

Макаров А. В., стажер-исследователь ИАПР ВШЭ, аспирант факультета Экономики, НИУ ВШЭ, г. Москва, andreymakarovh@mail.ru

ТРАНСФОРМАЦИИ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ ПОЛИТИКИ В СФЕРЕ БОРЬБЫ СО СГОВОРом В СТРАНАХ ПЕРЕХОДНОЙ ЭКОНОМИКИ: РОССИЯ, УКРАИНА, КАЗАХСТАН¹

В данной статье рассматриваются трансформации антимонопольной политики в отношении сговора в странах переходной экономики, предлагается схема институционального анализа. В частности, рассматриваются проблемы: разграничение типов нарушений (в том числе явный vs молчаливый сговор, горизонтальные vs вертикальные соглашения), жесткость запретов (принципы «per se» vs «rule of reason»), дизайн системы санкций, программы освобождения от наказания и т. д. Проанализирован опыт России, Украины и Казахстана в сфере борьбы со сговором, включая как особенности законодательства, так и правоприменительную практику, показаны проблемы, остающиеся актуальными для стран переходной экономики в этой сфере. В том числе проанализированы проблемы межведомственного взаимодействия и стандартов доказательств по делам о сговоре.

Ключевые слова: сговор, картель, антимонопольная политика, программа освобождения от наказания (ПОН), страны переходной экономики, Россия, Украина, Казахстан.

Введение

История антимонопольной политики в таких странах, как США, насчитывает уже более 100 лет, в то же время во многих странах, начавших переход к рыночной экономике, антимонопольные институты и нормы начали складываться буквально в течение последних 10–20 лет. Принятие национального антимонопольного законодательства происходило не только в бывших социалистических странах, это было общемировой тенденцией. Согласно

данным Nicholson², с 1995 по 2003 г. количество стран со сложившимися «антимонопольными режимами» выросло с 35 до 100. Скорость внедрения антимонопольного законодательства показана на рис. 1.

Формирующиеся правила игры в данных странах зачастую являются нестабильными и несовершенными. К числу стран с нестабильными антимонопольными институтами относятся и страны бывшего СССР и Восточной Европы, в том числе и Россия (так, российский Закон «О защите конкуренции» от 2006 г. правила уже более 20 раз).

¹ Статья написана в рамках проекта ЦФИ НИУ ВШЭ ТЗ – 1 «Оценка эффектов конкурентной политики».

² Nicholson, M. W. Quantifying Antitrust Regimes. FTC Working Paper 267, Washington DC. 2004.

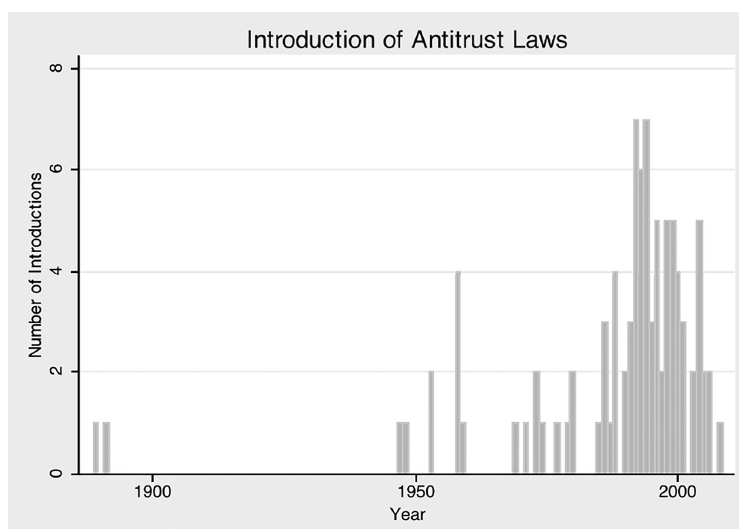


Рис. 1. Хроника введения антимонопольного законодательства в мире³

С учетом монополизированной структуры экономики, свойственной плановой системе, в странах с переходной экономикой понятна сложность в формировании эффективных работающих антимонопольных механизмов, в том числе и в контексте борьбы с картелями.

В данной статье будет проанализировано, как проходила и к каким последствиям привела трансформация антимонопольных норм и правоприменительной практики предотвращения сговора в России, Украине, Казахстане. В конце 1980-х — начале 1990-х годов они находились в схожих институциональных условиях и были вынуждены выстраивать совершенно новые институты защиты конкуренции. В то же время в отличие от стран ЦВЕ, Россия, Украина и Казахстан следовали в развитии антимонопольной политики оригинальными путями, не испытывая воздействия со стороны законодательства Европейского Союза, как большинство других восточноевропейских стран. Правда в настоящий момент в рамках Евразийской

экономической комиссии предполагается некоторая унификация, в том числе и в сфере антимонопольной политики.

Помимо этого стоит отметить, что в то время как в научной литературе существует класс работ, посвященный достаточно подробному анализу становления антимонопольных институтов в США⁴ или в странах Западной Европы⁵, к опыту стран ЦВЕ или СНГ обращались крайне мало, в лучшем случае акцентировалось внимание на опыте одной страны.

В рамках данной статьи в 1 разделе будут предложены критерии сравнения зако-

⁴ В частности, статьи *Kovacic W. E., Shapiro C.* Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking // *Journal of Economic Perspectives*. 2000. Vol. 14 (1), p. 43–60; *Mueller D. C.* Lessons from the United States's antitrust history // *International Journal of Industrial Organization*. 1996. Vol. 14, p. 415–445; *Hart D.* Antitrust and technological innovation in the US: ideas, institutions, decisions, and impacts, 1890–2000 // *Research Policy*. 2001. Vol. 30, p. 923–936.

⁵ Например, работы *Neven D. J.* Competition economics and antitrust in Europe // *Economic Policy*. 2006. Vol. 21 (48), p. 741–791; *Wigger A., Nolke A.* Enhanced roles of private actors in EU business regulation and the erosion of rhinish capitalism: The case of antitrust enforcement // *Journal of Common Market Studies*. 2007. Vol. 45 (2), p. 487–513.

³ Из *Petersen N.* Antitrust Law and the Promotion of Democracy and Economic. Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods. 2011. [Электронный ресурс]. URL: http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2011_03online.pdf.

Таблица 1

Индекс «проработанности» антимонопольного законодательства. Nicholson (2004)⁶

Страна	Индекс	Страна	Индекс	Страна	Индекс
США	21	Италия	15	Дания	12
Украина	20	Чехия	14	Бразилия	11
Турция	19	Израиль	14	Коста-Рика	11
Бельгия	18	Корея	14	Финляндия	11
Латвия	18	Словения	14	Норвегия	11
Польша	18	Тайвань	14	Германия	10
Румыния	18	Венесуэла	14	Ямайка	10
Аргентина	17	Замбия	14	Новая Зеландия	10
Литва	17	Австралия	13	Панама	10
ЮАР	17	Канада	13	Шри-Ланка	10
Узбекистан	17	Индонезия	13	Тунис	10
Франция	16	Македония	13	Япония	9
Ирландия	16	Мексика	13	Великобритания	9
Кения	16	Перу	13	Югославия	8
Словакия	16	Испания	13	Нидерланды	7
Швеция	16	Таиланд	13	Чили	4
Хорватия	15	Армения	12	Мальта	4
Эстония	15				

Примечание. Максимально возможный индекс составляет 32 балла, что означает полное урегулирование всех антимонопольных случаев в законодательстве.

нодательства о сговоре и практики его применения, во 2 разделе будет проанализирован опыт России, Казахстана и Украины, далее будут сделаны основные выводы.

Критерии сравнения законодательства о сговоре и практики его применения

Проблема сговора признается серьезным вызовом во всех развитых странах, однако практика каждой юрисдикции имеет свои важные особенности. В этой связи следует проанализировать, насколько эффективным оказался опыт различных стран в формировании антимонопольных институтов в данной сфере. Как показывает практика, зачастую межстрановой анализ работы антимонопольных институтов сводится к попыткам интерпретации количественных характеристик без должного учета качественного различия в режимах регулирования.

Ярким примером является индекс Николсона (табл. 1).

Если судить только по формальным характеристикам, многие постсоветские страны успешно справились с задачей формирования антимонопольных институтов. Так, в рейтинге стран по «проработанности» антимонопольного законодательства от 2004 г. Украина неожиданно занимает 2-место, хорошие результаты показывают и другие изучаемые страны. В то же время существуют резонные сомнения, что такие страны, как Украина или Турция, действительно можно отнести к странам — лидерам в контексте эффективности работы антимонопольных институтов. Скорее, показано не качество или «адекватность» регулирования, речь

⁶ Nicholson, M. W. Quantifying Antitrust Regimes. FTC Working Paper 267, Washington DC. 2004.

идет просто о том, насколько подробно в законодательстве упомянуты возможные действия, приносящие ущерб конкуренции. Однако сама по себе детализация антимонопольного права не может считаться гарантией его результативности и согласованности, не говоря уже про вопросы правоприменительной практики.

Существуют другие способы измерения эффективности работы антимонопольных институтов. Очень часто упор делается на характеристику регулятора с точки зрения его кадровых и финансовых возможностей. В приведенной ниже табл. 2 приведены сведения такого рода о соответствующих антимонопольных органах, полученные

Таблица 2

Данные о деятельности антимонопольных органов

Страна	Оценка World Economic Forum Survey Results on Antimonopoly Policy 2001–2002 Nicholson (2004)	Бюджет АО Global Competition Review (2003)	Число сотрудников Global Competition Review (2003)	Бюджет/число сотрудников Global Competition Review (2003)	Бюджет/ Национальный доход (* 10000) Global Competition Review (2003)
Канада	5,6	21300000	325	65,538	25,8
Чехия	3,7	2059715	120	17,164	14,1
Бельгия	5.8	180000	20	9000	0,7
Дания	5.7	8300000	65	127,692	54,2
Эстония	4.2	711200	39	18236	54,7
Финляндия	6.6	807410	42	19224	6,5
Франция	5.8	79,501,405	287	277,008	55,8
Германия	6.2	13325240	150	88835	6,4
Греция	4.1	–	–	–	–
Венгрия	4.8	–	–	–	–
Италия	5.2	32000000	121	264463	22,5
Латвия	3.8	3480000	25	139200	193,3
Литва	3.4	796600	55	14484	27,5
Нидерланды	6.2	34000000	158	215190	77,4
Норвегия	5.3	9000000	80	112500	68,2
Польша	4.6	5303312	237	22377	14,7
Португалия	4.5	–	–	–	–
Румыния	3.7	1652709	346	4777	12,7
Россия	3.1	-	-	-	-
Словакия	3.8	1115337	59	18904	17,4
Словения	4.2	428579	11	38962	12,6
Испания	5.2	2700000	95	28421	3,3
Швеция	5.5	9000000	94	95745	42,5
Швейцария	5.0	–	–	–	–
Украина	3.3	–	–	–	–
Великобритания	5.8	101682682	708	143,620	71,1
США	6.0	307000000	1378	222,787	31,4

приблизительно в те же годы, когда был составлен рейтинг Николсона.

Регулярно обновляемый рейтинг *Global Competition Review* старается учесть количественные показатели работы антимонопольных органов, включая помимо вышеупомянутых сведений о количестве сотрудников и бюджете антимонопольного органа также вопросы об опыте работы сотрудников и их уровне образования, анализируется количество собранных штрафов и т. д. Однако рейтинг предоставляет большое количество параметров для оценки не столько эффективности, сколько масштабов работы регулятора.

Существуют рейтинги, основанные на работе с «общественным мнением». Так, в основе «World Economic Forum Survey Results on Antimonopoly Policy 2001–2002» лежат опросы представителей крупных компаний относительно их оценки эффективности работы антимонопольного регулятора. В рамках опроса можно было поставить регулятору оценку от 1 до 7, где 7 означает максимально эффективную защиту конкуренции. Данные результаты, однако, также затруднительно использовать в качестве окончательной оценки — все же восприятие крупными компаниями работы регулятора не может в полной мере отразить степень эффективности работы институтов по защите конкуренции и общественного благосостояния.

«Качество» антимонопольной политики не может быть охарактеризовано исключительно количественными критериями, необходим институциональный анализ. В данной статье предлагаются критерии оценки эффективности антимонопольной политики, с помощью которых можно учитывать основные положения как в законодательстве, так и в правоприменении, а также сравнить практику стран переходной экономики с практикой развитых стран.

Можно выделить следующие вопросы, по которым могут серьезно различаться подходы и опыт различных стран с точки зрения борьбы со сговором.

- Проблема классификации нарушения как такого (в частности, актуальная проблема разграничения — сговор vs согласованные действия) и ее разрешение, важным камнем преткновения, как будет показано позднее, является вопрос стандартов доказательств.

- Соотношение «per se» и «rule of reason». В антимонопольной практике большинства стран различаются запреты и ограничения в контексте абсолютного запрета (per se), который часто используется в случае явного сговора, а также принципа «rule of reason», который предполагает оценку не явления как такого, но в первую очередь его последствий, калькулирование выгод и издержек. Переход к использованию принципа «rule of reason» произошел даже в США далеко не сразу, и произошел во многом благодаря роли академических исследований, в частности благодаря деятельности так называемой «Чикагской школы»⁷. Немаловажную роль в переходе к новому принципу сыграл сам по себе рост роли экономического анализа в принятии антимонопольных решений⁸. В экспертном сообществе существует много работ, посвященных проблеме поиска оптимального режима антимонопольного регулирования⁹, дискуссия

⁷ Подробнее об этом *Hart D.* Antitrust and technological innovation in the US: ideas, institutions, decisions, and impacts, 1890–2000 // *Research Policy*. 2001. Vol. 30, p. 923–936.

⁸ *Katsoulacos Y., Ulph D.* Optimal Enforcement Structures for Competition Policy. 2009. [Электронный ресурс]. URL: <http://www.cresse.info/uploadfiles/Optimal%20Enforcement%20Structures%20without%20multi%20stage%20rules%205.pdf>.

⁹ См. например *Frezal S.* On optimal cartel deterrence policies // *International Journal of Industrial Organization*. 2006. Vol. 24, p. 1231–1240; *Katsoulacos Y., Ulph D.* Legal Uncertainty and the Choice of Enforcement Procedures. 2012. [Электронный ресурс]. URL: http://virgo.unive.it/seminari_economia/Katsoulacos.pdf; *Katsoulacos Y., Ulph D.* On Optimal Legal Standards for Competition Policy — A General Analysis. 2008. [Электронный ресурс]. URL: <http://else.econ.ucl.ac.uk/papers/uploaded/308.pdf>; *Block W.* Total repeal of antitrust legislation: a critique of Bork, Brozen and Posner // *The Review of Austrian Economics*. 1994. Vol. 8, No. 1, p. 35–70.

по данным вопросам далека от завершения. Одним из основных доводов в пользу перехода к гибкому режиму запретов становится приоритет обеспечения благосостояния потребителей и необходимость калькулирования последствий действий экономических агентов в данном контексте¹⁰. Принцип «rule of reason» скорее рассматривается в качестве приоритетного для развитых стран, так как требует больших затрат на экспертную оценку результатов трансакции и высокого качества работы регулятора. Возникает дилемма для развивающихся стран — стоит ли придерживаться ограничений *per se*, которые с одной стороны действительно вносят предсказуемость в деятельность далеко не всегда устоявшиеся правила игры. С другой стороны система жесткого регулирования может ограничивать экономических агентов и в тех случаях, когда в действительности ущерба для конкуренции не происходит.

- Наличие законодательного разграничения горизонтального и вертикально-антиконкурентного соглашения с соответствующей дифференциацией в рамках оценки последствий и размера штрафных санкций. Горизонтальный сговор (сговор между конкурентами), особенно при таких «тяжелых» последствиях, как фиксировании цен, раздел рынков, сговоры на торгах¹¹, преимущественно рассматривают в рамках подхода «*per se*» с соответствующими серьезными санкциями, вплоть до тюремного заключения. В то же время традиционный подход (но не во всех странах) к вертикальным соглашениям между поставщиком и дистрибьютором более мягкий, ближе к подходу *rule of reason*, суровые наказания за вертикальный сговор могут быть обусловлены наличием значительной рыночной власти участников. Так

многие работы посвящены обоснованию существенных положительных эффектов вертикальных соглашений, в частности в связи с защитой инвестиций в специфические активы и в рамках развития неценовых видов конкуренции¹².

- Роль унификации антимонопольного законодательства. Для стран переходной экономики в целом было характерно широко-масштабное импортирование, в том числе, и антимонопольных институтов в процессе рыночных преобразований. Особенно ярко это заметно по странам Восточной Европы, вступившим в Европейский союз, так как взятые на себя обязательства стимулировали их к скорейшему импортированию норм антитраста по аналогии с Европейской комиссией. Масштабы и способ импорта в законодательстве России, Украины и Казахстана — предмет специального анализа с менее предсказуемыми результатами.

- Размер санкций (в том числе фиксированные ли это штрафы или устанавливается определенный процент от оборота компании), существует ли уголовное наказание за участие в картеле, кто признается виновным в правонарушении — юридические, физические или должностные лица и т. д., существует ли четкая методология определения размера штрафа и какие факторы при этом учитываются. Механизмы уголовного преследования за антимонопольные нарушения зачастую характеризуются значительными проблемами в правоприменительной практике, в том числе и в России¹³.

- Роль частного правоприменения (*private enforcement*) и возможности взыскания ущерба. Чьей инициативой должно быть вмешательство, направленное на защиту конкуренции — государственных органов

¹⁰ Bork R. H. Resale Price Maintenance and Consumer Welfare // Yale Law Journal. 1968. Vol. 77, p. 950–964.

¹¹ Механизмы которых требуют отдельного рассмотрения, см. например — Che Y.-K., Kim J. Optimal collusion-proof auctions // Journal of Economic Theory. 2009. Vol. 144, pp. 565–603.

¹² См. например Pittman R. Competition Law in Central and Eastern Europe: Five Years Later // Working Papers from U. S. Department of Justice — Antitrust Division. 1997.

¹³ Авдашева С., Шаститко А. Экономика уголовных санкций за нарушение антимонопольного законодательства // Вопросы экономики, 2010. №. 1. С. 129–142

или частных лиц, пострадавших от контрагентов или конкурентов? В США в соответствии с законом Клейтона (1914) предлагается трехкратное возмещение ущерба пострадавшим от нарушения антимонопольных норм, в этой связи резко возрастает роль частной инициативы в антимонопольных тяжбах. За пределами США участие пострадавших в антимонопольных расследованиях в целом остается ограниченным. В то же время очевидны и возникающие в этой связи проблемы, в том числе ошибки 1 рода¹⁴ — возможное превращение антитраста в инструмент конкурентной борьбы или даже извлечения ренты.

• Параметры программ освобождения от наказания (далее ПОН или *Leniency programs*). Программы предлагают полное или частичное освобождение от санкций, для участников сговора, сдавшихся регулятору на определенных условиях. Тем самым увеличиваются стимулы для компании «предать» других участников картеля, может существенно сокращаться длительность функционирования картелей и улучшаться в целом конкурентная среда. Программы активно работают в США и Западной Европе, в последние годы институт активно импортируется в странах переходной экономики. Проблема оптимального дизайна *leniency* активно обсуждается в научной литературе¹⁵, проводятся обширные лабораторные опыты по влиянию *leniency* на механизмы принятия реше-

ний агентами¹⁶. На теоретическом уровне обосновывается также идея эффективности положительного премирования сдавшегося участника для увеличения соответствующих стимулов, что на практике по понятным причинам является сложно реализуемым¹⁷. В большинстве стран предусмотрены различные механизмы обеспечения того, чтобы программа *Leniency* выступала не как мера благоприятствования виновному, но как мера создания правильных стимулов (в частности оговорка о нераспространении программы на инициатора сговора).

• Полномочия антимонопольных органов, их финансовые возможности, возможности оперативно-разыскной деятельности и т. д. Существует специфический баланс — чем строже в правоприменительной практике относятся к косвенным доказательствам, тем больше возникает необходимости в получении прямых доказательств, для которых необходимо в свою очередь увеличение полномочий антимонопольного ведомства в оперативно-разыскном русле, включая рейды, доступа к коммерческой тайне, тайне переговоров и т. д., что также может иметь отрицательные последствия с точки зрения защиты прав собственности. Нельзя не учитывать и проблемы соотношения результатов и издержек, а именно в контексте необходимых ресурсов, затрачиваемых на контроль над агентами со стороны регулятора¹⁸.

¹⁴ Крючкова П., Авдашева С. Государственный и частный инфорсмент законодательства при риске ошибок I рода: выбор для России // Журнал Новой экономической ассоциации. 2012. №3 (15). С. 114–140.

¹⁵ См. например, *Brenner S.* An empirical study of the European corporate leniency program // *International Journal of Industrial Organization*. 2009. Vol. 27, p. 639–645; *Lefoulli Y., Roux C.* Leniency programs for multimarket firms: The effect of Amnesty Plus on cartel formation // *International Journal of Industrial Organization*. 2012. Vol. 30, p. 624–640; *Motta M., Pollo M.* Leniency programs and cartel prosecution // *International Journal of Industrial Organization*. 2001. Vol. 21 (3), p. 347–379; *Spagnolo G.* Optimal deterrence mechanisms against cartels and organized crime, mimeo, Mannheim. 2003.

¹⁶ См. например, *Hinloopen J., Soetevent A. R.* Laboratory evidence on the effectiveness of corporate leniency programs // *RAND Journal of Economics*. 2008. Vol. 39 (2), p. 607–616; *Hamaguchi Y., Kawagoe T., Shibata A.* Group size effects on cartel formation and the enforcement power of leniency programs // *International Journal of Industrial Organization*. 2009. Vol. 27 (2), p. 145–165.

¹⁷ *Aubert C., Rey P., Kovacic W. E.* The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels // *International Journal of Industrial Organization*. 2006. Vol. 24, p. 1241–1266.

¹⁸ Авдашева С., Крючкова П. Почему издержки на контроль растут, а законы соблюдаются все хуже: экономический анализ применения административного права в России // ЭКО. 2013. №4. С. 119–133.

- Влияние на эффективность антимонопольной политики эффективности функционирования институтов в стране. Эффективность антитраста как такого требует определенного качества других институтов, в том числе качества работы судебной системы (в частности особенности обжалования, длительность тяжб, возможности досудебного урегулирования споров), низких коррупционных рисков и т. д.

Трансформация антимонопольных институтов в сфере борьбы со сговором — изучение опыта стран СНГ

В данном разделе будут показаны различия в институциональном оформлении правил игры в странах СНГ в контексте борьбы со сговором. Основной акцент будет сделан на специфике развития законодательства и правоприменительной практики страны. Если не оговорено иное, статистика по странам будет приводиться согласно официальным отчетам регулятора.

Россия

В России антимонопольные институты начали складываться с периода начала формирования рыночной экономики, и в 1991 г. был принят базовый Закон «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», который в 2006 г. был заменен Законом «О защите конкуренции».

В рамках антимонопольного закона от 1991 г. еще не существовало четкого разделения между сговором (формированием картеля) и согласованными действиями, данные вопросы регулировались статьей 6, которая описывала *Соглашения (согласованные действия)*. Запрещались ограничивающие конкуренцию горизонтальные соглашения конкурентов в любой форме по поддержанию цен, в том числе на торгах, разделу рынка (*по территориальному принципу, по объему продаж или закупок,*

по ассортименту реализуемых товаров либо по кругу продавцов или покупателей), по ограничению доступа на рынок, по отказу от заключения договоров, но только если они в совокупности занимали доминирующее положение. По аналогичным поводам запрещались и вертикальные соглашения, причиняющие вред конкуренции. Соглашения могли быть признаны законными, если «способствовали или будут способствовать насыщению товарных рынков, улучшению потребительских свойств товаров и повышению их конкурентоспособности, в частности на внешнем рынке.» Вертикальные соглашения формально трактовались так же, как и горизонтальные — однако фактически антимонопольные запреты к вертикальным соглашениям применялись намного более либерально.

За прошедшие 20 лет сам закон и его формулировки неоднократно менялись, сохраняя вместе с тем общую юридическую преемственность. Только Законом от 2011 г. был проведен раздел между статьями о картелях и согласованных действиях — появляется отдельная ст. 11.1 для согласованных действий и вводится понятие картеля. Одновременно был закрыт вопрос о возможности картеля внутри группы компаний, что сняло возможность криминализации обычной хозяйственной деятельности фирмы.

Согласованные действия («молчаливый сговор») не требуют, в отличие от картеля, доказательств переговоров между участниками. Проблемы возникают в разграничении мотивов — объяснимы ли действия агентов их умышленной координацией, либо же в основе лежат объективные экономические факторы, влияющие на всех участников схожим образом (изменение в издержках или мировой конъюнктуре). Хотя ст. 8 оговаривает такие исключения — «*изменение регулируемых тарифов, изменение цен на сырье..., изменение цен на товар на мировых товарных рынках, существенное изменение спроса на товар* (обычно анализируется пе-

риод не менее года).», иногда обычная ценовая конкуренция может быть расценена как нарушение.

Закон содержит определенные постулаты, направленные на то, чтобы защитить добросовестных конкурентов (так, действия участников *согласованных действий* должны соответствовать интересам каждого, что фактически предполагает сопоставимые рыночные доли, действия участников должны быть заранее известны другим и т. д.). Однако практика предполагает априори более слабые доказательства вины по данным делам, чем в случае классического сговора. С другой стороны, склонность Федеральной антимонопольной службы к расследованию согласованных действий может быть объяснена и в контексте полномочий регулятора — ФАС России отмечает, что обладает более скромными полномочиями по проведению ОРД, чем регуляторы развитых страны¹⁹, что затрудняет получение необходимых улик, необходимых для выявления «настоящего картеля».

Важно отметить, что если в первоначальной редакции закона запрещались соглашения и согласованные действия, только в случае *доминирования* (в совокупности) участников, то уже в 1995 г. данный порог был снижен до 35%, в 2002 г. частично отменен, оставив пороговое значение в 35% только для вертикальных соглашений, а в дальнейшем порог для них был снижен до 20% (для согласованных действий остается порог в 20% для компаний в совокупности, если доля каждой не превышает 8%). Данная тенденция не характерна для стран ЦВЕ, в них в соответствии с рекомендациями Европейской комиссии внедрялся порог *De Minimis* для стимулирования концентрации внимания регулятора на компаниях, обладающих рыночной властью. В России же,

¹⁹ Кинёв А. Ю. Картель — тайная монополия: сборник статей и интервью. 2012. М. [Электронный ресурс]. URL: http://www.hmao.fas.gov.ru/sites/hmao.f.isfb.ru/files/analytic/2013/03/05/kniga._kartel_-_taynaya_monopoliya.pdf.

напротив, устранялись ограничения связанные со структурой рынка. С одной стороны, разумеется, сговор является серьезным правонарушением, но с другой стороны с точки зрения защиты общественного благосостояния предпочтительнее уделять внимание именно крупным компаниям, способным оказать на конкуренцию серьезное воздействие.

В 2008 г. было создано специальное управление по борьбе с картелями и в настоящее время данная сфера является приоритетной. Это показывает и рост количества расследуемых дел (см. рис. 2).

Снижение дел (в частности до 292 в 2012 г.) произошло из — за важной правки законодательства в контексте согласованных действий (так, в 2012 г. было возбуждено только 31 дело по новой ст. 11.1) — было оговорено, что действия контрагентов должны быть не просто заранее известны хозяйствующим субъектам (что допускает широкое толкование в обосновании данного факта), а заранее известны в связи с публичным заявлением одного из них о совершении таких действий. В данном случае мы видим, как, по сути, повышение формальных требований к доказательной базе резко снизило количество обвиненных компаний, что может свидетельствовать в том числе и о снижении вероятности обвинить невиновную компанию, иначе говоря о снижении ошибок 1 рода²⁰.

В России предлагаются значительные санкции и с точки зрения административного наказания (ст. 14.32 КОАП), и с точки зрения уголовного права (статья 178 УК). На сегодняшний момент 178 статья УК предусматривает до 3 лет лишения свободы (до 6 лет за нарушение с использованием служебного положения) за участие в картеле в случае, если данные действия «*причинили крупный ущерб гражданам, организа-*

²⁰ Более подробно про роль ошибок 1 и 2 рода см. например *Шаститко А.* Экономические эффекты ошибок в правоприменении и правоустановлении. М.: Издательский дом «Дело» РАНХиГС, 2013.

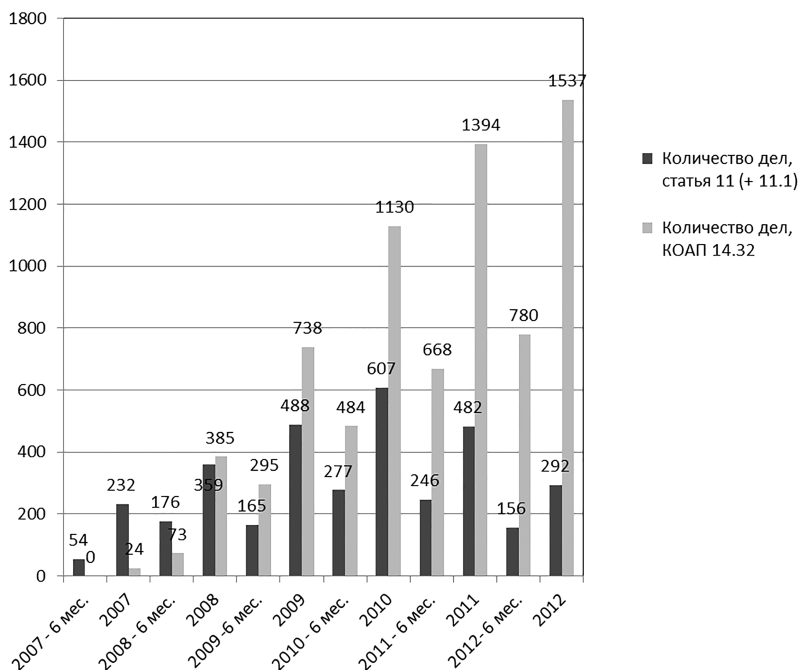


Рис. 2. Количество дел о нарушении ст. 11 Закона «О защите конкуренции» и количество дел, возбужденных по ст. 14.32 КОАП (санкции не только за сговор как таковой, но и за другие антиконкурентные действия). Данные ФАС

циям или государству либо повлекли извлечение дохода в крупном размере». В то же время реально данная статья УК применялась достаточно редко (рис. 3).

По статистике Верховного Суда, к уголовной ответственности было привлечено еще меньше людей — 66 человек в период с 1 января 1997 г. по первое полугодие 2011 г., но более подробный анализ ФАС показал, что на самом деле с 2002 по 2010 год состоялось всего 8 приговоров и 15 человек были приговорены по данной статье. Причем ФАС констатирует, что, к сожалению, среди данных приговоров фактически не было реальных картелей как таковых. Заместитель главы ФАС А. Кинев пишет: «Это очень печальные выводы, подтверждающие, что фактически уголовная ответственность за нарушение антимонопольного законодательства декларировалась... практически не применялась (статистика — «на уровне статистической

погрешности)», а если и применялась, то — явно не по назначению²¹».

Если более подробно остановиться на трансформации статьи УК, то следует отметить, что в своей первоначальной редакции, при принятии Уголовного кодекса (1996 г.), статья, во-первых, не содержала квалифицирующих признаков о размере ущерба или выгод, во-вторых, вводила повышенные (до 5 лет) санкции за действия по предварительному сговору или за неоднократные действия — понятно, что в случае сговора либо согласованных действий эти признаки можно сказать неизбежны. Лишь в 2003 г. вводится необходимость крупного ущерба (1 млн рублей). В 2009 г. меняются пороговые значения ущерба (крупный — 1 млн, особо крупный — 3 млн) или дохода (крупный — 5 млн, особо крупный — 25 млн) для привлечения к уголовной ответствен-

²¹ Там же — стр. 189

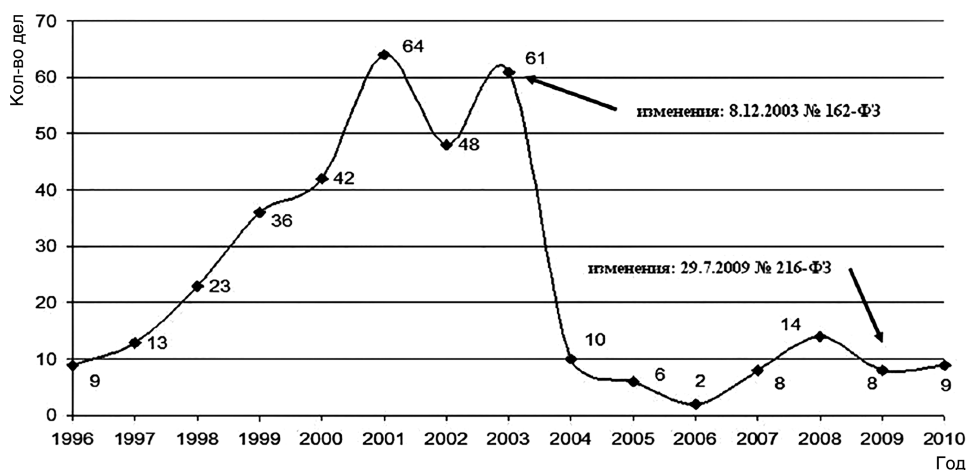


Рис. 3. Количество уголовных дел, возбужденных по ст. 178 УК (1996–2010)²²

ности, а также вводится важное примечание — «Лицо... освобождается от уголовной ответственности, если оно способствовало раскрытию этого преступления, возместило причиненный ущерб или перечислило в федеральный бюджет доход, полученный в результате действий...»

В то же время, программа «освобождения от уголовной ответственности», по всей видимости, требует дальнейшей проработки с точки зрения соотношений ответственности юридических и физических лиц и переходу к некой общей программе ПОН в рамках как КоАП, так и УК.

Также по антимонопольным делам были отменены нижние пределы по видам наказаний, но в данном случае был принят инициированный президентом Д. Медведевым общий закон о либерализации уголовного права.

Большой законодательной новеллой стала отмена в конце 2011 г. уголовной ответственности за согласованные действия. Признавая сложности в разграничении согласованных действий и простого параллелизма цен, регулятор посчитал возможным оста-

вить уголовное преследование только за явное формирование картеля.

В целом можно сделать вывод о том, что в сфере уголовного права происходит постепенная либерализация, что впрочем, сочетается с крайне низким его использованием как таковым. С учетом вероятности совершения ошибок первого рода и неоднозначности правоприменительной практики можно приветствовать политику осторожного применения УК в целях защиты конкуренции²³.

С другой стороны, законодательство об административных правонарушениях двигалось, напротив, в сторону ужесточения санкций. Введенная в 2007 г. ст. 14.32 КОАП (содержащая санкции не только за сговор как таковой, но и за другие антиконкурентные действия) предусматривала наказание как для должностных лиц (штрафы и дисквалификацию на срок до трех лет), так и для компаний от 1 до 15% от выручки на данном рынке. Новацией 2011 г. стала конкретизация системы штрафов, снижающая их вариативность и субъективность, закон прописал базовый уровень штрафа в разме-

²² См.: Кинёв А. Ю. Картель — тайная монополия: сборник статей и интервью. 2012. М. [Электронный ресурс]. URL: http://www.hmao.fas.gov.ru/sites/hmao.f.isfb.ru/files/analytic/2013/03/05/kniga._kartel_-_taynaya_monopoliya.pdf.

²³ Более подробно об особенностях уголовного преследования — Авдашева С., Шаститко А. Экономика уголовных санкций за нарушение антимонопольного законодательства // Вопросы экономики, 2010. № 1. С. 129–142

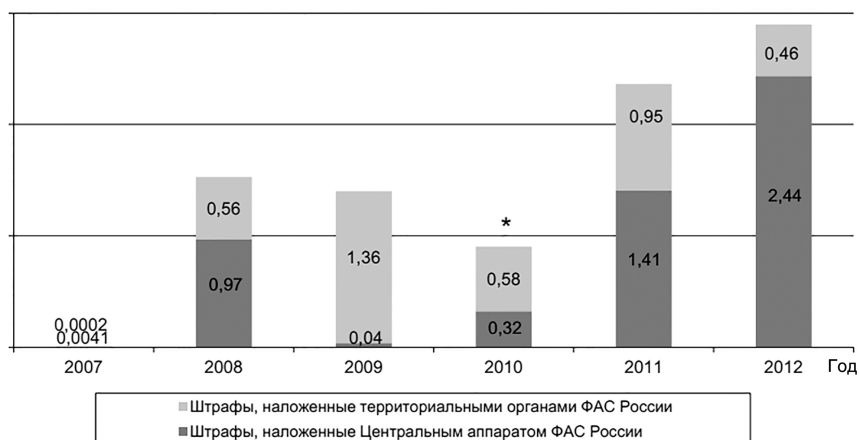


Рис. 4. Сумма штрафов, по ст. 14.32 КоАП²⁴

ре 8%, а далее процент может увеличиваться или уменьшаться за каждоеотягчающее / смягчающее обстоятельство из перечня.

На рисунке 4 показана сумма собранных штрафов. Важной особенностью России является то, что штрафы могут выноситься как центральным регулятором, так и региональными подразделениями.

В 2011 г. были предприняты новые шаги по уточнению данных административных санкций, были специально прописаны обстоятельства, смягчающие административную ответственность — фактор инициаторства сговора и принуждения других участников, а также приступила ли компания к реальному исполнению достигнутых соглашений.

Следует отметить, что в свое время законодатель пошел на крайне либеральную формулировку ПОН²⁵. Российский вариант программы 2007 г. позволил освобождать от ответственности любую компанию, которая призналась в участии в сговоре, вне зависимости от того была ли компания его

инициатором, предоставила ли она какие-либо ценные сведения, сдалась ли она первой или уже после фактически завершившегося расследования и распавшегося сговора в результате признания ее контрагентов и т.д. Таким образом, первоначальная редакция фактически позволяла всем остальным участникам сговора, после сдавшейся первой компании, тоже прийти и получить полное освобождение.

Уже в 2009 г. были приняты поправки, согласно которым только первый участник картеля может получить освобождение от ответственности (запрещается даже одновременная подача заявления от нескольких лиц), который кроме того обязан предоставить достаточную информацию для идентификации картеля. Таким образом, Россия пошла по пути США, где действует аналогичная норма. Программа освобождения от ответственности оказалась в целом весьма востребована, особенно в первые годы ее либерального варианта. Данной программой воспользовались, в частности, такие крупнейшие компании в России как Сбербанк, «Россгострах», «Вимм-Билль-Данн».

Проблемой остается то, что ФАС России не обладает достаточными полномочиями в рамках оперативно-разыскной деятельности, а также фактически не имела воз-

²⁴ Цариковский А. О работе ФАС России по противодействию картелям в 2012 году. 2013. [Электронный ресурс]. URL: http://www.fas.gov.ru/analytical-materials/analytical-materials_30926.html.

²⁵ Авдашева С., Шаститко А. Introduction of Leniency Programs for Cartel Participants: The Russian Case // Competition Policy International Antitrust Chronicle. 2011. Vol. 8. №2. p. 1–11.

возможности участвовать в расследовании уголовных дел, связанных со 178 статьей УК. Так запросы ФАС не были основанием для начала ОРД, ФАС не имела права использовать в своей деятельности результаты расследований МВД и т. д. Таким образом, фактически с картелями боролись два ведомства — МВД в рамках уголовной ответственности и ФАС в рамках административной, что на деле приводило к отсутствию синхронности в работе. В последнее время начали разрабатываться поправки, позволяющие ФАС получить прямой доступ к результатам ОРД, в том числе и до возбуждения уголовного дела как такового²⁶. В итоге в рамках весенней сессии 2013 г. Государственной думой был принят в 1 чтении данный законопроект, с оговоркой профильного комитета, что при специализации ФАС на административной ответственности данные полномочия требуют дополнительной аргументации.

В то же время ФАС обладает широкими полномочиями в части беспрепятственного доступа в здания государственных органов и коммерческих организаций, а также в части получения необходимой информации, в том числе содержащей и коммерческую тайну. При проведении проверок предусмотрены сроки, в рамках которых ФАС должен предупредить потенциального нарушителя — 3 рабочих дня для плановой проверки и 24 часа для неплановой, при этом предусмотрен запрет в случае проверки факта сговора, ст. 11 (но не согласованных действий). В законодательстве предусмотрен также запрет проверки жилища подозреваемого лица. Само ведомство часто указывает на недостаточность полномочий, особенно в сравнении с ситуацией в США, где Департамент юстиции в постоянной связи с ФБР имеет все полномочия и по ОРД (слежка, прослушка), и по досмотру жилища подозреваемого менеджера и т. д.

²⁶ [Электронный ресурс]. URL: <http://www.rbcdaily.ru/economy/562949985714934>.

Интересные наблюдения приводит заместитель руководителя ФАС А. Ю. Кинев²⁷ относительно того, как меняется стратегия заключения и поддержания сговора. Так до 2008 г. большинство раскрытых картелей характеризовались практически «официальными» документами о создании с подписями и т. д. В 2008–2010 гг. сохранились текстовые версии соглашений, но уже без конкретики, в дальнейшем же и вовсе компании перешли если не к шифрованию, то к весьма необычным документам, которые зачастую уже не могут быть использованы как буквальное доказательство. Это может интерпретироваться как индикатор эффективности деятельности ФАС, компании начинают оценивать угрозу раскрытия сговора как весьма достоверную.

Вместе с тем многие вопросы правоприменительной практики остаются до конца неразрешенными, в частности это и вопросы будущего уголовных санкций, синхронизации ПОН, потенциал системы private enforcement, которая фактически не заработала, уточнение роли структуры рынка для выдвижения обвинения и т. д. Мы видим постоянные изменения не только санкций, но и самих антимонопольных норм, что говорит о стремлении регулятора найти более эффективные механизмы, но с другой стороны является признаком нестабильности правовой системы.

Казахстан

Закон «О конкуренции» республики Казахстан является в основных понятиях идентичным российскому законодательству, не будем рассматривать схожие нормы подробно. Статьи 10 и 11 разделяют картель и согласованные действия. Интересно, что закон Казахстана относится к сговору более либерально, чем к согласованным дей-

²⁷ См.: Кинев А. Ю. Картель — тайная монополия: сборник статей и интервью. 2012. М. [Электронный ресурс]. URL: http://www.hmao.fas.gov.ru/sites/hmao.f.isfb.ru/files/analytic/2013/03/05/kniga_kartel_-_taynaya_monopoliya.pdf.

ствиям, что является весьма нетипичным для большинства стран. Так, Закон допускает некоторые разновидности сговора если совокупная доля участников на рынке составляет менее 20% (так называемый порог «De Minimus»), в то время как для согласованных действий порог составляет всего 15%, причем в соответствии с принципом «rule of reason», а именно при наличии внедрения новых технологий, применение нормативных документов по стандартизации или же в случае такого достаточно юридически расплывчатого принципа как «развитие малого и среднего предпринимательства».

Антимонопольный орган в целом уделяет проблеме согласованных действий намного больше внимания, чем сговору как таковому. Так, согласно последним годовым отчетам, около 20% дел регулятора были начаты по фактам согласованных действий, в то время как дела по сговору составили всего лишь 1% от общего числа кейсов (например, за 2012 г. были расследованы 30 дел по согласованным действиям и 2 случая по сговору) [здесь и далее статистика по отчетам регулятора]. Отчасти данную ситуацию можно объяснить именно проблемой формирования доказательной базы, так как ситуация сговора требует доказательств намного более высокого уровня. С другой же стороны, сложности в интерпретации стратегии компаний в контексте обвинения в молчаливом сговоре влекут за собой серьезные риски в рамках ошибок 1 рода.

Если посмотреть на практику по согласованным действиям то можно заключить, что компаниям тяжело опровергать выдвинутые обвинения. Хороший пример — ситуация на рынке яиц²⁸, когда после подорожания данного социально значимого продукта осенью 2013 года в некоторых областях более чем на 40% (а на подобные вещи регулятор обращает пристальное внимание) была начата проверка по факту сговора. Однако

в итоге регулятор выдвинул обвинение в согласованных действиях, заключив, что цена на яйца не является конфиденциальной, а является общедоступной. В этой связи, по мнению регулятора, действия компаний должны быть известны друг другу (в том числе указана роль средств массовой информации) и таким образом синхронное повышение цен произошло на рынке в связи с согласованными действиями.

Законодательство Казахстана предусматривает серьезные как и административные, так и уголовные санкции за антиконкурентное поведение, в том числе и в контексте сговора. Статья 196 Уголовного кодекса «Монополистическая деятельность» предусматривает санкции за любые деяния, наносящие в той или иной форме вред конкуренции, в случае крупного ущерба либо же извлечения крупного дохода. В случае сговора речь практически неизбежно пойдет о наличииотягчающих обстоятельств, что означает максимальную санкцию в виде штрафа или лишения свободы на срок до 3 лет с возможными конфискацией имущества и лишением права занимать определенные должности на срок до 3 лет.

В то же время законодательство предусматривает неоднозначные пороги для установления уголовной ответственности. Понятие «крупный доход» предполагает на сегодняшний момент сумму, превышающую 370,4 млн тенге (что по курсу на январь 2014 превышает 70 млн рублей), что сильно превосходит российскую норму, также размер крупного ущерба для предприятий или государства установлен на уровне порядка 3,5 млн рублей. С другой стороны, закон концентрируется на защите прав потребителей — с точки зрения защиты физического лица для возбуждения уголовного дела достаточно ущерба в более чем тысячу индексированных МРП (месячных расчетных показателей). По состоянию на январь 2014 г. это составляет немногим более 350 тыс. рублей.

Таким образом, предусмотренный механизм уголовной ответственности в случае

²⁸ [Электронный ресурс]. URL: <http://www.newskaz.ru/regions/20140207/6108342.html>.

с Казахстаном можно было бы оценить, наверное, и как слишком жесткий по международным меркам, если бы не реальные результаты применения. Механизм уголовной ответственности в Казахстане фактически повторил российский опыт в смысле исключительности — с 2007 по 2011 г. было рассмотрено всего 5 дел, из которых в 1 случае произошла амнистия, в 1 случае освобождение от наказания в связи отсутствием состава преступления, в 2 случаях дело ограничилось штрафом. Для сравнения, за эти же годы по аналогичной ст. 147 КоАП Казахстана было рассмотрено 227 дел.

На сегодняшний момент в Казахстане начинается работа по декриминализации вышеупомянутой статьи УК. Связано это не столько с низким количеством возбужденных дел, сколько с несогласованностью и даже противоречивостью уголовного и административного права. Как и в случае с Россией, уголовные дела относятся не к компетенции антимонопольного органа, а в данном случае к компетенции финансовой полиции, которая зачастую отказывает в возбуждении уголовных дел. С другой стороны, разделение полномочий препятствует и административному наказанию, так как практика рассмотрения административных дел в суде оборачивается тем, что прежде чем вынести решение по административному делу, суд передает дело в финансовую полицию для вынесения решения об отсутствии или наличии в деле достаточных оснований для привлечения к уголовной ответственности. В ряде случаев финансовая полиция либо вообще не выносит никакого заключения и возвращает дело в суд, либо может рассматривать дело достаточно долго без принятого процессуального решения с неясными перспективами. Нередко это приводит к тому, что истекает срок давности по административным правонарушениям и таким образом уголовное право в сфере конкуренции, де-факто не работая, блокирует помимо этого и административное.

Что касается административной ответственности, то ст. 147 КоАП Казахстана предусматривает одинаковые наказания, как за сговор, так и за согласованные действия, а именно изъятие полученного «монопольного дохода» за год (здесь имеется в виду доход, полученный за счет нарушения конкурентного законодательства), а также штраф в размере 5% от «монополистической» выручки для мелких и средних фирм и 10% для крупных фирм (10% и 20% соответственно в случае совершения повторного нарушения в течение года). То есть в отличие от множества стран, где предлагается широкий диапазон штрафов (обычно до 10%), в Казахстане процент является детерминированным, что опять же возвращает к дискуссии о необходимой жесткости/гибкости законодательства.

В Казахстане после принятия в 2009 г. нового конкурентного закона была введена ПОН. Процедура ПОН в Казахстане выглядит специфично, антимонопольный орган может ходатайствовать о снятии с компании требования о перечислении в бюджет полученной в результате незаконного соглашения сверхприбыли в том случае, если компания заявила о существующих нарушениях и кроме этого сделала это до получения антимонопольным органом информации о нарушении из других источников. Помимо этого, закон вводит принцип, снижающий легкость использования ПОН, а именно необходимость предварительного добровольного возмещения ущерба потребителям для последующего получения освобождения. В целом ПОН в Казахстане является скорее перспективным направлением дальнейшего развития.

Антимонопольный орган демонстрирует достаточно высокую успешность в рамках судебных разбирательств, в подавляющем большинстве случаев регулятор выигрывает, так например в 2011 г. было выиграно 77 дел из 93 (82,8%), в 2012 — 196 из 240 (81,7%). Интересно, что у самого регулятора есть официальный «плановый показатель» на количество выигранных

в суде дел — 69%, что можно трактовать неоднозначно. С одной стороны данный показатель выглядит достаточно скромным на фоне итоговой статистики, с другой стороны само по себе наличие официального планирования количества выигранных дел ставит под сомнение объективность судопроизводства.

Правительство Казахстана проводит активную антимонопольную политику и рассматривает защиту конкуренции в качестве одного из основных механизмов обеспечения экономического роста и конкурентоспособности экономики. В 2010 году была принята Программа по развитию конкуренции в республике Казахстан на 2010–2014 гг., предусматривающая планы по демополизации и формированию конкурентной среды в более чем 10 важнейших отраслях страны (в частности, на таких рынках как различные виды транспорта, рынок нефтепродуктов, телекоммуникации, рынок угля и другие).

Антимонопольное агентство проводит ежегодные мониторинги отдельных товарных рынков на предмет конкуренции и проблем монополизации и сговора, так, например, в 2010 г. было проведено исследование состояния конкуренции по 78 товарным группам. При исследовании отчетов антимонопольных органов, можно отметить, что регулятор обращает большое внимание в первую очередь на соглашения на рынке продовольственных и в целом социально значимых товаров, при этом основные претензии формулируются в контексте незаконного повышения цен (таким образом, в частности были выдвинуты обвинения по сговору на рынках цемента²⁹ и ГСМ³⁰). Таким образом, антимонопольная политика, помимо своих непосредственных целей, является в Казахстане

²⁹ [Электронный ресурс]. URL: <http://tengrinews.kz/money/oshtrafovanyi-ulichennyie-v-tsenovom-sgovore-tsementnyie-zavodyi-v-kazahstane-249955>.

³⁰ [Электронный ресурс]. URL: http://mgm.gov.kz/old/index.php?option=com_content&view=article&id=407:2011-09-14-09-10-11&catid=144:2011-09-06-10-24-37&Itemid=1&lang=ru.

достаточно активным инструментом контроля над ценообразованием. Кроме того под тщательным контролем регулятора находятся в первую очередь крупнейшие и аффилированные с ними компании на соответствующих рынках³¹.

Украина

Антимонопольный орган Украины делит рынки на 4 специфические категории с соответствующим дифференцированным подходом к защите конкуренции на них — чистой монополии, жесткой олигополии, рынки с признаками доминирования и рынки с конкурентной структурой (обычно на долю таких рынков регулятор относит около 50%) [по данным регулятора].

Законодательство Украины достаточно либерально относится к проблеме «согласованных действий» (ст. 5 соответствующего украинского закона), причем под термином «согласованными действиями», в отличие от российского законодательства, здесь понимается скорее явный сговор (а именно специальные сделки или согласованное конкурентное поведение), включающий наличие прямых договоренностей между участниками. Существует стандартный перечень запретов и ограничений, но помимо этого предлагаются дополнительные специфические критерии. Фактически проблема сговора рассматривается на Украине в контексте «rule of reason», предлагаются достаточно широкие границы в толковании как дозволенных, так и запрещенных действий. В результате это может привести к субъективному толкованию норм права и росту ошибок как 1, так и 2 рода.

В частности, разрешается сговор при закупках для малых и средних предприятий, если это приводит к повышению их конкурентоспособности. Кроме этого существуют, например, следующие возможности для оправдания картеля: совершенствована-

³¹ [Электронный ресурс]. URL: <http://www.eurasian-commission.org/ru/nae/news/Pages/3565456.aspx>.

ние производства, приобретения или реализации товара, аргументация в контексте технического или экономического развития, развитие малых или средних предпринимателей, оптимизация экспорта или импорта товаров, рационализация производства.

В конце концов, даже если антимонопольный орган не сочтет возможным признать согласованные действия допустимыми в контексте вышеупомянутых исключений, оговорено, что на уровне Кабинета министров возможно признание действий допустимыми, необходимо доказать, что положительный эффект для общественных интересов окажется значительнее, чем непосредственный ущерб с точки зрения конкуренции. С другой стороны, на аргументы существуют и контраргументы, в частности, если допущенное «ограничение конкуренции представляет угрозу системе рыночной экономики».

Для снижения степени правовой неопределенности законодательство предлагает антимонопольному комитету определять более конкретные Типовые требования к согласованным действиям, согласованные действия соответствующие данным требованиям предполагается считать законными и не требующими специального разрешения со стороны регулятора. Здесь существует опасность чрезмерно увлечься предварительным регулированием, как способом пресечения создания картелей.

На Украине существует процедура подачи заявления на совершение «согласованных действий». А именно, подобно тому, как компании могут обращаться в антимонопольный орган по поводу слияния, таким же образом подается и просьба о разрешении согласованных действий, регулятор выносит решение о разрешении или запрете. Подобно делам о слиянии, регулятор при разрешении согласованных действий выдает поведенческие или структурные предписания, в том числе и по вопросам необходимости отчуждения имущества для разрешения соглашения.

За нарушение закона предусмотрены санкции вплоть до 10% от выручки по соответствующей продукции за прошедший год (если незаконная прибыль превышает данную сумму, то штраф взыскивается в пределах тройного размера прибыли). Срок давности по делам о сговоре составляет 5 лет, таким образом, установлен более суровый срок по сравнению, например, со злоупотреблением доминирующим положением (3 года). Что касается уголовного наказания, то до 2003 г. на Украине существовала 228 статья, устанавливающая ответственность за участие в картеле, в 2003 г. статья поменяла свои формулировки и осталось только наказание за принуждение к антиконкурентным согласованным действиям с помощью применения насилия или угроз с санкцией от 2 до 5 лет (до 6 лет при отягчающих обстоятельствах).

Фактически произошедшая декриминализация нарушений встретила сопротивление регулятора и звучали разговоры о необходимости восстановления уголовной ответственности за сам факт антиконкурентных соглашений³². Однако в 2011 г. статья и вовсе была отменена.

На Украине рассматривается весьма значительное, особенно по Европейским меркам, число дел по сговору (см. табл. 3).

В 2012 г. такой резкий рывок объясняется мебельным делом, когда за участие в картеле была оштрафована практически вся отрасль на рекордную сумму в 419 млн гривен. Еще более громкое дело, возможно, ожидает украинские торговые сети, осенью 2013 г. стало известно о расследовании регулятора в отношении крупнейших торговых сетей по обвинению в сговоре, направленном на повышение цен, размер штрафа по сообщениям АМКУ (Антимонопольный

³² Мальский О., Бойчук О. Как бороться с картелями? Международный опыт и украинские перспективы. 2008. [Электронный ресурс]. URL: http://gazeta.zn.ua/LAW/kak_borotsya_s_kartelyami_mezhdunarodnyy_opyt_i_ukrainskie_perspektivy.html.

Комитет Украины) может достичь 20 млрд гривен³³.

Таблица 3

Данные о деятельности антимонопольного органа Украины по пресечению «согласованных действий»

	Количество кейсов	Наложённые штрафы (млн грн.)
2009	584	7 (более 21,17 млн рублей по курсу на 31.12.2009 года)
2010	391	9,4 (-28,64-)
2011	346	17,5 (-56,3-)
2012	477	441 (-1339,4-)

Составлено по отчетам регулятора

Основными проблемными с точки зрения согласованных действий секторами выступают такие социально важные рынки, как АПК и ТЭК, так в 2010 г. на каждый из них приходилось около 28% рассматриваемых дел.

Помимо системы государственного штрафа, на Украине предусмотрено и возмещение экономическому субъекту вреда, причиненного соглашением, на данные иски не распространяется «амнистия» по ПОН, кроме того, по примеру США предусмотрено возмещение вреда в двойном размере. Однако с учетом достаточно серьезной правовой недостаточной проработанности, прописанная программа «private enforcement» пока фактически не стала реальностью и скорее остается правовым вопросом на дальнейшую перспективу³⁴.

Освобождение в рамках ПОН может получить только первая компания, заявившая о факте участия в картеле и кроме этого, при условии предоставления значительной информации в требуемом объеме, не мо-

жет быть освобожден от ответственности инициатор сговора. В результате по данным на 2013 г. не было получено ни одного обращения в рамках программы leniency³⁵. Нужно отметить, что помимо вышеупомянутых расплывчатых критериев разрешенных / запрещенных согласованных действий, фактически не существует официальной четкой методологии определения штрафных санкций и процедуры пересмотра решений. ПОН оказывается заложником и нечеткой процедуры установления ответственности как таковой. Свою роль также играет отсутствие возможностей получения хоть какого — то снижения штрафов для последующих участников, что заметно повышает их риски.

Антимонопольный орган обладает широкими полномочиями по досмотру помещений и изъятию доказательств, в случае с юридическими лицами — в рамках служебных инструкций, в случае с физическими лицами — с санкции арбитражного (хозяйственного) суда. Предусмотрен механизм обжалования в течение 2 месяцев принятых комитетом решений, как в рамках работы самого Антимонопольного комитета, так и в судебном порядке, при этом на это время приостанавливается начисление пеней. Вместе с тем антимонопольный орган убедительно выигрывает и в рамках судебных разбирательств, так, в 2012 г. только в 5,6% случаев компаниям удалось оспорить решение регулятора.

Заключение

В данной статье рассматривается трансформация антимонопольной политики в отношении сговора в странах переходной экономики. Показано, что существующие количественные рейтинги конкуренции не могут в полной степени характеризовать эффек-

³³ [Электронный ресурс]. URL: <http://www.unian.net/society/833488-krupneyshie-torgovyie-seti-v-ukraine-obvinili-v-sozdanii-kartelya.html>.

³⁴ [Электронный ресурс]. URL: http://gazeta.zn.ua/LAW/kak_borotsya_s_kartelyami_mezhdunarodnyy_opyt_i_ukrainskie_perspektivy.html.

³⁵ По данным доклада UNCTAD «Voluntary peer review of competition law and policy: Ukraine». [Электронный ресурс]. URL: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditoclp2013d3_overview_en.pdf.

тивность антимонопольной политики, предложена схема институционального анализа для оценки опыта в сфере противодействия сговору. Проанализирован опыт России, Украины и Казахстана, показаны проблемы, решенные и все еще остающиеся актуальными.

Среди проблем в сфере сговора можно выделить как минимум 4 аспекта:

1. Проблема разграничения правонарушений в контексте их квалификации, влияния на конкуренцию и необходимой строгости санкций (сговор vs согласованные действия, горизонтальные vs вертикальные соглашения). Анализируемые страны имеют различный опыт в разрешении данных проблем, так если в России была проделана большая работа по разграничению сговора и согласованных действий с соответствующим оформлением критериев правонарушения, то на Украине сформировался совершенно специфичный режим правового регулирования в данной сфере. Обозначена существенная вероятность ошибок 1 рода при расследовании согласованных действий. В целом во всех трех странах остается необходимость дальнейшей проработки данной проблемы.

2. Проблема режима регулирования запретов («per se» vs «rule of reason»). Каждая из анализируемых стран вырабатывала собственный подход к проблеме безусловности запретов, при использовании режима «rule of reason» очень важной становилась формулировка условий, при которых соглашение может быть признано допустимым. В статье показано, каким образом страны переходной экономики решали данный вопрос.

3. Проблема межведомственного взаимодействия, особенно в контексте криминализации антиконкурентных соглашений. Показано, что во всех трех странах фактически не сработал механизм уголовного наказания за антиконкурентные соглашения, в том числе по причине недостатков в межведомственном взаимодействии, в ре-

зультате фактически складывается тренд на декриминализацию соответствующих действий.

4. Проблема дизайна ПОН. В статье показано, как развивались ПОН в странах переходной экономики, а также как институциональные факторы влияли на эффективность программ, в частности успешность ПОН в России после изменения дизайна программы и возможности ПОН на Украине и в Казахстане.

Необходимо отметить, что все три анализируемые страны отличаются значительным своеобразием как в плане антимонопольного законодательства (в том числе — особенности применения принципа «rule of reason»), так и в реалиях инфорсменты. Важным фактором является то, что данные страны не прошли через жесткие требования унификации антимонопольного права, в отличие от стран ЦВЕ, а сформировали самобытные институты в сфере защиты конкуренции.

Список литературы

1. *Nicholson M. W.* (2004). Quantifying Antitrust Regimes. FTC Working Paper 267, Washington DC.
2. *Petersen N.* (2011) Antitrust Law and the Promotion of Democracy and Economic. Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods. URL: http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2011_03online.pdf.
3. *Kovacic W. E., Shapiro C.* (2000). Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking // *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 14 (1), p. 43–60.
4. *Mueller D. C.* (1996). Lessons from the United States's antitrust history // *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 14, p. 415–445.
5. *Hart D.* (2001). Antitrust and technological innovation in the US: ideas, institutions, decisions, and impacts, 1890–2000 // *Research Policy*, Vol. 30, p. 923–936.
6. *Neven D. J.* (2006). Competition economics and antitrust in Europe // *Economic Policy*, Vol. 21 (48), p. 741–791.
7. *Wigger, A., Nölke, A.* (2007). Enhanced roles of private actors in EU business regulation and the erosion of rhenish capitalism: The case of antitrust

- enforcement // *Journal of Common Market Studies*, Vol. 45 (2), p. 487–513.
8. Rating Enforcement 2012, *Global Competition Review*. URL: <http://globalcompetitionreview.com/>.
 9. *Katsoulacos Y., Ulph D.* (2009). Optimal Enforcement Structures for Competition Policy. URL: <http://www.cresse.info/uploadfiles/Optimal%20Enforcement%20Structures%20without%20multi%20stage%20rules%205.pdf>.
 10. *Frezal S.* (2006). On optimal cartel deterrence policies // *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 24, p. 1231–1240.
 11. *Katsoulacos Y., Ulph D.* (2012). Legal Uncertainty and the Choice of Enforcement Procedures. URL: http://virgo.unive.it/seminari_economia/Katsoulacos.pdf.
 12. *Katsoulacos Y., Ulph D.* (2008). On Optimal Legal Standards for Competition Policy — A General Analysis. URL: <http://else.econ.ucl.ac.uk/papers/uploaded/308.pdf>.
 13. *Block W.* (1994). Total repeal of antitrust legislation: a critique of Bork, Brozen and Posner // *The Review of Austrian Economics*, Vol. 8, № 1, p. 35–70.
 14. *Bork R. H.* (1968). Resale Price Maintenance and Consumer Welfare // *Yale Law Journal*, Vol. 77, p. 950–964.
 15. *Che Y.-K., Kim J.* (2009). Optimal collusion-proof auctions // *Journal of Economic Theory*, Vol. 144, p. 565–603.
 16. *Pittman R.* (1997). Competition Law in Central and Eastern Europe: Five Years Later // *Working Papers from U. S. Department of Justice — Antitrust Division*.
 17. *Авдашева С., Шаститко А.* (2010). Экономика уголовных санкций за нарушение антимонопольного законодательства // *Вопросы экономики*, 2010, № 1. С. 129–142.
 18. *Крючкова П., Авдашева С.* (2012). Государственный и частный инфорсмент законодательства при риске ошибок I рода: выбор для России // *Журнал Новой экономической ассоциации*, 2012, № 3 (15). С. 114–140.
 19. *Brenner S.* (2009). An empirical study of the European corporate leniency program // *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 27, p. 639–645.
 20. *Lefouilli Y., Roux C.* (2012). Leniency programs for multimarket firms: The effect of Amnesty Plus on cartel formation // *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 30, p. 624–640.
 21. *Motta M., Pollo M.* (2001). Leniency programs and cartel prosecution // *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 21 (3), p. 347–379.
 22. *Spagnolo G.* (2003). Optimal deterrence mechanisms against cartels and organized crime, mimeo, Mannheim.
 23. *Hinloopen J., Soetevent A. R.* (2008). Laboratory evidence on the effectiveness of corporate leniency programs // *RAND Journal of Economics*, Vol. 39 (2), p. 607–616.
 24. *Hamaguchi Y., Kawagoe T., Shibata A.* (2009). Group size effects on cartel formation and the enforcement power of leniency programs // *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 27 (2), p. 145–165.
 25. *Aubert C., Rey P., Kovacic W. E.* (2006). The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels // *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 24, p. 1241–1266.
 26. *Авдашева С., Крючкова П.* (2013). Почему издержки на контроль растут, а законы соблюдаются все хуже: экономический анализ применения административного права в России // *ЭКО*. № 4. С. 119–133.
 27. *Кинёв А. Ю.* (2012). Картель — тайная монополия: сборник статей и интервью. М., URL: http://www.hmao.fas.gov.ru/sites/hmao.f.isfb.ru/files/analytic/2013/03/05/kniga._kartel_-taynaya_monopoliya.pdf.
 28. *Шаститко А.* (2013). Экономические эффекты ошибок в правоприменении и правоустановлении. М.: Издательский дом «Дело» РАНХиГС.
 29. *Цариковский А.* (2013). О работе ФАС России по противодействию картелям в 2012 году. URL: http://www.fas.gov.ru/analytical-materials/analytical-materials_30926.html 03.04.2013.
 30. *Авдашева С., Шаститко А.* (2011) Introduction of Leniency Programs for Cartel Participants: The Russian Case // *Competition Policy International Antitrust Chronicle*. Vol. 8. № 2. P. 1–11.
 31. *Синяева Ю, Петров И.* (2013) ФАС получит доступ к материалам МВД. URL: <http://www.rbcdaily.ru/economy/56294985714934> 13.02.2013.

32. Материалы антимонопольного ведомства Казахстана. URL: <http://www.azk.gov.kz/rus/>.
33. Электронный ресурс. Агентство международной информации «Новости — Казахстан». URL: <http://www.newskaz.ru/regions/20140207/6108342.html> 07.02.2014.
34. Электронный ресурс «Tengri News». URL: <http://tengrinews.kz/money/oshtrafovanyi-ulichennyie-v-tsenovom-sgovore-tsementnyie-zavodyi-v-kazahstane-249955> 05.02.2014.
35. Электронный ресурс. Материал Министерства нефти и газа Республики Казахстан. URL: http://mgm.gov.kz/old/index.php?option=com_content&view=article&id=407:2011-09-14-09-10-11&catid=144:2011-09-06-10-24-37&Itemid=1&lang=ru 19.09.2008.
36. Электронный ресурс. Материал Евразийской Экономической Комиссии. URL: <http://www.eurasiancommission.org/ru/nae/news/Pages/3565456.aspx> 23.07.2012.
37. Материалы антимонопольного ведомства Украины. URL: <http://www.amc.gov.ua/amku/control/main/uk/index>.
38. Мальский О., Бойчук О. (2008). Как бороться с картелями? Международный опыт и украинские перспективы. URL: http://gazeta.zn.ua/LAW/kak_borotsya_s_kartelyami__mezhdunarodnyu_opyt_i_ukrainskie_perspektivy.html 19.09.2008.
39. Электронный ресурс «Информационное агентство Униан». Крупнейшие торговые сети в Украине обвинили в создании картеля. URL: <http://www.unian.net/society/833488-krupneyshie-torgovyie-seti-v-ukraine-obvinili-v-sozdanii-kartelya.html> 17.09.2013.
40. Электронный ресурс. Доклад UNCTAD «Voluntary peer review of competition law and policy: Ukraine». URL: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditccplp2013d3_overview_en.pdf 2013.

A. Makarov, Research assistant IIMS HSE, Postgraduate student, Faculty of Economics, HSE, andreymakarovh@mail.ru

TRANSFORMATION OF ANTITRUST POLICY IN TRANSITION ECONOMIES: RUSSIA, UKRAINE, KAZAKHSTAN. COLLUSION PROBLEM

This article focuses on the development of antitrust policy in transition economies in the context of preventing explicit and tacit collusion. Experience of Russia, Kazakhstan and Ukraine in the creation of antitrust institutions was analyzed, including both legislation and enforcement practice, in particular, unique features in the use of «rule of reason» approach. Also were shown problems that still remain actual for transition economies in this area, including the problem of cooperation between competition authority and police system and the standard of proof problem in the case of collusion.

These countries in the early 90th were in similar socio — economic conditions and were forced to create completely new institutions in the field of protection of competition. It is shown that existing quantitative ratings of competition can't be regarded as certain final assessment of the effectiveness of antitrust policy. The article proposes a special approach to evaluation of preventing collusion mechanisms, based on the institutional analysis. This approach takes into account such enforcement problems as: classification problems (tacit vs explicit collusion, vertical vs horizontal agreements), flexibility of prohibitions («per se» vs «rule of reason»), design of sanctions, private enforcement challenge, leniency program mechanisms, the role of antitrust authorities, especially in criminal investigation issues etc.

Keywords: collusion, antitrust policy, leniency program, transition economies, Russia, Ukraine, Kazakhstan.