

DOI: 10.37791/2687-0657-2023-17-1-54-66

Эволюция антимонопольного регулирования соглашений о совместной деятельности

А. Е. Шаститко^{1,2}, Н. С. Павлова^{1,2*}

¹ *Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова, Москва, Россия*

² *Центр исследований конкуренции и экономического регулирования ИПЭИ РАНХиГС, Москва, Россия*
*pavl.ns@yandex.ru

Аннотация. Соглашения о совместной деятельности, или соглашения о кооперации между конкурентами, могут представлять собой важный инструмент адаптации рынков к внешним шокам, будь то последствия пандемии или экономических санкций. В связи с этим обсуждение подходов к оценке таких соглашений на допустимость с точки зрения антимонопольного законодательства в текущих условиях весьма актуально. Целью статьи является оценка современного состояния антимонопольного контроля соглашений о совместной деятельности в России. Для этого с использованием инструментария новой институциональной экономической теории анализируется история развития регулирования таких соглашений. Раскрывается, как современные источники возможных ошибок I рода в правоприменении (ошибочного запрета соглашений, которые в действительности способствуют росту общественного благосостояния) связаны с историей институциональных изменений норм, регулирующих анализ допустимости соглашений о совместной деятельности с точки зрения антимонопольного законодательства. В частности, показано, что подходы к анализу соглашений о совместной деятельности, выработанные в период действия специфического набора норм 2011–2015 гг. и обобщенные в Разъяснениях Президиума ФАС России по порядку и методике анализа соглашений о совместной деятельности (2013 г.), в настоящее время создают излишне строгий режим контроля таких соглашений после изменений антимонопольного законодательства 2015 г. Продемонстрирована важность решения данной проблемы в свете возможностей компаний использовать кооперацию для смягчения последствий внешних шоков, включая экономические санкции. Сформулированы структурные альтернативы контроля таких соглашений, которые применимы к различным актуальным формам соглашений между конкурентами, которые могли бы способствовать лучшей адаптации участников рынка к изменяющимся условиям.

Ключевые слова: конкуренция, антимонопольная политика, горизонтальные соглашения, соглашения о совместной деятельности, ошибки I рода в правоприменении

Для цитирования: Шаститко А. Е., Павлова Н. С. Эволюция антимонопольного регулирования соглашений о совместной деятельности // Современная конкуренция. 2023. Т. 17. № 1. С. 54–66. DOI: 10.37791/2687-0649-2023-17-1-54-66

The Evolution of Antitrust Regulation of Joint Venture Agreements

A. Shastitko^{1,2}, N. Pavlova^{1,2*}

¹ *Lomonosov Moscow State University, Moscow, Russia*

² *Center for Research in Competition and Economic Regulation Studies IAER RANEPА, Moscow, Russia*

* *pavl.ns@yandex.ru*

Abstract. Cooperation agreements between competitors can be an important tool for markets to adapt to external shocks, whether those are the consequences of a pandemic or economic sanctions. In this regard, the discussion of approaches to evaluating such agreements for admissibility from the point of view of antimonopoly legislation under current conditions is relevant. The purpose of the article is to assess the current state of antimonopoly control of cooperation agreements in Russia. To do this, we use the tools of the new institutional economic theory to analyze the history of the development of the regulation of such agreements. We reveal how modern sources of possible type I enforcement errors (the erroneous prohibition of agreements that actually contribute to the growth of public welfare) are connected with the history of institutional changes in the rules governing the analysis of cooperation agreements from the point of view of antimonopoly legislation. In particular, we show that the approaches to the analysis of cooperation agreements developed during the period of validity of a specific set of rules in 2011–2015 and summarized in the Clarifications of the Presidium of the FAS Russia on the procedure and methodology for analyzing cooperation agreements (2013) currently create an overly strict control regime for such agreements after the changes in the antimonopoly law that took place in 2015. The importance of solving this problem is demonstrated in light of the ability of companies to use cooperation to mitigate the consequences of external shocks, including economic sanctions. Structural alternatives to the control of such agreements are formulated that are applicable to various actual forms of agreements between competitors, which could contribute to a better adaptation of market participants to changing conditions.

Keywords: competition, antitrust policy, horizontal agreements, cooperation agreements between competitors, type I enforcement errors

For citation: Shastitko A., Pavlova N. The Evolution of Antitrust Regulation of Joint Venture Agreements. *Sovremennaya konkurentsya*=Journal of Modern Competition, 2023, vol.17, no.1, pp.54-66 (in Russian). DOI: 10.37791/2687-0649-2023-17-1-54-66

Введение

Соглашения о совместной деятельности, или соглашения о кооперации между конкурентами, являются важным способом оптимизации использования ресурсов в экономике. Они могут предусматривать различные виды сотрудничества: строительство новых заводов, оптимизацию логистических цепочек, совместные инвестиции в научные исследования и разработки. Подобные соглашения могут

также предусматривать (но не обязательно предусматривают) создание совместных предприятий. Эффектом их действия может быть появление на рынке нового участника, нового товара, новых технологий; снижение издержек производства и, как следствие, снижение цен для потребителей; создание рабочих мест, для государства – рост налоговых поступлений и т. д.

Соглашения о кооперации могут предусматривать разную степень интеграции между сторонами, разный объем обмена

информацией и в целом разную степень взаимозависимости между конкурентами. Однако эта взаимозависимость так или иначе создает, во-первых, заинтересованность в совместном достижении целей конкурентами, а во-вторых, риски в случае несоблюдения той или иной стороной своих обязательств в рамках совместной деятельности. Соответственно, появление у конкурентов совместных целей, а также контрактных механизмов, которые обеспечивают неотклонение сторон от данных целей, в свою очередь, создает риски ограничения конкуренции.

В связи с этим соглашения о совместной деятельности являются объектом пристального внимания антимонопольных органов во всем мире¹. Несмотря на накопленный опыт², существует серьезный риск чрезмерно строгого отношения регуляторов к таким соглашениям, что является основанием для возникновения риска ошибок I рода в правоприменении. Последствия таких ошибок подробнее описаны в [9, 11, 15]. Напомним, что, помимо общего снижения эффективности правоприменения (проистекающего вследствие ошибок I, и II рода), особенностью ошибок I рода является двойкий эффект: с одной стороны, ошибка I рода создает дополнительные стимулы нарушать

(если все равно накажут, то выгоднее заработать сверхприбыль за счет нарушения законодательства), а с другой стороны, ошибка I рода отвращает и от добросовестной кооперации, поскольку фирмы боятся быть ошибочно уличенными в нарушении за нее [3, 18, 21]. При этом для правовой системы в части применения антимонопольного законодательства последствия ошибок I рода сравнительно более серьезны, чем для многих других сфер, по двум причинам. Во-первых, существует асимметрия эффектов, выражающаяся в том, что рыночный механизм может справиться с негативными последствиями ограничения конкуренции в том числе посредством обнаружения самими участниками рынков дополнительных источников конкурентного давления. В то же время негативные эффекты вследствие пресечения или недопущения полезной для общественного благосостояния кооперации имеют меньше шансов быть скорректированы участниками рынка самостоятельными действиями. В результате целые классы поведения, которые могли бы способствовать росту общественного благосостояния, не реализуются. Во-вторых, в антимонопольной политике традиционно существует предрасположенность к так называемой негостеприимной традиции [1, 4]. Механизм воспроизводства негостеприимной традиции основан на предвзятом отношении к коммерческой практике, которая отклоняется от шаблонных представлений о том, как может выглядеть благотворная для общественного благосостояния конкуренция. В силу возникающих в связи с этим презумпций, преодоление которых, в частности, предполагает не просто способность представить заслуживающие внимания аргументы в пользу такой практики, но и оформить их в приемлемые для регулятора доводы, создает предпосылки для запрета соответствующих действий, а также для наказания тех, кто их совершает.

Описанные выше последствия неоправданно строгого отношения к соглашениям

¹ О тонкостях анализа антимонопольным органом подобных соглашений в сфере экологических обязательств см. [2, 16].

² В частности, в ЕС в 2022 г. проходили ревизию три акта, проясняющие данные подходы: "Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal cooperation agreements" // Official Journal of the European Union. С 11. 14.01.2011. Р. 1–72; "Commission Regulation (EU) No. 1217/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements" // Official Journal of the European Union. L 335. 18.12.2010. Р. 36–42; "Commission Regulation (EU) No. 1218/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of specialisation agreements" // Official Journal of the European Union. L 335. 18.12.2010. Р. 43–47.

о совместной деятельности – некоторые общие соображения, основанные на теории вопроса, но что делает данную тему дополнительно актуальной для изучения в контексте российской антимонопольной политики на современном этапе – это, во-первых, уникальная история развития норм в отношении соглашений о совместной деятельности, которая может являться дополнительным источником ошибок I рода при оценке таких соглашений, а во-вторых, уникальная роль соглашений о совместной деятельности как механизма адаптации к внешним шокам, которая обретает особенную важность в контексте международных экономических санкций. Соответственно, *цель статьи* – оценка современного состояния антимонопольного контроля соглашений о совместной деятельности в России в контексте истории развития вопроса и потенциала соглашений о совместной деятельности как механизма адаптации. В первом разделе статьи проблема раскрывается более подробно; во втором разделе описываются этапы развития подходов к оценке соглашений о совместной деятельности на допустимость в российском антимонопольном законодательстве. В третьем разделе даны предложения по режимам регулирования соглашений о совместной деятельности в контексте их возможностей как механизмов адаптации.

Данная статья развивает тезисы более ранней работы авторов [11]. Второй раздел в наибольшей степени опирается на содержание указанной статьи, в то время как первый и третий разделы развивают ранее проделанный анализ.

Постановка проблемы

Соглашения о совместной деятельности между конкурентами, так же как и картели, можно рассматривать как гибридные институциональные соглашения [5]. Гибриды – долгосрочные контрактные отношения, сохраняющие автономность сторон (конечные права остаются у каждой из сторон со-

глашения), но предполагающие создание трансакционно-специфических мер предосторожности, препятствующих оппортунистическому поведению участников и помогающих коллективно адаптироваться к изменяющимся обстоятельствам [7]. В случае соглашений о совместной деятельности, поскольку стороны таких соглашений являются конкурентами друг для друга, подобные трансакционно-специфические меры предосторожности зачастую содержат обязательства о неконкуренции сторон друг с другом или с совместным предприятием.

С позиции экономической теории трансакционных издержек соглашения о совместной деятельности, в свою очередь, можно определить следующим образом: соглашение между двумя и более компаниями об объединении ресурсов, порядке конкуренции и кооперации для осуществления одного и более видов деятельности, которое определяет их взаимодействие на целевом рынке как продавцов с сохранением конечных прав или созданием единого центра, концентрирующего конечные права [8]. Распределение прав и в частности степень концентрации конечных прав – один из критериев классификации соглашений о совместной деятельности, который позволяет ранжировать антимонопольные риски. Возможны и другие подходы: принадлежность к определенному звену в цепочке создания стоимости – от НИОКР до непосредственно маркетинга [17], принадлежность к той или иной отраслевой сфере (как, например, основание для групповых исключений в практике ЕС) и т. п. Вместе с тем любая классификация не дает исчерпывающего представления о возможных формах соглашений о совместной деятельности, структура которых в высокой степени определяется спецификой отрасли, рынка и отношений участников. В связи с этим любой методический документ по оценке таких соглашений должен закладывать гибкие принципы оценки таких соглашений, но одновременно должен и посылать достаточно четкие сигналы, чтобы

снизить неопределенность для компаний, выстраивающих свою политику по соблюдению требований антимонопольного законодательства.

В российском антимонопольном законодательстве и практике можно выделить несколько этапов развития подходов к анализу соглашений о совместной деятельности: от несформулированной проблемы на этапе первых «антимонопольных пакетов» через появление отдельной статьи Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о защите конкуренции), задающей критерии допустимости таких соглашений и сопровождающейся подробными разъяснениями о методологии анализа соглашений, к режиму предварительного контроля на условиях, аналогичных сделкам экономической концентрации. Подробнее эволюция подходов описана в [11] и в разделе 2 указанной статьи. Отметим, что движение между этапами привело, на наш взгляд, к тому, что разработанные Разъяснения Президиума ФАС России по порядку и методике анализа соглашений о совместной деятельности 2013 г.³ (далее – Разъяснения об СП) на сегодняшний день не вполне соответствуют текущим положениям антимонопольного законодательства в отношении соглашений о совместной деятельности⁴, а в более широком контексте весь антимонопольный режим контроля таких соглашений может быть трансформирован для более полной реализации положительных эффектов таких соглашений. На данном этапе можно говорить даже о возможном наличии упущенных выгод вследствие неоптимального режима антимонопольного регулирования таких соглашений.

³ Разъяснения по порядку и методике анализа соглашений о совместной деятельности // Федеральная антимонопольная служба. URL: <https://fas.gov.ru/documents/575737>

⁴ Фактически речь идет об уровне и истории развития мезоинститутов, которые служат способом интерпретации, конкретизации правил более высокого уровня для их непосредственного применения [6].

В качестве актуальных примеров упущенных выгод можно рассматривать возможности таких соглашений по адаптации к случаям экономических шоков. Так, согласно исследованию Global Competition Review [14, 20], проведенному в июле 2020 года, 37% опрошенных юристов (в том числе юристов компаний) отметили усиление кооперации между конкурентами в ответ на пандемию COVID-19 (63%, следовательно, не почувствовали усиления кооперации). Основное направление сотрудничества при этом касалось объединения ресурсов, что соответствует специфике кризисной ситуации – ограничениям на стороне предложения.

Международный опыт государственного регулирования в этот период также отражает понимание, что в некоторых областях координация конкурентов в кризисный период может обеспечить рост общественного благосостояния. В зависимости от юрисдикции нормативными актами в явном виде разрешалась кооперация конкурентов с целью предотвращения дефицита товаров и обеспечения надежности поставок, поддержание оказания важнейших услуг, снижение последствий шоков спроса [20]. Примеры соответствующих актов можно найти в практике ЕС, Бразилии. Однако в контексте оценки допустимости соглашений конкурентов не менее важным является и опыт стран, которые не вводили специальных разрешений для таких соглашений, полагаясь на уже существующие методики оценки как на достаточные для того, чтобы и в кризисной ситуации отличить выгодное для экономики соглашение от обычного картеля – например, Индии [19]. Если методика оценки соглашений последовательна, эффективна и понятна участникам рынка, она может применяться и в кризисных, и в некризисных условиях для отделения благоприятных для общественного благосостояния соглашений от неблагоприятных.

Еще одной «антикризисной» формой соглашений о кооперации конкурентов являются закупочные союзы. В условиях, когда

внешние шоки влекут за собой рост цен широкого перечня товаров, для антимонопольного органа отследить и отделить ситуации, где такой рост усугубляется за счет злоупотребления рыночной властью, становится проблематичным. Закупочные союзы, создавая уравнивающую рыночную власть покупателя, могут позволить удержать рост цен на рынках, где они действуют. Однако не всякие закупочные союзы априори ретранслируются в выгоды конечных потребителей, в связи с чем подходы к их анализу на допустимость также должны быть разработаны.

Наконец, в российской практике в качестве реакции на шоки пандемии и санкций используются соглашения между производителями и государством, в рамках которых, в частности, производители или поставщики могут ограничивать рост цен или наценку. Такие соглашения также выводятся из-под действия антимонопольного законодательства специальными актами, поскольку по форме могли бы подпадать под антимонопольные запреты. Спецификой российской практики можно считать активную роль государства в этих соглашениях, чье участие становится гарантом превышения общественных выгод над возможными эффектами ограничения конкуренции.

Таким образом, антикризисная кооперация между конкурентами в различных формах может стать важным инструментом выживания и адаптации в период нестабильности, однако сфера их допустимости должна быть четко ограничена. Обеспечить это можно с помощью специальных законодательных исключений, которые будут давать гарантии отсутствия антимонопольных санкций при соблюдении ряда условий. Но наличие прозрачного и отработанного механизма анализа соглашений о кооперации может заменить необходимость в дополнительных исключениях. Таким образом, преимущества явных законодательных исключений для определенных типов соглашений между конкурентами – в предсказуемости для

участников рынка, которые могут использовать заведомо разрешенные типы соглашений и не бояться антимонопольного преследования. При этом работающая методика оценки соглашений на допустимость может дополнять данное явное регулирование, распространяясь на иные типы соглашений. Но она также может и заменять его, не создавая необходимости в дополнительных изменениях законодательства и в результате этого обеспечивая преимущество скорости адаптации: для ее применения не нужно разрабатывать, согласовывать и вводить в действие новое регулирование, а значит, участники рынка могут начать реагировать на кризисные условия сразу, в том числе с использованием различных форм добросовестной кооперации между конкурентами. С учетом этого возвращение к обсуждению темы оценки соглашений о совместной деятельности по итогам 2022 г. представляется весьма актуальным.

Эволюция нормативных рамок регулирования соглашений о совместной деятельности в российском антитрасте

В российском антимонопольном праве предусмотрен порядок нотификации в случае, когда компания вправе обратиться в антимонопольный орган с заявлением о проверке соответствия проекта соглашения требованиям антимонопольного законодательства (статья 35 Закона о защите конкуренции). Однако до определенного момента не было предусмотрено отдельных принципов анализа для случая, если такое соглашение представляло собой соглашение о совместной деятельности между конкурентами, и не было возможности и критериев для отделения таких соглашений от картельных, если некоторые положения таких соглашений могли быть схожи с запрещенными частью 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции. Федеральным законом от 6 декабря 2011 г. № 401-ФЗ статья 13 Закона

о защите конкуренции была дополнена частью 1.1:

«1.1. Соглашения хозяйствующих субъектов о совместной деятельности, которые могут привести к последствиям, указанным в части 1 статьи 11 настоящего Федерального закона, могут быть признаны допустимыми, если такими соглашениями не создается для отдельных лиц возможность устранить конкуренцию на соответствующем товарном рынке, не налагаются на третьих лиц ограничения и результатом таких соглашений является или может являться в совокупности:

1) совершенствование производства, реализация товаров или стимулирование технического, экономического прогресса либо осуществление его участниками прямых инвестиций на территории Российской Федерации (в том числе введение новых производственных мощностей, модернизация действующих производственных мощностей);

2) получение покупателями преимуществ (выгод), соразмерных преимуществам (выгодам), полученным хозяйствующими субъектами в результате действий (бездействия), соглашений и согласованных действий, сделок».

Критерии допустимости, предусмотренные данной статьей, схожи с критериями, предусмотренными частью 1 статьи 13, с отличием в первом пункте: соглашение может «оправдывать» условие осуществления участниками соглашения прямых инвестиций на территории Российской Федерации.

Кроме того, как отмечалось выше, часть 1.1 статьи 13 распространяется на условия соглашений о совместной деятельности, которые могли привести к последствиям, предусмотренным частью 1 статьи 11. При этом получение согласия антимонопольного органа на заключение соглашения о совместной деятельности в данный период осуществляется в порядке нотификации в соответствии со статьей 35 Закона о защите конкуренции.

Изменение данного режима согласования произошло в 2015 году. В связи с принятием Федерального закона от 5 октября 2015 г. № 275-ФЗ часть 1.1 статьи 13 утра-

тила силу, а действие части 1 статьи 13 распространилось в том числе на соглашения о совместной деятельности. В результате на новом этапе соглашения о совместной деятельности уже не могут содержать положений, которые могут приводить к нарушению части 1 статьи 11, т. е. договоренности о ценах, разделе рынка, сокращении производства и иные ограничения из части 1 статьи 11 теперь не могут быть признаны допустимыми даже при наличии существенных выгод совместной деятельности, которые обеспечиваются такими положениями.

Исключение – случай предварительного согласования соглашений о совместной деятельности в рамках подачи ходатайства или нотификации. Тем же законом в часть 1 статьи 27 был добавлен пункт 8, согласно которому необходимость подачи ходатайства в соответствии с критериями, предусмотренными указанной статьей, также распространяется на соглашения о совместной деятельности, а в статью 11 был добавлен пункт 10, согласно которому требования статьи 11 не распространяются на соглашения о совместной деятельности, заключенные с предварительного согласия антимонопольного органа, полученного в порядке, установленном главой 7 Закона о защите конкуренции, – т. е. и через подачу ходатайства (статья 27), и через нотификацию (статья 35). Таким образом, текущий режим регулирования в этой части может быть интерпретирован следующим образом: если соглашение о совместной деятельности не было предварительно согласовано с антимонопольным органом, оно уже не может быть признано допустимым, если содержит положения, противоречащие части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Отметим, что все это время Законом о защите конкуренции не дано определение соглашению о совместной деятельности. Такое определение дано в Разъяснениях об СП.

Как видно по дате принятия, данные разъяснения относятся к периоду, когда

часть 1.1 статьи 13 еще действовала, а соглашения о совместной деятельности не были обязательны к согласованию в соответствии со статьей 27, если только речь не шла о сделках (например, создание нового предприятия), которые и так требовали согласования по статьям 27 и 28 в старой редакции Закона о защите конкуренции.

Данные разъяснения действуют до сих пор, в то время как режим согласования соглашений о совместной деятельности существенно изменился. В этом изменившемся контексте смысл отдельных положений разъяснений подвергается искажению.

В условиях, когда соглашения о совместной деятельности не требовали обязательного согласования по статье 27 и согласование было добровольным, сохранялся акцент на необходимости исследования содержания каждого такого соглашения. Если соглашение по своему наполнению не содержало условий, предусматривающих отказ от конкуренции или ее ограничение, то должно ли оно было согласовываться? При существовавшем ранее порядке такие случаи были маловероятны: если соглашение о совместной деятельности не содержало условий, предусматривающих отказ сторон от конкуренции, то рациональным выбором сторон соглашения было бы просто его не согласовывать. Положительным последствием такого режима было отсутствие излишних трат антимонопольного органа (и, соответственно, бюджетных расходов) на согласование соглашений, которые в силу своего содержания не могли привести к ограничению конкуренции.

В случае, когда соглашение о совместной деятельности требует согласования по статье 27 (текущий режим), оно требует согласования независимо от того, какие условия в данном соглашении содержатся. Фактически любое соглашение о совместной деятельности по своим эффектам приравнивается к сделке экономической концентрации по приобретению конкурента. Такой подход:

1) ведет к игнорированию сложной природы соглашений между конкурентами как гибридных институциональных соглашений, нуждающихся в трансакционно-специфических мерах защиты от оппортунистического поведения;

2) не оправдан с точки зрения возможных эффектов, поскольку под согласование в одинаковой степени попадают и те соглашения, которые содержат условия по отказу от конкуренции, и те, которые данных условий не содержат.

Второй пункт приводил бы главным образом к неоправданным тратам ресурсов антимонопольных органов, но в действительности результатом является и более серьезный эффект запрета добросовестной кооперации также с соответствующими негативными бюджетными последствиями.

Сложившаяся ситуация фактически свидетельствует о проявлении регуляторного фундаментализма [12]: само существование проблемы возможных негативных эффектов для конкуренции практически автоматически «включает» регулирование в отношении широкого спектра таких соглашений в формате предварительного согласования и с опорой лишь на самые общие характеристики сделок в виде структуры рынка.

Действительно, при рассмотрении сделок экономической концентрации акцент в российской практике традиционно делается на долях участников, в особенности на совокупной доле. Конкретные условия сделки зачастую не так важны. В случае соглашений о совместной деятельности, риски которых в значительной степени определяются именно содержанием соглашений, структурный подход является дополнительным свидетельством проявления регуляторного фундаментализма, поскольку не подразумевает «знания предмета» [12].

При этом согласно Разъяснениям об СП к соглашениям о совместной деятельности применяются критерии по долям, которые значительно строже критериев, обычно используемых для сделок экономической

концентрации. В соответствии с Разъяснениями об СП в случае, если совокупная доля сторон соглашения превышает 35%, а затронутый рынок высококонцентрирован, характеризуется высокими барьерами входа⁵ и существенными ограничениями для импорта, то в признании такого соглашения допустимым должно быть отказано. Для сделки слияния аналогичные условия могли бы послужить основанием для согласия антимонопольного органа на одобрение ходатайства с выдачей предписания.

Таким образом, более жесткие критерии становятся результатом именно истории институциональных изменений и фактически отсутствия фильтра на неухудшение условий предпринимательской деятельности при изменении норм антимонопольного законодательства. Что можно было бы сделать, чтобы хотя бы частично выправить сложившуюся ситуацию и снизить вероятность ошибок I рода при анализе соглашений о совместной деятельности на допустимость с точки зрения антимонопольного законодательства?

1. Наиболее «экономный» способ – по крайней мере переработать Разъяснения об СП в части анализа структуры рынка. Если соглашения о совместной деятельности в настоящее время рассматриваются в том же режиме, что и сделки экономической концентрации, то принципы их анализа и анализа слияний должны быть согласованы.

2. Более затратный способ – с точки зрения и времени, и ресурсов – вернуться к обсуждению того, положения какого содер-

жания могут составлять соглашения о совместной деятельности, а также критериев разграничения соглашений о совместной деятельности и антиконкурентных горизонтальных соглашений. Данный вопрос уже касается анализа содержания конкретных положений соглашений и затронет не только уровень разъяснений, но и сами формулировки Закона о защите конкуренции. Тем не менее, выигрыш от таких изменений в терминах повышения эффективности использования ресурсов в экономике может быть очень велик.

Выбор режима регулирования в отношении соглашений о совместной деятельности на современном этапе

В контексте второго из предложений, изложенных выше, – более глобального пересмотра антимонопольного регулирования в отношении соглашений о совместной деятельности – необходимо вернуться к обсуждению различных режимов такого регулирования. Данная проблема ранее была представлена в работе А. Е. Шаститко [8].

Обозначая основные структурные альтернативы регулирования соглашений о совместной деятельности, можно выделить следующие варианты, актуальные в том числе для «антикризисных» форм соглашений:

- явный запрет на соглашения о совместной деятельности между конкурентами (в том числе на группы соглашений, содержащих определенные условия) (запрет *per se*). Пример из текущей российской практики – соглашения об установлении цен как противоречащие части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, даже если установление цен касается результата совместной деятельности, если такие соглашения не согласованы предварительно с антимонопольным органом;

- явное разрешение определенных типов соглашений (разрешение *per se*), в том числе на основании критериев отрасли, формы или категории соглашений. Приме-

⁵ Относительно высоких барьеров входа необходимо сделать дополнительную оговорку: как правило, анализ барьеров антимонопольным органом заканчивается выводом о том, что барьеры высокие. Это является следствием подходов, прописанных в Порядке проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке (утв. приказом ФАС России от 28 апреля 2010 г. № 220), в противоположность более сбалансированной практике некоторых зарубежных юрисдикций (в частности, США и ЕС) (см. [10, 13]).

ры из текущей практики – исключения для соглашений о предоставлении и/или отчуждении права использования результатов интеллектуальной деятельности;

- реализация «взвешенного подхода» в режиме обязательного предварительного согласования. Пример – соглашения между крупными игроками, подпадающие под критерии для подачи ходатайств в соответствии со статьей 27 Закона о защите конкуренции;

- реализация «взвешенного подхода» в режиме добровольного предварительного согласования. Пример – нотификация в порядке статьи 35 Закона о защите конкуренции;

- реализация «взвешенного подхода» в порядке уведомления антимонопольного органа о заключении соглашения постфактум (не используется);

- реализация «взвешенного подхода» в форме возможности ответчика предоставлять доказательства допустимости соглашения в случае возбуждения против него антимонопольного дела. Такая возможность предусмотрена частью 6 статьи 11 Закона о защите конкуренции.

Как мы видим, указанные режимы различаются, как минимум, стороной, на которую возлагается бремя доказывания легальности или нелегальности того или иного соглашения, а также степенью определенности, которая создается для участников рынка. Обсуждая возможность выбора того или иного режима в отношении соглашений, которые потенциально могут помочь смягчить последствия шоков – «антикризисные» соглашения конкурентов, закупочные союзы, соглашения с участием государства (см. раздел 1 настоящей статьи), – необходимо принимать во внимание, что издержки доказывания и степень определенности не являются заранее заданными величинами: степень проработанности методики оценки соглашений о совместной деятельности на допустимость и накопленный опыт ее применения будут существенным образом влиять на оба параметра.

Однако в первом приближении можно высказать следующие соображения. «Антикризисная» кооперация производителей может быть *per se* разрешена только по очень узкому спектру направлений, специфичному для конкретной кризисной ситуации, с обязательной отменой данных исключений в случаях, когда факторы кризиса, обуславливающие необходимость в кооперации, перестают действовать. С учетом необходимости быстрой реакции режим разрешения *per se* действительно может быть обоснован, поскольку обеспечивает также более высокую определенность и снижение бремени доказывания для бизнеса в противоположность предварительному согласованию или иным формам взвешенного подхода. Закупочные союзы, напротив, являются инструментом, который способен сдерживать злоупотребления рыночной властью в кризисных и «обычных» ситуациях и особенно важен, когда в случае наступления шоков регуляторы и так испытывают повышенную нагрузку на свои ресурсы. В связи с этим принципы определения допустимости таких соглашений скорее должны быть частью общей методики анализа соглашений о совместной деятельности на допустимость. При этом закупочные союзы нельзя безоговорочно отнести к «безопасным» соглашениям, хотя бы в связи с их приближенностью к «конечным» этапам ценообразования (если ориентироваться на классификацию М. Мотты [17]). Наконец, соглашения, где государство является одним из участников, согласовывая окончательные параметры или по крайней мере обладая информацией о них, могут быть заведомо исключены из под действия антимонопольного законодательства при условии, что принципы защиты конкуренции принимались во внимание при их проектировании. Понятная методика анализа соглашений на допустимость в «обычных» (некризисных) ситуациях может также сыграть свою роль и здесь, задавая определенные ориентиры.

Заключение

Обозначенные в статье источники ошибок I рода при анализе соглашений о кооперации между конкурентами на допустимость с точки зрения антимонопольного законодательства носят как общий, так и частный, присущий именно российскому законодательству и правоприменению, характер. Тема соглашений о совместной деятельности и методологии их анализа не звучала громко в последние годы, однако проведенный анализ показывает, что в действительности вопрос выбора оптимального режима их антимонопольного регулирования не решен. Он обретает особую актуальность с учетом возможностей и перспектив использования соглашений о совместной деятельности в качестве ме-

ханизмов адаптации к внешним шокам: данная возможность заложена теоретической природой таких соглашений как гибридных, а также апробирована недавней практикой их применения в ответ на вызовы пандемии COVID-19 и опытом закупочных союзов. Дополнительные возможности раскрываются и в свете соглашений с участием государства, которые все шире применяются в российской практике. Предложенные в статье сценарии по адаптации режима антимонопольного регулирования соглашений о кооперации, безусловно, не приведут к полному решению проблемы ошибки I рода при квалификации соглашений между конкурентами, однако могут стать шагами в направлении минимизации данной ошибки без одновременного повышения вероятности ошибки II рода.

Список литературы

1. Коуз Р. Фирма, рынок и право. – М.: Дело, 1993. – 192 с.
2. Павлова Н. С., Баулина А. А., Шаститко А. Е. Защита конкуренции и устойчивое развитие: источники противоречий и возможности гармонизации // Вестник Московского университета. Серия 6: Экономика. 2016. № 2. С. 45–70.
3. Павлова Н. С., Шаститко А. Е. Эффекты «негостеприимной традиции» в антитрасте: деятельное раскаяние против соглашений о кооперации? // Вопросы экономики. 2014. № 3. С. 62–85. DOI: 10.32609/0042-8736-2014-3-62-85.
4. Уильямсон О. Экономические институты капитализма. Фирмы, рынки, «отношенческая» контрактация. – СПб.: Лениздат, 1996. – 703 с.
5. Шаститко А. Е. Картель: организация, стимулы, политика противодействия // Российский журнал менеджмента. 2013. Т. 11. № 4. С. 31–56.
6. Шаститко А. Е. Мезоинституты: умножение сущностей или развитие программы экономических исследований? // Вопросы экономики. 2019. № 5. С. 5–25. DOI: 10.32609/0042-8736-2019-5-5-25.
7. Шаститко А. Е. Новая институциональная экономическая теория. – М.: Теис, 2010. – 827 с.
8. Шаститко А. Е. Новый взгляд на антимонопольный контроль горизонтальных соглашений // Экономическая политика. 2015. Т. 10. № 3. С. 134–154. DOI: 10.18288/1994-5124-2015-3-07.
9. Шаститко А. Е. Экономические эффекты ошибок в правоприменении и правоустановлении. – М.: Дело, 2013. – 148 с.
10. Шаститко А. А., Павлова Н. С., Шаститко А. Е., Курдин А. А. Экономический анализ в применении норм антимонопольного законодательства. – М.: МАКС Пресс, 2014. – 216 с.
11. Шаститко А. Е., Павлова Н. С. Антимонопольный контроль соглашений о совместной деятельности: история институциональных изменений как источник ошибок I рода в правоприменении // Современные проблемы развития российского и зарубежного конкурентного права / под ред. М. А. Егоровой. – М.: Юстицинформ, 2022. С. 100–109.
12. Шаститко А. Е., Павлова Н. С. Коузианство против пигувианства: идеи, ценности, перспективы // Вопросы экономики. 2022. № 1. С. 23–46. DOI: 10.32609/0042-8736-2022-1-23-46.
13. Шаститко А. Е., Павлова Н. С. Общественно-эффективные барьеры входа? // Балтийский регион. 2016. Т. 8. № 4. С. 34–52. DOI: 10.5922/2074-9848-2016-4-3.
14. Collaboration between competitors in a crisis // Global Competition Review. July 31, 2020. URL: <https://globalcompetitionreview.com/tools/reports-centre/?page=1&q=Collaboration%20between%20competitors%20in%20a%20crisis&r=164549> (дата обращения: 19.12.2022).

15. *Joskow P. L.* Transaction Cost Economics, Antitrust Rules and Remedies // *Journal of Law, Economics and Organization*. 2002. Vol. 18. No. 1. P. 95–116. DOI: 10.1093/jleo/18.1.95.
16. *Kloosterhuis E., Mulder M.* Competition law and public interests: The Dutch agreement on coal-fired power plants // *Journal of Competition Law & Economics*. 2015. Vol. 11. No. 4. P. 855–880. DOI: 10.1093/joclec/nhv017.
17. *Motta M.* Competition policy: Theory and practice. – Cambridge: Cambridge University Press, 2004. – 618 p.
18. *Png I. P. L.* Optimal subsidies and damages in the presence of judicial error // *International Review of Law and Economics*. 1986. Vol. 6. No. 1. P. 101–105. DOI: 10.1016/0144-8188(86)90042-6.
19. *Raychaudhuri T., Guha S. K., Mookherjee S. et al.* Towards a crisis cartel regime in India – A case for the recognition of crisis cartels. A working paper by the Centre for competition laws, 2021. – 43 p. URL: <https://ssrn.com/abstract=3881894> (дата обращения: 19.12.2022). DOI: 10.2139/ssrn.3881894.
20. *Rosenboom N.* Crisis Cartels: A COVID-19 Side Effect // *Oxera*. 28 January 2021. URL: <https://www.oxera.com/agenda/crisis-cartels-a-covid-19-side-effect/> (дата обращения: 19.12.2022).
21. *Shavell S., Polinski A. M.* Legal Error, Litigation, and the Incentive to Obey the Law // *Journal of Law, Economics, & Organization*. 1989. Vol. 5. No. 1. P. 99–108. DOI: 10.1093/oxfordjournals.jleo.a036968.

Сведения об авторах

Шаститко Андрей Евгеньевич, ORCID 0000-0002-6713-069X, докт. экон. наук, профессор, заведующий кафедрой конкурентной и промышленной политики, Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова; директор Центра исследований конкуренции и экономического регулирования, Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, Москва, Россия, aes99@yandex.ru

Павлова Наталья Сергеевна, ORCID 0000-0002-9416-4086, канд. экон. наук, доцент, кафедра конкурентной и промышленной политики, Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова; старший научный сотрудник, Центр исследований конкуренции и экономического регулирования, Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации, Москва, Россия, pavl.ns@yandex.ru

Поддержка исследований

Статья подготовлена в рамках выполнения научно-исследовательской работы государственного задания РАНХиГС.

Статья поступила 05.12.2022, рассмотрена 20.12.2022, принята 26.12.2022

References

1. Coase R. *Firma, rynek i pravo* [The firm, the market, and the law]. Moscow, *Delo Publ.*, 1993, 192 p.
2. Pavlova N. S., Baoulina A. A., Shastitko A. E. Defending competition and promoting sustainable development: Possibilities for harmonization. *Vestnik Moskovskogo universiteta. Seriya 6. Ekonomika*=Moscow University Economics Bulletin, 2016, no.2, pp.45-70 (in Russian).
3. Pavlova N. S., Shastitko A. E. Effects of Hostile Tradition in Antitrust: Active Repentance versus Cooperation Agreements. *Voprosy Ekonomiki*, 2014, no.3, pp.62-85 (in Russian). DOI: 10.32609/0042-8736-2014-3-62-85.
4. Williamson O. *Ekonomicheskie instituty kapitalizma. Firmy, rynki, «otnoshencheskaya» kontraktatsiya* [Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting]. St. Petersburg, *Lenizdat Publ.*, 1996, 703 p.
5. Shastitko A. E. *Kartel': organizatsiya, stimuly, politika protivodeistviya* [Cartel: Organization, Incentives and Deterrence Policy]. *Rossiyskiy zhurnal menedzhmenta*=Russian Management Journal, 2013, vol.11, no.4, pp.31-56 (in Russian).
6. Shastitko A. E. Meso-institutions: Proliferating essences or evolving economic research programme? *Voprosy Ekonomiki*, 2019, no.5, pp.5-25 (in Russian). DOI: 10.32609/0042-8736-2019-5-5-25.
7. Shastitko A. E. *Novaya institutsional'naya ekonomicheskaya teoriya* [New institutional economic theory]. Moscow, *Teis Publ.*, 2010, 827 p.
8. Shastitko A. E. A new look at antitrust control of horizontal agreements. *Ekonomicheskaya politika*=Economic Policy, 2015, vol.10, no.3, pp.134-154 (in Russian). DOI: 10.18288/1994-5124-2015-3-07.
9. Shastitko A. E. *Ekonomicheskie efekty oshibok v pravoprimenenii i pravoustanovlenii* [Economic effects of errors in law enforcement and law setting]. Moscow, *Delo Publ.*, 2013, 148 p.

10. Shastitko A. A., Pavlova N. S., Shastitko A. E., Kurdin A. A. *Ekonomicheskii analiz v primenenii norm antimonopol'nogo zakonodatel'stva* [Economic analysis in the application of antimonopoly legislation]. Moscow, MAKS Press Publ., 2014, 216 p.
11. Shastitko A. E., Pavlova N. S. *Antimonopol'nyi kontrol' soglashenii o sovmestnoi deyatelnosti: istoriya institutsional'nykh izmenenii kak istochnik oshibok I roda v pravoprimenenii* [Antimonopoly control of cooperation agreements between competitors: the history of institutional changes as a source of type I enforcement errors]. *Sovremennye problemy razvitiya rossiiskogo i zarubezhnogo konkurentnogo prava* [Modern problems of development of Russian and foreign competition law]. Ed. by M. A. Egorova. Moscow, Yustitsinform Publ., 2022, pp.100-109.
12. Shastitko A. E., Pavlova N. S. Pigouvian vs. Coasian approach: Ideas, values, perspectives. *Voprosy Ekonomiki*, 2022, no.1, pp.23-46 (in Russian). DOI: 10.32609/0042-8736-2022-1-23-46.
13. Shastitko A. E., Pavlova N. S. Socially efficient entry barriers? *Baltiyskiy region*=The Baltic Region, 2016, vol.8, no.4, pp.34-52 (in Russian). DOI: 10.5922/2074-9848-2016-4-3.
14. Collaboration between competitors in a crisis. *Global Competition Review*, July 31, 2020. Available at: <https://globalcompetitionreview.com/tools/reports-centre/?page=1&q=Collaboration%20between%20competitors%20in%20a%20crisis&r=164549> <https://globalcompetitionreview.com/tools/reports-centre/?page=1&r=164549> (accessed 19.12.2022).
15. Joskow P. L. Transaction Cost Economics, Antitrust Rules and Remedies. *Journal of Law, Economics and Organization*, 2002, vol.18, no.1, pp.95-116. DOI: 10.1093/jleo/18.1.95.
16. Kloosterhuis E., Mulder M. Competition law and public interests: The Dutch agreement on coal-fired power plants. *Journal of Competition Law & Economics*, 2015, vol.11, no.4, pp.855-880. DOI: 10.1093/joclec/nhv017.
17. Motta M. *Competition policy: Theory and practice*. Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 618 p.
18. Png I. P. L. Optimal subsidies and damages in the presence of judicial error. *International Review of Law and Economics*, 1986, vol.6, no.1, pp.101-105. DOI: 10.1016/0144-8188(86)90042-6.
19. Raychaudhuri T., Guha S. K., Mookherjee S. et al. Towards a crisis cartel regime in India – A case for the recognition of crisis cartels. A working paper by the Centre for competition laws, 2021, 43 p. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3881894> (accessed 19.12.2022). DOI: 10.2139/ssrn.3881894.
20. Rosenboom N. Crisis Cartels: A COVID-19 Side Effect. *Oxera*, 28 January, 2021. Available at: <https://www.oxera.com/agenda/crisis-cartels-a-covid-19-side-effect/> (accessed 19.12.2022).
21. Shavell S., Polinski A. M. Legal Error, Litigation, and the Incentive to Obey the Law. *Journal of Law, Economics, & Organization*, 1989, vol.5, no.1, pp.99-108. DOI: 10.1093/oxfordjournals.jleo.a036968.

About the authors

Andrey E. Shastitko, ORCID 0000-0002-6713-069X, Dr. Sci. (Econ.), Professor, Head of Competition and Industrial Policy Department, Lomonosov Moscow State University; Director of Center for Research in Competition and Economic Regulation Studies IAER RANEPa, Moscow, Russia, aes99@yandex.ru

Natalia S. Pavlova, ORCID 0000-0002-9416-4086, Cand. Sci. (Econ.), Associate Professor, Competition and Industrial Policy Department, Lomonosov Moscow State University; Senior Researcher, Center for Research in Competition and Economic Regulation Studies IAER RANEPa, Moscow, Russia, pavl.ns@yandex.ru

Acknowledgments

The article was written on the basis of the RANEPa state assignment research programme.

Received 05.12.2022, reviewed 20.12.2022, accepted 26.12.2022