт господарювання, який діє на ринку, може здійснювати більш істотний конкурентний тиск, ніж це впливає з його ринкової частки. Концентрація за участю такого суб'єкта господарювання може мати негативний вплив на конкурентну динаміку, особливо коли ринок вже є концентрованим. До таких учасників ринку можуть належати (а) суб'єкти господарювання, які провадили агресивну ринкову стратегію до концентрації, що успішно тривала б без концентрації, або (б) суб'єкти господарювання, які нещодавно вступили на ринок і від яких очікується здійснення значного конкурентного тиску в майбутньому на інших суб'єктів господарювання.

58. На ринках, де важливою конкурентною силою є інновації, концентрація може усунути потенційне джерело майбутніх іновацій, або зменшити мотивацію решти суб'єктів господарювання здійснювати іновації.

V.3.2. Концентрація з потенційним конкурентом

59. Випадки, коли наявний учасник ринку здійснює концентрацію з потенційним конкурентом на цьому ринку, можуть мати антиконкурентні наслідки, подібні до наслідків концентрації за участю двох чинних конкурентів.

60. Концентрація з потенційним конкурентом може спричинити горизонтальні антиконкурентні наслідки, якщо потенційний конкурент істотно обмежує поведінку суб'єктів господарювання, які діють на ринку. Таким є випадок, коли потенційний конкурент володіє активами, які можуть бути використані для вступу на ринок без значних незворотних витрат. Антиконкурентні наслідки також можуть виникати, коли інший учасник концентрації з високою ймовірністю понесе необхідні незворотні витрати для вступу на ринок протягом відносно короткого періоду часу, після чого цей суб'єкт господарювання обмежуватиме поведінку чинних учасників ринку.

61. Концентрація з потенційним конкурентом призводить до антиконкурентних наслідків зазвичай за наявності двох базових умов:

(1) потенційний конкурент повинен здійснювати значний конкурентний тиск або існує істотна ймовірність здійснення такого тиску в майбутньому. Свідчення того, що потенційний конкурент має плани вступати на ринок, можуть суттєво допомогти дійти такого висновку.

(2) не повинно бути достатньої кількості інших діючих чи потенційних конкурентів, які могли б підтримувати рівнозначний конкурентний тиск після концентрації.

VI. ВРІВНОВАЖУЮЧІ ЧИННИКИ

VI.1. ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

62. У випадку, коли за результатами аналізу концентрації Комітет встановлює, що концентрація матиме антиконкурентні наслідки, передбачені розділом V цих Рекомендаційних роз'яснень, Комітет аналізує, чи врівноважуючі чинники нівелюють потенційний негативний вплив концентрації.

63. Як можливі врівноважуючі чинники Комітет бере до уваги врівноважуючу владу покупця, вступ на ринок, ризик банкрутства суб'єкта господарювання.

64. Свідчення щодо наявності врівноважуючих чинників надаються учасниками концентрації. Однак Комітет користуватиметься власними

повноваженнями щодо аналізу всіх чинників, які є релевантними для оцінки врівноважуючих факторів.

Якщо такі врівноважуючі чинники наявні та здатні нейтралізувати антиконкурентні наслідки концентрації суб'єктів господарювання, на таку концентрацію надається дозвіл. У разі, якщо врівноважуючі чинники відсутні, або їх недостатньо для запобігання та/або усунення антиконкурентних наслідків концентрації, відповідна концентрація забороняється, якщо не можна запобігти антиконкурентним наслідкам за допомогою відповідних вимог та зобов'язань, накладених на учасників концентрації.

VI.2. ВРІВНОВАЖУЮЧА ВЛАДА ПОКУПЦЯ

65. Конкурентний тиск на постачальника здійснюється не лише конкурентами, а й споживачами. Врівноважуючу владу покупця слід розуміти як міцність позиції покупця та його здатність здійснювати вплив на продавця в процесі ведення ділових переговорів завдяки своєму розміру, комерційному значенню та спроможності перейти до альтернативних постачальників.

66. Комітет оцінює, у разі потреби, якою мірою споживачі будуть в змозі протистояти збільшенню ринкової влади, що може настати в результаті концентрації.

67. Покупець може бути в змозі запобігти підвищенню цін з боку постачальника або іншому погіршенню якості чи умов постачання, якщо покупець може (а) легко перейти до інших джерел постачання в розумні терміни, (б) стати вертикально інтегрованим на відповідному ринку або (в) сприяти розширенню ринку постачальників чи входженню на ринок нових постачальників, зокрема, шляхом заохочення та реальної можливості розміщувати в потенційного конкурента великі замовлення.

68. У деяких випадках покупець може також реалізувати свою врівноважуючу владу шляхом відмови купувати інші продукти, які виробляє постачальник, або, особливо у випадку товарів тривалого користування, шляхом відстрочення покупок.

69. Покупець, як правило, не має стимулів використовувати свою владу, якщо після концентрації він має змогу перекласти можливі підвищення витрат на своїх споживачів (наприклад, завдяки ринковій владі на ринках споживачів). І, навпаки, можливість використання влади покупця може бути дуже привабливою для покупця у випадках, коли він не має змоги відшкодувати

потенційно більш високі витрати на придбання продукції на ринках споживачів.

70. Натомість, якщо лише один конкретний сегмент споживачів може застосовувати врівноважуючу владу покупця, така влада не може вважатися достатньою для нівелювання потенційних негативних наслідків концентрації. Більш того, недостатньо лише того, що влада покупця існує до здійснення концентрації, ця влада повинна також існувати та залишатися ефективною після концентрації.

VI.3. ВСТУП НА РИНОК

71. Монополізація ринку або суттєве обмеження конкуренції внаслідок концентрації є малоімовірним, якщо вступ на ринок нових конкурентів є достатньо легким. Це стосується випадків, коли вступ на ринок є ймовірним, своєчасним і достатнім для запобігання будь-яким потенційним негативним наслідкам концентрації. Аналіз має враховувати вступ на ринок суб'єктів господарювання в минулому.

VI.3.1. Ймовірність вступу на ринок

72. Вступ на ринок є ймовірним, якщо він буде достатньо прибутковим, зважаючи на вплив на ціни, який відбудеться внаслідок появи додаткових товарів на ринку та потенційної реакції чинних учасників ринку, а також необхідні для входу активи, потенційні можливості і ризики внаслідок входу (у тому числі постійні витрати). Вступ нових суб'єктів господарювання зазвичай є прибутковим на ринку, зростання якого очікується в майбутньому, ніж на зрілому ринку або ринку, на якому очікується спад. Для того, щоб вступ на ринок був імовірним, треба порівняти рентабельність інвестицій, необхідних для вступу на ринок, з рентабельністю інших можливих варіантів використання того ж капіталу.

73. Прибутковість залежить від таких чинників, зокрема:

обсяг виробництва та/або реалізації продукції, якого може досягти суб'єкт господарювання з урахуванням бар'єрів для вступу на ринок;

ціна, яку суб'єкт господарювання зможе встановити на ринку, з урахуванням впливу на ціну самого факту його вступу на ринок;

собівартість продукції, яка може бути досягнута суб'єктом господарювання з урахуванням масштабів виробництва.

74. Вступ на ринок буде менш імовірним, якщо його економічна життєздатність може бути реалізована лише у великих масштабах, результатом чого буде значний демпінг цін. Також вступ на ринок буде складнішим, якщо діючі учасники ринку здатні захистити свої частки та перешкоджати суб'єкту господарювання, який вступає на ринок, досягнути достатніх масштабів, пропонуючи довгострокові контракти або надаючи цінові знижки тим клієнтам, яких прагне одержати суб'єкт господарювання, що вступає на ринок.

75. Суб'єкти господарювання, які потенційно можуть вступити на ринок, можуть стикатися з бар'єрами, які визначають ризики вступу на ринок і витрати, які впливають на прибутковість вступу на ринок. Бар'єрами для вступу на ринок можуть бути конкретні особливості ринку, що надають діючим учасникам ринку переваги над потенційними конкурентами.

76. Бар'єри для вступу на ринок можуть набувати різних форм, включаючи:

(а) регуляторні бар'єри, що обмежують кількість учасників ринку, такі як обмеження кількості ліцензій, тарифні і нетарифні торговельні бар'єри тощо;

(б) технічні та технологічні переваги діючих учасників ринку, такі як привілейований доступ до необхідної матеріально-технічної бази, природних ресурсів, об'єктів прав інтелектуальної власності, інновацій і науково-дослідницьких та дослідно-конструкторських робіт, які перешкоджають будь-якому суб'єкту господарювання успішно конкурувати;

(в) стабільна позиція діючих учасників на ринку. Зокрема, вступ на ринок може бути ускладнено тим, що для можливості ефективно конкурувати необхідно мати досвід або ділову репутацію. У цьому контексті враховуються такі чинники, як лояльність споживача щодо певної торговельної марки, тісні відносини між постачальниками і споживачами або інші переваги, що стосуються репутації. Великий надлишок потужностей діючих учасників ринку та витрати споживачів у зв'язку з переходом до нового постачальника можуть також перешкоджати вступу на ринок.

VI.3.2. Своєчасність вступу на ринок

77. Для запобігання негативним наслідкам концентрації для конкуренції вступ на ринок повинен бути достатньо оперативним. Необхідність забезпечення своєчасності вступу на ринок залежить від характеристик і динаміки конкретних задіяних ринків у кожному окремому випадку. Типова тривалість контрактів зі споживачами може слугувати орієнтиром для такої

оцінки. Натомість вступ на ринок зазвичай вважається своєчасним лише тоді, коли він відбувається протягом двох років.

VI.3.3. Достатність вступу на ринок

78. Навіть якщо вступ на ринок є вірогідним та своєчасним, він може бути недостатнім для запобігання або усунення ризику негативних наслідків для конкуренції. Вступ на ринок повинен бути достатньо масштабним для того, щоб відвернути або усунути антиконкурентні наслідки концентрації. Зазвичай, це означає, що нові учасники ринку мають бути спроможними постачати товари достатньої якості та ціни, щоб бути конкурентним обмеженням, рівнозначним або більшим, ніж обмеження, що утворюється в результаті концентрації. Вступ на ринок у малих масштабах не може вважатися достатнім.

IX. РИЗИК БАНКРУТСТВА

79. Комітет може прийняти рішення про надання дозволу на концентрацію, якщо одним з учасників концентрації є неплатоспроможний суб'єкт господарювання, якому загрожує банкрутство. При цьому така концентрація забезпечує збереження умов конкуренції. Базовою вимогою є те, що погіршення конкуренції після концентрації не повинно бути наслідком такої концентрації. Такі умови виникають тоді, коли конкуренція на ринку погіршилася б щонайменше так само за відсутності концентрації.

80. Комітет вважає наступні три критерії особливо важливими для застосування такого врівноважуючого чинника, як ризик банкрутства. По-перше, суб'єкта, що заявляє про свою неплатоспроможність, у найближчому майбутньому буде витіснено з товарного ринку через фінансові труднощі, якщо не відбудеться поглинання іншим суб'єктом. По-друге, немає іншої, менш антиконкурентної альтернативи, ніж заявлена концентрація. По-третє, за відсутності концентрації активи неплатоспроможного суб'єкта будуть неодмінно виведені з товарного ринку.

81. Саме учасники концентрації, які повідомляють про концентрацію, зобов'язані надати достатні докази для того, щоб продемонструвати, що погіршення структури конкуренції не спричиняється концентрацією.