

УДК 346.546

ISSN: 2542-0259
© Российское конкурентное право
и экономика, 2018

Новое в законодательстве о защите конкуренции Германии¹

**Д. Чукуров,
Н. Кобадзе,**
международная юридическая
фирма Freshfields Bruckhaus
Deringer LLP,
г. Берлин

Аннотация

Статья посвящена анализу новейших изменений Закона о защите конкуренции Германии. За последние 20 лет этот Закон неоднократно приводился в соответствие с изменившимися рыночными условиями и руководящими указаниями Европейского Союза. Принятие 9 марта 2017 г. девятой (последней) поправки к этому Закону (вступила в силу 9 июня 2017 г.) сопровождалось активной политической дискуссией. Эта поправка — ответ на прогрессирующую дигитализацию рынков. Реформа антимонопольного закона Германии делает его первым антимонопольным актом в мире, который предусматривает специальные правила для цифровой экономики.

Кроме этого, новелла предусматривает значительные изменения, касающиеся наложения штрафов за нарушения антимонопольного законодательства, возмещения убытков и одобрения слияний компаний министром. Часть из них была обусловлена трансформацией директивы Европейской комиссии № 2014/104/EU, остальные являются реакцией на выявленные при применении Закона недостатки.

Ключевые слова: защита конкуренции, законодательство, реформа, цифровые рынки, Германия, Европейский Союз.

Overview of latest amendments to the competition law of Germany

**D. Chukurov,
N. Kobadze,**
International law firm Freshfields
Bruckhaus Deringer LLP,
Berlin

Annotation

Over the past 20 years, the Act against Restraints of Competition in Germany has been repeatedly adapted to changing market conditions. In particular, the guidance from the European Union has led to extensive reforms. This article is dedicated to the ninth and most recent amendment dated 09.03.2017, which was accompanied by a vivid political debate. The amendment is primarily a response to the progressive digitalization of markets. Thus, the competition law of Germany becomes the first regime in the world to provide rules for the digital economy.

In addition, the amendment provides for significant changes regarding the imposition of antitrust penalties, actions for damages and ministerial approval of mergers. In the case of damages claims, the reason for the amendment was the transposition of European Directive No. 2014/104/EU. Generally, the legislator addressed the shortcomings, which arose during the practical application of the law. This article provides an overview of the significant modifications to the Act against Restraints of Competition in Germany, in view of its latest amendment, and considers the legal consequences of those modifications.

Keywords: protection of competition, legislation, reform, digital markets, Germany, European Union.

¹ Мнения, выраженные в этой статье, принадлежат авторам и не обязательно отражают позицию юридической фирмы.

Закон о защите конкуренции Германии (далее — GWB²) довольно часто подвергается изменениям, вызванным новыми тенденциями рынков, гармонизацией законодательства Германии с директивами Евросоюза (далее — ЕС), а также иными недостатками процедур, выявленных на практике. Последние изменения в GWB (далее — Новелла) были приняты 09.03.2017 и вступили в силу 09.06.2017³. Новелла касается четырех существенных тем конкурентного права: дигитализации рынков, наложения антимонопольных штрафов, возмещения убытков, нанесенных картелями, и процедур разрешения слияний посредством получения одобрения главы ведомства (министра).

1. Изменения в связи с растущей дигитализацией экономики

Одними из самых важных изменений, осуществленных Новеллой, являются так называемые «дигитальные положения». Под ними подразумеваются изменения в сфере контроля за концентрациями (абз. 1а ст. 35 GWB), положение о безвозмездных рынках и новые критерии для установления доминирующего положения (абз. 2а и 3а ст. 18 GWB). Общая цель — приведение GWB в соответствие с потребностями, обусловленными растущей дигитализацией многих отраслей экономики. То есть их основной целью является решение проблем защиты конкуренции в условиях дигитализации экономики с учетом специфики бизнес-моделей, создаваемых на базе интернет-данных, и предоставляемых ими безвозмездных товаров.

1.1. Изменение в сфере контроля за концентрациями

До вступления в силу Новеллы контролю Федерального картельного офиса Германии (далее — ФКО⁴) подлежали слияния, которые, помимо иных требова-

ний GWB, должны были достигнуть следующих показателей в последнем финансовом году согласно абз. 1 ст. 35 GWB:

1) суммарная выручка участвующих предприятий превышает 500 млн евро и

2) на внутреннем рынке выручка одного участвующего предприятия должна быть более 25 млн евро, а другого участвующего — более 5 млн евро.

Практика показала, что по этому тесту внимание ФКО не распространялось на все слияния, которые содержали риск ограничения конкуренции. Особенно беспокойство вызывали поглощения начинающих предприятий, так называемых стартапов, из сферы цифровой экономики или компаний из области биотехнологий. Выручка этих предприятий часто не достигает нужного минимума в 5 млн евро на внутреннем рынке, но при наличии инновационных идей они имеют значительный рыночный потенциал, который еще не проявился в форме выручки.

В качестве наглядного примера существования названного недостатка приводится приобретение WhatsApp компанией Facebook в 2014 г. Несмотря на то что количество пользователей WhatsApp в Германии уже достигло миллионов, данное слияние не подлежало контролю со стороны ФКО по причине непревышения компанией WhatsApp установленной максимальной планки годовой выручки на внутреннем рынке в размере 5 млн евро. Однако цена приобретения WhatsApp составляла 19 млрд долларов США [1].

Хотя и без конкретного примера, но также критичными считаются приобретения компаний из фармацевтических и технологических секторов, которые занимают частными исследованиями и пока приносят небольшой доход, но обладают значительным рыночным потенциалом.

Новое требование абз. 1а ст. 35 GWB предусматривает, что даже если выручка предприятия, которое будет приобретено, не превышает 5 млн евро, слияние будет подвергаться контролю ФКО при следующих условиях:

1) стоимость вознаграждения за объединение составляет более 400 миллионов евро и

2) целевая компания имеет значительное присутствие в Германии.

Таким образом, контролю ФКО будут подлежать приобретения таких компаний, выручка которых в Германии меньше 5 млн евро, но их цена тем не менее превышает 400 млн евро. Целью такого дополнения является стремление охватить законом те приобретения, при которых цена целевой компании существенно несоразмерна с ее выручкой. Законодатель Германии счел, что высокая продажная цена

² Нем. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. — *Прим. авт.*

³ Обсуждение проводилось под лозунгом «антимонопольное право 4.0» („Kartellrecht 4.0“). Термин вытекает из представлений Федерального правительства Германии об «индустрии 4.0» („Industrie 4.0“), так как дигитализация с помощью современной микроэлектроники следует за механизацией гидроэнергетики и мощностью пара (первая промышленная революция), массовым производством с помощью сборочных линий (конвейеров) и электрической энергии (вторая промышленная революция) и использованием электроники в широком смысле (третья промышленная революция). — *Прим. авт.*

⁴ Нем. Bundeskartellamt.

компании вопреки низким доходам указывает на наличие инновационных идей с существенным рыночным потенциалом.

Главной практической трудностью нового метода, возможно, будет определение второго требования, а именно с какого момента надо считать цельную компанию «значительно» присутствующей в Германии. В соответствии с обоснованием Новеллы⁵ присутствие предполагается тогда, когда сервисами или товарами компании пользуются в Германии или если компания занимается исследованиями в Германии. Когда это присутствие надо считать значительным, зависит от конкретного сегмента рынка. В обосновании Новеллы, например, говорится, что в цифровых услугах, которые предназначены для всех потребителей, значительным присутствием будет считаться при наличии более миллиона пользователей в Германии.

1.2. Безвозмездные рынки и новые критерии для установления доминирующего положения

Согласно традиционному подходу к определению понятия рынка в Германии, продукты или услуги, за предоставление которых компании не требовали платы, не считались рынками для целей конкурентного права (для определения доминирующего положения, анализа слияний и т. д.). Тем не менее безвозмездные услуги принимались в расчет, когда речь шла о так называемых двух- или многосторонних рынках [2]. Многосторонние или платформные рынки — это, например, интернет-порталы газет и журналов, или поисковые системы, как Google, или социальные сети. Для этих рынков характерно то, что, с одной стороны, они предлагают безвозмездные услуги потребителям (читателям газет, пользователям Google для поиска информации) и в то же время предоставляют заинтересованным лицам место для рекламы с оплатой. Между пользователями и рекламодателями нет прямой связи, но число рекламодателей зависит от числа пользователей портала. Эти особенности влияния безвозмездных услуг на платную сторону деятельности компаний не всегда принимались в расчет. Последние годы даже отмечались противоположными решениями по этому поводу [3]. Вместе с растущей популярностью цифро-

вых услуг стало необходимым устранить этот пробел на законодательном уровне.

Для пояснения спорного вопроса Новеллой введено в GWB новое положение, в соответствии с которым предположение о рынке не исключает предоставления услуг бесплатно (абз. 2а ст. 18 GWB). Однако, согласно обоснованию Новеллы, условием для того, чтобы учитывать безвозмездные рынки, является стратегия компании, которая, по меньшей мере косвенно или на долгий срок, рассчитывает на получение прибыли за счет безвозмездных услуг.

Новелла подтверждает, что безвозмездные рынки могут оказывать конкурентное давление на платные рынки. Кроме этого, безвозмездные услуги могут быть признаны частью продуктового рынка, который финансируется платными услугами.

В связи с этим новое положение н. 1 и 3 абз. 3а ст. 18 GWB установило, что при определении рынка и при анализе рыночной власти компаний в многосторонних рынках надо учитывать прямые и косвенные сетевые эффекты, например влияние безвозмездного рынка на потребителей платных услуг другой стороны рынка. Также принимаются в расчет эффекты масштаба, например преимущество величины. Важную роль играет возможность потребления нескольких услуг и степень сложности смены оператора для потребителей, доступ к конкурентным данным и конкурентное давление инновационных рынков (н. 2, 4 и 5 абз. 3а ст. 18 GWB).

2. Изменения в сфере антимонопольных штрафов

Новелла также вводит расширенные корпоративные санкции за антимонопольные правонарушения⁶ и гармонизирует этим законодательство Германии с законодательством и практикой ЕС.

Впредь, согласно абз. 3а ст. 81 GWB, антимонопольные органы и суды могут налагать штрафы на компании, прямо или косвенно оказавшие решающее влияние на участника картеля, который непосредственно совершил антимонопольное нарушение. В отличие от корпоративного принципа разделения ошибки материнской компании не требуется.

При таком расширении ответственности законодатель стремится достичь созвучия с соответствующим прецедентным правом ЕС. На уровне ЕС возможность наложить штраф на «экономические субъекты»,

⁵ Официальное обоснование является сопроводительным текстом законопроекта, который прилагается редакционным органом (например, Федеральным правительством Германии или Бундестагом) с целью разъяснения отдельных положений предлагаемого закона или уточнения их последующего применения. Обоснования часто используются судами для толкования закона. — *Прим. авт.*

⁶ Так называемый Bußgeldrecht (нем.).

оказавшие решающее влияние на участника картеля, уже признана [4]⁷.

Поскольку нарушения ст. 101 и 102 Договора о функционировании ЕС⁸ могут быть преследуемыми ФКО или Европейской комиссией (далее — ЕК) в соответствии с принципом параллельной компетенции, компании и так подвергались санкциям против всей группы в той мере, в которой их поведение влияло на межгосударственную торговлю. Эффективное применение антимонопольного законодательства (за исключением риска неплатежеспособности дочерних компаний) больше не должно зависеть от того, входит ли нарушение в компетенцию антимонопольных органов ЕС или Германии.

В дополнение к этому реформа имеет своей целью предотвратить уклонение компаний от штрафов путем реструктуризации [5]⁹.

Ответственность правопреемника, уже введенная в ходе предыдущих изменений, расширилась. Кроме материнской компании впредь все правопреемники и «экономические преемники» нарушителя несут ответственность в виде штрафов (абз. 3b, 3с ст. 81 GWB). Ответственность зависит только от того, переданы ли новому юридическому лицу активы нарушителя, которые связаны с нарушением, и продолжает ли новый владелец заниматься тем же самым бизнесом. В этом случае последний несет штрафную ответственность.

3. Изменения в сфере возмещения убытков, причиненных картелем

Убытки, причиненные потерпевшим от картелей, могут достигать сотни миллионов евро. Например, в случае так называемого железнодорожного картеля потерпевшая компания Deutsche Bahn, по собственной оценке, понесла ущерб 500 млн евро [6]. Следовательно, лица, чьи права и законные интересы ущемлены в результате нарушения антимонопольного законодательства, будут стремиться с помощью Закона возместить свои убытки.

На самом деле участники рынка в общей системе антимонопольного правоприменения играют боль-

шую роль, поскольку они продвигают конкурентное право с помощью судов (частное правоприменение)¹⁰ без помощи антимонопольных органов. Но в этой системе существует ряд процессуальных и иных проблем, которые делают возмещение убытков для пострадавших тяжелым. Поэтому, а также в целях гармонизации законодательства стран — членов ЕС европейский законодатель издал директиву № 2014/104/EU (далее — Директива) [7], которую Германия была вынуждена трансформировать в национальное законодательство.

Изменения в GWB, вызванные Директивой, касаются презумпции ущерба, права на информацию, форм ответственности внутри компаний, мирового соглашения и срока давности.

3.1. Презумпция принесения ущерба картелями

Новелла впервые законодательно закрепила презумпцию причинения ущерба картелями (абз. 2 ст. 33a GWB). Однако на практике это не привело к каким-либо существенным изменениям, так как и до того применяемые принципы прецедентного права (допущение доказательств *prima facie*) приводили к тем же выводам [8].

Однако презумпция не касается размера нанесенного ущерба.

3.2. Право на информацию

Из-за сложностей, связанных с доступом к информации, пострадавшие от антимонопольных нарушений сравнительно редко решались подавать иск о возмещении убытков. Несмотря на то, что и до Новеллы пострадавшим помогало так называемое влияние *follow-on*¹¹, они тем не менее часто находились в тупике. Ибо как только они были вынуждены разъяснять вопросы о каузальности и размерах ущерба, им не хватало информации, чтобы оценить их конкретные шансы на выигрыш дела. Документы выдавались в большинстве случаев только в судебном процессе, и это только после конкретного обозначения.

По этим причинам, согласно ст. 33g GWB, как пострадавшие от картельного сговора, так и участники картеля были на законодательном уровне наделены правом на предоставление информации

⁷ При рассмотрении вопроса о том, автономно ли дочернее предприятие определяет свое поведение на рынке, необходимо оценить все аспекты, связанные с его экономическими, организационными и юридическими связями с материнской компанией.

⁸ Ст. 101 Договора о функционировании ЕС касается запрета картелей, а ст. 102 — злоупотребления доминирующим положением. — *Прим. авт.*

⁹ Существующие пробелы были обнаружены в связи с так называемым колбасным картелем.

¹⁰ То есть применения антимонопольного законодательства в рамках частного права. Англ. *private enforcement*.

¹¹ Это значит, что гражданские суды обязаны учитывать выводы антимонопольных органов насчет наличия самого нарушения. — *Прим. авт.*

и публикацию соответствующих доказательств¹². Это право распространяется также и на третьих лиц, обладающих доказательствами.

Что касается содержания этого права, то важно заметить, что оно выходит за рамки положений Директивы, поскольку потенциально пострадавшей стороне можно воспользоваться правом на информацию не только в текущем процессе, но и до переговоров, мировых соглашений и судебных процессов. Требуется только, чтобы потенциально пострадавшая сторона была в состоянии претендовать на законное антимонопольное право требования.

Право на информацию ограничивается принципом пропорциональности, для которого закон в абз. 3 ст. 33g GWB перечисляет ряд определенных критериев, тем не менее не представляющих собой полный исчерпаемый перечень критериев. Выдача заявлений главных свидетелей в рамках программы смягчения ответственности и выдача документов, которые касаются мировых соглашений, исключены (абз. 4 ст. 33g GWB).

Ожидается, что ст. 33g GWB будет иметь чрезвычайную практическую значимость.

3.3. Солидарная и корпоративная ответственность

Закон определяет, что все участники картеля, как и в прошлом, несут солидарную ответственность за все убытки, причиненные картелями (абз. 1 ст. 33d GWB). В соответствии с абз. 2 ст. 33d GWB во внутренних отношениях один участник картеля несет ответственность перед другими участниками картеля только в зависимости от степени своей вины.

В отличие от регулирования правонарушений и наложения штрафов законодатель не указал, существует ли групповая ответственность, в частности, ответственность головного предприятия за нарушения своих дочерних компаний. В правовом обосновании закона также нет никаких объяснений. Причина может заключаться в критике, которая практикуется со ссылкой на корпоративный принцип разделения¹³.

¹² Англ. discovery. — Прим. авт.

¹³ Принцип разделения строго определяет, что юридическое лицо и его ассоциированные компании являются независимыми юридическими лицами. Следовательно, в общем каждое юридическое лицо несет ответственность только перед своими кредиторами. — Прим. авт.

3.4. Мировое соглашение

До реформы последствия мировых соглашений для солидарной ответственности характеризовались юридической неопределенностью. Они существенно уменьшали желание участников картелей заключать такие соглашения.

Новеллой законодатель Германии намеревался сделать мировые соглашения более привлекательными. Согласно абз. 1 и 2 ст. 33f GWB в случае мировой сделки участники картеля освобождаются от требований о компенсации со стороны своих контрагентов и в то же время от регрессных требований других участников картеля. Ответственность других участников картеля уменьшается на величину доли ущерба от участника картеля, который заключает мировое соглашение.

3.5. Срок давности

Новелла продлила срок давности по искам о возмещении ущерба, который зависит от знания, с 3 до 5 лет (абз. 1 ст. 33h GWB). С другой стороны, в соответствии с абз. 3 ст. 33h GWB срок давности, который не зависит от знания, не изменился и продолжает применяться после 10 лет.

4. Изменения в сфере одобрения министром слияний

Законодательный процесс был омрачен спором о поглощении компании Kaiser's Tengelmann компанией Edeka. Так, после того, как ФКО запретила поглощение, Федеральный министр экономики и энергетики Германии Зигмар Габриель разрешил эту транзакцию, хотя до этого Монопольная комиссия¹⁴ высказалась против. Разрешение слияний так называемым одобрением министра, как и до, так и после Новеллы, допускается, если в конкретном случае ограничение конкуренции компенсируется общими экономическими выгодами от концентрации или если слияние оправдано из-за преобладающих общественных интересов (абз. 1 ст. 42 GWB). Однако Высший земельный суд Дюссельдорфа отменил одобрение министра в своем решении от 12.07.2016 [9] — в первую очередь из-за процессуальных нарушений.

¹⁴ Монопольная комиссия является постоянным независимым консультативным органом, который консультирует Федеральное правительство Германии, законодательные органы и общественность в области конкурентной политики, законодательства и регулирования конкуренции. — Прим. авт.

В ходе разногласий, возникших при реализации упомянутого поглощения, выявились пробелы законодательства, которые требовали соответствующих изменений в GWB. После публикации законопроекта Новеллы политическая партия «Левая» подала запрос о введении юридической концепции одобрения Парламентом вместо одобрения министром, но этот запрос был отклонен. Вместо этого Новелла ввела более детальное регулирование процедуры одобрения министром слияний и поглощений. В том случае, если министр не пришел в течение 4 месяцев к определенному решению, он должен оправдать это перед Парламентом. Если же министр не решился на это в течение 6 месяцев — это является отказом. По запросу, согласно абз. 4 ст. 42 GWB, срок может быть продлен до 2 месяцев.

Кроме того, в будущем жалобы третьих лиц против одобрения министром слияния или поглощения будут возможны только в ограниченных рамках. В соответствии с абз. 2 ст. 63 GWB только те лица, чьи собственные права ограничены, имеют право на жалобу. Случаи, в которых затронуты исключительно экономические интересы, не представляются достаточно обоснованными в смысле закона.

5. Перспективы

Дальнейшие изменения в антимонопольном законодательстве Германии ожидаются в ближайшем будущем. В марте 2017 г. ЕК представила предложение о директиве, направленной среди прочего на содействие и облегчение применения антимонопольного законодательства ЕС национальными антимонопольными органами [10]. Хотя GWB в значительной степени соответствует требованиям, изложенным в этой директиве, о независимости, возможностях и полномочиях национальных антимонопольных органов, а также о правилах штрафов и режиме смягчения наказания в обмен на сотрудничество, тем не менее, вероятно, потребуются еще некоторые изменения.

Заключение

Частые изменения в Законе о защите конкуренции Германии отражают динамичный характер рынков и необходимость адаптировать законодательство к новым вызовам современного развития. Последняя реформа отличается тем, что представляет собой попытку решить сразу четыре актуальных вопроса современного конкурентного права Германии и ЕС.

В первую очередь Новелла важна тем, что приводит закон в соответствие с потребностями страны,

обусловленными растущей дигитализацией экономики. С одной стороны, законодатель ввел новый метод учета размера транзакции. То есть компании, выручка которых не составляет больше 5 млн евро в Германии (поэтому они до сих пор не попадали в сферу контроля концентрации), но их стоимость превышает 400 млн евро, отныне подвергаются контролю антимонопольных органов Германии. Этим должны быть охвачены компании, у которых имеется большой рыночный потенциал в виде инновационных идей. Кроме этого, законодатель решил закрепить влияние безвозмездных услуг на платную сторону многосторонних рынков и их значение при определении рынков.

Во-вторых, в результате Новеллы расширяется круг лиц, на которых можно наложить штраф. Целью этого изменения стали компании, которые оказали решающее влияние на участника картеля. С другой стороны, Новелла ввела положения для предотвращения возможности уклониться от штрафов путем реструктуризации. Теперь и экономические преемники компаний-нарушителей несут ответственность в виде штрафов.

В-третьих, Новелла упрощает возмещение ущерба для пострадавших от действий картелей, так как право на предоставление информации и публикацию доказательств отныне законодательно гарантируется. Это изменение, вызванное трансформированием Директивы, способствует тому, что пострадавшая сторона в состоянии разьяснять вопросы каузальности и размера ущерба. Такой возможности у пострадавших от картелей до сих пор не было. При этом срок давности по искам о возмещении ущерба увеличен с 3 до 5 лет.

Наконец, изменения потерпели и процедурные положения в сфере полномочий министра, касающиеся одобрения сделок слияния и поглощения. Это стало результатом разногласий по делу слияния Kaiser's Tengelmann и Edeka, которое было разрешено одобрением министра экономики и энергетики Германии несмотря на негативное отношение Монопольной комиссии. ■

Литература

1. <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/agenda/facebook-kauft-whatsapp-mark-zuckerbergs-mega-deal-12811209.html>. Дата обращения: 11.02.2018.
2. Решение ФКО от 19.01.2006, В6-103/05 — Springer Pro7; решение ФКО от 29.04.2009, В6-09/09 — Bertelsmann Brockhaus.
3. Решение Высшего земельного суда Дюссельдорфа от 09.01.2015, VI Kart 1/14 (V) — HRS-Bestpreisklausel; решение ФКО от 22.10.2015, В6-57/15 — Online-Datingplattformen.

4. Решение Европейского суда от 10.09.2009, C-97/08 P — Akzo Nobel.
5. http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/26_06_2017_Bell_Wurst.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Дата обращения: 11.02.2018.
6. <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/energie/schienenkartell-thyssen-krupp-entschaedigt-die-deutsche-bahn/9099708.html>. Дата обращения: 11.02.2018.
7. <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/19f5fc12-7c4b-11e4-97c9-01aa75ed71a1/language-en>. Дата обращения: 11.02.2018.
8. Решение Федерального верховного суда Германии от 28.06.2005, KRB 2/05 — Berliner Transportbeton I.
9. Решение Высшего земельного суда Дюссельдорфа от 12.07.2016, VI Kart 3/16 (V) — Edeka.
10. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/proposed_directive_en.pdf. Дата обращения: 11.02.2018.

Сведения об авторах

Чукуров Деннис: референдарий (стажирующийся юрист, ФРГ), международная юридическая фирма Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, г. Берлин

Контактная информация:

Адрес: 10785, г. Берлин, Potsdamer Platz 1

Тел.: +49 30 20283 600

E-mail: dcukurov@web.de

Кобадзе Нино: доктор юридических наук, адвокат, международная юридическая фирма Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, г. Берлин

Контактная информация:

Адрес: 10785, г. Берлин, Potsdamer Platz 1

Тел.: +49 30 20283 600

E-mail: nino.kobadze@freshfields.com