

Российская Федерация
Круглый стол «Неценовые последствия слияний»
Комитет по конкуренции ОЭСР
6 июня 2018 г.

На многих рынках слияние между устоявшимся предприятием и инновационным начинающим предприятием имеет слабое воздействие на существующую рыночную структуру из-за небольшой доли начинающего предприятия на рынке или отсутствия горизонтального дублирования. Однако на информационных рынках такое слияние может привести к дифференциации доступа к данным и увеличить концентрацию данных, относящихся к этому рынку, если у начинающего предприятия будет выход к крупным объемам данных (приобретенных, например, на другом рынке).

В таком случае при оценке возможных ограничений конкуренции, являющихся результатом слияния, конкурентным ведомством, возможно, потребуется тщательно изучить преимущества новой организации, приобретенные путём объединения различных наборов данных. В частности, комбинация различных массивов данных может создать проблемы в области конкуренции, если комбинация данных не дает возможность конкурентам копировать (воспроизводить) информацию, извлеченную из нее.

При оценке последствий для конкуренции в результате сделки представляется важным учитывать состояние конкуренции на рынках, на которых осуществляют деятельность сливающиеся компании, с точки зрения возможности других компаний получить доступ к данным.

В качестве примера рассмотрим сделки экономической концентрации в сфере агропромышленного комплекса, где на протяжении последних 5 лет активно внедряются передовые достижения в области биологии и генетики, информационных технологий, роботехники и сенсорики, а объем инвестиций в высокие технологии возрос почти в 20 раз¹.

Разработка и внедрение в сельское хозяйство инновационных технологий сопровождается активными структурными преобразованиями в отрасли, для которых характерны высокие темпы консолидации активов мировыми компаниями, поставляющими рынку высокотехнологичную продукцию.

¹ AgFunder AgriFood Tech Investing Report – Mid Year 2017: <https://agfunder.com/research/agrifood-tech-investing-report-midyear-2017>

Уже с середины 2000-х годов на нескольких лидеров (5–7 компаний) в агрохимической, селекционной отраслях традиционно приходилось более 50% совокупного объема рыночных продаж².

В период 2015–2016 гг. были анонсированы несколько крупных сделок в области слияний/поглощений в селекционной и агрохимической отраслях между лидерами отрасли. Если слияние компаний Monsanto и Bayer будет одобрено антимонопольными органами, то три компании – ChemChina-Syngenta, DuPont-Dow, Bayer-Monsanto – совокупно получат контроль над 60% рынка запатентованных семян и 64% мирового рынка пестицидов/гербицидов.

Указанные направления трансформации мирового агросектора тесно связаны с тенденциями построения цифровых платформ, пронизывающих глобальную экономику.

Внедрение цифрового земледелия в сельское хозяйство фактически должно завершить формирование современного сельского хозяйства, базирующегося на IT-платформах точного земледелия, позволяющих контролировать урожайность сельскохозяйственных культур, и включающего в себя высокопродуктивные биотехнологические семена, связанные с ними средства защиты растений, удобрения и другие средства производства.

Безусловно, происходящие процессы трансформации сельского хозяйства позволят в среднесрочной перспективе существенно повысить эффективность данной отрасли экономики.

Вместе с тем данные процессы трансформации уже сейчас привели к созданию на этом рынке устойчивой олигополии, существование которой влечет за собой определенные риски, в том числе в контексте защиты конкуренции.

К таким рискам можно отнести:

- повышение цен на семена;
- уменьшение разнообразия предлагаемых семян и биоразнообразия культивируемых культур;
- контроль со стороны транснациональных компаний национального семеноводства, входящих ресурсов и доходности сельхозтоваропроизводителей.

² Fuglie K., Heisey P., King J., Schimmelpfennig D. Rising Concentration in Agricultural Input Industries Influences New Farm Technologies // *Amber Waves*. 2012. Vol. 10. Iss. 4. P. 1–6.: https://www.researchgate.net/publication/235341940_Rising_Concentration_in_Agricultural_Input_Industries_Influences_New_Farm_Technologies

Российская Федерация является крупным производителем сельскохозяйственной продукции, однако на современном этапе она не готова в полном объеме отвечать на вызовы цифровизации сельскохозяйственной отрасли.

В целях выявления уровня зависимости российского рынка от импортных поставок семян ФАС России в 2016 году провела анкетирование около 3000 хозяйствующих субъектов, осуществляющих свою деятельность в области сельского хозяйства, и являющихся получателями субсидий в рамках Государственной программы развития сельского хозяйства и регулирования рынков сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия на 2013-2020 годы.

В качестве основных барьеров, препятствующих развитию семеноводства на территории Российской Федерации, респонденты назвали:

- значительные затраты при выведении нового сорта/гибрида (90% респондентов);
- отсутствие необходимого материально-технического оснащения, технологий и кадров (76 %);
- недостаточное субсидирование со стороны государства (67 %);
- отсутствие необходимого разнообразия селекционного материала (62 %);
- сложности с регистрацией селекционного достижения (52 %).

Кроме того, среди барьеров, которые смещают выбор покупателей семян в сторону импортных семян, являются их высокая производительность, устойчивость семян к определенным средствам защиты растений, доступность цены, возможность получения отсрочки платежа, а также получения консультационных услуг.

За период с 2016 по 2017 годы российским антимонопольным органом было рассмотрено и согласовано две глобальные сделки: объединение американских компаний Dow Chemical и DuPont, а также приобретение китайской госкорпорацией ChemChina швейцарской компании Syngenta.

В соответствии с Федеральным законом «О защите конкуренции» сделки, совершаемые за пределами Российской Федерации, подпадают под антимонопольный контроль при соблюдении следующих условий:

- достижение установленных пороговых значений и совершение действий в отношении находящихся на территории Российской Федерации основных производственных средств и (или) нематериальных активов, голосующих

акций (долей), прав в отношении российских коммерческих и некоммерческих организаций,

- либо если указанные действия совершаются в отношении иностранной компании, осуществляющей поставки на территорию Российской Федерации, товара в сумме более 1 млрд рублей (около 17 млн долл. США) в течение года, предшествующего совершению сделки.

Данные сделки соответствовали одному из указанных условий.

При оценке указанных сделок применялся традиционный подход – проводился перспективный анализ влияния сделок на рынки семян и средств защиты растений в результате горизонтальной интеграции. Указанный анализ показал, что в результате совершения данных сделок возникновения или усиления доминирующего положения на российских рынках присутствия продукции участвующих в сделке компаний не произойдет. Это послужило основанием для согласования указанных сделок.

Вместе с тем меняющаяся модель ведения бизнеса, в том числе в сфере производства семян, которая основана на применении высокотехнологичных решений, защищенных патентами, «больших» данных, создании замкнутых систем, объединяющих под единым управлением несвязанные горизонтальным или вертикальным образом рынки, позволяющих максимизировать прибыль за счет использования доминирующего положения на одном из них, предопределяет необходимость изменения подходов к оценке таких сделок.

Такой подход, по мнению российского антимонопольного органа, предполагает:

- рассмотрение рынка инноваций в тесной взаимосвязи с рынками конечного продукта, реализуемого потребителям. При этом рынок инноваций рассматривается как мировой рынок;

- оценку имеющихся у компаний технологий и ноу-хау, позволяющих в краткосрочной и среднесрочной перспективе, за счет синергетического эффекта существенно увеличить свою долю на рынке, при этом предполагается оценка имеющихся технологий в контексте горизонтальной, вертикальной и конгломератной интеграции (например, наличие уникальных технологий, баз данных, позволяющих осуществлять ускоренную селекцию, создавать пакетные решения, в том числе IT-решения, влияющие на консолидацию спроса конечного потребителя и ограничивающие доступ потенциальных конкурентов как на рынок семян, так и на смежные рынки);

- оценку влияния предполагаемой сделки на рынок инноваций как с точки зрения возможности ограничения доступа потенциальных конкурентов к

инновационным продуктам, так и с точки зрения влияния на развитие инноваций на национальном рынке.

Данный подход в настоящее время апробирован российским антимонопольным органом при рассмотрении сделки Bayer/Monsanto.

Данная сделка затрагивает рынки следующих продуктов, конечным потребителем которых являются сельхозпроизводители: генетический материал (семена), определенные средства защиты растений, в частности, неселективные гербициды, а также цифровые предложения для сельхозпроизводителей.

Компании Bayer и Monsanto являются вертикально-интегрированными высокотехнологическими компаниями полного цикла, включающего как исследования и разработки, так и продажу указанных средств производства сельхозпроизводителям.

В ходе рассмотрения сделки ФАС России провела серию консультаций с заинтересованными федеральными органами исполнительной власти, научным и бизнес-сообществом, а также с зарубежными конкурентными ведомствами. Кроме того, ФАС регулярно встречалась с участниками сделки, обсуждая возможные негативные эффекты для конкуренции от ее совершения, а также меры по их устранению.

Понимая, что сделка может иметь значительные последствия для динамики технологического и инновационного развития российского агропромышленного комплекса (АПК), ФАС России учитывала также программные документы, описывающие состояние и тенденции научно-технологического развития России, в частности Стратегию научно-технологического развития Российской Федерации³, Прогноз научно-технологического развития АПК на период до 2030 года⁴, Федеральную научно-техническую программу развития сельского хозяйства на 2017-2025 годы⁵, Государственную программу «Цифровая экономика»⁶ и др.

Учитывая высокое значение технологических изменений, происходящих в сельскохозяйственной отрасли, в том числе в части цифровизации сельского хозяйства, ФАС России при оценке последствий от данной сделки экономической концентрации для состояния конкуренции на российском и

³ Указ Президента Российской Федерации от 01.12.2016 г. № 642 <http://static.kremlin.ru/media/acts/files/0001201612010007.pdf>

⁴ https://issek.hse.ru/data/2017/05/03/1171421726/Prognoz_APK_2030.pdf

⁵ Постановление Правительства Российской Федерации от 25 августа 2017 года №996 <http://static.government.ru/media/files/EIQtiyxIORGXoTK7A9i497tyyLAMnIrs.pdf>

⁶ Распоряжение Правительства Российской Федерации от 28 июля 2017 г. № 1632-п <http://static.government.ru/media/files/9gFM4FHj4PsB79I5v7yLVuPgu4bvR7M0.pdf>

глобальном рынке агротехнологий применила современные методические подходы, разработанные совместно с ведущими научными учреждениями, включая Институт права и развития ВШЭ-Сколково, учитывала успешный опыт зарубежных конкурентных ведомств, рекомендации Комитета по конкуренции ОЭСР, актуальные российские и международные научные публикации по контролю экономической концентрации на рынках с высокой инновационной составляющей, а также опиралась на опыт обсуждения процессов экономической концентрации на рынках агротехнологий в рамках Рабочей группы БРИКС по рынкам продовольствия, созданной антимонопольными ведомствами стран БРИКС в 2015 г.

В рамках рассмотрения ходатайства ФАС России провела анализ затрагиваемых настоящей сделкой рынков средств производства для АПК, включая интегрированный рынок агротехнологических решений, который сформировался в результате серии технологических и социально-экономических трансформаций последних лет, произошедших в секторе средств производства для сельского хозяйства.

Данные рынки рассматривались ФАС России в контексте усиливающейся глобализации мировой экономики и интеграции сельскохозяйственного производства в глобальные цепочки создания стоимости, что потребовало оценки не только состояния «горизонтальной» конкуренции между участниками соответствующих товарных рынков средств производства для АПК, но и «вертикальных» взаимоотношений между участниками соответствующих сегментов глобальных стоимостных цепочек.

При этом, в силу ускоряющихся инновационных процессов в сфере агротехнологий ФАС России рассматривала не только текущее положение участвующих в сделке компаний на соответствующих товарных рынках, но и наиболее вероятные изменения структуры этих рынков и, соответственно, состояния конкуренции на них в краткосрочной и среднесрочной перспективе.

Такие изменения являются следствием происходящей системной трансформации агротехнологических рынков, делающей глобально конкурентоспособными только те компании, которые имеют возможность предложить сельхозпроизводителям интегрированные (пакетные) решения, включающие как адаптированные под конкретные условия семена и средства защиты растений, так и цифровые управленческие решения, основанные на анализе большого массива данных (почвенных, природно-климатических и т.д.), собираемых и обрабатываемых в рамках цифровых агрономических платформ точного земледелия.

При этом, с учетом интеграции российского рынка сельхозпродукции и средств производства в мировой рынок, структурные изменения,

происходящие на мировом рынке, предсказуемо и устойчиво распространяются на соответствующие рынки Российской Федерации.

При оценке влияния сделки на состояние конкуренции на российском рынке ФАС России исходила из того, что объединенная компания обладает высокими возможностями, в том числе накопленными массивами данных генетической информации, новейшими технологиями ускоренной селекции, позволяющими осуществлять производство биотехнологических семян с заданными признаками методами геной инженерии, не подпадающими под установленные для генно-модифицированных организмов правовые ограничения, а также накопленными массивами больших данных и ключевыми алгоритмами в сфере цифрового земледелия, что может позволить ей быстро и эффективно наращивать свое присутствие на рынке. Это вероятно может привести к резкому усилению присутствия объединенной компании на рынке вплоть до доминирования сразу на всех затрагиваемых товарных рынках и созданию высоких барьеров для входа на соответствующие рынки компаний, не обладающих одновременно всеми указанными ресурсами и возможностями.

В ходе рассмотрения сделки ФАС России были выявлены следующие угрозы для конкуренции в результате совершения указанной сделки:

- возникновение новых и усиление действующих барьеров входа на соответствующие товарные рынки (в том числе, в результате выведения на российский рынок закрытых цифровых агрономических платформ точного земледелия);
- усиление стимулов для антиконкурентных согласованных действий и соглашений (с учетом прошедшей волны слияний, после создания объединенной компании на мировом рынке останется меньшее количество компаний, владеющих всем спектром современных агротехнологий и создающих свои интегрированные платформы, через которые они планируют продавать ключевые средства производства сельхозтоваропроизводителям
- повышение вероятности злоупотребления объединенной компанией своей рыночной властью (объединение инновационных и платформенных ресурсов может позволить компании в краткосрочной перспективе резко нарастить рыночную долю на соответствующих товарных рынках вплоть до доминирования).

Таким образом, ФАС России пришла к выводу, что данная сделка создает существенные риски подавления конкуренции, которые необходимо нивелировать на этапе согласования сделки.

ФАС России были проанализированы различные варианты возможных мер антимонопольного реагирования на указанные негативные последствия для состояния конкуренции.

Рассмотрение сделки длилось в течение года, и 20 апреля 2018 года ФАС России одобрила сделку, выдав объединенной компании предписание.

ФАС России удалось добиться предоставления недискриминационного доступа к «большим данным», которыми обладает объединенная компания, для российских разработчиков, специализирующихся в области цифровых агротехнологий и селекции, а также для пользователей (предприятий агропромышленного комплекса России).

Объединенная компания передаст российским участникам агропромышленного рынка определенное количество молекулярных средств селекции и гермоплазмы по определенным культурам, важных для Российской Федерации.

В течение всего срока действия предписания ФАС России (5 лет) объем поставки семян объединенной компании на территорию Российской Федерации не будет снижаться, при этом поставки будут осуществляться на недискриминационной основе.

Компания Bayer будет осуществлять поддержку в проведении обучения российских специалистов по отдельным культурам, а также создаст Российской Федерации Учебный центр в области селекции.

Содействие исполнению обязательств, взятых на себя объединенной компанией, будет осуществлять специально созданный Центр трансфера технологий на базе одного из ведущих российских университетов – Высшей школы экономики при Правительстве Российской Федерации.

Решение, принятое ФАС России по данной сделке, носит прецедентный характер и может стать основой для формирования новой практики, в том числе на международном уровне, при рассмотрении сделок экономической концентрации как с точки зрения подходов к анализу рынков товаров с высокой инновационной составляющей, в том числе в области IT технологий, так и с точки зрения возможных мер антимонопольного реагирования на таких рынках.

Вместе с тем при рассмотрении указанной сделки были выявлены следующие проблемы, решение которых требует внесения изменения в российское антимонопольное законодательство.

Текущие бизнес-стратегии участников сделки, их глобальных конкурентов, а также большинства иных крупных транснациональных компаний,

действующих на инновационных рынках (фармацевтические рынки, рынки IT продуктов и т.д.), предполагают использование различных инструментов, базирующихся на интеллектуальных правах. В силу наличия в Федеральном законе «О защите конкуренции» изъятий для антиконкурентного поведения, основанного на использовании объектов интеллектуальных прав, контроль экономической концентрации является для ФАС России единственным доступным инструментом, способным ограничить рыночную власть таких компаний, что предопределяет необходимость применения более жестких требований при рассмотрении сделок экономической концентрации на таких рынках. Это не всегда оправдано в условиях неопределенности наступления негативных последствий от сделки и может снизить положительный эффект для инноваций от совершения сделки.

Вместе с тем, основываясь на практике зарубежных конкурентных ведомств, сбалансированное применение механизмов предварительного и последующего контроля на инновационных рынках в наибольшей степени отвечает интересам участников рынка.

Кроме того, подобные сделки на товарных рынках с высокой инновационной составляющей в силу их специфики требуют запроса и анализа большого массива информации, привлечения экспертов, обладающих специальными знаниями, взаимодействия с другими заинтересованными федеральными органами исполнительной власти, консультаций с участниками сделки. Однако процессуальные ограничения, в том числе связанные со сроками рассмотрения сделки и доступом третьих лиц к конфиденциальной информации, предоставляемой при согласовании сделок, установленные Федеральным законом «О защите конкуренции», существенно ограничивают возможности ФАС России по проведению должного анализа таких сделок.

Также в настоящее время антимонопольный орган не имеет действенного инструментария для обеспечения контроля исполнения условий предписаний иностранными хозяйствующими субъектами, что является необходимым элементом сбалансированной системы защиты конкуренции на рынках цифровой экономики, в существенно меньшей степени зависящей от государственных границ.

В связи с этим ФАС России считает необходимым:

- снятие ограничений распространения норм статей 10 (Запрет на злоупотребление доминирующим положением) и 11 (Запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения и согласованные действия) Федерального закона «О защите конкуренции» на действия по осуществлению интеллектуальных прав;

- пересмотр установленной процедуры рассмотрения сделок, в том числе в части увеличения сроков рассмотрения, возможности ознакомления третьих лиц с конфиденциальной информацией на основе обязательств о неразглашении, проведения слушаний по сделке с привлечением заинтересованных лиц и т.д.;

- в случае неисполнения лицом, выданного по результатам рассмотрения ходатайства предписания, предоставление антимонопольному органу права обратиться в суд о принудительном лицензировании объектов интеллектуальных прав, принадлежащих иностранным хозяйствующим субъектам, не исполняющим выданное при рассмотрении сделки по экономической концентрации предписание антимонопольного органа, без их согласия, на условиях, определенных антимонопольным органом или о запрете оборота товара или товаров на территории Российской Федерации, производимых таким иностранным хозяйствующим субъектам.

Для имплементации этих новелл в российское антимонопольное законодательство при ФАС России была создана рабочая группа, разработавшая законопроект («пятый антимонопольный пакет»), который планируется внести на рассмотрение Правительства Российской Федерации в первом полугодии 2018 года.