

УДК 334.012.84

Юсупова Г. Ф., канд. экон. наук, старший преподаватель кафедры Экономического анализа организаций и рынков факультета Экономики ГУ ВШЭ, Yusupova71@mail.ru

ПРОБЛЕМЫ ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ ОГРАНИЧИВАЮЩИМ КОНКУРЕНЦИЮ СОГЛАШЕНИЯМ В РОССИЙСКОЙ АНТИМОНОПОЛЬНОЙ ПОЛИТИКЕ¹

Проблема соглашений и согласованных действий является одной из самых сложных в конкурентном праве и антимонопольной политике не только в России, но и во всем мире. Как оценить достигнутые Федеральной антимонопольной службой России результатов и добиться больших успехов в борьбе с картелями (соглашениями) и молчаливым сговором (согласованными действиями) — этим вопросам был посвящен организованный Институтом современного развития «круглый стол» «Соглашения и согласованные действия»². Результаты обсуждения проблем сговора и антимонопольной политики, нацеленной на предотвращение сговора, в современной России могут быть полезны широкому кругу экономистов.

Ключевые слова: ФАС России, конкурентное право, антимонопольная политика, соглашения и согласованные действия, эффективность антимонопольной политики.

Сегодня Россия переживает период финансового кризиса. Все экономические кризисы приносят как проблемы и потери, так и новые возможности для участников рынка. Кризис выступает лакмусовой бумагой, проявляющей неэффективность действующих на рынке игроков. Одновременно именно в период кризиса можно ожидать появления на рынках новых, более конкурентоспособных участников и неожиданного развития отдельных секторов экономики. Таким путем обеспечивается рост производительности использования ресурсов в рамках циклического развития рыночного хозяйства. Однако, насколько

кризис сможет сыграть роль катализатора повышения производительности использования ресурсов, в немалой степени зависит от того, каковы условия конкуренции на российских рынках. Чем выше издержки входа, созданные действиями государства или крупнейших участников рынка, чем в меньшей степени равновесие на рынках складывается под воздействием конкуренции, а в большей — в результате координированных действий участников, тем ниже будет благотворное воздействие сегодняшнего кризиса на перспективы России.

Вот почему в дни экономических затруднений повышается роль конкуренции и конкурентной политики. Одна из задач кон-

¹ Статья подготовлена в рамках исследовательского проекта «Активные и защитные методы конкурентной политики: сравнительные преимущества» Научного фонда Государственного университета — Высшая школа экономики.

² В статье были использованы материалы «круглого стола», посвященного проблемам сговора и согласованных действий, который проходил в Институте современного развития 1 октября 2008 г.

курентной политики — противодействовать ограничивающим конкуренцию соглашениям между участниками рынка. Именно это и стало темой настоящей статьи.

Координация цен как инструмент ограничения конкуренции: теория и международная практика применения законов

С точки зрения эффективности распределения ресурсов оптимальным для фирм решением является установление цен на уровне предельных издержек. При любом отклонении от этого решения страдает совокупное благосостояние, а убытки растут вместе с разницей между ценой и предельными издержками. Но даже если снижение эффективности распределения ресурсов незначительно, при превышении ценой уровня предельных издержек средства перетекают от покупателя к продавцу, от потребителей к производителям.

Соглашения и согласованные действия, ограничивающие или устраняющие конкуренцию, являются важным фактором снижения эффективности использования ограниченных ресурсов. Являясь инструментом ограничения конкуренции, соглашения и согласованные действия участников рынка приводят к значительным потерям для покупателей. Стимулом заключения соглашений выступает возможность повысить цену выше того уровня, который сложился бы в ходе конкуренции между продавцами. Причем для координации цен и других условий сделок между компаниями им не нужно заключать тайное соглашение, достаточно взаимного понимания тех выигрышей, которые получают участники рынка, в случае отказа от конкуренции между собой³.

³ Кабраль Л. М. Организация отраслевых рынков: вводный курс/Пер. с англ. А. Д. Шведа; Науч. ред. А. А. Баканов. Минск: Новое знание, 2003. С. 148.

Однако, как отмечает современная экономическая теория, подобные соглашения, позволяющие компаниям получать прибыль сверх нормальной, могут состояться только при условии неоднократного взаимодействия продавцов на рынках. В этом случае поддержание высоких цен возможно при условии молчаливого соглашения продавцов о том, что отклонение от высокой цены повлечет наказание. Тяжесть наказания должна перевешивать краткосрочные выгоды снижения цены и следующего за ним расширения рыночной доли и повышения прибыли. В этом случае одной из самых простых моделей наказания является возвращение к конкуренции, а следовательно, к нормальной прибыли⁴.

Международный опыт показывает, что средний уровень повышения цен благодаря картельным соглашениям составляет около 30%. Чем больше число рынков, где действуют участники соглашений, тем выше соответствующий рост цен⁵.

Правовыми конструкциями для отражения понятий явного и молчаливого сговора являются *соглашения о ценах* (price fixing) и *согласованные действия* (concerted practice). Особенность согласованных действий в отличие от соглашений — параллельное повышение цен при отсутствии явного договора между участниками рынка. При этом явное соглашение отсутствует, как отсутствует и конкуренция между продавцами, в результате цены растут. Согласно российскому антимонопольному законодательству оба типа действий незаконны. Именно поэтому все свидетельства явных соглашений о ценах тщательно скрываются его участниками, а документальные свидетельства согласованных действий,

⁴ Кабраль Л. М. Организация отраслевых рынков: вводный курс/Пер. с англ. А. Д. Шведа; Науч. ред. А. А. Баканов. Минск: Новое знание, 2003. С. 132.

⁵ Шаститко А. Е. Экономические аспекты ослабления наказания за нарушение антимонопольного законодательства//Вопросы экономики. 2007. №8.

которые однозначно указывали бы на наличие умысла и плана участников, отсутствуют в принципе. Поэтому такие действия со стороны участников рынка оказываются в числе наиболее труднораскрываемых.

Сегодня в большинстве стран мира, несмотря на совпадение целей антимонопольного законодательства, содержание антимонопольных законов различается по режиму их применения в зависимости от национальных традиций правоприменения. Роль антимонопольных органов и судов также различна в разных странах. Например, в США и Великобритании наибольшими полномочиями в области применения антимонопольного законодательства обладают суды. Напротив, в большинстве стран Европейского союза выше полномочия антимонопольного органа, который сам может признавать действия незаконными и налагать санкции на участников рынка, хотя все его решения могут быть оспорены в суде. Другим аспектом законодательства и его применения, где функции антимонопольных органов разных стран различаются, служат сферы конкурентной политики. В разных национальных системах полномочия по осуществлению этих компонентов конкурентной политики по-разному разделены между органами исполнительной власти и редко возлагаются исключительно на антимонопольный орган.

Регулирование соглашений и согласованных действий является одной из важных сфер антимонопольной политики большинства стран, которые единодушно признают незаконность сговора. Тем не менее в реальности законодательства большинства стран различаются по степени интенсивности применения антимонопольного закона, а также непосредственно по трактовке самого понятия «незаконный сговор»⁶. Традиционно антимонополь-

ное законодательство в США исполняется более строго, чем в большинстве стран. В соответствии с антимонопольным законодательством США прямые соглашения по фиксированию цен являются незаконными и регулируются Законом Шермана⁷. В то же время многие виды ограничений торговли рассматриваются на основе «правила разумности» (rule of reason), т. е. с учетом способности компании обосновать применение какого-либо ограничения в торговле. Однако для законодательной системы США достаточно сложно в ряде случаев интерпретировать те или иные формы ограничения торговли (например, сознательный параллелизм на олигополистическом рынке или обмен между компаниями информацией о ценах без явного сговора).

⁷ Акт Шермана (en. Sherman Act) — первый антитрестовский (антимонопольный) закон США, провозгласивший преступлением препятствование свободе торговли созданием треста (монополии) и вступление в сговор с такой целью. Акт обязывал федеральных прокуроров преследовать такие преступные объединения и устанавливал наказание в виде штрафов, конфискации и тюремных сроков до 10 лет. Акт Шермана действует в существенной части по сей день, включен в федеральный Кодекс Соединенных Штатов (часть 15, параграфы 1–7).

Назван по имени инициатора законопроекта — политика Джона Шермана, в 1890 г. — сенатора и руководителя фракции республиканцев в Сенате. Законопроект Шермана был одобрен Сенатом США 8 апреля 1890 г. (51 к 1), палатой представителей — 20 июня (единогласно), утвержден президентом Гаррисоном и вступил в силу 2 июля 1890 г. В течение десятилетия закон «спал», пока президент Теодор Рузвельт не начал активно использовать его в своей антитрестовской кампании.

Акт Шермана был направлен не против трестов (монополий) как таковых, но против явных ограничений свободы торговли (как между штатами США, так и международной), в том числе персонально против Джона Рокфеллера и его Standard Oil. Определение треста, данное в законе («договор, объединение в форме треста или в иной форме ограничивающее торговлю»), позволяло использовать его как против объединений коммерческих предприятий, так и против профсоюзов. Антипрофсоюзная лазейка была устранена Актом Клейтона 1914 г.

⁶ Кабраль Л. М. Организация отраслевых рынков: вводный курс/Пер. с англ. А. Д. Шведа; Науч. ред. А. А. Баканов. Минск: Новое знание, 2003. С. 132.

В соответствии с европейским законодательством запрет на ограничение торговли вытекает из статьи 85 Римского договора, которая запрещает антиконкурентные соглашения, формулирует их юридическую незаконность и формирует режим освобождения от запретов, придающий европейскому законодательству определенную гибкость, необходимую для более эффективного функционирования компаний.

Органы ЕС жестко преследуют горизонтальные соглашения, которые являются более опасными для конкуренции, чем вертикальные⁸, так как компании, заключившие подобное соглашение, фактически выступают в отношениях с другими участниками рынка как монополия. К ним и относятся многочисленные сговоры (явные, скрытые, в ущерб третьему лицу, картельные). Если антимонопольным органам удастся доказать существование подобного рода соглашения, на компании налагаются значительные штрафы.

В отношении вертикальных ограничений органами ЕС используется Зеленая книга⁹ (Green Paper) по регулированию ответственности за нарушения правил, установленных Европейской комиссией по антимонопольной политике. Данный документ отражает множество ключевых вопросов, к которым относятся выявление нарушений, сбор доказательств, калькуляция убытков, поддержка покупателей, осуществляющих непрямые закупки, возможность совместных действий с учетом за-

трат, координация общественных и частных усилий.

Не является исключением и российская законодательная система в отношении соглашений и согласованных действий. Вступивший в силу 26 октября 2006 г. Федеральный закон № 135-ФЗ «О защите конкуренции» является важным этапом модернизации всего российского антимонопольного законодательства. Статья 11 Закона «Запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения или согласованные действия хозяйствующих субъектов» гласит:

«1. Запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами или согласованные действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке, если такие соглашения или согласованные действия приводят или могут привести к:

- 1) установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат), наценок;
- 2) повышению, снижению или поддержанию цен на торгах;
- 3) разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи;
- ...
- 6) экономически, технологически и иным образом не обоснованному установлению различных цен (тарифов) на один и тот же товар;
- ...
- 8) созданию препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам»¹⁰.

Для эффективного применения антимонопольного законодательства России большая роль должна отводиться описанию нелегальной практики. Однако в действительности число дел в России, связанных с раскрытием ограничительных соглашений и согласованных действий,

⁸ Горизонтальные соглашения (согласованные действия) — соглашения между конкурентами, поставщиками или покупателями, действующими на одном и том же товарном рынке.

Вертикальные соглашения (согласованные действия) заключаются между поставщиками и покупателями, находящимися на разных уровнях производства или распределения, т.е. между хозяйствующими субъектами и их заказчиками или поставщиками.

⁹ Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy, COM (96) 721 final, of 22.01.1997, point 54.

¹⁰ Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

существенно отличается от опыта США и Европейского союза.

Если говорить о международной практике возбуждения дел в отношении соглашений, то за последние 5 лет в Евросоюзе было рассмотрено 49 дел¹¹, которые связаны в основном с международными картелями, так как делами в отношении картелей в рамках национальных границ занимаются ведомства соответствующих стран. Величина штрафа на сделку составляет более 6 млрд евро, что достаточно ощутимо может повлиять на бюджет нарушителей.

Что касается заявлений о нарушениях антимонопольного законодательства в части соглашений и согласованных действий предприятиями России, то за 2007 г. ФАС России было возбуждено 232 дела по ст. 11 Федерального закона № 135-ФЗ «Запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения или согласованные действия хозяйствующих субъектов». В 94 случаях был установлен факт нарушений¹².

Противодействие картелям в России: успехи и неудачи

В Законе «О защите конкуренции» есть норма, освобождающая от запрета. В подп. 2 п. 4 ст. 11 указывается, что соглашения могут быть признаны правомерными, если предприятие представит доказательства того, что достигнутые им соглашения или осуществляемые им согласованные действия не превышают негативные последствия.

В ст. 14.32 Кодекса РФ об административных правонарушениях (КоАП РФ) уста-

новлен административный штраф до 15% оборота на целевом рынке с примечанием об освобождении от административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства в форме участия в сговоре, что является смысловым ядром программы ослабления наказания. Кроме того, существует гражданско-правовая ответственность, поскольку пострадавшая сторона имеет право обратиться в суд по поводу взыскания ущерба. И наконец, уголовная ответственность установлена ст. 178 Уголовного кодекса РФ («Недопущение, ограничение или устранение конкуренции»), которая предусматривает за участие в сговоре «штраф в размере от ста тысяч до трехсот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от одного года до двух лет, либо лишение свободы на срок до пяти лет»¹³.

Также в 2007 г. начала работать система применения оборотных штрафов. В частности, согласно данным ФАС¹⁴, по ст. 14.32 КоАП РФ («Картельные сговоры, соглашения, согласованные действия») в 2007 г. было возбуждено 24 дела, выдано 14 постановлений о штрафе, в том числе 4 — об оборотном штрафе. Суммарный размер наложенных штрафов по ст. 14.32 КоАП РФ превысил 4 млн руб. Около 3 млн руб. с нарушителей уже взыскано. В отличие от 2007 г., когда система применения санкций только начала действовать, в 2008 г. стали взыскиваться существенно более высокие штрафы. Применение высоких штрафов было характерно для рынка нефтепродуктов — например, на участников картельного сговора в Ставрополе был наложен штраф в размере 75 млн руб.

Классическим примером положительного результата деятельности ФАС является

¹¹ Анализ антикартельных дел в Европейской комиссии на основе данных <http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/cases/cases.cfm>

¹² Доклад о состоянии конкуренции в Российской Федерации за 2007 г. http://www.fas.gov.ru/files/20916/GOSDOKLAD___127___REVISED_02.doc#_Toc200363160

¹³ Проект новой редакции ст. 178 Уголовного кодекса РФ, <http://www.fas.gov.ru/competition/21836.shtml>

¹⁴ http://fas.gov.ru/article/a_19315.shtml

ся выигранное в сентябре 2005 г. в кассационной инстанции дело компании *Western Union*¹⁵ на рынке денежных переводов. Выполнение предписания ФАС косвенно привело к снижению тарифов на денежные переводы, особенно небольших сумм на территории Российской Федерации. Тариф на сумму до 100 долл. снижен с 13 до 6 долл., на сумму до 200 долл. — с 20 до 9 долл. Такие действия вообще привели к тектоническому сдвигу на рынке денежных переводов России. Вслед за *Western Union* аналогичное снижение тарифов произвел ее ближайший конкурент — *MoneyGramm*. И даже пошел дальше — при переводе суммы до 200 долл. по территории России тариф *MoneyGramm* снижен с 20 до 8 долл. До этого тарифы на перевод в пределах Российской Федерации у *Western Union* и *MoneyGramm* были идентичны. Таким образом, ФАС в пределах России заставил конкурировать международные системы денежных переводов. В данном случае речь шла не о горизонтальном, а о вертикальном соглашении.

Однако, несмотря на то что сговор является главным врагом конкуренции, в деятельности антимонопольного органа дела, направленные против таких действий, занимали весьма скромное место. Например, в 2006 г., согласно отчетным данным ФАС, количество дел по сговорам составляло не более 124 (66 — на товарных рынках и 58 — на рынке финансовых услуг)¹⁶. В 2007 г. на 40% увеличилось число выявленных правонарушений в сфере пресечения антиконкурентных соглашений и согласованных действий.

Это произошло в том числе потому, что, во-первых, в новом Законе «О защи-

те конкуренции» было изменено содержание статей, хотя понятия «соглашения» и «согласованные действия» были в Законе и до 2006 г. Во-вторых, введены правила допустимости согласованных действий. В-третьих, уточнено понятие «согласованные действия» — как основанный на информационном обмене отказ от конкуренции в ущерб интересам потребителей.

Проблема соглашений и согласованных действий сохраняет свою трудность разрешения и является одной из самых сложных в конкурентном праве и антимонопольной политике не только в России, но и во всем мире. В связи с этим в данной статье рассматриваются вопросы, связанные с:

1) изучением опыта пресечения на практике основных противников конкуренции — соглашений продавцов о ценах (картель и молчаливый сговор, соглашения и согласованные действия), проблем антимонопольного законодательства в отношении антиконкурентных соглашений;

2) применением новации антимонопольного законодательства, принятого в 2007 г., — программы ослабления наказания (освобождения от ответственности) участников соглашений и согласованных действий

О том, что Федеральная антимонопольная служба и антимонопольное законодательство не должны быть двумя единственными институтами, противодействующими сговорам, говорил заместитель руководителя ФАС А. Б. Кашеваров на «круглом столе». Дело в том, что возникновение стимулов к сговору и конкуренции зависит от структуры рынка. В условиях дефицита и сохраняющихся тарифно-таможенных ограничений для новых участников нет препятствий в повышении цен в результате молчаливого сговора, а тем более — в условиях роста мировых цен на конкретный товар. Большую роль здесь должны сыграть инструменты снижения издержек входа на рынок и создание новых форматов

¹⁵ ФАС против банковского обмана // Банковское обозрение. № 1. Январь 2005 г. <http://bo.bdc.ru/2005/1/posuti.htm>

¹⁶ Шаститко А. Е. Экономические аспекты ослабления наказания за нарушение антимонопольного законодательства // Вопросы экономики. 2007. № 8.

рыночных отношений. Так, в результате отмены импортных тарифов на цемент с января 2008 г. обострилась конкуренция независимо от квалификации действий участников рынка — как легальных или нелегальных.

В то же время в настоящее время ФАС располагает новым инструментом для раскрытия сговора — это возможность ослабления наказания в обмен на сотрудничество с антимонопольными органами. Основная цель ослабления (или освобождения от) наказания за нарушение антимонопольного законодательства — улучшение соблюдения его норм¹⁷. Такого рода программы существуют в странах как с развитой, так и с развивающейся рыночной экономикой. Экономический смысл программы ослабления наказания (ПОН) за нарушение антимонопольного законодательства состоит в том, чтобы ослабить стимулы к формированию новых сговоров и создать стимулы для разрушения действующих посредством повышения вероятности их раскрытия, вместе с тем не увеличивая резко расходы государственного бюджета на финансирование деятельности антимонопольных органов на проведение расследований и самостоятельное добывание информации о фактах сговора между участниками рынка.

Программа направлена на увеличение ожидаемых издержек, которые связаны с созданием картеля, установленных в антимонопольном законодательстве санкций, а также с достижением ненулевой вероятности выявления факта нарушения у нарушителей антимонопольного законодательства, запрещающего соглашения, которые ограничивают конкуренцию (в первую

очередь раздел рынка и создание картеля с целью поддержания цен выше конкурентных).

Примером эффективного применения программы ослабления наказания было дело в отношении банка ВТБ 24 и 17 страховых компаний¹⁸. ФАС обнаружила признаки нарушения антимонопольного законодательства в заключении между банком и страховщиками договоров, приведших к искусственному поддержанию высоких цен на рынке.

Как сообщала ФАС, среди страховщиков, фигурирующих в деле, значатся «Росгосстрах — Столица», ОСАО «Ингосстрах», Военно-страховая компания, «ВТБ Страхование», «Росгосстрах — Сибирь», «Росгосстрах — Северо-Запад», «Росгосстрах — Поволжье», «Росгосстрах — Татарстан», «Росгосстрах — Юг», «Росгосстрах — Урал», «Росгосстрах — Дальний Восток», «Росгосстрах — Центр» «Росгосстрах-Аккорд», «Русский Мир», «СК «ПАРИ» и Губернская страховая компания Кузбасса. Основанием для возбуждения дела послужили добровольные заявления банка и страховых организаций об отказе от дальнейшего участия в соглашениях, ограничивающих конкуренцию и недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством РФ. Еще в декабре 2007 г. ВТБ 24 добровольно заявил в ФАС о заключенных банком и страховыми компаниями соглашениях, ограничивающих конкуренцию. Банк отказался от участия в соглашениях и предоставил службе сведения о них. В своем заявлении ВТБ 24 сообщил о существовании договоров с 17 страховыми компаниями об оказании услуг заемщикам ЗАО «ВТБ 24», т. е. банк рекомендовал клиентам эти страховые компании, а клиенты могли выбрать из предоставленного списка одну. Соглашения предусматривали договоренности меж-

¹⁷ См., например: International Competition Network. Anti-cartel Enforcement Manual. Cartel Working Group. Subgroup 2: Enforcement Techniques. April 2006. Chapter 2. Drafting and Implementing an Effective Leniency Program. P. 3 (http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_5th_capetown_2006/FINALFormattedChapter2-modres.pdf).

¹⁸ http://www.business-magazine.ru/mech_new/law_n/pub296161

ду кредитной организацией и страховыми компаниями в части согласования применяемых страховыми организациями тарифов по программам ипотечного кредитования. В итоге после длительных профессиональных дискуссий участники сформулировали открытый список страховых компаний, и клиент имел право выбрать любую компанию. Единственное, что сохранилось за банком, — право анализировать финансовое состояние страховой компании, выбранной клиентом. Добровольно отказавшись от соглашений, банк ВТБ 24 и работающие с ним страховщики воспользовались программой освобождения от административной ответственности, предусмотренной в КоАП РФ, согласно которой лицо, добровольно заявившее в антимонопольный орган о заключении им ограничивающего конкуренцию соглашения, отказавшееся от участия в нем и предоставившее имеющиеся у него сведения, освобождается от административной ответственности.

По признакам аналогичных нарушений было заведено дело против ЗАО «Райффайзенбанк»¹⁹ и страховых организаций — СЗАО «Стандарт-Резерв», ОАО «Военно-страховая компания», ОАО «РОСНО», ОАО «Согаз», ОАО «ГСК «Югория», ОСАО «Россия», ОАО «Росгосстрах» и ОАО «АльфаСтрахование» по признакам нарушения ст. 11 Федерального закона «О защите конкуренции».

Однако 26 сентября 2008 г. ФАС вынесла решение, что в связи с добровольным устранением банком и страховыми компаниями нарушения антимонопольного законодательства и его последствий отсутствуют основания для выдачи банку и страховым компаниям предписания о прекращении ограничивающего конкуренцию соглашения и совершении действий, направленных на обеспечение конкуренции.

Другой пример нарушения антимонопольного законодательства связан с производителями бурового оборудования²⁰. 16 декабря 2008 г. ФАС России признала ЗАО «Уралмаш — буровое оборудование» и ОАО «Уралмашзавод» нарушившими ч. 1 п. 7 ст. 11 Федерального закона «О защите конкуренции». Дело было возбуждено по заявлению ЗАО «Уралмаш — буровое оборудование» о заключении им в 2005 г. соглашения с ОАО «Уралмашзавод», которое содержит признаки нарушения антимонопольного законодательства. ЗАО «Уралмаш — буровое оборудование» и ОАО «Уралмашзавод» являются прямыми конкурентами, действующими на данном рынке. Вместе с тем в соответствии с упомянутым соглашением одна из сторон — ОАО «Уралмашзавод» — приняла на себя обязательство не поставлять комплектное буровое оборудование на рынок Российской Федерации, т. е. не участвовать в конкуренции.

Учитывая, что действия сторон не привели к экономически или технологически необоснованному сокращению или прекращению производства товара и иным негативным последствиям, ФАС России решила предписание по делу не выдавать. Кроме того, в отношении компаний не были применены штрафные санкции.

Данный случай иллюстрирует так называемую «явку с повинной», которая предусмотрена российским антимонопольным законодательством и предполагает освобождение лица, заявившего в ФАС России об участии в картеле и оказавшего содействие расследованию правонарушения, от административной ответственности.

Однако если говорить об участниках товарных рынков, то антимонопольное преследование не воспринимается ими как достоверная угроза. Об этом можно судить также по котировкам акций. Если на зарубежных рынках возбуждение антимо-

¹⁹ http://www.fas.gov.ru/news/n_20531.shtml

²⁰ http://www.fas.gov.ru/news/n_21506.shtml?print

нопольного дела, в том числе благодаря добровольному раскрытию информации участником соглашения, сопровождается снижением курсовой стоимости акций, то на российском рынке стоимость акций обвиняемых в нарушении конкуренции компаний растет²¹.

Тем не менее на программу ослабления наказания возлагаются большие надежды в антимонопольной политике, потому что российские антимонопольные органы обладают ограниченными ресурсами и несовершенными технологиями добывания достаточных свидетельств о существовании сговоров на товарных рынках в отличие от антимонопольных органов Западной Европы и США, которые применяют, например, оперативно-розыскную деятельность. Использование средств оперативно-розыскной деятельности для сбора доказательств, которые могут быть в дальнейшем приняты судами, является той мерой, которая позволит предупредить сговоры. К сожалению, российские антимонопольные органы пока не обладают такими способами раскрытия картелей. Хотя работа в этом направлении постоянно ведется. Например, Федеральная антимонопольная служба России выступила с предложением внести поправки в Уголовный кодекс РФ, которые бы позволили МВД прослушивать подозреваемых в картельном сговоре²². Прослушивать подозреваемых в картельном сговоре, скорее всего, предполагается через мобильные телефоны. Хотя такой способ может быть малоэффективным, так как компании, способные на картельный сговор, имеют достаточные бюджеты для содержания достойных служб безопасности. Поэтому все возмож-

ности шпионской техники потенциальным участникам картельных сговоров прекрасно известны, ими давно приняты соответствующие меры безопасности. Гораздо более важным для ФАС является приобретение двух новых структурных подразделений.

Согласованные действия: проблемы законодательного описания

При применении антимонопольного законодательства в отношении как согласованных действий, так и соглашений возникают одни и те же проблемы. Однако в отношении к согласованным действиям добавляются проблемы, связанные со сложностью их идентификации как в экономической теории, так и в законодательстве.

Центральным элементом современной теории стратегического взаимодействия является «народная теорема». Согласно ей любая цена, превосходящая цену Бертрана (которая была бы назначена при однократном взаимодействии), может поддерживаться в повторяющейся игре, если дисконтирующий множитель достаточно высок. Практический вывод «народной теоремы» состоит в том, что при определенных условиях продавцы могут назначать точно такие же цены, как они назначили бы, объединившись в картель, *но без заключения какого бы то ни было соглашения*. В экономической теории такое взаимодействие называется молчаливым сговором: каждый из продавцов следует стратегии «поддерживать высокую цену до тех пор, пока другие продавцы ее поддерживают».

Однако насколько легко определить молчаливый сговор в рамках теории игр, настолько же сложно дать адекватное описание этого типа поведения в законодательстве.

Помимо отсутствия должных инструментов регулирования, есть еще одна проблема, снижающая эффективность деятель-

²¹ Сделано замечание заместителем руководителя ФАС А. Б. Кашеваровым на «круглом столе», посвященном проблемам сговора и согласованных действий, который проходил в Институте современного развития 1 октября 2008 г. (Москва).

²² Документ: <http://www.rosbalt.biz/2008/08/24/516358.html> от 24 августа 2008 г.

ности антимонопольного органа России. По мнению председателя Комитета Торгово-промышленной палаты РФ по вопросам регулирования предпринимательской деятельности Н. Е. Фонаревой, это содержание действующего антимонопольного законодательства (принятого в 2006 г. Закона «О защите конкуренции»), которое не оставляет надежды на то, что ФАС сможет противодействовать согласованным действиям. Такую позицию занимают практикующие адвокаты²³.

Однако до 2005 г. есть примеры относительно успешного применения нормы о согласованных действиях — например, в 1999 г. дело против продавцов на рынке автомобильного бензина Санкт-Петербурга²⁴. «В апреле-мае 1999 г. рынок автомобильного топлива в г. Санкт-Петербурге оказался в ситуации «бензинового кризиса». Начали происходить перебои с поставками бензина некоторых марок. Быстрый рост спроса на автомобильное топливо привел к дальнейшему усилению его дефицита в городе. Розничные торговцы топливом стали повышать свои цены. За несколько дней цены на различные марки бензина выросли по всему городу приблизительно вдвое. 11 мая 1999 г. ТУ МАП (Министерство Российской Федерации по антимонопольной политике и поддержке малого предпринимательства) возбудило дело о нарушении Закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (далее — Закон о конкуренции). ТУ МАП обвинило компании ООО «Несте Санкт-Петербург», ООО «Невская топливная компания», ЗАО «Транссервис», ООО «Фазтон»

²³ Выступление Н. Е. Фонаревой, практикующего адвоката, ведущего независимого эксперта по правовой основе антимонопольной политики в России (в прошлом — один из руководителей российского антимонопольного ведомства). «Круглый стол» «Сговор и согласованные действия» в Институте современного развития 1 октября 2008 г.

²⁴ http://www.fas.gov.ru/news/n_904.shtml

и ООО «ПТК-Сервис» в согласованных действиях, направленных на увеличение цен»²⁵. К 2005 г. антимонопольный орган и арбитражные суды выработали единую правовую схему, понимая под согласованными действиями параллельные действия, т.е. совершаемые без какого-либо предварительного согласования или сговора.

По мнению Н. Е. Фонаревой, поворотным моментом в развитии практики применения нормы о незаконности согласованных действий стало дело против российских производителей черных металлов в 2005 г. Однако по результатам рассмотрения дела о согласованных действиях на рынке штрипсов²⁶ утвердилось представление о том, что согласованные действия — это действия по исполнению заключенного соглашения. 14 января 2004 г. ФАС (тогда еще Министерство по антимонопольной политике РФ) признала факт сговора «Северстали» и ММК на рынке трубной заготовки. В результате ведомство обязало ОАО «Магнитогорский металлургический комбинат» и ОАО «Северсталь» в течение 3 лет ежеквартально представлять сведения о текущих отпускных ценах на штрипс тех марок, объем поставки которых превышает 10 % общего объема поставок для производства труб нефтегазового сортамента. В случае изменения цены более чем на 5 % по отношению к базовой цене (по состоянию на 1 января отчетного года) предприятия были обязаны представлять соответствующее экономическое обоснование. Однако 27 мая арбитраж Москвы отменил решения ФАС (тогда еще — МАП). В ответ Федеральная антимонопольная служба направила в апелляционную инстанцию Арбитражного суда Москвы жалобу на решение суда. В апелляции указывалось, что повышение цен на штрипс ОАО «Северсталь» и ОАО «ММК»

²⁵ http://www.fas.gov.ru/news/n_904.shtml

²⁶ Статья «ММК и «Северсталь»: сговора не было», <http://www.rustrubprom.ru/view.php>

производили практически одновременно, при этом разница в темпах была невелика. В жалобе Федеральной антимонопольной службы говорилось, что Арбитражным судом Москвы были нарушены некоторые нормы материального и судебного права. По мнению ведомства, суд применил неправильную трактовку Закона о конкуренции, затребовав в качестве доказательства согласованных действий договоры, которые привели к повышению цен. Таким образом, между соглашениями и согласованными действиями (в терминах экономики — между явным и молчаливым сговором) был поставлен знак равенства. Именно таким образом трактуется и содержание ст. 8 Закона «О защите конкуренции». Применительно к молчаливому сговору требовать документальных подтверждений бессмысленно: продавцы не следуют заранее достигнутой договоренности, а просто учитывают при изменении цены реакцию потенциального конкурента.

При этом проблема чрезвычайно остра. Согласованные действия позволяют поддерживать высокие цены, не прибегая к соглашениям. Потребность в соглашениях между компаниями исчезает, если на рынке возникает дефицит или отсутствует возможность входа на рынок новых конкурентов. К таким рынкам, в частности, относятся добывающие отрасли и первичная переработка сырья, роль которых в экономике России нельзя переоценить. Именно недостатки действующего антимонопольного закона вызывают бурный рост цен, переживаемый российской экономикой.

Высший Арбитражный Суд (ВАС) прилагает все усилия, чтобы максимально устранить неопределенность, компенсировать недостатки и неясности содержания антимонопольного закона²⁷. В принятом в ию-

не 2008 г. постановлении ВАС отмечает, что согласованные действия могут и не быть документально подтверждены, судам необходимо рассматривать под согласованными только те действия, которые совершены синхронно, единообразно и при отсутствии обоснованных причин. Тем самым соглашения (явный сговор) и согласованные действия (молчаливый сговор) разграничиваются. Важной новацией является указание ВАС на то, что решения по делам о соглашениях и согласованных действиях должны учитывать всех участников, при этом предписание в отношении одной группы участников соглашений (согласованных действий) должно действовать и для любых других его участников. В этом случае устраняются важный элемент правовой неопределенности и сама возможность рассматривать одно и то же действие в рамках нескольких судебных дел. Тем не менее количество дел по факту соглашений и согласованных действий в российских судах исчисляется единицами. Наряду с несомненными успехами многие вопросы остаются спорными.

Так, на сегодняшний день лишь два дела о соглашениях и согласованных действиях по применению Закона о конкуренции находятся на стадии рассмотрения в апелляционной инстанции. Первое дело — по Калининградской области, где 6 операторов сотовой связи договорились ввести для юридических лиц в определенные даты комбинированный тариф, издав приказ и опубликовав объявление в газете о дате ввода данного тарифа. Жалоба в антимонопольный орган поступила от оператора, не участвовавшего в данном сговоре. В этом деле суд признал нарушение по ст. 11 Закона о конкуренции.

Во втором деле, которое в настоящее время находится на стадии апелляционного рассмотрения, антимонопольный орган обвинил в согласованных действиях трех участников: электросети города, водоканал и теплосети. Они создали сбытовую компанию и через нее стали принимать

²⁷ На это указала судья Высшего Арбитражного Суда Ю. Ю. Горячева на «круглом столе» «Сговор и согласованные действия» в Институте современного развития 1 октября 2008 г.

платежи от населения. Оповестили почту и банк, заключили с ними договор на предмет их работы со сбытовой компанией. Через 2 года электросети города, водоканал и теплосети отказались продлевать договор, а договор был продлен со снабженческо-сбытовой компанией. В их действиях антимонопольный орган обнаружил нарушение. Он посчитал, что в данном случае был нарушен закон, т.е. имели место согласованные действия. А суд не признал данное соглашение как нарушение ст. 11 Закона о конкуренции, так как не изменились ни цена, ни условия договора, изменилось только лицо, оказывающее услуги. Такие решения спорных дел полезны для антимонопольного законодательства, так как на основе решения спорных дел вырабатываются правила применения норм в конкретных российских условиях²⁸.

Таким образом, устранить недостатки и неясности содержания антимонопольного законодательства в отношении картелей не так просто. Поэтому, с одной стороны, цель введения изменений в содержание закона очевидна — снизить издержки доказательства координации поведения между участниками рынка. С другой стороны, применение новых норм требует очень высокого уровня экономического анализа.

Полученные выводы позволили бы отделить антиконкурентные действия нескольких компаний от их одновременной реакции на изменение условий продаж на рынке. Дело в том, что в последние годы ФАС расширяет полномочия благодаря появлению новых типов нелегальной практики, однако многие из них — результат неспособности раскрыть соглашения о ценах и наказывать за них. Необходимость введения таких типов нелегальной практики,

²⁸ Приведенный пример спорного дела привела судья Высшего Арбитражного Суда Ю. Ю. Горячева на «круглом столе» «Сговор и согласованные действия» в Институте современного развития 1 октября 2008 г.

как злоупотребление коллективным доминированием, злоупотребление рыночной властью, весьма сомнительна²⁹. Предпочтительнее было бы сосредоточить усилия на совершенствовании применения действующих норм, а не на разработке новых. Большое значение имеет разъяснение участникам рынка разницы между легальной и нелегальной практикой.

Разграничение легальной и нелегальной практики в действующем российском антимонопольном законодательстве является еще одной проблемой, снижающей эффективность антимонопольной политики³⁰. Главной целью применения антимонопольного законодательства должна быть защита конкуренции, а не интересов контрагентов (покупателей). В противном случае нелегальными могут быть признаны любые соглашения, которые ведут к установлению более высоких цен, независимо от того, имел ли потребитель возможность выбора между разными продуктами. В последнем случае признание любых соглашений нелегальными сужает спектр допустимой коммерческой практики и, в конечном итоге, наносит ущерб развитию российских рынков.

* * *

Подводя итоги, хотелось бы еще раз обратить внимание на проблемы, стоящие перед антимонопольной политикой. По-прежнему необходимо осуществлять дальнейшую работу по решению проблем улучшения применения антимонопольного законодательства в части соглашений и согласованных действий. Антимонопольный

²⁹ Замечание сделано профессором экономического факультета ГУ-ВШЭ С. Б. Авдашевой на «круглом столе» «Сговор и согласованные действия» в Институте современного развития, 1 октября 2008 г.

³⁰ На этот факт обращает внимание директор Департамента развития конкуренции и анализа конъюнктуры рынка Министерства экономического развития А. А. Пироженко.

орган испытывает значительные трудности с доказыванием наличия соглашений. Обстоятельством, затрудняющим доказательство, является ограничение возможности выполнять оперативно-розыскные функции, российские суды также не признают косвенных свидетельств сговора.

Неоднозначным остается вопрос о разграничении, с одной стороны, горизонтальных соглашений (сговора между участниками одного и того же рынка), наиболее опасных для конкуренции, а с другой — вертикальных и конгломератных соглашений. Не менее спорный вопрос: на участников каких соглашений — горизонтальных или конгломератных — рассчитана ст. 14.32 КоАП РФ, вводящая возможность ослабления наказания? Наконец, какие препятствия существуют для использования российскими судами результатов экономического анализа?

Кроме того, в период экономических затруднений результативность антимонопольной политики будет зависеть и от того, как условия финансового кризиса повлияют на стимулы к сговору. В экономической теории молчаливого сговора есть интересный вывод о том, что в условиях снижения спроса стимулы к поддержа-

нию картельных соглашений снижаются. Поэтому в условиях финансового кризиса — в условиях снижения спроса на товары и услуги — есть основания предположить, что участники рынка, заключая соглашения о поддержании высоких цен, не смогут рассчитывать на сверхприбыли, а следовательно, будут менее склонны поддерживать сговор. Все это может привести к значительному улучшению условий конкуренции.

Литература

1. Кабраль Л. М. Б. Организация отраслевых рынков: вводный курс / Л. М. Б. Кабраль; Пер. с англ. А. Д. Шведа; Науч. ред. А. А. Баканов. Минск: Новое знание, 2003.
2. Шаститко А. Е. Экономические аспекты ослабления наказания за нарушение антимонопольного законодательства // Вопросы экономики. 2007. № 8.
3. Юсупова Г. Ф. Проблемы противодействия ограничивающим конкуренцию соглашениям в российской антимонопольной политике. Отчет по «круглому столу» «Соглашения и согласованные действия». Институт современного развития // Вопросы экономики. Январь 2009 г.
4. ФАС против банковского обмана // Банковское обозрение. № 1. Январь 2005 г.

Статья поступила в редакцию 5.02.2009

G. Yusupova, PhD (Economics), Senior Instructor, Businesses and Market Analysis Chair, Faculty of Economics, Higher School of Economics (State University), Yusupova71@mail.ru

RUSSIAN ANTIMONOPOLY POLICY: THE COMPETITION-HAMPERING COLLUSIVE AGREEMENTS AND THE COUNTERACTION ISSUES

Collusive agreement and tacit collusion problem is one of the most complex issues that both the legal professionals who deal with the competitive businesses and the antimonopoly officials face both in Russia and in all the countries of the world. How should we assess the achievements made by the RF Federal Antimonopoly Service? What should we do to put an end to the cartel agreement and tacit agreement-making practices? These were the issues discussed during a roundtable discussion organized by the Institute for Modern Development. The roundtable discussion title theme was The Collusive Agreements and the Tacit Collusion. Economists, legal professionals (including the practitioners who operate as defense counselors), executive bodies' and large businesses' representatives took part in the work during the discussion. The discussion was dedicated to the tacit agreement-making countering measures and the Russian antimonopoly policy elaboration issues. The discussion results can be of interest and of help to the economists who specialize in dealing with a wide range of economic issues.

Key words: RF Federal Antimonopoly Service, competition law, antimonopoly policy, agreements and collusions, antimonopoly policy efficiency.