

Новое антимонопольное законодательство: результат стратегического взаимодействия?*

Аннотация

Статья посвящена изменению российского антимонопольного законодательства. Цель состоит в том, чтобы объяснить изменения и дополнения, внесенные в закон «О защите конкуренции» (2006) в процессе его обсуждения и принятия, в контексте стратегического взаимодействия между законодателем, представляющим антимонопольный орган, с одной стороны, и российским бизнесом, с другой. В статье содержится анализ новых норм, посвященных предварительному анализу слияний, соглашениям и согласованным действиям, системе санкций, включая освобождение от ответственности, а также общему дизайну норм антимонопольного законодательства. В целом результат стратегического взаимодействия носит двойственный характер. В ряде случаев качество норм существенно выросло, под давлением как бизнеса (предварительный контроль слияний), так и антимонопольного органа (уровень санкций). В то же время в ряде случаев новые нормы создают высокий риск ошибок в правоприменении. Один из результатов действий бизнеса – сложность и запутанность норм. В свою очередь, антимонопольный орган получил в своё распоряжение такие инструменты, применение которых может быть опасно для базовых целей антимонопольного регулирования – например, концепция коллективного доминирования.

¹ Профессор Государственного университета – Высшей школы экономики, доктор экономических наук.

² Генеральный директор Бюро экономического анализа, профессор экономического факультета Московского государственного университета им.М.В.Ломоносова, доктор экономических наук.

* Доклад подготовлен на основе материалов проекта программы Фундаментальных исследований ГУ-ВШЭ «Конкурентные рынки и антимонопольное регулирование» в 2007 г.

Введение

Последние годы ознаменовались существенным обновлением нормативной базы антимонопольного регулирования в России. В июле 2006 г. был принят и с октября 2006 г. вступил в силу новый закон «О защите конкуренции» (№ 135-ФЗ от 26 июля 2006 г.). В апреле приняты изменения в Кодекс об административных правонарушениях (№ 54-ФЗ от 9 апреля 2007 г.). Вступление в силу этих двух законов может оказать радикальное воздействие на будущее антимонопольного регулирования.

Принятые законы выгодно отличались от подавляющего числа российских нормативных актов тем, что они прошли действительно широкое обсуждение. Первый вариант закона «О защите конкуренции» был разработан в начале 2005 года, и немедленно стал доступен широким кругам, которые могли сформулировать и критику, и предложения по улучшения закона³. Не могли остаться в стороне от обсуждения законопроекта и представители крупного бизнеса, в том числе потенциальные ответчики по антимонопольным делам, интересы которых широко представлены и в экспертном сообществе, и в законодательной власти. Логично было бы ожидать, что финальный вариант, в котором был принят закон, сложится как компромиссный результат противоборства разных сторон. Цель данной статьи – показать, в какой степени новое антимонопольное законодательство служит результатом стратегического взаимодействия представителей крупного бизнеса и сторонников антимонопольного органа, и как стратегическое взаимодействие повлияло на качество и ожидаемые последствия применения принятых норм.

При оценке результатов стратегического взаимодействия мы будем руководствоваться подходом к оценке норм антимонопольного законодательства, сформулированным Джоскоу⁴. Хорошее антимонопольное законодательство минимизирует издержки от ошибок I и II рода. В свою очередь, для потенциальных нарушителей антимонопольного законодательства, на первый взгляд, должно быть характерно стремление к тому, чтобы разграничение легальной/нелегальной практики создавало предпосылки для ошибок I рода. Их интересам отвечает более «мягкое» антимонопольное регулирование. Однако в действительности ошибки II рода также могут не противоречить стратегическим интересам потенциальных нарушителей, если они ведут к дискредитации антимонопольного регулирования, заставляющей правительство объективно ограничивать сферу его деятельности. В этом контексте можно условно разграничить два эффекта: «прямой» и «стратегический». Повышение вероятности ошибок I

³ С одним из примеров обсуждения законопроекта на первой стадии можно познакомиться в: Авдашева С., Шаститко А. Модернизация антимонопольной политики в России: экономический анализ предлагаемых изменений конкурентного законодательства. Вопросы экономики, 2005, № 5.

⁴ *Joskow P.L.* Transaction Cost Economics, Antitrust Rules and Remedies// *Journal of Law, Economics and Organization*, 2002. Vol.18.No 1.

рода создает «прямые» выигрыши потенциальных нарушителей, а ошибок II рода – «стратегические».

Интересы бизнеса, безусловно, нельзя отождествлять со стимулами потенциальных нарушителей. Однако для крупного бизнеса в России, в наибольшей степени представленного во взаимодействии с органами власти, характерна именно эта позиция. Традиция правоприменения такова, что антимонопольное законодательство для защиты своих интересов в России скорее намерены использовать преимущественно представители среднего бизнеса. Крупные участники рынка, даже если несут потери в результате ограничения конкуренции, решают свои проблемы иными способами, преимущественно – путем непосредственного лоббирования. Эти особенности защиты прав, безусловно, наложили свой отпечаток на ход и результаты обсуждения нового закона «О защите конкуренции».

Как мы увидим, результатом стратегического взаимодействия между бизнесом и антимонопольными органами послужило принятие многих норм, качество которых с точки зрения результативности антимонопольного регулирования сомнительно. Причем непосредственными инициаторами снижения качества норм выступали не только представители потенциальных нарушителей, но и представители антимонопольного органа.

1. Стратегическое взаимодействие в антимонопольном регулировании

Теория стратегического взаимодействия составляет одну из концептуальных основ современной микроэкономики. Именно в контексте стратегического взаимодействия, с помощью аппарата теории игр, объясняется и формирование цен на олигополистических рынках, где участники осознают взаимозависимость, и решения о входе на рынок и выходе с рынка, о создании стратегических барьеров для потенциальных конкурентов. Антимонопольное регулирование также основывается на подходе стратегического взаимодействия.

Однако возможности применения этого подхода шире, чем объяснение взаимодействия фирм на рынках. Применение инструментов антимонопольного регулирования также подчинено закономерностям стратегического взаимодействия. Фирмы могут стратегически реагировать на возможности применения по отношению к ним антимонопольного законодательства, то же самое делает и антимонопольный орган. Не менее вероятно стратегическое использование инструментов антимонопольного регулирования в конкурентной борьбе, особенно если антимонопольное законодательство допускает частное

правоприменение. Профессор МакАффи⁵, обобщив опыт частных исков по поводу нарушений антимонопольного законодательства в США, обнаружил семь возможных мотивов такого стратегического использования: (1) лишить успешного конкурента финансовых ресурсов; (2) добиться изменения условий договора; (3) наказать партнера за некооперативное поведение; (4) отреагировать на судебное преследование путем подачи встречного иска; (5) предотвратить враждебное поглощение; (6) предотвратить вход конкурента на рынок; (7) заставить конкурента снизить интенсивность конкуренции.

Весной 2007 года на факультете права Амстердамского университета прошла конференция, посвященная исключительно стратегическому взаимодействию в процессе применения норм антимонопольного регулирования. Большая часть исследований в этой сфере посвящена стратегическому взаимодействию в рамках действующего законодательства. Практически нет работ, которые интерпретировали бы в терминах стратегического взаимодействия между законодателем и участниками рынка сам процесс разработки и принятия антимонопольных норм⁶. Причин тому несколько. Первая из них связана с тем, что в подавляющем большинстве развитых стран антимонопольные законы приняты давно и базовые нормы и способы их применения если и изменяются, то незначительно. Соответственно, нельзя проследить влияние стратегического взаимодействия на содержание законов. Вторая состоит в том, что анализ стратегического взаимодействия в процессе разработки и принятия законов предполагает противопоставление законодателя и групп интересов, которые принимают участие в обсуждении. Однако такое противопоставление не вполне естественно (хотя, на наш взгляд, в данном контексте и оправдано): ситуация представляется таким образом, будто бы группы интересов не представлены в законодательном органе. Немаловажную роль играет и тот факт, что значительная часть традиции экономического анализа права опирается на представление о «благотворительном» законодателе. В нашем случае, однако, для простоты можно отождествить законодателя и антимонопольный орган, противостоящие группам интересов, связанным с крупным бизнесом. Альтернативно можно рассматривать стратегическое взаимодействие между инициатором принятия закона (каковым, безусловно, выступала Федеральная антимонопольная служба), с одной стороны, и крупным бизнесом, с другой.

⁵ *McAfee R.P., Vakkur N.V. The Strategic Abuse of the Antitrust Laws// Journal of Strategic Management Education, 2005. Vol.2. No 1.*

⁶ Исключение составляет подход неоавстрийской школы, которая интерпретирует принятие антимонопольного законодательства в США, к примеру, с политико-экономической точки зрения как победу представителей мелкого бизнеса, в том числе сельскохозяйственных производителей, над крупными компаниями. См. например: *Boudreaux D., DiLorenzo T. The Protectionist Roots of Antitrust//Review of Austrian Economics, 1993. Vol 6. No 2; DiLorenzo T. The Origins of Antitrust Rhetoric vs Reality // Regulation, 1990. Vol.13. No 3.*

2. Антимонопольная политика в РФ: основные направления критики

Антимонопольная политика в России на протяжении почти десяти лет служила объектом жесткой критики со стороны не только российских, но и зарубежных экспертов⁷. Применение норм антимонопольного регулирования в этот период не создавало необходимого противодействия ограничениям конкуренции на внутренних рынках, и в то же время – часто создавало неоправданные административные издержки для бизнеса.

Сказанное в первую очередь относится к предварительному контролю слияний. Критерии контроля сделок были неадекватны целям антимонопольного регулирования как в плане определения сделки экономической концентрации, так и в плане выбора минимального масштаба сделок, которые подлежат предварительному согласованию. Согласованию подлежали не только сделки слияния и приобретения крупных пакетов акций компаний, но и объединения некоммерческих организаций. Требовалось согласование с антимонопольным органом приобретения каждого пакета акций, если в результате сделки покупатель располагал более 20% от суммы голосующих акций. До октября 2002 г. предварительному согласованию подлежали сделки, в которых участвовали предприятия с балансовой стоимостью активов свыше 100 тыс. МРОТ (10 млн. руб.), а с октября 2002 г. по февраль 2005 г. – свыше 200 тыс. МРОТ (20 млн. руб.)⁸.

Сравним заданные критерии объекта предварительного согласования с фактическими размерами промышленных предприятий. В 1999 году⁹ балансовая стоимость активов предприятий, к примеру, легкой промышленности составляла около 81,5 млрд.рублей. Поскольку в отрасли 4515 предприятий¹⁰, балансовая стоимость активов «среднего» из них составляет более 18 млн.рублей, или в 1,8 раза выше, чем минимальная планка, предполагающая необходимость предварительного согласования сделок экономической концентрации с антимонопольным органом. В других отраслях промышленности превышение балансовой стоимости активов «среднего» предприятия над 100 тыс. МРОТ (10 млн.руб.) еще выше: 4,5 раза - в лесной, деревообрабатывающей и целлюлозно-бумажной промышленности, 6 раз – в промышленности строительных материалов, 6,7 раз – в пищевой промышленности, 20 раз – в машиностроении и металлообработке, 67 раз – в цветной металлургии и т.д. Иными словами, в соответствии с заданными критериями предварительного одобрения требовали

⁷ Reynolds S. Competition Law and Policy in Russia// OECD Journal of Competition Law and Policy, 2005. Vol.6. No 3.

⁸ Не вполне удачен и сам показатель балансовой стоимости активов как индикатор размера компании. Балансовая стоимость искажена как использованием исторической оценки (по советским ценам, абсолютно виртуальным), так и рядом последующих коррекций.

⁹ Промышленность России. Статистический сборник, М.: Государственный комитет РФ по статистике, 2000, с.346 и 352.

¹⁰ Там же, с.20-27.

сделки между участниками рынка существенно ниже среднего размера. Легко заметить также, что повышение порогового значения объектов предварительного контроля в 2002 г. не могло привести к существенным положительным изменениям.

Очевидно, что сфера предварительного антимонопольного контроля была определена слишком широко, включая участников рынка, сделки между которыми не могли оказать заметного влияния на конкуренцию – но которые при этом несли дополнительные административные затраты. Аналогично низкий порог предварительного контроля сделок экономической концентрации был установлен для финансовых организаций.

Границы фирмы при согласовании сделок экономической концентрации во внимание не принимались: участник рынка отождествлялся с юридическим лицом. Многие сделки, подлежащие предварительному согласованию по формальным критериям, фактически отражали изменение корпоративной архитектуры внутри одного и того же холдинга, и не могли оказать существенного воздействия на конкуренцию.

Дополнительные требования, налагаемые на участников сделки в том случае, когда она потенциально могла ограничить конкуренцию (около 5% рассматриваемых сделок), носили, как правило, поведенческий, а не структурный характер. В свою очередь, поведенческие условия очень часто были сформулированы расплывчато и повторяли формулы законодательства о недопустимости ограничения конкуренции. В итоге предварительный контроль слияний не мог достигнуть тех целей, которые ставятся перед ним в структуре антимонопольной политики.

Еще более низкую результативность демонстрировала борьба с картелями. Более чем скромные успехи в области борьбы с картелями и злоупотреблением доминированием объясняются в первую очередь низкими санкциями за нарушение антимонопольного законодательства. Верхний уровень санкций, помимо изъятия незаконно полученной (в результате ограничения конкуренции) прибыли предусматривал штраф в размере 5 тыс. МРОТ, то есть полмиллиона рублей. Для многих видов нелегальной практики по действовавшему законодательству санкции применялись не за нарушение как таковое, а за невыполнение предписание антимонопольного органа. Вероятность применения столь скромных денежных санкций также не очень высока. По действовавшим законам, почти любое ограничение конкуренции может быть признано легальным, если оно *«сопровождается положительным социально-экономическим эффектом»*. Поскольку в России традиция определения подобного «социально-экономического эффекта» еще не устоялась, не исключены были вполне противоречащие духу и целям антимонопольной политики решения. Например, когда в качестве *«положительного социально-экономического эффекта»* могло признаваться повышение доходов бюджета (неизбежное при росте прибыли в результате укрепления рыночной власти).

Такое положение дел отрицательно воздействует на результативность антимонопольной политики тремя путями. Во-первых, санкции создают недостаточный уровень угрозы для нарушителей. Во-вторых, пострадавшим от нарушений антимонопольного законодательства невыгодно обращаться в антимонопольный орган или суд, предъявляя доказательства нелегальной практики. Наконец, и для сотрудников антимонопольных органов низкие санкции снижают стимулы к расследованию антимонопольных дел, которое требует многократно больших затрат, нежели та сумма, которая может быть перечислена в государственный бюджет.

Низкий уровень санкций сводит на нет потенциальный эффект от применения антимонопольного законодательства, независимо от его остального содержания. Даже если бы описание нелегальных действий в действующих законах было существенно лучше, при данном уровне санкций они не оказывали бы должного воздействия на поведение участников рынка.

В то же время необходимо отметить, что сложности, стоящие перед российским антимонопольным органом, объективно очень высоки, так что его низкая результативность лишь частично объясняется плохими законодательными нормами. Во-первых, проблемы обеспечения и ограничения конкуренции на российских рынках слишком специфичны для того, чтобы их можно было решить применением стандартных инструментов антимонопольного законодательства. Россия унаследовала от советской экономики особый тип монополизма¹¹, который полностью не преодолен до сих пор. В этих условиях применение традиционных мер антимонопольной политики как пассивной или защитной не может полностью заменить активные меры по реструктуризации экономики. Так, например, структура промышленности в России остается смещенной в сторону относительно крупных предприятий, малые предприятия выпускают около 4% от общего объема производства промышленности. Это – очевидное наследие политики размещения ресурсов социалистического периода. В свою очередь, развитие малых предприятий в последнее время ограничено как специфическими проблемами на стороне привлечения ресурсов (например, высокие ставки процента по кредитам), так и проблемами на стороне спроса (в условиях низкой контрактной дисциплины покупатели отказываются от заключения сделок с малыми предприятиями, предпочитая известных традиционных, - и как правило, крупных, - поставщиков).

Во-вторых, российские антимонопольные органы по разным причинам пока не могут использовать даже те инструменты антимонопольного регулирования, которые находятся в их распоряжении. Во многом эти причины связаны с противоречием между высокими квалификационными требованиями, которые предъявляет антимонопольное законодательство, с одной стороны, и недостаточным уровнем экономического образования сотрудников

¹¹ Яковлев А.А. Структурные ограничения либеральных реформ в российской экономике // Экономический журнал ВШЭ, 2001, том 5, № 1.

антимонопольных органов¹², с другой. Кроме того, судебная система России предъявляет к антимонопольным органам и к самому содержанию антимонопольного законодательства очень высокие требования. Чтобы признать ограничивающие конкуренцию действия действительно незаконными, суды требуют, чтобы действия участников рынка в точности соответствовали признакам нарушения, описанным в законе. Благодаря этому со временем российское антимонопольное законодательство становится все более и более подробным. Однако тем самым проблемы не столько решаются, сколько создаются: конкретизация признаков нарушения антимонопольного законодательства делает положение обвинения в антимонопольном деле всё более уязвимым по мере того, как суды делают акцент не на результатах, а на признаках действий нарушителя.

Тенденцию к чрезмерной конкретизации содержания антимонопольных норм можно проиллюстрировать, сравнив содержание норм законов «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» (1991) и «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг» (1999). Во-первых, во второй половине 1990-х гг. было признано, что особенности рынка финансовых услуг требуют специального закона, хотя, естественно, содержание норм в отношении возможных ограничений конкуренции в двух законах абсолютно одинаковы. Во-вторых, при одинаковом базовом содержании двух законов более поздний из них одновременно и более подробный.

В третьих, объект российского антимонопольного законодательства изначально определен гораздо более широко, нежели в большинстве зарубежных стран¹³. Помимо традиционных направлений антимонопольного регулирования – сговоры, злоупотребление доминированием и слияния, - на российский антимонопольный орган возложена обязанность контролировать выполнение норм о недобросовестной конкуренции, ограничении конкуренции со стороны государства, антимонопольных требованиях к государственным закупкам, а с момента принятия закона «О защите конкуренции» - еще и предоставлении государственной помощи. Сами по себе масштабы задач, которые изначально были поставлены перед антимонопольным органом, при ограниченных ресурсах могли привести к тому, что основные – с точки зрения мировой практики, - функции антимонопольного органа выполняются недостаточно хорошо.

Последний вывод легко проиллюстрировать, проанализировав структуру деятельности антимонопольных органов. В среднем в 2000-2002 гг. российский антимонопольный орган

¹² Эта причина тем более важна, что для сотрудников антимонопольных органов старше 30 лет необходимо говорить даже не о недостатке, а об *отсутствии* экономического образования как такового. Те знания, которые предоставлялись советскими высшими учебными заведениями – а иногда продолжают предоставляться и российскими, - в общем случае не могут составлять нормальную основу применения антимонопольного законодательства.

¹³ Pittman R. Some Critical Provisions in the Antimonopoly Laws of Central and Eastern Europe. Papers 91-10 // U.S. Department of Justice - Antitrust Division Papers, 1991; Pittman R. Competition Law in Central Eastern Europe: Five Years Later. Papers 97-2// U.S. Department of Justice - Antitrust Division, Papers, 1997.

рассматривал 23-25 тыс. дел в год. Однако преобладающая доля дел – предварительный анализ слияний: около 19-20 тыс. заявлений в год. В то же время за все три года было возбуждено 70 дел в отношении картельных соглашений. Из 4-5 тыс. оставшихся дел, которые рассматриваются в год, около 40% занимают дела в отношении злоупотребления доминирующим положением. Оценивая эту цифру, следует учитывать, что при неразвитости системы регулирования в отраслях естественных монополий российский антимонопольный орган вынужден активно участвовать в разрешении конфликтов между укоренившимися и новыми участниками на соответствующих рынках¹⁴. Около 30% занимают дела в отношении действий органов власти, ограничивающих конкуренцию, чуть менее 10% - дела по признакам нарушения норм о добросовестной конкуренции. Преобладание в структуре деятельности предварительного контроля слияний, проводимого достаточно формально, создавал перекос в сторону административных функций антимонопольного органа. В сочетании с большим объемом деятельности по контролю слияний – большая часть которых не может оказать отрицательного воздействия на конкуренцию, - это снижает эффективность антимонопольной политики.

Очевидно, что принятие нового антимонопольного закона могло решить только те проблемы, которые были связаны с описанием в законе легальной и нелегальной практики, а также с определением обстоятельств применения санкций к нарушителям.

3. Принятие нового антимонопольного закона: обстоятельства и краткая история

Разработка нового антимонопольного закона началась вместе с преобразованием Министерства антимонопольной политики и поддержки предпринимательства в Федеральную антимонопольную службу в марте 2004 года. Вероятно, эта дата станет важной в истории российской антимонопольной политики.

Новое руководство антимонопольного органа поставило задачу не только быстрого обновления антимонопольного законодательства, но и повышения роли антимонопольного регулирования в экономической политике в целом. Помимо традиционных объектов антимонопольной политики – а их у российского антимонопольного органа традиционно и так очень много - руководство ФАС берет на себя новые обязательства. Это обеспечение конкуренции в сфере распределения государством ограниченных ресурсов (земли, прав на разработку недр, прав на застройку), в сфере государственных закупок. Для воздействия на

¹⁴ *Ordovery J., Pittman R., Clyde P.* Competition Policy for Natural Monopolies in Developing Market Economy. *Economics of Transition*, 1994. Vol. 2, No. 3; *Pittman R.W.* Abuse-of-Dominance Provisions of Central and Eastern European Competition Laws: Have Fears of Over-Enforcement Been Borne Out? Working Paper No 04-1 //US Dept. of Justice Economic Analysis Group Working Paper Series, 2004.

рынки используется весь спектр находящихся в распоряжении антимонопольного органа инструментов – как возможности, связанные с надзором за соблюдением конкурентного законодательства, так и возможности по адвокатированию конкуренции.

Однако и в области традиционных направлений антимонопольного регулирования активность антимонопольного органа существенно повысилась. Достаточно сказать, что в 2005 году Федеральная антимонопольная служба взыскала с нарушителей антимонопольного законодательства больше штрафов, чем за восемь предшествующих лет.

Повышается прозрачность деятельности. В лучшую сторону изменилась структура веб-сайта и оперативность обновления информации. Руководители антимонопольного органа все чаще дают интервью и выступают с заявлениями по текущим вопросам конкурентной политики.

Обсуждение нового закона «О конкуренции» удачно использовалось в том числе и как средство повышения престижа Федеральной антимонопольной службы. Закон впервые был вынесен на публичное обсуждение в начале 2005 года. В последние годы, пожалуй, ни один из законов, регламентирующих проведение государственной политики, не обсуждался так широко. Еще до внесения закона в Государственную Думу была проведена серия семинаров в крупнейших российских университетах и нескольких исследовательских центрах, куда имели доступ все желающие. Проект закона был размещен на сайте Федеральной антимонопольной службы вместе с презентацией, объясняющей причины принятия нового закона. Нормы нового закона активно комментировались как в прессе, так и в специализированных экономических изданиях и на научных конференциях. Следует отметить, что это обстоятельство делает закон «О защите конкуренции» столь интересным для анализа стратегического взаимодействия участников рынка и законодательной власти. Представители бизнеса были очень хорошо информированы не только о содержании вносимого в законодательный орган закона, но и о его ожидаемых последствиях.

Одновременно надо отметить и неблагоприятные обстоятельства принятия нового закона. Главным из них является усиливающийся в высших органах власти скептицизм по отношению к идее необходимости развития конкуренции в принципе. В последние годы большая часть роста национального дохода России связана с теми отраслями, где российские производители сталкиваются с ограниченной конкуренцией.

После внесения закона в Государственную думу весной 2005 года в течение последующих девяти-десяти месяцев на закон были получены заключения администрации Президента РФ, Российского союза промышленников и предпринимателей, Торгово-промышленной палаты РФ и других ассоциаций предпринимателей. По словам председателя Комитета Государственной Думы РФ по экономической политике, предпринимательству и туризму В.Драганова, закон «О

защите конкуренции» в 2005 году потребовал от комитета самых больших усилий по согласованию позиций разных сторон.

Новый закон содержит много полезных новаций, способных улучшить нормативную базу антимонопольного регулирования и конкурентной политики. Однако ряд его положений весьма неоднозначен, в особенности учитывая возможность использования разных подходов к применению принятых норм. На наш взгляд, наибольший риск для перспектив антимонопольного законодательства возникает именно в тех сферах, где участники взаимодействия вели себя «стратегически». Покажем это на примере нескольких важных характеристик нового антимонопольного законодательства.

4. Изменения содержания антимонопольного закона: роль стратегического взаимодействия

Дизайн норм антимонопольного законодательства

Стратегическое взаимодействие разработчиков и критиков закона «О защите конкуренции» осуществлялось традиционным для России способом. В-первых, участники отдельных рынков стремились к максимально возможному исключению отдельных сфер из-под действия антимонопольного законодательства. Представителями отраслей естественных монополий прилагались усилия по выводу этих сфер целиком из-под действия антимонопольного регулирования. Лишь незначительный перевес голосов в Государственной Думе помешал принять эту поправку. Потенциальное значение подобной поправки сложно переоценить, учитывая, что отраслевое регулирование на рынках естественных монополий России неспособно создать нормативную основу развития конкуренции. По крайней мере частично эту задачу вынуждено решать антимонопольное законодательство.

Во-вторых, преобладала не критика конкретных формулировок антимонопольных норм, а упреки в недостаточной конкретизации этих норм. Один из основных инструментов подобной критики – это анализ закона на коррупционность. По этому критерию закон получал крайне низкие оценки. Мотивировалось это тем, что нормы закона расплывчаты и оставляют значительную свободу антимонопольному органу в толковании норм и интерпретации конкретных типов поведения. Поэтому на всем протяжении обсуждения закона критики требовали внесения дополнительных уточнений, а разработчики либо вносили подобные уточнения, либо включали в закон ссылки на нормы, которые будут разработаны и приняты Правительством РФ впоследствии. На наш взгляд, этот процесс существенно снизил качество закона. Антимонопольное законодательство как пассивное направление экономической политики, применяемое только в случаях ограничения конкуренции, или по крайней мере исключительно высокой опасности такого ограничения, основывается на оценке конкуренции.

Исключить из применения антимонопольного законодательства оценку состояния конкуренции – которая никогда не может быть регламентирована полностью, - невозможно. Попытка достичь этой цели может привести к более тяжелым последствиям, чем отказ от антимонопольной политики в принципе.

В результате в законе осталось слишком много бланкетных норм. Число ссылок на нормы, которые должны быть дополнительно приняты специальными законами и постановлениями Правительства РФ, в новом законе около двадцати, против двух в действовавшем ранее. Очевидно, что область стратегического взаимодействия между заинтересованными сторонами сместилась от принятия закона в сторону принятия подзаконных актов. Это тем опаснее, что процесс принятия Постановлений Правительства существенно менее прозрачен и допускает гораздо большие масштабы манипулирования и просто непреднамеренных ошибок.

Далее, конкретизация описания нелегальной практике объективно может повысить вероятность ошибок правоприменения, в том числе за счет того, что суды и ответчики будут требовать доказательства точного соответствия действий обвиняемых их описанию в законе, рассматривая его как обязательное. В этом случае даже незначительные шероховатости кодификации легальной и нелегальной практики могут оказаться опасными. Приведем пример. Закон кодифицирует признаки ограничения конкуренции (ст.4) в следующей формулировке:

«признаки ограничения конкуренции - сокращение числа хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, на товарном рынке, рост или снижение цены товара, не связанные с соответствующими изменениями иных общих условий обращения товара на товарном рынке, отказ хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке, определение общих условий обращения товара на товарном рынке соглашением между хозяйствующими субъектами или в соответствии с обязательными для исполнения ими указаниями иного лица либо в результате согласования хозяйствующими субъектами, не входящими в одну группу лиц, своих действий на товарном рынке, а также иные обстоятельства, создающие возможность для хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов в одностороннем порядке воздействовать на общие условия обращения товара на товарном рынке».

Можно ожидать, что внедрение в закон этой нормы приведет к повышению издержек доказывания нелегальной практики. Во всяком случае, для нарушителей антимонопольного законодательства было бы рационально требовать от обвинения (антимонопольного органа) доказать выполнение по крайней мере одного из этих признаков (или всех этих признаков). Как при этом изменится вероятность ошибок I и II рода – зависит от того, насколько корректно сформулированы сами признаки ограничения конкуренции. Рассмотрим два из них более подробно:

1. *«Сокращение числа хозяйствующих субъектов»* – может сопутствовать ограничению конкуренции, но далеко не обязательно. Легко представить себе ситуацию, когда ограничение конкуренции распространяется не на всех, а только на наиболее крупных (следовательно, «опасных») конкурентов, при том, что входу мелких участников не препятствует.

2. *«Иные обстоятельства, создающие возможность... воздействовать на общие условия обращения товара...»* - в данном случае закон определяет не признаки действий участников рынка, а признаки определенной рыночной структуры. Положение выглядит неубедительным, учитывая, что сама по себе структура рынка, сколь высокие стимулы к ограничению конкуренции она не создавала бы, ни в малейшей степени не может рассматриваться в качестве доказательства нелегальных действий.

В этом контексте совершенно невинное на первый взгляд дополнение антимонопольного законодательства ведет к повышению ошибок обоюбого рода.

Однако и разработчики закона, представляющие интересы антимонопольного органа в первую очередь, предпринимали стратегические шаги по приобретению дополнительных полномочий и оснований для антимонопольного регулирования. По признанию руководителей антимонопольных органов, значительную часть приобретенных полномочий они и не собираются использовать. Однако не исключено отрицательное воздействие присутствия таких норм в законе на эффективность правоприменения.

Ярким примером является определение критериев доминирующего на рынке продавца. В законе присутствует норма о том, что специальными законами может устанавливаться другая граница доминирования. Такая возможность несомненно повышает переговорную силу антимонопольного органа во взаимодействии с участниками рынка. Примером могут служить розничные сети, в отношении которых используется угроза введения специальной границы доминирования в рамках закона «О торговле». Подобное использование норм принятого закона, на наш взгляд, абсолютно противоречит духу антимонопольного регулирования.

Предварительный контроль слияний

Реакцией бизнеса на преимущественно административный порядок предварительного контроля сделок слияний стало стремление устранить предварительный анализ слияний как инструмент антимонопольного регулирования в принципе. С точки зрения бизнеса, проблема носила двоякий характер: во-первых, эти нормы налагали дополнительные издержки на участников рынка корпоративного контроля, во-вторых, они предполагали раскрытие информации о конечных бенефициарах холдингов, которая необходима для оценки влияния сделки на конкуренцию. Последний пункт вообще традиционно чувствителен для российских

компаний, многие из которых рассматривают непрозрачность структуры акционерного капитала и распределения контроля как способ защиты прав собственности.

В 2002-2004 гг. РСПП поддерживал идею полной замены разрешительного порядка сделок экономической концентрации уведомительным. Идея состояла в том, что антимонопольный орган, поставленный в известность о сделке, должен в течение 30 дней определить возможность отрицательного воздействия сделки на конкуренцию и выдвинуть требования, направленные на сохранение конкуренции.

Авторы законопроекта пошли, однако, по пути модернизации действующего порядка предварительного контроля, существенно улучшая как нормы в отношении пороговых значений сделок экономической концентрации, так и нормы в отношении определения самой сделки.

Еще до принятия нового закона «О защите конкуренции» была резко повышена граница сделок, требующих предварительного контроля: с февраля 2005 его должны были проходить компании с балансовой стоимостью активов свыше 2 млн. МРОТ (то есть 200 млн.руб.). В соответствии с новым законом, предварительный контроль требуется проходить в том случае, если суммарная балансовая стоимость активов участников сделки превышает 3 млрд.руб., или годовой оборот превышает 6 млрд.руб., а балансовая стоимость активов присоединяемой компании не менее 150 млн. руб., либо если один из участников сделки внесен в реестр компаний, имеющих на рынке более 35%¹⁵. Нижняя граница размера компании, требующей предварительного контроля слияний, даже несколько выше, чем требуется по антимонопольному законодательству США (100 млн.долл.).

Повторим сравнение масштабов сделки, требующей согласования, с размером предприятия в российской промышленности. По данным за 2004 год¹⁶, на одно предприятие в российской промышленности приходилось 46 млн. рублей основных фондов, от 3 млн.руб. в легкой до почти 1 млрд. руб. в электроэнергетике. Если предположить, что балансовая стоимость активов на 70% формируется за счет основных фондов, то по нормам, действовавшим до февраля 2005 г., под режим предварительного слияния подпадали «средние» предприятия во всех отраслях промышленности, кроме целлюлозно-бумажной и легкой. После повышения граничного значения балансовой стоимости активов до 3 млн. МРОТ (300 млн.руб.) критериям нижней границы предварительного контроля стали соответствовать «средние»

¹⁵ Реестр формировался как перечень компаний, потенциально занимающих доминирующее положение (согласно закону «О конкуренции» 1991 г. компания относилась к доминирующей, если антимонопольный орган мог доказать факт доминирования). При новой норме влияние на масштабы правоприменения приобретает именно состав реестра. В настоящее время, по экспертным оценкам, реестр перегружен компаниями, которые в действительности доминирующими не являлись. Однако надо отметить, что и у компаний не было значимых стимулов добиваться исключения из реестра. В настоящее время, как легко заметить, ситуация изменилась радикально.

¹⁶ Рассчитано на основе: Промышленность России-2005, М., Росстат, таблицы 1.4 и 3.1.

предприятия только в электроэнергетике, топливной промышленности и черной металлургии. Закон «О защите конкуренции» вывел границу предварительного контроля на уровень, более чем в два раза превышающей балансовую стоимость активов среднего предприятия в этих отраслях.

По критерию оборота (который грубо можно считать равным объему продаж), по закону «О защите конкуренции» подлежат предварительному согласованию сделки, если суммарный годовой оборот объединяющихся компаний превышает 6 млрд.рублей. В 2004 году средняя выручка предприятия российской промышленности составила 73 млн.руб. – от 8 млн. руб. в легкой промышленности до 1 млрд. руб. в топливной промышленности¹⁷. Даже учитывая, что российские предприятия входят в холдинги (известно, что в большинстве из них участвуют меньше, чем 8 промышленных предприятий¹⁸), можно заключить, что введенные границы предварительного согласования снижают вероятность применения режима предварительного согласования к «типичной» российской компании до весьма небольших значений. Предварительного согласования требует присоединения к более крупным компаниям «среднего» предприятия в электроэнергетике, топливной промышленности, черной и цветной металлургии. Такой выбор объекта режима предварительного согласования выглядит разумным.

Новый закон делает шаги вперед не только в задании границы предварительного контроля, но и в самом определении сделки экономической концентрации. Хотя в ст.4 закона сделка экономической концентрации определена очень широко – как любая сделка, осуществление которой *«оказывает влияние на состояние конкуренции»*, однако фактически в главе 7 закона понимание экономической концентрации максимально приближено к понятию перераспределения контроля. Предварительного согласования требует только сделка между коммерческими предприятиями, объединения некоммерческих организаций выведены из-под режима предварительного согласования. Сделки приобретения акций требуют предварительного согласования, только если в распоряжении покупателя оказывается значительный пакет: превышающий 25%, 50% или 75%, то есть предоставляющий дополнительные рычаги контроля.

При выполнении определенных условий из-под действия режима предварительного согласования выводится перераспределение акций внутри группы лиц. Если входящие в группу компании предоставят информацию, позволяющую сделать вывод о том, что юридически независимые предприятия принадлежат к одному участнику рынка, они освобождаются от издержек по предварительному согласованию. Условием освобождения от этих издержек

¹⁷ Рассчитано на основе: Промышленность России-2005, таблицы 1.4 и 1.5.

¹⁸ Авдашева С. Российские холдинги: новые эмпирические свидетельства. Вопросы экономики, 2007, № 1, с.100.

является раскрытие информации о конечных бенефициарах. Пока неясно, в какой степени российские холдинги захотят использовать эту норму (подавляющее большинство экспертов по отношению к этой возможности настроены скептически), однако если это произойдет, то может существенно облегчить аналитическую деятельность антимонопольных органов и улучшить их представления о распределении российских рынков.

Снижение бремени административных процедур, возлагаемого на российские компании, благодаря этой новелле могло бы оказаться значительным, учитывая, что около 40% российских предприятий принадлежит к холдингам¹⁹, и внутри холдингов продолжается активное перераспределение акционерной собственности. Уже в настоящее время есть сведения о том, что около 80 крупных российских компаний решили воспользоваться предоставляемыми возможностями, раскрыв для антимонопольного органа структуру контроля.

Базовый срок предварительного согласования сделок остался практически тем же самым, что и был – 30 дней, однако по сравнению с первоначальным вариантом закона антимонопольный орган добился возможности большего увеличения срока рассмотрения – дополнительно на два месяца, по сравнению с 20 днями первоначально.

Важным дополнением режима предварительного согласования является обязательство антимонопольного органа размещать на сайте информацию о сделке и приглашать заинтересованных лиц выразить своё мнение о её воздействии на конкуренцию.

В процессе обсуждения законопроекта представители бизнеса практически не высказывали замечаний в отношении новых норм о контроле слияний – за исключением критики противников режима предварительного контроля в любой форме. Влияние бизнеса на содержание нормы состояло только в заявленном первоначально отрицательном отношении к действию режима предварительного контроля в принципе. При этом нет сомнений, что цели бизнеса совпадают с целями повышения результативности антимонопольного регулирования в России: резкое снижение масштабов предварительного контроля (ожидается снижение количества дел в 50 раз) позволит, во-первых, перераспределить усилия антимонопольного органа в пользу других направлений политики, во-вторых, повысить качество анализа самих сделок экономической концентрации.

Молчаливый сговор: соглашения, коллективное доминирование и координация

На протяжении последних десяти лет противодействие картельным соглашениям было наименее результативным направлением антимонопольной политики. Антимонопольный орган

¹⁹ Там же.

испытывает трудности с доказыванием соглашений²⁰. Несколько обстоятельств осложняют его деятельность: во-первых, российский антимонопольный орган лишен прав и возможностей выполнять оперативно-розыскные функции, во-вторых, российские суды не признают косвенных свидетельств сговора. Наконец, современная экономическая теория подсказывает, что для координации цен и других условий сделок между компаниями им не нужно вступать в соглашения даже тайно – достаточно взаимного понимания тех выигрышей, которые получают участники рынка, отказавшись от конкуренции между собой²¹. В условиях подобного молчаливого сговора координация деятельности между компаниями становится недоказуемой по определению – поскольку доказывать, по существу, нечего. Институциональная среда российского бизнеса способствует поддержанию молчаливого сговора – практики, доказательная база которой весьма неоднозначна.

Большая часть обвинений, выдвинутых ФАС в отношении крупных компаний, использовала норму о *согласованных действиях*. В судах основной темой противоборства между обвинением и защитой было - в какой степени сговор и согласованные действия являются синонимами, и соответственно, чем должна различаться доказательная база для этих типов практики. Антимонопольным органом было проиграно много дел, а выигранные требовали исключительно высоких затрат.

Поэтому в новом законе специально оговаривается, что согласованные действия не являются действиями по выполнению соглашения. В определении согласованных действий (ст.8) центральное место занимают представления о взаимозависимости и влиянии этой взаимозависимости на принятие решений.

1) *результат таких действий соответствует интересам каждого из указанных хозяйствующих субъектов только при условии, что их действия заранее известны каждому из них;*

2) *действия каждого из указанных хозяйствующих субъектов вызваны действиями иных хозяйствующих субъектов и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на все хозяйствующие субъекты на соответствующем товарном рынке....*

Помимо соглашений и согласованных действий, по новому закону к нарушениям относится координация деятельности участников рынка. Потребность введения в закон этой нормы связана с тем, что участники российских рынков активно используют такую форму публичных объявлений о ценах, как прогнозы со стороны руководителей министерств и ведомств, что, безусловно, облегчает поддержание молчаливого сговора.

²⁰ Коломийченко О.В., Мошко М.В. Пресечение согласованных действий операторов розничного рынка автомобильного топлива в Санкт-Петербурге в 1999 г. (<http://www.antimonopoly.spb.ru/practice/practice4.shtml>).

²¹ Кабраль Л.М.Б. Организация отраслевых рынков: вводный курс. Мн.: Новое знание, 2003, с.132-154.

Помимо уточнения разграничения между соглашениями и согласованными действиями, новый антимонопольный закон использует еще один инструмент – введение концепции коллективного доминирования, критерии определения которого заимствованы в первую очередь из антимонопольного закона Германии (ст.19 закона «Act Against Restraints on Competition»). Вынесенный на первое чтение проект содержал почти исключительно количественные критерии коллективного доминирования: суммарная доля трех (пяти) крупнейших участников рынка не менее 50% (70%), при том, что доля каждого из них достаточно велика (первоначально – не менее 5%).

Этот пункт вызвал, пожалуй, наиболее резкую отрицательную реакцию со стороны бизнес-сообщества. Представители крупнейших российских металлургических компаний, железнодорожной и энергетической компании были единодушны, утверждая, что антимонопольный орган требует новых санкций в условиях, когда он не может доказать наличие между участниками сговора. Другая широко представленная точка зрения состояла в том, что главная цель внедрения доктрины коллективного доминирования не связана с задачами антимонопольной политики, а представляет собой усиление государственного давления на крупные российские компании в принципе.

При исключительно отрицательном восприятии новой нормы закона, российское бизнес-сообщество добивалось не столько исключения её из закона, сколько уточнения и конкретизации условий квалификации структуры рынка как коллективного доминирования. В результате пороговый размер продавца, которого могут счесть входящим в группу коллективно доминирующих, повышен с 5% до 8%. В свою очередь, критерии коллективного доминирования, основанные на рыночной доле, были дополнены критериями, основанными на характеристике структуры рынка, в том числе:

2) в течение длительного периода... относительные размеры долей хозяйствующих субъектов неизменны или подвержены малозначительным изменениям, а также доступ на соответствующий товарный рынок новых конкурентов затруднен;

3) реализуемый или приобретаемый хозяйствующими субъектами товар не может быть заменен другим товаром при потреблении..., рост цены товара не обуславливает соответствующее такому росту снижение спроса на этот товар, информация о цене, об условиях реализации или приобретения этого товара на соответствующем товарном рынке доступна неопределенному кругу лиц».

Для того, чтобы оценить воздействие новых норм на эффективность конкурентной политики, необходимо ответить в том числе и на вопрос, насколько хорошо это определение

описывает структуру рынка, создающую стимулы к сговору²². Ответ на этот вопрос будет неоднозначным. С одной стороны, немногочисленность продавцов, высокие барьеры входа и информационная открытость рынка являются важнейшими факторами, стимулирующими молчаливый сговор. Стабильность распределения рынка между участниками может рассматриваться как индикатор наличия коллективного сговора (во всяком случае, отсутствия на рынке конкуренции). С другой стороны, в определении коллективного доминирования есть явно неудачные формулировки. Например, «невозможность заменить товар другим» означает всего-навсего, что границы рынка – определение которых составляет первый необходимый компонент антимонопольного анализа, – были идентифицированы правильно. Сложнее обстоит дело с «недостаточно высокой» эластичностью спроса по цене. С одной стороны, низкая эластичность спроса стимулирует поддержание молчаливого сговора между участниками. Однако формулировка закона предполагает, что существует какое-то «нормальное» значение эластичности спроса, известное антимонопольным органам и судам, которые должны установить отклонение фактической эластичности спроса от указанного нормального значения. Предположив для простоты, что под неэластичным спросом понимается спрос с абсолютным значением эластичности ниже 1, мы только ухудшим ситуацию. Если компании в рамках молчаливого сговора поддерживают цену, близкую к монополярной, эластичность спроса при данной цене всегда больше единицы. Тогда указанное условие не будет выполнено в рамках ни одного из случаев молчаливого сговора²³. Таким образом, в определении структуры рынка, создающей стимулы к молчаливому сговору, присутствуют элементы, которые потенциально могут служить источником ошибок II рода. Напомним, что эти на первый взгляд незначительные несовершенства правовых норм тем более важны, что российские суды всегда требуют от обвинения доказать однозначное соответствие действий обвиняемого описанию незаконной практики, что в данном случае может стать проблематичным.

Ещё одна проблема – для каких целей применять определение коллективного доминирования. По мнению разработчиков закона, эта норма должна применяться не только для целей анализа слияний, как в Европейском Союзе (а как показывает практика, даже в этом случае применяемые подходы очень неоднозначны²⁴), но и для целей наказания за

²² Ivaldi M., Jullien B., Rey P., Seabright P., Tirole J. The Economics of Tacit Collusion. IDEI, Toulouse, Report prepared for the European Competition Commission, 2003 [http://idei.fr/doc/wp/2003/tacit_collusion.pdf].

²³ При определении границ рынка эта проблема известна как «целлофановая проблема» (cellophane fallacy). Она может служить причиной ошибок и при применении антимонопольного законодательства, и при исследовании конкуренции на рынках. Подробнее об этом см.: Авдашева С., Шаститко А., Кузнецов Б. Конкуренция и структура рынков: что мы можем узнать из эмпирических исследований о России// Российский журнал менеджмента, 2006, том 4, № 4.

²⁴ Motta M. EC Merger Policy and the Airtours Case// European Competition Law Review. 2000. Vol.21. No 4; Nicholson, M., Cardell S. Airtours v Commission: Collective Dominance Contained? / Drauz G., Reynolds M. (eds.) EC Merger Control. A Major Reform in Progress. London: International Bar Association. 2003. P.285-301.

злоупотребление доминированием. Один из недавних комментариев по поводу применения этой нормы, выпущенный ФАС, утверждает, что для признания виновности участника рынка в злоупотреблении коллективным доминированием доказательство того, что другие участники «коллективно доминирующей» группы вели себя таким же образом, не является необходимым. Легко заметить, что такое применение закона далеко отходит от первоначальной цели противодействовать молчаливому сговору. К сожалению, даже большинство специалистов, заинтересованных в развитии конкуренции, видят в норме о коллективном доминировании лишь инструмент, который снижает издержки правоприменения для антимонопольного органа²⁵.

Таким образом, нормы, нацеленные на предотвращение молчаливого сговора, на разных стадиях принятия закона изменялись и дополнялись, однако первоначальная цель антимонопольного органа оказалась достигнутой, несмотря на резко отрицательную оценку изменений со стороны бизнес-сообщества. Почему это оказалось так? На наш взгляд, причина носит двоякий характер. Во-первых, представители бизнеса не до конца осознали масштабы возможной угрозы применения антимонопольного законодательства. Частично это обусловлено сохраняющимися до сих пор низкими санкциями. Во-вторых, угроза, даже осознаваемая, не формулировалась бизнесом в терминах антимонопольной политики. Общий низкий уровень владения экономическими и правовыми основами антимонопольного регулирования не позволял даже опытным и успешным лоббистам сформулировать такие поправки, которые снижали бы угрозу применения антимонопольных норм против крупных компаний.

Итак, влияние новых норм на развитие законодательства и правоприменение по крайней мере неоднозначно. С одной стороны, разработчики стремились повысить способность противодействовать молчаливому сговору. Однако результатом стало принятие норм, которые повышают вероятность ошибок I и II типа. И для ФАС, и для судов принятие решений может стать более легким. Насколько эти решения будут обоснованными – другой вопрос.

Система санкций

Изменение уровня и принципов применения санкций в российском законодательстве регулируется не собственно антимонопольным законом, а Кодексом об административных правонарушениях. Законом 54-ФЗ от 9 апреля 2007 г. были приняты изменения в КоАП, меняющие принципы применения штрафов за нарушение антимонопольного законодательства и повышающие их величину. Происходит переход от штрафов, кратных МРОТ, к штрафам, исчисляемых как процент от оборота участников рынка. Проценты штрафов несколько ниже, чем в Европейском Союзе – за участие в картельных соглашениях до 4% от годового оборота и

²⁵ *Чирихин С.Н.* Рынок бензина: возможно ли ограничить монополизм?// ЭКО, 2006, № 6.

за злоупотребление доминированием до 2% от годового оборота (в обоих случаях – до 15% оборота на том рынке, где действуют нарушители). При этом штрафы, вычисляемые на основе МРОТ, также для ряда нарушений закона сохраняются. Кроме того, в планы ФАС входит расширение возможности применять против нарушителей статью 178 Уголовного кодекса.

Несмотря на то, что дискуссии о принятии изменений в КоАП происходили в основном за закрытыми дверями, очевидно, что против нового закона выступали многие представители крупного бизнеса. Однако и на сегодняшний день, битва ими еще не проиграна. Влияние новой системы санкций на результативность применения антимонопольного законодательства неоднозначно. С одной стороны, рост возможных санкций является необходимым условием для создания достаточного уровня сдерживания для нарушителей²⁶. С другой, издержки потенциальных ошибок существенно растут. В этом контексте возникает риск растущего противодействия антимонопольной политике со стороны российского общества и бизнеса.

Программа освобождения от наказания (смягчения наказания) за нарушение антимонопольного законодательства

Сговоры между участниками рынка – одна из наиболее опасных форм ограничения конкуренции, негативно влияющая на стимулы и эффективность размещения ресурсов. Не случайно данная форма монополистической деятельности относится к наиболее серьезным нарушениям антимонопольного законодательства.

Согласно Федеральному закону № 45-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» существуют условия освобождения от ответственности за нарушение антимонопольного законодательства в форме участия в сговоре. В их числе: (1) заявление в Федеральную антимонопольную службу о факте сговора и его участниках, (2) предоставление информации о сговоре, (3) отказ от участия в сговоре. Для того чтобы данный пункт статьи заработал, необходимо выявить и решить широкий круг вопросов, которые, пока не нашли отражения ни в законах, ни в постановлениях правительства..

Основная идея программы сотрудничества с антимонопольными органами в обмен на полное или частичное освобождение от наказания (далее в тексте – ПОН), - состоит в том, чтобы повысить вероятность раскрытия сговоров, не увеличивая драматически расходы бюджета на финансирование деятельности антимонопольных органов на проведение расследований и самостоятельное добывание информации о фактах сговора между участниками рынка. Применительно к сговорам именно обладание прямыми, а не косвенными

²⁶ Влияние конкуренции и антимонопольного регулирования на процессы экономической модернизации в России/ Под ред. Авдашевой С.Б., Тамбовцева В.Л. М.: ТЕИС, 2005, с.86-117.

свидетельствами существования запрещенных антимонопольным законом соглашений, является ключевым условием обеспечения действенности антимонопольного принуждения.

Сговор возникает не из-за паталогической склонности его участников к нарушению закона, а потому, что это может принести большую величину ожидаемого чистого выигрыша, чем соблюдение правил. Вместе с тем ожидаемый чистый выигрыш определяется не только величиной дополнительной прибыли, которая получена в результате сговора, но и теми ожидаемыми издержками, которые возникают в связи с установленными в антимонопольном законодательстве санкциями, а также ненулевой вероятностью установления факта нарушения. С этой точки зрения ПОН направлена на повышение ожидаемых издержек участников сговора.

В терминах теории игр основания идея ПОН состоит в том, чтобы воспроизвести условия одноходовой игры «дилемма заключенных» и, соответственно, результат, который должен сводиться к сотрудничеству с антимонопольными органами. В качестве точки отсчета можно рассмотреть «дилеммы заключенных» на рынке, где действуют две фирмы, конкурируя по Бертрану. В соответствии с условиями данной игры и структурой платежной матрицы данные фирмы должны снижать цены до уровня, соответствующего их средним издержкам. Однако, как известно, в играх со сравнительно небольшим числом участников, возможностями коммуникации, а также неопределенным моментом окончания возникают условия для формирования кооперативных стратегий, в соответствии с которыми фирмы уже не обладают сильными стимулами взаимодействовать на рынке посредством ценовой и неценовой конкуренции. Один из вариантов кооперативного поведения – картель, в рамках которого происходит обмен свободой выбора цены и объема производства на гарантии участия в отраслевой прибыли, полученной посредством ограничения отраслевого объема выпуска и установления более высоких, чем конкурентные, цен.

С этой точки зрения антимонопольное законодательство направлено на решение задачи ослабления стимулов к кооперативному поведению. Для применения санкций необходимо установить факт нарушения законодательства, выявить нарушителя, обосновать степень его вины, что требует получения и обработки информации, которая, как правило, не существует в готовом и легко доступном антимонопольным органам виде, что требует разработки достаточно изощренной техники доказательства и технологии добывания улик.

Другой источник информации о сговоре – контрагенты его участников. Вместе с тем рассчитывать только на контрагентов участников сговора нет достаточных оснований по двум причинам: (1) проблема безбилетника (если группа контрагентов достаточна большая и однородная с точки зрения распределения дополнительных издержек), (2) они просто могут не обладать прямыми свидетельствами относительно факта сговора.

Если первый пункт далеко не всегда является препятствием для использования информации со стороны контрагентов участников сговоров, то второй – практически без исключений. В свою очередь это обстоятельство снижает вероятность выявления нарушения и наказания нарушителя антимонопольного закона. С точки зрения принятия решений низкая вероятность применения санкций обесценивает даже высокие в абсолютном выражении штрафные санкции.

Фактически ПОН означает (1) дифференциацию штрафных санкций за участие в сговоре; (2) разработку механизмов идентификации и документирования соглашения участника (участников) сговора сотрудничать с антимонопольными органами (включая выступление в качестве свидетеля в суде), (3) защиту участников ПОН от возможных действий возмездия со стороны других участников сговора. Каждый из компонентов имеет большое значение. В частности, второй компонент предполагает решение вопроса о моменте, до которого участники сговора могут раскрыть информацию и пойти на сотрудничество с антимонопольными органами. Может ли это произойти после того, как антимонопольным органам стало известно о признаках наличия сговора, но до того, как предъявлены обвинения (иск) их участникам? Поскольку разрушение сговора может лишить его участников дополнительной прибыли, исчисляемой десятками или даже сотнями миллионов рублей, то самостоятельным является вопрос недопущения продолжения «игры» после того, как один из участников сознался.

В связи с разработкой и применением ПОН важно обратить внимание на следующие вопросы:

(1) Перечень лиц, которые могут претендовать на участие в программе. В самом простом случае это может быть один из участников сговора, который первым заявил и оформил свое согласие на сотрудничество с антимонопольными органами. Однако возможны и другие варианты. В частности, субъектом ПОН может оказаться и второй участник сговора. В этом случае различия могут проявляться в применяемой норме дисконта к предусматриваемым размерам наказания. Важным также представляется вопрос, кто имеет право на заявление о готовности участвовать в ПОН. Генеральный директор или законный представитель его интересов? Член совета директоров или его законный представитель? С точки зрения экономической логики выстраивания антимонопольной политики, наказание должно нести лицо, принимавшее решение (участвующее в принятии решения). В противном случае возникают ошибки I и II рода: ненаказание виновных и наказание невиновных. Если в рамках одного хозяйствующего субъекта решение принимало несколько человек, то самостоятельный вопрос – освобождается ли от ответственности хозяйствующий субъект в целом и остальные участники процесса принятия решений? Возможно ли коллективное заявление, если оно будет сделано лицами, представляющими один и тот же хозяйствующий субъект?

(2) Какой процент дисконта достаточен для того, чтобы побудить участников сговора использовать возможности программы ПОН? Если принимается решение о двух участниках сговора, которым разрешается участвовать в программе, каким должно быть различие в нормах дисконта?

(3) Каким образом регламентируется решение вопроса об освобождении от ответственности или ослаблении ответственности, если один и тот же хозяйствующий субъект является участником нескольких сговоров?

(4) Освобождает ли от частных исков участие в программе?

ПОН – важный элемент антимонопольного регулирования. Вместе с тем результативность ее применения во многом зависит от того, в какой мере удастся избежать ошибок на стадии разработки ее дизайна. Вот почему выявление максимально широкого круга вопросов, а также рисков, сопряженных с реализацией данной программы, представляется крайне актуальным.

Влияние нового закона на деятельность ФАС: полтора года спустя

Прошло полтора года после принятия нового закона «О защите конкуренции». Сейчас мы можем сделать промежуточные выводы относительно того, насколько прогнозы о результатах влияния нового законодательства на осуществление антимонопольной политики оказались выполненными. В качестве информационной базы используются данные, опубликованные на сайте Федеральной антимонопольной службы.

Масштаб предварительного анализа сделок слияний. Масштабы работы по предварительному анализу слияний существенно сократились. Помимо повышения рубежного значения размера участников сделки, требующего предварительного согласия, этому способствовал новый режим в отношении участников группы лиц. Несмотря на общий скептицизм экспертного сообщества в отношении целесообразности раскрытия информации о внутренней структуре российских групп, предприниматели использовали эту возможность достаточно активно. В настоящее время почти 300 групп раскрыли ФАС информацию о внутренней структуре. Интенсивность процесса раскрытия информации нарастала в течение всего 2007 года (рис.1).

Можно дать приблизительную количественную оценку ожидаемых от внесенных в новый закон изменений порядка предварительного контроля слияний. Есть основания предполагать, что слияния, выводимые по новому порядку из-под антимонопольного контроля, не способны нанести ущерба конкуренции и поэтому не были бы запрещены и в результате подробного анализа.

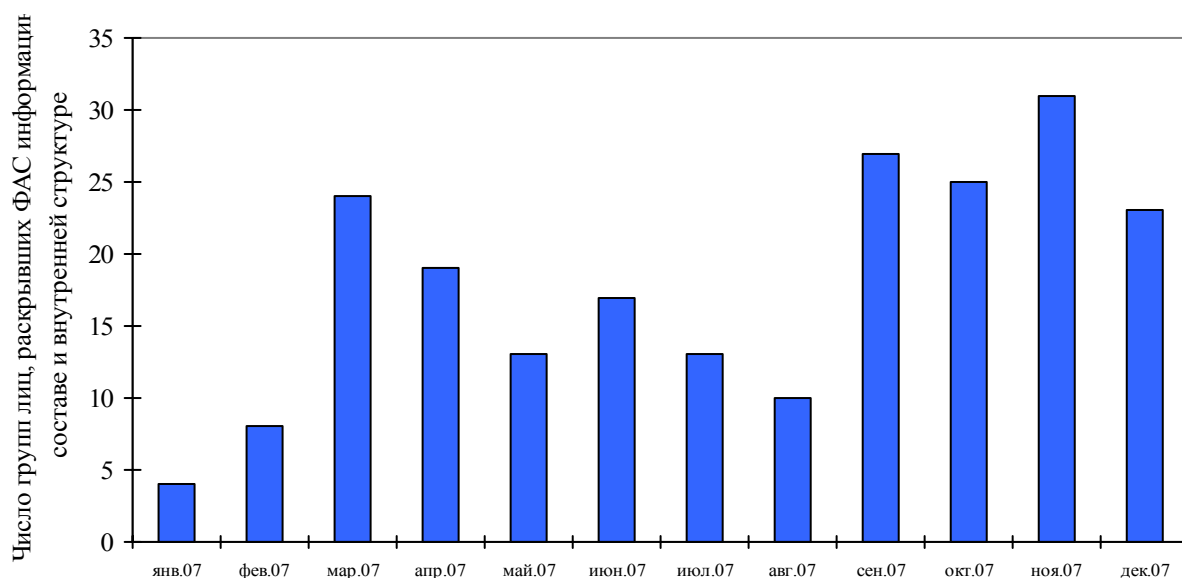


Рис.1. Число участников рынка, раскрывших ФАС информацию о внутренней структуре: (*по данным веб-сайта ФАС, январь – декабрь 2007 г.)

По самым скромным подсчетам, ФАС анализировал 20 тыс. таких сделок ежегодно. Общество несло избыточные расходы в результате неадекватных критериев предварительного контроля по двум направлениям. С одной стороны, средства на соблюдение предусмотренных законом процедур тратили российские компании. Минимальную границу этих расходов можно оценить по действовавшим расценкам адвокатских компаний на сопровождение процесса согласования слияния в ФАС. На протяжении последних 10 лет эти расходы не опускались в среднем ниже 15 тыс. рублей за одну сделку. Однако кроме того участники слияний несли затраты, связанные с самостоятельной предварительной подготовкой документов. Эти расходы можно оценить по крайней мере на уровне 10 тыс. рублей на одну компанию. Будем предполагать, что такой уровень расходов – а он в действительности был довольно скромным для участников конкретных сделок, - не заставил предпринимателей отказаться от потенциально выгодных сделок. Следовательно, мёртвые потери для компаний, которые невозможно оценить в прямых денежных затратах, можно считать нулевыми.

С другой стороны, избыточные затраты в рамках действовавшей системы контроля слияний несёт антимонопольный орган. В данном случае сумму затрат оценить сложнее, поскольку к затратам непосредственно на анализ сделки необходимо добавить и потери, понесенные системой антимонопольного регулирования в результате смещения деятельности антимонопольного органа в сторону предварительного контроля сделок слияний. Такое смещение возникает в результате потерь, которые несёт общество в результате того, что в результате низкой активности антимонопольного органа не предотвращены потери от картелей

и от последствий монополизации российских рынков со стороны крупных компаний. К сожалению, в силу невозможности достоверных оценок масштабов картельных соглашений и воздействия этих соглашений на цены, мы можем только пренебречь суммой мёртвых потерь. Тем не менее, нет оснований предполагать, что затраты антимонопольного органа, связанные с избыточным предварительным анализом сделок слияний, ниже 25 тыс. руб. в расчёте на одну сделку слияния. Сокращение расходов на избыточный предварительный контроль слияний можно рассматривать как непосредственное повышение общественного благосостояния.

Принимая данные предпосылки, можно сделать вывод о том, что в результате реформы антимонопольного законодательства в отношении предварительного анализа слияний произошло повышение общественного благосостояния на сумму 1 млрд.рублей, причём выигрыш в размере 500 млн. получают компании – участники сделок слияния, и еще 500 млн. получает общество благодаря снижению явных и альтернативных издержек деятельности антимонопольного органа. Учитывая, что по состоянию на 2006 г. суммарный бюджет ФАС составлял 536 млн.руб., можно заметить, что изменение законодательства в отношении предварительного контроля сделок принесло обществу выигрыш, почти вдвое превышающий суммарные затраты на деятельность антимонопольного органа.

С другой стороны, увеличилась доля сделок, положительные решения по которым принимаются одновременно с выдачей предписания. Несмотря на отсутствие однозначной тенденции, можно сделать осторожный прогноз о том, что и число выдаваемых предписаний по результатам анализа сделок экономической концентрации растет (рис.2). В настоящее время эта доля достигает $\frac{3}{4}$ в общем числе выданных разрешений. Большая часть предписаний российского антимонопольного органа, выпущенных в 2006-2007 гг., содержит поведенческие условия, в том числе – об ограничении предельного уровня повышения цен.

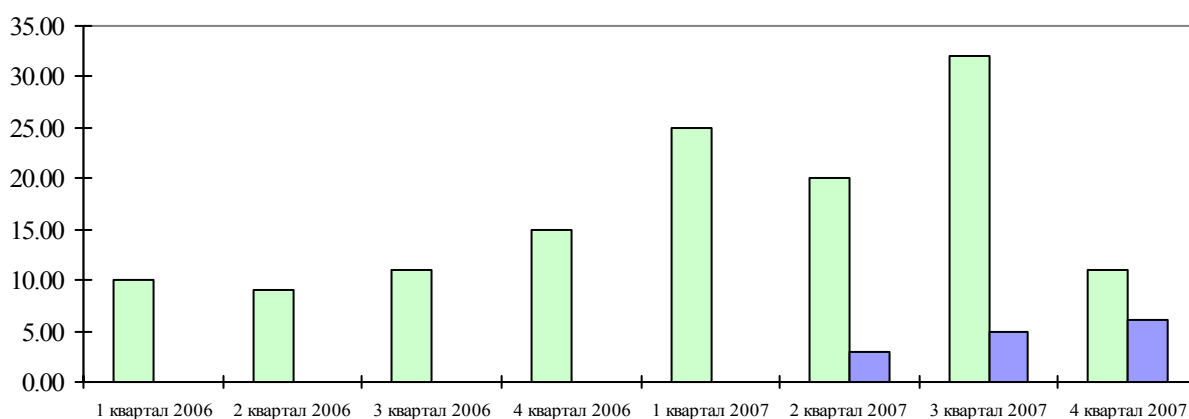


Рис.2. Число положительных решений с выданными предписаниями и отрицательных ответов на ходатайство о сделках (*по данным веб-сайта ФАС, нет данных об отказе в совершении сделок в течение 2006 г.)

Выдача таких предписаний фактически превращает антимонопольную политику в тарифное регулирование, со всеми недостатками, присущими последнему. Вспомним основные аргументы, направленные против стандартного государственного регулирования тарифов. Традиционное регулирование тарифов, основанное на принципах «издержки плюс», сопровождается значительными потерями благосостояния благодаря ущербу для аллокативной эффективности (покупатели приобретают услуги естественных монополий по ценам, превышающим оптимальные, и в меньшем количестве) и для производственной эффективности (услуги естественных монополий производятся с более высокими издержками, чем могли бы). Общим источником этой неэффективности является агентская проблема, где принципала представляет регулирующий орган²⁷, а агента – регулируемая компания. Принципал вынужден разрабатывать условия контракта (в данном случае – условия регулирования) в условиях, когда, во-первых, он не обладает совершенными знаниями об уровне издержек регулируемой компании и воздействии усилий менеджеров на уровень издержек, и, во-вторых, располагает ограниченными инструментами воздействия на усилия поставщика.

Помимо отрицательного эффекта предписаний на стимулы по снижению издержек, объявление «рекомендуемых» цен при прочих равных условиях может иметь эффект ограничения конкуренции. Следование «рекомендуемым» темпам повышения цен может быть формой успешного молчаливого сговора. Информация о рекомендуемых темпах повышения цен координирует участников рынка.

2. Система санкций и программа освобождения от ответственности. В данной сфере результаты изменений нормативно-правовых актов до настоящего времени не столь радикальны и не столь наглядны, как в области предварительного контроля слияний.

Насколько нам известно, одним из первых в истории российского антимонопольного законодательства примером применения оборотных штрафов за ограничения конкуренции стало решение в отношении ОАО «РЖД»: в октябре 2007 г. компания оштрафована ФАС на 22,78 млн рублей за то, что, используя свое доминирующее положение на рынке, необоснованно отказала производителям пива в заключении договора «на перевозку пива пастеризованного в собственных или арендованных вагонах». В том случае, если бы ОАО «РЖД» добровольно не устранило нарушение, в отношении него были бы применены более жесткие штрафы: около 100 млн рублей.

Однако статистика применения оборотных штрафов пока нам недоступна. Можно лишь строить предположения, насколько величина санкций окажется достаточным для обеспечения сдерживания действий потенциального нарушителя, ограничивающего конкуренцию.

²⁷ Отдельный вопрос связан с тем, насколько хорошо регулирующий орган и правительство представляют главного принципала – общество. Фактически в отраслях естественных монополий мы сталкиваемся с множественной агентской проблемой.

Точно так же отсутствуют данные о модели применения ПОН. Первый опыт применения программы имеется, но информация о нём доступна далеко не полностью. В августе 2007 г. «РОСБАНК» добровольно заявил в ФАС России о заключении им соглашений, ограничивающих конкуренцию и недопустимых в соответствии с антимонопольным законодательством Российской Федерации, отказался от участия в соглашениях и предоставил имеющиеся сведения о таких соглашениях. В своем заявлении «РОСБАНК» сообщил об участии в соглашениях с 13 страховыми компаниями по вопросу страхования заемщиков «РОСБАНК» и о направлении этим страховым компаниям писем-уведомлений об одностороннем отказе от дальнейшего участия в соглашениях в части положений, противоречащих Федеральному закону «О защите конкуренции». Эти соглашения предусматривали договоренности между кредитной организацией и страховыми компаниями в части согласования применяемых страховыми организациями тарифов по программам автокредитования, потребительского и ипотечного жилищного кредитования. Заключение таких соглашений приводит или может привести к установлению или поддержанию цены на услугу по страхованию, что является прямым нарушением статьи 11 ФЗ «О защите конкуренции». Одновременно с «РОСБАНКом» заявления о добровольном отказе от участия в указанных соглашениях представили девяти страховых организаций - «Согласие», «РОСНО», «Военно-страховая компания», «ГСК «Югория», «Росгосстрах», «Нефтеполис», «Ингосстрах», «МАКС», «НАСТА».

Спустя неделю после заявления «Росбанк» и 9 страховых компаний заявления об участии в ограничивающем конкуренцию соглашении подали страховые компании «Стандарт-Резерв» и «Страховое общество «СУРГУТНЕФТЕГАЗ», еще двумя неделями спустя - ООО «Национальная страховая группа - «РОСЭНЕРГО» и ОАО «Российская национальная страховая компания».

Таким образом, практика опровергает скептицизм в отношении перспектив применения нормы об освобождении от ответственности в российском антимонопольном законодательстве. Можно надеяться, что хорошо зарекомендовавшая себя в антимонопольной политике США и Европейского Союза система приведет к хорошим результатам и в России. Однако чтобы делать выводы о том, насколько сильное воздействие применение программы окажет на поведение участников рынка, необходимо располагать дополнительной информацией. Это должна быть информация о том, насколько существенны санкции, возложенные на участников того соглашения, информация о котором была предоставлена в ФАС, как зависит масштаб санкций от времени заявления о соглашении, каковы стандарты требований к информации заявителей, к использованию их данных в судебных процессах. Например, если освобождение от ответственности распространится на всех заявивших о соглашении участников, независимо

от времени раскрытия информации (то есть в перспективе – на всех участников соглашения), программа может стимулировать заключение и поддержание картельного соглашений.

3. Соглашения и согласованные действия. Благодаря принятию нового законодательства ФАС получил в своё распоряжение дополнительные инструменты борьбы как с явным, так и с молчаливым сговором. К числу первых относятся в первую очередь повышение санкций и ПОН. К числу вторых – дополнительное отделение согласованных действий от соглашений, потенциально – нормы о координации деятельности независимых участников рынка и нормы о коллективном доминировании.

Однако до настоящего времени нет данных о том, что две последних нормы действительно используются в качестве инструмента борьбы со сговором. Нормы о незаконности координации участников рынка применяются достаточно активно. Однако основным их объектом являются так называемые вертикальные ограничивающие контракты между производителями и дистрибьюторами, включающие регулирование цен перепродажи и/или условия, препятствующие входу на рынок конкурента (исключающие условия). Именно таково содержание дел против компаний «Заволжский моторный завод» (2007) и «Балтика» (2008). Это направление антимонопольной политики весьма актуально, в особенности учитывая, что до принятия нового закона вертикальные ограничивающие контракты находились практически вне сферы внимания российских антимонопольных органов²⁸. Вместе с тем, предотвращаемые действия относятся не к сговору, а скорее к злоупотреблению доминирующим положением.

Та же самая ситуация складывается в отношении нормы о коллективном доминировании. В апреле 2007 г. ФАС было принято решение в отношении ОАО «Уралкалий» и ОАО «Сильвинит», где, насколько нам известно, впервые использовалась концепция коллективного доминирования. Компании в совокупности занимают 100% на российском рынке хлористого калия. Высокая концентрация производства, отсутствие заменителей товара и низкая ценовая эластичность спроса рассматривались как качественные критерии коллективного доминирования двух компаний на рынке.

ФАС счёл действия ОАО «Сильвинит» и ОАО «Уралкалий» нарушением закона «О защите конкуренции» в виде установления монопольно высокой цены. Было выдано предписание о прекращении злоупотребления доминирующим положением (в виде коллективного доминирования), установлении цен на хлористый калий не выше расчетного уровня, исключении из состава себестоимости расходов на налоги на прибыль, предоставлении в ФАС на согласование инвестиционного плана и перечислении в бюджет незаконно

²⁸ Подробнее об этом см.: *Антимонопольное регулирование вертикальных ограничивающих контрактов: российская практика в контексте мирового опыта*. Под ред. Авдашевой С.Б., Алимовой Т.А. М.: ТЕИС, 2004, глава 5.

полученной прибыли. По сути, норма о коллективном доминировании использовалась в данном случае только как способ снизить издержки доказательства одностороннего доминирования, но не как инструмент борьбы с молчаливым сговором.

4. Злоупотребление доминированием. Как мы указывали, в нормах о злоупотреблении доминированием в новом законодательстве содержится опасность их адаптации для целей промышленной политики, не свойственных традициям антимонопольного регулирования. Прошлый 2007 г. предоставил один из первых примеров попытки адаптировать количественные границы доминирования в соответствии с целями промышленной политики на российских рынках. В августе 2007г. ФАС объявила о намерении снизить минимальный структурный порог определения доминирования в розничной торговле: 15%, вместо 35% реализации на рынке по всем остальным рынкам. Злоупотребление доминирующим положением подозревается в связи с ограничениями, заложенными в контрактах между поставщиками и розничными продавцами, включая право одностороннего нарушения обязательств по договору со стороны розничной сети, или требований компенсаций потерь от воровства в магазинах сети со стороны поставщика. Попытка поддержать поставщиков сетевых магазинов вновь ставит перед нами вопрос о том, насколько возможно/ целесообразно использовать методы антимонопольной политики несвойственным им образом.

Заключение: стратегическое взаимодействие при ограниченном опыте антимонопольного регулирования

Анализ процесса принятия закона «О защите конкуренции», включения изменения и дополнения первоначального текста законопроекта, позволяют сделать несколько выводов относительно результатов стратегического взаимодействия между представителями крупного бизнеса и антимонопольным органом:

1. Под воздействием представителей крупного бизнеса было внесено не так много изменений в описание нелегальной практики в законопроекте. Это объясняется в том числе и тем, что представители бизнеса просто недостаточно хорошо представляют возможности применения отдельных норм закона. Крупный бизнес сконцентрировался на принципах применения санкций за нарушение и на описании нелегальной практики в законопроекте. В первом случае можно говорить о выигрыше антимонопольного органа: размер возможных санкций может вырасти драматически. Во втором случае можно говорить о выигрыше противников закона, хотя и в несколько специфическом контексте. Они выиграли в том смысле, что «конкретизация» и «уточнение» законодательных норм повысили, во-первых, вероятность ошибок I и II рода, и, во-вторых, издержки антимонопольного органа по доказыванию

нелегальности действий. Можно сказать, что усилия противников закона нацелены преимущественно не на описание норм, а на контекст их применения.

2. Результаты стратегического взаимодействия может проявиться как в повышению, так и к снижению качества норм, причем, в последнем случае инициатива может исходить как от противников законопроекта, так и от их сторонников. Примером повышения качества норм служит сфера сделок экономической концентрации, что было обусловлено очевидной одиозностью ранее действовавших норм. Предложение отменить предварительный антимонопольный контроль слияний в конечном итоге привело к очень удачной модернизации действующих правил. Противоположный пример предоставляет область противодействия молчаливому сговору. Введённые нормы предоставляют ФАС дополнительные инструменты проведения антимонопольной политики, однако при этом существенно размывают цели и принципы такой политики. Для обеспечения более высокого качества норм было бы лучше, если бы разработчики законопроекта отказались от стратегического взаимодействия на поле законодательных норм.

3. Первые результаты применения антимонопольного законодательства демонстрируют, что, во-первых, почти все ожидаемые преимущества нового антимонопольного закона использованы, во-вторых, многие источники ошибок и потерь в антимонопольной политике до сих пор не проявляются. Однако одна из непосредственных причин последнего – до сих пор (на момент весны 2008 года) не сложившаяся практика высоких санкций за нарушение антимонопольного законодательства.