

Левицкий Р. Ю., аспирант кафедры прикладной институциональной экономики экономического факультета Московского государственного университета им. М. В. Ломоносова, rylevitsky@yahoo.com

АНАЛИЗ НОРМ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ОТНОШЕНИИ СОГЛАСОВАННЫХ ДЕЙСТВИЙ НА ТОВАРНЫХ РЫНКАХ

В данной работе представлен сравнительный анализ норм антимонопольного законодательства в отношении согласованных действий на товарных рынках в специально выбранном ряде стран. Выявлены сильные и слабые стороны нормативных актов каждой из рассматриваемых стран. Дан краткий обзор теоретических разработок в отношении молчаливого сговора как экономической категории. Рассмотрена правоприменительная практика в отношении согласованных действий в контексте межстранового сравнения. Представлены некоторые рекомендации по совершенствованию антимонопольного законодательства и правоприменения.

Ключевые слова: конкурентная политика, антимонопольное законодательство, соглашения и согласованные действия, молчаливый сговор, коллективное доминирование.

Введение

Сговор справедливо считается опаснейшей формой ограничения конкуренции. Конкурентное законодательство любой страны, признающей важность антитраста для защиты благосостояния общества от нарушения честных правил игры на рынке, содержит соответствующие запрещающие нормы. Санкции за нарушение этих норм традиционно одни из самых жестких в антимонопольной практике¹. Это связано в том числе и с тем, что потери потребителей от существования сговора очень высоки. Картельная цена в среднем более чем на 20% превышает цену, которая мог-

ла бы сложиться в конкурентных условиях². Для международных картелей разница еще больше³.

Сговор может иметь различную природу. Он может быть явным, молчаливым или какой-либо комбинацией названных⁴. Правовым аналогом явного сговора является

² Авдашева С. Б., Шаститко А. Е., Калмычкова Е. Н. Экономические основы антимонопольной политики: российская практика в контексте мирового опыта // Экономический журнал ВШЭ. 2007. № 2. С. 235; Bolotova Yuliya. Cartel Overcharges: an Empirical Analysis // Journal of Economic Behavior & Organization. 2009. Vol. 70. Issue 1–2. P. 321–341.

³ Levenstein Margaret C., Suslow Valerie Y. What Determines Cartel Success? // Journal of Economic Literature. Vol. 44. № 1. 2006. P. 49.

⁴ Ivaldi M., Jullien B., Rey P., Seabright P., Tirole J. The Economics of Tacit Collusion // Report prepared for European Competition Commission. Toulouse: IDEA, 2003. P. 5.

¹ Ginsburg Douglas H., Joshua D. Wright. Antitrust Sanctions // Competition Policy International. Vol. 6. № 2. 2010. P. 4.

антиконкурентное соглашение, или картель, а молчаливого — согласованные действия. Главным отличием молчаливого сговора от явного является то, что первый не требует наличия устных или письменных договоренностей, а также специального механизма принуждения к исполнению⁵. При молчаливом сговоре фирмы интерпретируют определенные рыночные параметры, через них выявляя взаимную выгоду кооперативной стратегии. При этом отклонение от устанавливаемой цены должно приводить к наказанию, тяжесть которого превосходит выгоды вследствие отказа от кооперативной стратегии путем установления более низкой цены. В простейшем случае отклоняющееся от сговора поведение должно приводить к разрушению сговора и возвращению к функционированию в условиях конкурентной борьбы⁶. Этот механизм обеспечивает самоподдерживаемость молчаливого сговора.

Такая логика лежит в основе базовой модели, представленной в работе Ивалди, Джульена, Рэя, Сибрайта и Тиroleя⁷, являющейся основой теории молчаливого сговора. В ней описывается влияние структурных характеристик рынка на стимулы к молчаливому сговору. Используя эту модель, авторы показали, какое воздействие на стимулы к молчаливому сговору оказывают такие параметры структуры рынка, как численность игроков, распределение долей между ними, уровень входных барьеров, периодичность

межфирменного взаимодействия, информационная прозрачность и т. д.

Существует ряд работ, посвященных данной теме, в которых подробно рассматривается одна или несколько из исследованных в модели влияния структур рынка на стимулы к сговору аспектов.

Так, в статье Спенса⁸ представлен анализ молчаливой координации в условиях несовершенной информации. Автор модельно и эмпирически доказывает, что снижение неопределенности среды стимулирует кооперацию.

В исследовании Васконселоса⁹ представлен анализ модели, выявляющей особенности молчаливого сговора при асимметрии в издержках фирм-участников. С помощью этой модели также исследуется проблема эффективного наказания за отклоняющееся поведение. Автор отмечает, что структура издержек фирм значительно влияет на возможность совершения согласованных действий, а также указывает на то, что антимонопольным органам следует обращать особое внимание на отрасли с высокой вероятностью возникновения коллективного доминирования, т. е. когда на рынке имеется несколько крупных игроков, обладающих достаточной властью для влияния на условия обращения товаров на рынке.

Маклеод, Норман и Тиссе¹⁰ изучили возможности осуществления согласованных действий при свободном входе на рынок. Исследователи утверждают, что молчаливый сговор осуществим и даже устойчив и при свободном входе на рынок. Для обоснования тезиса была использована двухпериодная модель, в которой на первом этапе

⁵ Авдашева С. Незаконность молчаливого сговора в российском антимонопольном законодательстве: могут ли экономисты быть полезны при выработке юридических норм? // Вопросы экономики. 2011. №5. М.: Издательство НП «Редакция журнала «Вопросы экономики», 2011. С. 89–102. — 160 с.

⁶ Павлова Н., Шаститко А. Эффекты «негостеприимной традиции» в антитрасте: деятельное раскаяние против соглашений о кооперации? // Вопросы экономики. №3. 2014.

⁷ Ivaldi M., Jullien B., Rey P., Seabright P., Tirole J. The Economics of Tacit Collusion // Report prepared for European Competition Commission. Toulouse: IDEA, 2003.

⁸ Spence M. Tacit Co-Ordination and Imperfect Information // The Canadian Journal of Economics / Revue canadienne d'Economique. 1978. Vol. 11. №. 3. P. 490–505.

⁹ Vasconcelos H. Tacit Collusion, Cost Asymmetries, and Mergers // The RAND Journal of Economics. 2005. Vol. 36. №1. P. 39–62.

¹⁰ MacLeod W. B., Norman G., Thisse J.-F. Competition, Tacit Collusion and Free Entry. The Economic Journal. 1987. Vol. 97. №385. P. 189–198.

фирмы входят в отрасль на конкурентных условиях, а на втором — сговариваются, так как данная стратегия становится для них явно доминирующей.

В работе Купера¹¹ обосновывается, почему следует относиться с подозрением к попыткам установления режима наибольшего благоприятствования потребителю, характеризующегося заявлениями действующих на рынке игроков о компенсации покупателям разницы цен в случае их изменения. Подобную инициативу можно рассматривать как надежное обязательство ни при каких условиях не снижать цену ниже определенного уровня, а также сигнал другим участникам рынка о существовании потенциального кооперативного равновесия.

В исследовании Ким, Ши и Сринивасана¹² представлена модель, обосновывающая простоту молчаливой координации при использовании фирмами различных форм поощрений для своих особых покупателей. Повышая издержки переключения, каждая фирма закрепляет за собой устойчивую группу потребителей, что снижает угрозу их перетока в результате конкурентной борьбы.

Относительно исследований проблемы молчаливого сговора следует сказать, что явно прослеживается доминирование теоретических моделей без эмпирических подтверждений¹³. Объяснить это можно тем, что молчаливый сговор — не самое распространенное явление, а выявить его — сложная задача даже для специализированного ведомства. Гораздо чаще в приведенных в статье исследованиях встречался анализ реальных дел. Их число недостаточно велико

для того, чтобы можно было проводить адекватное статистическое исследование.

Правовые конструкции норм антимонопольного законодательства в отношении согласованных действий и коллективного доминирования

Законодательные формулировки имеют принципиальное значение, так как в зависимости от норм в отношении согласованных действий может по-разному распределяться бремя доказывания в делах о молчаливом сговоре. Например, презумпция невиновности перекладывает основное бремя доказывания на антимонопольный орган. Некоторые характеризующие признаки (вроде долей рынка для признания коллективного доминирования) могут влиять на издержки антимонопольного ведомства на доказывание факта нарушения.

В качестве исследуемых стран кроме России были выбраны: Украина, с которой нашу страну связывала в прошлом глубокая интеграция, но за период независимости в ней сформировалось законодательство, обладающее своими особенностями; Европейский Союз и Соединенные Штаты Америки как развитые страны, имеющие богатый опыт в практической реализации антимонопольных норм; Китай и Бразилия как страны, входящие вместе с Россией в группу BRICS. Кроме согласованных действий определенное внимание необходимо уделить и нормам, касающимся коллективного доминирования в силу того, что конструкция «коллективного доминирования» в некоторых странах является инструментом мониторинга рынков, имеющих высокую вероятность возникновения на них сговоров, а «злоупотребление доминирующим положением» оказывается категорией крайне близкой по своей экономической сущности к согласованным действиям.

В России основным антимонопольным законом является Федеральный закон

¹¹ Cooper T. E. Most-Favored-Customer Pricing and Tacit Collusion // The RAND Journal of Economics. 1986. Vol. 17. №. 3. P. 377–388.

¹² Kim B., Shi M., Srinivasan K. Reward Programs and Tacit Collusion // Marketing Science. 2001. Vol. 20. №. 2. P. 99–120.

¹³ Rapson David. Tacit Collusion in the 1950s // Automobile Industry? Revisiting Bresnahan (1987). 2009. P. 3.

от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции». Определению согласованных действий посвящена ст. 8 указанного Закона. Для признания поведения участников рынка согласованными действиями необходимо наличие трех условий:

- результат таких действий соответствует интересам каждого из указанных хозяйствующих субъектов;
- действия заранее известны каждому из участвующих в них хозяйствующих субъектов в связи с публичным заявлением одного из них о совершении таких действий;
- действия каждого из указанных хозяйствующих субъектов вызваны действиями иных хозяйствующих субъектов, участвующих в согласованных действиях, и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на все хозяйствующие субъекты на соответствующем товарном рынке.

В той же 8-й статье Закона указано, что совершение действий по соглашению не относится к согласованным действиям, а является соглашением. Это подчеркивает разграничение дел об антиконкурентных соглашениях, относящихся к явным сговорам, и согласованных действий.

Каковы основные сложности? Из формулировок соответствующих норм закона следует, что требуется доказывать не только то, что у участников рынка существовала возможность молчаливой координации своих действий, но и то, что эта координация соответствовала их интересам. Если не удастся доказать существование интереса для каждого из участников действий, привлечших внимание антимонопольного органа, то и квалифицировать эту активность как наказуемую нельзя. В то же время выяснить, в чем заключается интерес конкретной компании, на практике бывает не так просто.

Кроме того, доказательство того, что участники должны были знать, как именно поведут себя контрагенты и каков будет результат их синхронных действий, требует рассмотрения всех возможных вариантов

активности фирм на данном рынке и исключения неподходящих случаев.

Одной из самых критикуемых исследователями российского антитраста норм остается злоупотребление коллективным доминирующим положением¹⁴. Для признания компании доминирующей ее доля согласно закону должна быть не менее 8%, а совокупная доля не более чем трех наиболее крупных на рынке субъектов, в число которых она входит, должна превышать 50%. Альтернативно для пяти и менее субъектов граница обозначена на уровне 70%. Доли должны быть стабильны на протяжении длительного периода (не менее года), доступ на рынок для конкурентов должен быть затруднен, а реализуемый товар незаменим.

Условие наличия 8% доли рынка не исключает возможности признания коллективного доминирования очень крупной и нескольких очень мелких фирм. Это важно, так как такие ситуации больше характерны для рынков с ценовым лидером, для которых однонаправленное изменение цен характерно по объективным причинам.

В отношении доминирующего положения также говорится об устойчивости долей фирм и барьеров входа на рынок на протяжении длительного срока. Неочевидно, почему размеры долей должны быть относительно устойчивы. Значительные изменения могут приводить к еще большему доминированию крупнейших фирм либо к изменению состава участников доминирования, но с растущей совокупной долей рынка.

Административные санкции для должностных лиц предполагают штраф от 20 000 до 50 000 рублей либо дисквалификацию до трех лет, для юридических — от одной сотой до пятнадцати сотых размера суммы выручки правонарушителя от реализации товара (работы, услуги), на рынке которо-

¹⁴ *Avdasheva S. B., Goreyko N., Pittman R.* Collective Dominance and its Abuse under the Competition Law of the Russian Federation // *World Competition: Law and Economics Review*. 2012. Vol. 35. № 2. P. 245–268.

го совершено административное правонарушение.

Существует возможность освобождения от штрафа при заявлении в антимонопольный орган о заключении недопустимого соглашения или осуществления недопустимых согласованных действий и выполнении ряда условий, включающих отсутствие предоставленной информации у антимонопольного органа, отказ от участия в сговоре или осуществления согласованных действий, а также достаточность представленных сведений для установления факта нарушения.

Санкции за антиконкурентные соглашения и злоупотребления доминирующим положением имеются в ст. 178 «Недопущение, ограничение или устранение конкуренции» УК РФ от 29 июля 2009 г. № 216-ФЗ. До принятия новелл третьего антимонопольного пакета уголовное преследование предполагалось и непосредственно для согласованных действий.

Третий антимонопольный пакет разрешил по разным статьям запреты на соглашения и согласованные действия. Статья 11.1 «Запрет на согласованные действия хозяйствующих субъектов, ограничивающие конкуренцию» содержит условия, при которых согласованные действия признаются запрещенными.

В части 1 указанной статьи помимо вполне понятных вариаций раздела рынка имеется пункт, касающийся сокращения или прекращения производства товаров. Эти эффекты могут возникнуть в силу объективных экономических причин.

Часть третья интересна тем, что в ней прописаны нормы, направленные в большей степени на защиту конкурентов, чем конкуренции. Также отметим п. 3 части 3, запрещающий создавать барьеры входа и выхода. На самом деле практически на любом олигополистическом рынке барьеры входа существуют. Некоторые из них могут быть оправданы и являться частью структуры рынка.

Часть 5 устанавливает минимальные размеры фирм, участвующих в молчаливом сго-

воре. Проблема разграничения параллельного поведения и согласованных действий остается, как и в случае с коллективным доминированием. По-прежнему существует большая опасность принять за согласованные действия эффект «ценового зонтика».

В нормах российского законодательства много внимания уделено детальному прописыванию возможных случаев. Связано это с незначительным вниманием к подзаконным актам, низкими стандартами доказательства, разногласиями в понимании сущности вопроса между юристами и экономистами, что с учетом всей сложности явления создает неопределенность и стремление ее нормативно перебороть.

Перейдем к рассмотрению правовой конструкции согласованных действий в других странах. Особенности правовых норм в Бразилии, Китае и на Украине представлены в табл. 1.

Прежде всего бросается в глаза отсутствие специальной нормы о согласованных действиях в законодательстве выбранных стран. Тем не менее это не исключает возможности наказывать нарушителей за согласованные практики ведения бизнеса. С другой стороны, как будет показано далее, в тех странах, где имеются соответствующие прецеденты, за молчаливый сговор без дополнительных косвенных улик никого не наказывают.

Теоретически в этих странах возможно наказывать за злоупотребление коллективным доминированием, но на практике подобная вариация молчаливого сговора не встречается.

В Бразилии допускается применение уголовного наказания, отчасти допустимо оно и в Китае. Несмотря на спорность использования уголовных санкций в антитрасте вообще¹⁵, оно все же используется некоторыми странами. В отношении согласованных дей-

¹⁵ Авдашева С., Шаститко А. Экономика уголовных санкций за нарушение антимонопольного законодательства // Вопросы экономики. 2010. № 1. С. 129–142.

Таблица 1

Законодательство Украины, Китая и Бразилии в отношении согласованных действий

Элементы правовых норм	Закон Украины от 11 января 2001 г. № 2210-III «О защите экономической конкуренции»	Антимонопольный закон КНР от 1 августа 2008 г.	Бразильский конкурентный закон № 12.529 от 30 ноября 2011 г.
Наличие нормы о коллективном доминировании	Присутствует	Присутствует	Присутствует
Пороговое значение для признания коллективного доминирования	Совокупная доля не более чем трех субъектов ведения хозяйства, которым на одном рынке принадлежат наибольшие доли, превышает 50%; совокупная доля не более чем пяти субъектов ведения хозяйства, которым на одном рынке принадлежат наибольшие доли, превышает 70%	Один участник рынка признается доминирующим, если занимает не меньше половины рынка. Для двух игроков пороговое значение совместной доли будет составлять 2/3 рынка, а для трех — 3/4. Участник рынка, подпадающий под одно из этих требований, не может считаться доминирующим субъектом, если его индивидуальная доля рынка составляет менее 1/10	Под доминирующим положением понимается ситуация, при которой компания или группа компаний в составе или самостоятельно или совместно изменять рыночные условия или при которой она контролирует не менее 20% соответствующего рынка. Эта пороговая доля может быть изменена для отдельных секторов экономики Административным Советом по Экономической защите
Специальная норма о согласованных действиях	Отсутствует. Термин «согласованные действия» используется в самом широком смысле и является правовым аналогом экономического створара любого типа	Отсутствует	Отсутствует

Продолжение табл. 1

Элементы правовых норм	Закон Украины от 11 января 2001 г. № 2210-III «О защите экономической конкуренции»	Антимонопольный закон КНР от 1 августа 2008 г.	Бразильский конкурентный закон № 12.529 от 30 ноября 2011 г.
Запрет антиконкурентных согласованных действий	Запрещаются согласованные действия, которые привели или могут привести к недопущению, устранению или ограничению конкуренции, в том числе и похожих действий, если анализ опровергает наличие для них объективных причин	Запрещаются «монопольные соглашения», к которым относятся соглашения, решения или другие согласованные действия, уничтожающие или ограничивающие конкуренцию	Следующие действия, среди прочих, будут рассматриваться как нарушение экономического порядка: I — согласование, манипулирование или корректировка с конкурентами: а) цен на товары и индивидуально предоставляемые услуги; б) производства или продаж ограниченного количества товаров или предоставление ограниченного числа, объема или частоты услуг; с) разделение частей или сегментов потенциального или существующего рынка товаров или услуг с помощью, среди прочего, распределения потребителей, поставщиков, регионов или временных периодов; д) цен, условий, привилегий или отказа от участия в открытых торгах; II — способствование, достижение или влияние на принятие универсальных или согласованных практик ведения бизнеса среди конкурентов
Программа освобождения от наказания	От ответственности освобождается первый заявивший, не являющийся инициатором согласованных действий, принявший меры для их прекращения и представивший существовавшую информацию для принятия решения по делу	В том случае, если какой-то из бизнес-операторов добровольно сообщит о заключенном монопольном соглашении и представит важные улики в антимонопольный орган, он может получить смягчение наказания или освобождение от него	Существует развитая программа освобождения от наказания. Содействие в расследовании может повлечь прекращение карательных мер в отношении первого обратившегося нарушителя или уменьшение предполагаемого наказания
Допустимость согласованных действий	Если участники сговора смогут доказать, что положительное влияние на благосостояние превосходит негативные последствия, то согласованные действия могут быть разрешены	«Монопольные соглашения» могут быть допустимы, если будет доказана их эффективность с позиции развития и общественного благосостояния	Действия, которые имеют целью или способны производить следующие эффекты, даже если они не были достигнуты, будут считаться нарушением экономического порядка: I — ограничение или нанесение какого-либо вреда свободной конкуренции или свободной инициативе; II — установление контроля над соответствующим рынком товаров и услуг; III — безосновательное увеличение прибыли; IV — злоупотребление доминирующим положением

Окончание табл. 1

Элементы правовых норм	Закон Украины от 11 января 2001 г. № 2210-III «О защите экономической конкуренции»	Антимонопольный закон КНР от 1 августа 2008 г.	Бразильский конкурентный закон № 12.529 от 30 ноября 2011 г.
Исключения	Для горизонтальных соглашений — согласованные действия малых и средних предприятий; для вертикальных — согласованные действия, связанные с поставкой и использованием товаров; согласованные действия, связанные с ограничением сторон в рамках прав интеллектуальной собственности	Нет	Нет
Санкции	Штраф в размере до 10% дохода (выручки) субъекта ведения хозяйства от реализации продукции за последний отчетный год, что предшествовал году, в котором налагается штраф. В случае наличия незаконно полученной прибыли, которая превышает 10% процентов отменного дохода (выручки), штраф налагается в размере, не превышающем тройного размера незаконно полученной прибыли. Пострадавшие лица имеют право на возмещение потерь в двойном размере	В случае «монопольного соглашения» антимонопольный орган конфискует незаконную прибыль и накладывает штраф в размере от 1% до 10% объема продаж за прошлый год. В том случае, если заключенное монопольное соглашение не выполнялось, накладывается штраф в сумме менее 500 000 юаней. В случае злоупотребления со стороны бизнес-оператора своим доминирующим положением на рынке Антимонопольный орган конфискует незаконную прибыль и накладывает штраф в размере от 1% до 10% объема продаж за прошлый год. В том случае, если монополистические действия бизнес-оператора причинили убытки частным лицам или организациям, бизнес-оператор несет за это гражданскую ответственность. Препятствование антимонопольному расследованию может повлечь уголовное наказание	Для компаний или группы компаний: штраф в размере от 0,1% до 20% валового дохода за последний финансовый год, полученного в той сфере деловой активности, где произошло нарушение. Для производителей, прямо или косвенно ответственных за нарушение: от 1% до 20% процентов штрафа, наложенного на компанию. Штрафы, налагаемые на повторные нарушения, должны быть удвоены. Закон № 8.137 от 1990 г. предполагает также санкции в виде тюремного заключения от 2 до 5 лет

ствий уголовные санкции нигде не применяются. Как будет показано дальше, согласованные действия вообще приводят к минимальным штрафам.

Во всех странах имеется программа освобождения от наказания. Она эффективно применяется в Бразилии в отношении ряда нарушений, но для раскрытия молчаливых сговоров не оказалась полезной.

В Соединенных Штатах Америки основной антимонопольный закон — Акт Шермана. Первая статья этого закона как раз посвящена сговорам как самой опасной форме ограничения конкуренции. Указано, что ограничивающие соглашения являются незаконными, а виновные наказываются штрафом в размере, не превышающем 100 млн долл. для корпорации или 1 млн долл. для любого другого лица, или лишением свободы на срок не более 10 лет, или применяются оба указанных вида наказания по усмотрению суда.

Закон Клейтона также определяет право частных лиц требовать возмещения убытков в трехкратном размере.

Закон Шермана лаконичен, что характерно для стран общего права, где важную роль играют судебные прецеденты. Проблемы разграничения молчаливого и явного сговоров как таковой не существует, так как само понятие сговора определяется широко и включает согласованные действия, но отдельно их не выделяет.

Закон Шермана применяет жесткие санкции к нарушителям, но суровое наказание в США используют осмысленно — в стране очень высокие стандарты доказательства и существует презумпция невиновности в отношении согласованных действий. Основной своей задачей в США антимонопольные органы считают борьбу именно с картелями, но не с молчаливыми сговорами.

Лиссабонский договор Европейского Союза, по сути, значительно расширенное и смягченное подобие закона Шермана. В отличие от американских традиций, в европейских законах выделяют согласованные дей-

ствия, которые не тождественны явному сговору, что, вероятно, позднее повлияло на то, как к этому вопросу подошли в России. Наказание за нарушение — административное (взыскание до 10% от оборота).

Законы США и Евросоюза лаконичны и относительно изучены в литературе (в том числе отечественной), их содержание уже частично рассмотрено при анализе более масштабных законов других стран, также известно, что огромную роль в становлении подходов к сговорам играли судебные прецеденты. Поэтому перейдем к изучению судебной практики в разных странах.

Судебная практика

В Китае, где относительно недавно введен новый антимонопольный закон (2008 г.), еще не успели в полной мере воспользоваться всеми возможностями, предоставляемыми им. Было несколько дел, касающихся картелей. Признаков согласованных действий в них не было, решения принимались на основании представленных улик.

Что касается Украины, то, похоже, правоприменение в этой стране имеет много сходных черт с российским, что откроется при рассмотрении российской практики. Большинство дел касается нефтяного и газового рынков. В 2010 г. Антимонопольный комитет Украины возбудил дело против 15 нефтетрейдеров по признакам согласованных действий при повышении цены на бензин и дизельное топливо на розничном рынке нефтепродуктов страны¹⁶.

В 2011 г. городское территориальное отделение Антимонопольного комитета Украины оштрафовало ООО ТД «Континиум-Галичина» и ПИИ «ЛУКОЙЛ-Украина» на 34 тыс. гривен за антиконкурентные согласованные действия. Как показало расследование, субъекты хозяйствования в декабре 2009 — январе 2010 г. без объективных причин одновременно повысили и удерживали на оди-

¹⁶ <http://www.interfax.com.ua/rus/eco/34895/>.

наковом уровне розничные цены на топливо в пределах Киева¹⁷.

Хотя антимонопольный закон Украины и не различает строго виды антиконкурентных соглашений, на практике это все-таки делается. Вышеприведенные примеры следует отнести скорее к согласованным действиям, чем к картелям.

Обращаясь к бразильской практике, прежде всего стоит обратить внимание на череду дел в 2002 г., которая касалась фиксации цен розничными продавцами топлива в различных городах Бразилии. Хотя часть дел была связана с выявлением и наказанием традиционных картелей, в большинстве случаев единственным доказательством было синхронное увеличение цен на одинаковую величину. Значительное число исков требовало траты чрезмерных ресурсов от конкурентных органов. С целью оптимизации процесса и соответственно сокращения издержек SEAE (Секретариат экономического мониторинга — уполномоченный департамент Министерства финансов Бразилии) разработал специальный критерий фильтрации исков, основанный на экономическом анализе. Чтобы дело стало предметом серьезного рассмотрения антимонопольных структур, должны иметь место рост размера прибыли, существование причинно-следственной связи между этим ростом и снижением ценовой дисперсии, а также низкие издержки мониторинга.

При наличии указанных условий антимонопольные органы применяют специальные методы расследований, включающие инспекции, «рейды на рассвете» и прослушивание телефонных разговоров.

Добиться обвинительного приговора на рынке розничной торговли бензином очень тяжело, а исков в приведенном в статье примере было очень много, поэтому данная процедура хоть и создавала возможно-

сти для совершения ошибок II рода, позволяла сконцентрироваться на тех случаях, где уже имелись предпосылки для антиконкурентного поведения.

В Бразилии имеются примеры непосредственно молчаливого сговора. Они приведены в табл. 2.

В практике развитых стран норма о согласованных действиях используется редко в силу отсутствия возможности получения достоверных оценок наличия или отсутствия имплицитного сговора на рынке и специальных полномочий антимонопольных ведомств, позволяющих эффективно бороться с картелями. Обычно согласованные действия используются в комбинации с другими, более явными обвинениями. Концепция же коллективного доминирования как особенности структуры рынка является своего рода индикатором высокой вероятности согласованных действий. Такие рынки подвергаются более тщательному мониторингу.

В США начиная с самого первого судебного решения, в котором Закон Шермана был использован по отношению к согласованным действиям, стали проявляться сложности, которые требовали срочного решения. Под вопросом была сама необходимость применения конкурентного законодательства к согласованным действиям.

Так как судебная практика Соединенных Штатов в отношении сговоров описывается в литературе довольно часто, не будем подробно останавливаться на ней. Отметим, что имевшиеся в американской антимонопольной практике немногочисленные прецеденты задали очень высокий стандарт доказательства согласованных действий. Действует презумпция отсутствия молчаливого сговора. Если существует возможность объяснить повышение цен иначе чем молчаливым сговором, то вина нарушителя не признается. В Соединенных Штатах абсолютный приоритет отдается борьбе с картелями.

На данный момент ситуация не сильно отличается в Европейском союзе. Первый

¹⁷ <http://www.rbc.ua/rus/newsline/show/amku-oshtrafoval-kontinium---galichina-i-lukoyl---ukraina--12012011224200>.

Таблица 2

Антимонопольные дела в отношении согласованных действий в Бразилии

Условия дела	Дело производителей продукции плоского проката стали	Дело авиалиний Рио-де-Жанейро — Сан-Пауло	Дело четырех крупнейших газет Рио-де-Жанейро
Причина возбуждения дела	В июле 1996 г. три крупные компании сообщили в контрольный орган о намерении одновременно повысить цены. Будучи проинформированными о том, что эти действия будут расцениваться как нарушение, производители в августе все же поднимают цены. Через год они снова увеличивают цены, уже не уведомляя об этом антимонопольные органы	Крупнейшие газеты страны сообщили о встрече руководителей четырех крупнейших авиакомпаний. Через пять дней после встречи цены по направлению Рио-де-Жанейро — Сан-Пауло выросли на 10%	Четыре крупнейшие газеты Рио-де-Жанейро одновременно повысили цены на одинаковую величину
Механизм координации	Руководители фирм встречались перед обращением в контрольный орган	Компьютеризированная информационная система, с помощью которой каждая компания могла публиковать уведомление об изменении цены, которое в течение трех дней доступно только участникам рынка	Публикуемые в газетах заметки о повышении цен в один и тот же день у всех участников рынка
Аргументы обвинения	Имелось достаточное количество косвенных признаков сговора — встреча руководителей, обращение с уведомлением о росте цен, отсутствие каких-либо других объяснений одновременного и равного повышения цен	Наличие механизма координации, встреча руководителей, отсутствие других объективных причин для одновременного роста цен	Структура рынка допускала возможность для организации сговора, синхронность действий, имеется открытый канал коммуникации
Аргументы защиты	На концентрированных рынках цены имеют тенденцию к схождению вследствие конкуренции, взаимозависимости участников и наличия ценового лидера. На этом рынке важную роль играют инновации. Обвинение основано только на косвенных уликах	Увеличение цен связано с возросшими издержками	Ценообразование основано на наблюдениях за ценой лидера

случай применения концепции согласованных действий — дело Dyestuff. Комиссия изучала повышение цен различными производителями в нескольких странах и пришла к выводу, что оно является следствием согласованных практик. В дальнейшем подобное синхронное повышение цен являлось одним из индикаторов возможного согласованного поведения.

Суд Европейского союза определил согласованные действия как «сознательную координацию деятельности компаний для достижения сотрудничества, направленного против риска конкурентной борьбы, которая не принимает форму соглашения».

В дополнение к этому определению Суд Европейского союза постановил, что простой параллелизм не может признаваться нелегальной практикой. Нужно обращать внимание на структуру рынка.

В решениях, которые следовали после дела Dyestuff, Европейский суд изменил определение согласованных действий в сторону его расширения. Среди необходимых условий признания незаконной молчаливой координации Европейский суд определял также и наличие прямых или косвенных механизмов коммуникации.

Следующим важным прецедентом является ценовой параллелизм на рынке беле-

ной целлюлозы Европейского союза, т. е. дело Wood Pulp¹⁸. 43 игрока согласовывали цены в период с 1975 по 1981 г. Комиссия выявила, что компании согласовывали цены через единую фирму. Важно, что Верховный суд отказал в обвинительном приговоре, так как нашлось объяснение параллельному поведению, не связанному с согласованными действиями. Опираясь на мнение экспертов, суд отверг обвинение. Сформировалась презумпция невиновности, и в дальнейшем старались не обвинять фирмы исключительно только в согласованных действиях, призывая их к другим нарушениям.

Теперь обратимся к России. Частота, с которой российские суды выносят приговоры непосредственно по обвинениям в согласованных действиях, заставляет задуматься о том, сколь хорошо понимается судами сущность правовой конструкции согласованных действий как выражение экономической категории молчаливого сговора. Нужно отметить явное доминирование числа дел, касающихся нефтегазового сектора. Об этом говорят данные Федеральной антимонопольной службы¹⁹ и Высшего Арбитражного Суда²⁰.

В качестве исключения можно вспомнить некоторое число дел в отношении розничных сетей или расследования по поводу предположительно согласованных тарифов на роуминг, в ходе которого сотовым операторам предлагалось законодательно разграничить параллельное поведение, вызванное объективными причинами, и согласованные действия.

Согласно статистике Федеральной антимонопольной службы, всего территориальными органами ФАС России в конце 2010 и начале 2011 г. возбуждено 92 дела по нарушению антимонопольного законодательства на товарных рынках нефтепро-

дуктов, где 58 дел относятся к злоупотреблению доминирующим положением и 34 — к согласованным действиям по установлению и поддержанию цен на нефтепродукты. Факт нарушения антимонопольного законодательства подтвердился в 51 случае (из них по ст. 10 — 33 дела, по ст. 11 — 18 дел).

В целом данная статистика только подтверждает опасения в возможной ошибке и использовании категории согласованных действий и злоупотреблении коллективным доминированием в качестве сговора, не требующего доказательств.

Ситуация отличается относительной стабильностью — с 2008 по 2009 г. ФАС России и территориальные органы ФАС России возбудили более 250 дел на рынках нефтепродуктов, большая часть которых относилась к злоупотреблению доминирующим положением, а остальная — к согласованным действиям.

Однако отметим, что эта статистика касается периода, предшествующего принятию третьего антимонопольного пакета. К сожалению, после его принятия прошло слишком мало времени, чтобы можно было оценить, сколь сильно новеллы этого пакета повлияли на статистику дел в отношении согласованных действий. Дополнительная сложность связана с невозможностью сопоставлять агрегированную статистику, которая в отношении соглашений и согласованных действий была разделена только после принятия третьего антимонопольного пакета. Согласно последнему докладу ФАС о состоянии конкуренции в Российской Федерации число дел по соглашениям и согласованным действиям в 2012 г. сократилось на 39% по сравнению с 2011 г. Статистика 2011 г. не отражает, за счет чего именно произошло снижение. В самой антимонопольной службе понимают, что большое количество дел по согласованным действиям не является нормальным. Собственно, новеллы третьего антимонопольного пакета в части корректировок статей, связанных с согласованными действиями, были,

¹⁸ Motta M. *Competition Policy. Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press. 2004. P. 211–219.

¹⁹ <http://www.fas.gov.ru/>.

²⁰ <http://www.arbitr.ru/>.

в частности, призваны уменьшить число дел по согласованным действиям и развивать практику квалификации сговоров как картелей, приближая таким образом российское правоприменение к нормам лучших мировых практик²¹.

В статье продемонстрировано, что дел, инициированных в регионах, много. Некоторые особенности их ведения напоминают о том, как велись дела против нефтяников в трех волнах антимонопольных дел. Обвинялись эти компании в том числе в злоупотреблении коллективным доминированием. Географическими границами рынка в делах против нефтяников стали границы Российской Федерации на том основании, что игроками выступают вертикально-интегрированные нефтяные компании (ВИНК), которые фактически контролируют весь процесс реализации нефтяных продуктов. При этом в регионах нефтяные дела рассматриваются в их собственных географических границах, а цены нередко сравниваются с ценами в других регионах. В целом стандарты доказательств в делах против нефтяных компаний явно оставляли желать лучшего, велись они с множеством натяжек, реализовав большую часть рисков, создаваемых существующим законодательством и стандартами экономической аргументации²².

Не всегда суды принимают сторону антимонопольного органа. В качестве примеров можно привести, например, обвинение в согласованных действиях компаний ОАО «Ростовтоппром», ООО «ПРОМУГОЛЬСНАБ» и ООО ТЭК «ОСКАР» управлением Федеральной антимонопольной службы по Ростовской области в 2010 г. или дело в отношении гостиниц Петербурга в 2009 г., где суд справедливо решил, что констата-

ция синхронности поведения не может быть признана достаточным основанием для обвинения.

Заключение

В статье были проанализированы нормы антимонопольного законодательства в отношении согласованных действий на товарных рынках и их применение в судебной практике.

В целом можно сказать, что в динамике наблюдается некоторая синхронизация антимонопольных законов различных стран. Все страны стараются перенять лучшие практики и применить их у себя.

Большое сходство законодательных норм говорит в том числе и о том, что не стоит слишком много внимания уделять постоянному изменению формулировок в законах, за исключением совсем уж спорных случаев вроде уголовного преследования за согласованные действия в недавнем прошлом. Лучшие практики свидетельствуют о необходимости формировать стандарты доказывания в реальной судебной практике.

Соглашения и согласованные действия следует строго разграничивать. В этом смысле законодательство прогрессирует. С практикой не все так гладко. Особенно в отношении коллективного доминирования, которое по какой-то причине пока слабо воспринимается как молчаливый сговор.

Не стоит считать коллективное доминирование чем-то противоестественным, но, следуя лучшим традициям Европы и Америки, надо гораздо внимательнее проводить мониторинг рынков, где обнаруживаются признаки совместного доминирования. Важна профилактика. Об этом свидетельствует и опыт Бразилии, где компании обязаны согласовывать с антимонопольным ведомством каждое действие, угрожающее свободной конкуренции.

Практика показывает, что уголовная ответственность не является существенным фактором сдерживания. Во-первых, нало-

²¹ <http://www.garant.ru/action/interview/369702/>.

²² Авдашева С., Дзагурова Н., Крючкова П., Юсупова Г. Развитие и применение антимонопольного законодательства в России: по пути достижений и заблуждений. М: Издательский дом Высшей школы экономики, 2011. С. 82.

жить штраф и возместить потери гораздо выгоднее в интересах общественного благосостояния. Во-вторых, норма в России, как и в большинстве других стран, все равно не работает. Уголовное наказание за согласованные действия убрали из Кодекса третьим антимонопольным пакетом поправок, но в данном случае замечание в первую очередь касается злоупотребления коллективным доминированием.

Программа освобождения от ответственности в отношении согласованных действий неэффективна. У информатора нет возможности предоставить улики, как это могло бы быть в случае картеля. Найти опровержения этому утверждению не удалось.

Количество дел и их уклон к нефтегазовому сектору позволяет предположить, что баланс ошибок первого и второго рода в российской правоприменительной практике не соблюдается, а довольно сложная для обоснования норма применяется для решения задачи оперативного наведения порядка в значимых отраслях. Стандарты доказательства имеют потенциал для улучшения.

Требуются усилия в направлении адвокации конкуренции. Непонимание разницы между экономическим и даже правовым содержанием понятий «соглашения» и «согласованные действия» даже в профессиональной среде увеличивает неопределенность.

Следуя практике Евросоюза и США, все же должна существовать презумпция невиновности в отношении согласованных действий. Даже в развитых странах справедливость решений каждый раз оказывается под вопросом в силу самой природы этого явления.

Список литературы

1. *Авдашева С.* Незаконность молчаливого сговора в российском антимонопольном законодательстве: могут ли экономисты быть полезны при разработке юридических норм? // Вопросы экономики. 2011. №5. С. 89–102.
2. *Авдашева С., Дзагурова Н., Крючкова П., Юсулова Г.* Развитие и применение антимонопольного законодательства в России: по пути достижений и заблуждений. М: Издательский дом Высшей школы экономики, 2011. — 112 с.
3. *Авдашева С., Шаститко А.* Экономика уголовных санкций за нарушение антимонопольного законодательства // Вопросы экономики. 2010. №1. С. 129–142.
4. *Авдашева С. Б., Шаститко А. Е., Калмычкова Е. Н.* Экономические основы антимонопольной политики: российская практика в контексте мирового опыта // Экономический журнал ВШЭ. 2007. №2. С. 234–270.
5. *Дзагурова Н. Б.* Ошибки I и II рода в регулировании вертикальных ограничивающих соглашений // Современная конкуренция. 2013. №6 (42). С. 33–47.
6. *Кинев А. Ю.* Классификация антиконкурентных соглашений в антимонопольном законодательстве Российской Федерации // Современная конкуренция. 2011. №1 (25). С. 72–96.
7. *Павлова Н., Шаститко А.* Эффекты «негостеприимной традиции» в антистрате: деятельное раскаяние против соглашений о кооперации? // Вопросы экономики. 2014. №3.
8. *Юсулова Г. Ф.* Проблемы противодействия ограничивающим конкуренцию соглашениям в российской антимонопольной политике // Современная конкуренция. 2009. №2 (14). С. 31–43.
9. *Avdasheva S. B., Goreyko N., Pittman R.* Collective Dominance and its Abuse under the Competition Law of the Russian Federation // World Competition: Law and Economics Review. 2012. Vol. 35. № 2. P. 245–268.
10. *Clark J* (2000). Competition policy and regulatory reform in Brazil: A progress report. OECD Competition Policy Review. 2 (3).
11. *Cooper T. E.* Most-Favored-Customer Pricing and Tacit Collusion // The RAND Journal of Economics. 1986. Vol. 17. №3. P. 377–388.
12. *Douglas H. Ginsburg, Joshua D. Wright.* Antitrust Sanctions // Competition Policy International. Vol. 6. №2. 2010. P. 3–39.
13. *Greenberg M., Cordovil L.* Carlos Amadeu Bueno Pereira de Barros. Brazil // Getting the Deal Through — Cartel Regulation. 2011. P. 24–30.

14. *Hinloopen J., Soetevent A.* Laboratory evidence on the effectiveness of corporate leniency programs. *The RAND Journal of Economics*. Vol. 39. №2. Summer 2008. P. 607–616.
15. *Ivaldi M., Jullien B., Rey P., Seabright P., Tirole J.* *The Economics of Tacit Collusion // Report prepared for European Competition Commission. IDEA, Toulouse. 2003.*
16. *Gutiérrez R Juan David.* Tacit collusion in Latin America: A comparative study of the competition laws and their enforcement in Argentina, Brazil, Chile, Colombia and Panama, en D. Sokol (ed.) «Latin American Competition Law and Policy», Hart Publishing, UK (2009). P. 303–493.
17. *Kim B., Shi M., Srinivasan K.* Reward Programs and Tacit Collusion // *Marketing Science*. 2001. Vol. 20. №2. P. 99–120.
18. *Kühn K., Matutes C., Moldovanu B.* Fighting Collusion by Regulating Communication between Firms // *Economic Policy*. 2001. Vol. 16. №32. P. 167, 169–204.
19. *MacLeod W. B., Norman G., Thisse J.-F.* Competition, Tacit Collusion and Free Entry. *The Economic Journal*. 1987. Vol. 97. №385. P. 189–198.
20. *Levenstein Margaret C., Suslow Valerie Y.* What Determines Cartel Success? // *Journal of Economic Literature*, Vol. 44. №1. 2006. P. 43–95.
21. *Motta M.* *Competition Policy. Theory and Practice.* Cambridge: Cambridge University Press. 2004. P. 616.
22. *Rapson D.* Tacit Collusion in the 1950s Automobile Industry? Revisiting Bresnahan (1987) // https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=IIOC2009&paper_id=599.
23. *Spence M.* Tacit Co-Ordination and Imperfect Information // *The Canadian Journal of Economics // Revue canadienne d'Economique*. 1978. Vol. 11. №3. P. 490–505.
24. *Vasconcelos H.* Tacit Collusion, Cost Asymmetries, and Mergers // *The RAND Journal of Economics*. 2005. Vol. 36. №1. P. 39–62.
25. *Bolotova Yuliya.* Cartel Overcharges: an Empirical Analysis. *Journal of Economic Behavior & Organization*, 2009. Vol. 70. Issue 1–2. P. 321–341.

R. Levitsky, Postgraduate Student Faculty of Economics of the Department of Applied Institutional Economics Lomonosov Moscow State University, rlevitsky@yahoo.com

ANALYSIS OF ANTITRUST LAW WITH REGARD TO CONCERTED ACTION IN THE PRODUCT MARKETS

This paper presents a comparative analysis of antitrust law with regard to concerted action in the product markets in the specially selected countries. The strengths and the weaknesses of the legislation of each country are identified. A brief overview of the theoretical developments in relation to tacit collusion as an economic category is presented. Law enforcement practice with regard to concerted action in the context of cross-country comparisons is considered. Some recommendations for improving the antitrust laws and enforcement are presented.

Keywords: competition policy, antitrust law, agreements and concerted action, tacit collusion, collective dominance.