

**К XII Международной  
научной конференции  
по проблемам развития  
экономики и общества**

5–7 апреля 2011 г.  
Москва

ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ  
НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ  
ПРИ УЧАСТИИ ВСЕМИРНОГО БАНКА  
И МЕЖДУНАРОДНОГО ВАЛЮТНОГО ФОНДА

---

С. Авдашева  
Н. Дзагурова  
П. Крючкова  
Г. Юсупова

# **РАЗВИТИЕ И ПРИМЕНЕНИЕ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В РОССИИ**

по пути  
достижений  
и заблуждений

Второе издание,  
переработанное

*Доклад*



---

Издательский дом  
Высшей школы экономики  
Москва, 2011

УДК 347.73(063)  
ББК 65.012.2  
Р17

Научный редактор доклада *С. Авдашева*

**Развитие** и применение антимонопольного законодательства в России: по пути достижений и заблуждений [Текст]: докл. к XII Междунар. науч. конф. Нац. исслед. ун-та «Высшая школа экономики» по проблемам развития экономики и общества, Москва, 5–7 апреля 2011 г. / С. Авдашева, Н. Дзагурова, П. Крючкова, Г. Юсупова ; науч. ред. С. Авдашева ; Нац. исслед. ун-т «Высшая школа экономики». — 2-е изд., перераб. — М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2011. — 111, [1] с. — 1000 экз. — ISBN 978-5-7598-0885-5 (в обл.)

Доклад подготовлен на основе материалов проектов Центра фундаментальных исследований, выполненных в 2007–2010 гг. в Институте анализа предприятий и рынков Государственного университета — Высшей школы экономики.

УДК 347.73(063)  
ББК 65.012.2

При подготовке доклада использованы материалы С. Головановой. За помощь в сборе и обработке данных авторы благодарят Н. Горейко, А. Кондукову, О. Спиридонову, Е. Трушкину.

Авторы выражают благодарность Ю. Симачеву (Межведомственный аналитический центр) и А. Шаститко (Бюро экономического анализа) за содержательное и плодотворное обсуждение материалов доклада, полностью сохраняя ответственность за все допущенные ошибки и неточности.

Авторы также благодарны сотрудникам Федеральной антимонопольной службы за доброжелательную и конструктивную оценку доклада при обсуждении его первоначальной версии. Особенно мы признательны И. Артемьеву, А. Цыганову, А. Сушкевичу и А. Киневу.

ISBN 978-5-7598-0885-5

© Авдашева С., Дзагурова Н.,  
Крючкова П., Юсупова Г., 2011  
© Оформление. Издательский дом  
Высшей школы экономики, 2011

# Содержание

<b>Введение</b> .....	4
<b>1. Изменение интенсивности конкуренции и структура антимонопольного законодательства в России</b> .....	8
1.1. Проблемы развития конкуренции в Российской Федерации: каковы возможности антимонопольной политики?.....	8
1.2. Структура антимонопольной политики в России: международные сопоставления .....	18
<b>2. Антимонопольные нормы: как они сформулированы в законах</b> .....	25
2.1. Краткий экскурс в новейшую историю антимонопольной политики в России .....	26
2.2. Система санкций: усиление и/или ослабление сдерживания? ...	29
2.3. Горизонтальные соглашения: наказываем за что хотим или за что можем?.....	35
2.4. Вертикальные соглашения: все-таки защита конкуренции или контрагентов? .....	41
2.5. Злоупотребление доминирующим положением: еще один инструмент квазиборьбы с картелями? .....	45
2.6. Предварительный контроль сделок слияния: почти идеальная модернизация подхода .....	52
<b>3. Антимонопольные нормы: как они развиваются и применяются судами</b> .....	57
3.1. Полномочия антимонопольных органов и стандарты доказательства.....	57
3.2. Роль судебной системы: потребность в независимых и квалифицированных решениях .....	65
3.3. Горизонтальные и вертикальные соглашения .....	73
3.3.1. Согласованные действия вместо горизонтальных соглашений.....	73
3.3.2. Вертикальные соглашения: критерии влияния на конкуренцию еще в пути .....	78
3.4. Злоупотребление доминирующим положением: на примере дел против «большой четверки» .....	81
3.5. Предварительный контроль слияний: риски регулирования цен и действий участников сделок .....	89
<b>Заключение</b> .....	99
<b>Краткое содержание доклада</b> .....	103

## Введение

В последние годы российское антимонопольное законодательство претерпело радикальные изменения. В 2006 г. был принят новый закон «О защите конкуренции», который сменил предыдущий, действовавший с 1991 г. Резко повышены санкции за нарушение антимонопольного законодательства: в 2007 г. введены оборотные штрафы, а в 2009 г. — уголовная ответственность за ограничения конкуренции. Вместе с тем до настоящего времени российское антимонопольное законодательство не приобрело законченного вида: в закон продолжают вноситься изменения.

Изменение законодательства, более активная деятельность Федеральной антимонопольной службы по его применению повысили роль антимонопольного законодательства как с точки зрения его воздействия на поведение хозяйствующих субъектов, так и с точки зрения его места в системе государственного управления. Серия громких дел, возбужденных ФАС, привлекла к деятельности антимонопольных органов внимание широкой общественности. Таким образом, были созданы серьезные предпосылки для значительного повышения результативности антимонопольной политики.

В то же время в сфере применения антимонопольного законодательства существует целый ряд серьезных проблем.

Во-первых, расширение перечня нелегальной практики вместе с повышением санкций означает рост риска ошибок I рода (неправомерного признания нелегальными действий, не ограничивающих конкуренцию) и повышение издержек таких ошибок для участников рынка.

Во-вторых, в системе государственного управления антимонопольное законодательство стало рассматриваться не только (а зачастую и не столько) как способ защиты конкуренции на отдельных рынках, но и как инструмент решения актуальных экономических, социальных и политических проблем. Именно этим объясняется резкая активизация применения методов антимонопольной политики в периоды нестабильности, в том числе в 2008 г., с началом мирового финансового кризиса, и в 2010 г. — на фоне засухи и последовавшей за ней паники на продовольственных рынках.

В-третьих, спрос на применение антимонопольного законодательства предъявляют не только беневоленные участники рынка и органы государственной власти, но часто и недобросовестные бизнес-партнеры и/или лоббистские группировки. В принципе,

чем больший простор для ошибочного применения предоставляет содержание законодательства, тем выше спрос на него со стороны тех, чьи задачи не совпадают с целями разработки и принятия подобного законодательства, — в первую очередь лоббистских групп и недобросовестных конкурентов (контрагентов).

Все эти обстоятельства делают актуальной оценку антимонопольной политики в России. Для повышения эффективности российского антимонопольного законодательства в долгосрочной перспективе требуются уточнение его места в системе инструментов антимонопольной политики, разработка рекомендаций по совершенствованию содержания законодательных норм и уточнению сферы и способов их применения.

Оценка действующего в России антимонопольного законодательства затруднена из-за его постоянного изменения. Содержание закона «О защите конкуренции» (2006) радикально отличается от предшествовавшего ему закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности» (1991). С тех пор едва ли не каждый год в закон вносятся существенные дополнения и изменения. В настоящее время (зима 2010/11 г.) рассматривается очередной пакет поправок (так называемый третий антимонопольный пакет). Наряду с этим антимонопольные запреты включаются в другие законы (наиболее яркий пример — ст. 13 Федерального закона «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (далее — Закон о торговле)).

Далеко не всегда за короткий срок, прошедший с момента принятия конкретной нормы, можно достоверно оценить ее адекватность тем проблемам, которые норма была призвана решить. Сама по себе скорость изменений законодательства создает риски дополнительных ошибок правоприменения.

Основной целью данного доклада является оценка результативности российского антимонопольного законодательства в целом и отдельных его норм, а также выработка рекомендаций по стратегии совершенствования российского антимонопольного законодательства и его применения. Для этого оценивается связь между:

- проблемами развития конкуренции в Российской Федерации и возможностями антимонопольной политики;
- целями применения антимонопольного законодательства, как они обычно формулируются в мировой практике, с учетом возможностей данного типа политики, и задачами антимонопольной политики в Российской Федерации;

- содержанием тех действий, которые опасны для конкуренции, и описанием этой практики в российском антимонопольном законодательстве (в сравнении с нормами антитабачного, применяемыми в США и Европейском союзе);
- описанием нелегальной практики в законе «О защите конкуренции», в разъяснениях Высшего Арбитражного Суда и практикой применения указанных норм.

В данном докладе анализируются только нормы, относящиеся к бизнесу, и не рассматриваются те, которые регламентируют действия органов государственной власти, предоставление государственной помощи и процедуры государственных закупок. Во-первых, именно описание нелегальной практики продавцов на рынках изменилось в последние пять лет наиболее радикально. Во-вторых, именно к компаниям и их руководителям применяется новая система административных штрафов и уголовного наказания, которая должна была серьезно повлиять на стимулы. В-третьих, в конечном счете именно от действий компаний зависит структура рынка и модель стратегического взаимодействия — выбор между конкуренцией и отказом от конкуренции.

Важной особенностью использованного в докладе метода оценки антимонопольного законодательства выступает представление о разнице между собственно антимонопольной политикой и регулированием. Данные понятия в России разграничиваются далеко не всегда: об этом свидетельствует и само обиходное использование термина «антимонопольное регулирование». Оба типа государственной политики применяются на рынках, где конкуренция отсутствует или находится под угрозой. Принципиальное различие между ними лежит в сфере методов. Антимонопольная политика, основанная на применении запретов, содержащихся в законах, использует методы наказания за незаконные действия. Антимонопольное законодательство как таковое не предписывает должные действия продавцам на рынках — за исключением того, что они должны воздерживаться от запрещенной практики. Напротив, регулирование прямо предписывает действия участникам регулируемых видов деятельности: какие цены они должны назначать, каким образом формировать и с кем согласовывать инвестиционные планы, как расходовать полученную прибыль, по каким процедурам заключать договоры с контрагентами. Мировая практика показывает, что регулирование сопряжено со значительными потерями эффективности, что и послужило непосредственной причиной выдвижения целей развития конкуренции в регулируемых

отраслях (телекоммуникациях, электроэнергетике, газовой отрасли, на железнодорожном транспорте и др.) в качестве приоритетных задач экономической политики. В России, на наш взгляд, именно дрейф применения антимонопольного законодательства в сторону прямого регулирования является главной угрозой как для бизнеса, так и для собственно антимонопольной политики.

Логика построения доклада отражает сформулированные цели и подходы.

В первом разделе предпринята попытка перечислить основные факторы развития конкуренции на российских рынках, опираясь даже не столько на представления авторов доклада, сколько на традиционные представления о том, откуда исходят основные угрозы конкуренции. Там же сделаны выводы о соотношении этих угроз с возможностями антимонопольных запретов содействовать развитию конкуренции. Кроме того, проведено сопоставление масштаба и структуры деятельности российского антимонопольного органа с антимонопольными органами за рубежом.

Во втором разделе рассмотрены основные направления изменений российского антимонопольного законодательства, связанные с этими изменениями потенциальные возможности и риски.

В третьем разделе анализируется развитие законов в судебных решениях. При этом мы пытаемся ответить на несколько вопросов. Во-первых, насколько необходимо было принятие новых норм антимонопольного законодательства с точки зрения реального воздействия на конкуренцию. Речь здесь пойдет не только о декларируемых, но и о действительных (по мнению авторов доклада) целях изменений. Во-вторых, насколько применение антимонопольных норм в России соответствует лучшей международной практике. В-третьих, можно ли утверждать, что практика применения антимонопольного законодательства предоставляет участникам рынка четкие сигналы о разнице между легальным и нелегальным поведением.

В заключении приводятся основные выводы и рекомендации по развитию российского антимонопольного законодательства и стратегии его использования в качестве инструмента государственной политики.

# 1. Изменение интенсивности конкуренции и структура антимонопольного законодательства в России

## 1.1. Проблемы развития конкуренции в Российской Федерации: каковы возможности антимонопольной политики?

За последние 20 лет российская экономика прошла беспрецедентный путь создания рынков, в советское время не функционировавших, и соответственно путь развития конкуренции между их участниками. Большая часть продуктов сегодня продается на нерегулируемых рынках, где государство не устанавливает директивно уровень цен. Внешнеторговый оборот достиг 45% ВВП, многие отечественные компании объективно участвуют в глобальной конкуренции или на зарубежных рынках (как экспортеры), или на внутренних (сталкиваясь с импортом). Несмотря на сохраняющиеся искажения условий конкуренции, она объективно воздействует на поведение участников рынка и реструктуризацию предприятий. По данным выборочных обследований, уже к середине 2000-х гг. лишь около 20% промышленных предприятий не ощущали конкуренции как важного фактора принятия бизнес-решений; при этом около трети испытывали острую конкуренцию со стороны как отечественных, так и зарубежных компаний<sup>1</sup>. В последующие годы доля предприятий, находящихся под значительным влиянием конкуренции, оставалась достаточно стабильной: по данным обследования предприятий обрабатывающей промышленности, проведенного в 2009 г.<sup>2</sup>, она составляла около 80%.

---

<sup>1</sup> Обзор результатов выборочных обследований в отношении оценок конкуренции участниками российских рынков по состоянию на середину истекшего десятилетия см.: *Авдашева С.Б., Шаститко А.Е., Кузнецов Б.В.* Конкуренция и структура рынков: что мы можем узнать из эмпирических исследований о России // *Российский журнал менеджмента*. 2006. Т. 4. № 4. С. 3–26.

<sup>2</sup> См.: *Предприятия и рынки в 2005–2009 гг.: итоги двух раундов обследования российской обрабатывающей промышленности / под ред. Б. Кузнецова* М.: Изд. дом ГУ ВШЭ, 2010. С. 26.

Вместе с тем сохраняются ограничения для развития конкуренции и одновременно применения конкурентной политики на российских рынках. Среди них обычно выделяют следующие.

*1. Отраслевая структура российской экономики с преобладанием сырьевых отраслей или отраслей с низкой степенью переработки.* Во всем мире эти отрасли отличаются высокой концентрацией и ограниченными возможностями входа на рынок новых участников, а следовательно, зависимостью уровня конкуренции от стратегического взаимодействия поставщиков. При прочих равных условиях чем выше концентрация, тем в большей степени продавцы склонны к отказу от конкуренции в пользу поддержания высоких цен.

В таблице 1.1 представлены данные, характеризующие тенденции изменения концентрации в производстве некоторых видов традиционных для России продуктов. За десять лет, прошедших между двумя кризисами, показатели концентрации производства скорее повысились: из 34 продуктов суммарная доля четырех крупнейших продавцов существенно (более чем на 10 процентных пунктов) выросла в 21 случае. Индекс Херфиндаля—Хиршмана повысился в выпуске половины из представленных продуктов.

Анализ данных показывает связь между числом продавцов и показателями концентрации, что, впрочем, неудивительно. Именно снижение числа производителей данного продукта — за счет прекращения производства или за счет слияний и поглощений — послужило главным фактором роста показателей концентрации. Относительно небольшое число производителей практически любого из наименований продуктов остается самой характерной особенностью структуры российской промышленности.

Любопытно, что тенденции роста показателей концентрации усилились после 2003 г. Медиана изменений индекса CR4 в 2003—2008 гг. оказалась в семь раз выше, а индекса ННИ — в четыре раза выше, чем в предшествующие пять лет. В целом данные показывают, что высокая концентрация продолжает оставаться характерной особенностью российских промышленных рынков, и скорее всего в среднесрочной перспективе эта тенденция сохранится.

*2. Экспортная ориентация крупнейших компаний, дающая возможность отказаться от конкуренции на внутреннем рынке.* Даже крупнейшие российские поставщики сырья сталкиваются с конкуренцией на глобальном уровне. Вместе с тем они обладают ограниченными стимулами для конкуренции между собой на внутренних рынках. Возможность для ценовой дискриминации третьей

**Таблица 1.1** Объемы производства, число компаний и коэффициенты концентрации в производстве отдельных видов продукции

	Название продукта	Размерность	Объем производства			Число продавцов*			CR4 (в разрезе компаний)*			ННИ (в разрезе компаний)*		
			1998	2003	2008	1998	2003	2008	1998	2003	2008	1998	2003	2008
1	Добыча полезных ископаемых													
1.1	Производство железорудного концентрата	млн т	65,56	88,12	82,71	15	14	11	72,89	61,80	81,68	1174,57	1178,24	2298,23
1.2	Производство калийных удобрений	тыс. т	3576,30	5441,70	6525,50	8	10	8	98,4	95,4	97,52	4884,84	3900,19	3406,61
1.3	Производство серы	тыс. т	3986,36	5824,49	11226,97	20	18	10	98,80	94,40	98,28	9070,00	8919,59	8288,15
2	Производство пищевых продуктов и напитков													
2.1	Производство растительного масла	тыс. т	626,16	476,75	2047,69	26	10	13	27,50	83,20	59,01	435,87	3658,76	1013,91
2.2	Производство сахара-песка	тыс. т	4736,81	5840,98	5777,68	7	7	7	29,80	36,70	44,10	267,70	476,46	546,90
2.3	Производство шоколада	тыс. т	79,05	158,26	201,11	18	14	10	74,00	74,90	83,39	1950,15	2162,96	2257,30
2.4	Производство расфасованных макарон	тыс. т	66,59	274,67	368,48	19	19	20	54,90	60,70	65,48	943,09	1802,59	1944,35
2.5	Производство водки и ликеро-водочной продукции	млн дкл	77,01	119,92	104,67	29	30	21	13,70	24,90	35,91	1760,05	8811,21	4948,32

Обработка древесины и производство изделий из дерева														
3	Производство древесно-волокнистых плит (ДВП)	тыс. шт.	194,99	299,62	298,39	32	22	21	40,86	34,00	43,40	626,92	508,40	731,30
4	Целлюлозно-бумажное производство													
4.1	Производство оберточной бумаги	тыс. т	87,46	143,61	82,99	47	49	32	47,30	32,40	51,26	832,24	465,14	940,12
4.2	Производство картона	млн. м <sup>2</sup>	193,18	400,18	516,09	20	20	18	69,90	68,80	36,59	2265,46	1720,20	493,87
4.3	Производство целлюлозы	тыс. т	3011,21	2311,37	4376,01	19	17	17	78,80	90,30	78,26	2058,63	5121,82	3804,89
4.4	Производство рубероида	млн м <sup>2</sup>	290,42	303,67	327,29	22	20	9	60,70	60,90	66,09	1473,00	1242,69	1436,03
5	Производство нефтепродуктов													
5.1	Производство дизельных масел	тыс. т	935,00	777,10	546,70	9	8	6	60,80	78,60	88,29	1376,84	2876,63	2208,28
5.2	Производство мазута	млн т	45,70	54,32	59,41	26	22	15	35,10	57,40	64,02	626,18	1165,86	1376,78
5.3	Производство смазочных масел	тыс. т	2329,60	2677,30	2769,92	12	11	11	84,90	85,37	95,93	2618,57	2492,58	3121,76
5.4	Производство дизельного топлива	млн т	46,11	51,77	69,47	11	11	11	36,09	57,60	54,76	1075,29	1008,38	1102,42
6	Химическое производство													
6.1	Производство соляной кислоты	тыс. т	430,17	851,54	1145,27	13	7	8	71,02	83,03	85,69	1459,18	1830,25	1904,87

Продолжение табл. 1.1

	Название продукта	Размерность	Объем производства		Число продавцов*		CR4 (в разрезе компаний)*		ННИ (в разрезе компаний)*					
			1998	2003	2008	1998	2003	2008	1998	2003	2008			
6.2	Производство аммиака	тыс. т	8736,90	11087,30	9753,37	11	14	8	55,9	43,8	78,77	1194,44	852,05	1798,91
6.3	Производство соды	тыс. т	846,50	1112,60	1259,33	20	19	13	53,00	52,60	80,63	1031,09	998,66	2434,22
6.4	Производство азотной кислоты	тыс. т	9,28	70,12	249,02	10	7	6	98,26	93,2	98,34	3282,73	5032,68	4085,71
6.5	Производство синтетических смол	тыс. т	1616,16	3102,63	4218,33	31	28	24	44,19	39,50	30,25	1001,40	544,65	614,57
6.6	Производство полиэтилена и полипропилена	тыс. т	744,41	1323,90	1781,26	10	10	10	76,70	76,60	76,06	2516,95	1825,89	1795,03
6.7	Производство синтетических каучуков	тыс. т	621,72	1073,59	1172,99	13	14	7	65,20	89,40	93,84	2488,70	2694,83	3451,50
6.8	Производство синтетических моющих средств	тыс. т	250,79	515,01	881,61	6	10	9	78,60	86,70	89,08	3411,00	2622,90	2790,38
7	Производство изделий из резины													
7.1	Производство шин для грузовых автомобилей	тыс. шт.	7419,00	11660,40	9263,30	14	8	5	60,73	92,70	99,74	1900,00	3214,43	3161,54

7.2	Производство шин для легковых автомобилей	млн шт.	14,59	24,18	23,23	13	7	6	70,60	81,60	89,51	1940,93	2898,04	2226,38
8	Производство прочих неметаллических минеральных продуктов													
8.1	Производство лицевого кирпича	млн шт.	500,00	560,90	487,19	33	41	20	54,55	51,50	51,01	967,20	929,21	937,84
9	Металлургическое производство													
9.1	Прокат черных металлов	млн т	35,19	50,67	38,50	14	9	12	77,57	71,80	80,84	1669,23	1369,75	1865,19
9.2	Производство труб	млн м	443,75	1012,62	995,44	24	17	17	62,20	74,30	69,00	1418,00	1677,73	1570,79
9.3	Производство чугуна и доменных ферросплавов	млн т	34,66	48,81	31,74	17	14	12	73,30	75,40	83,27	1513,10	1539,72	2269,48
9.4	Производство стальной проволоки	тыс. т	208,98	429,43	412,67	14	14	7	80,70	82,40	96,70	3088,69	2920,47	3674,83
10	Производство машин и оборудования													
10.1	Производство газовых бытовых плит	тыс. шт.	350,70	911,20	830,73	13	15	11	96,10	86,80	97,32	2906,64	3923,68	5749,10
11	Прочее производство													
11.1	Производство спичек	тыс. усл. ящ.	4927,50	7138,70	4344,45	10	5	5	79,10	94,50	99,22	2033,40	5880,64	3350,25

\* Исходные данные, представленные в разрезе предприятий, были объединены для компаний с учетом акционерных связей между ними. Тем самым изменения показателей концентрации в приведенной таблице отражают не только не-равномерность увеличения выпуска предприятиями разного размера, но и процессы слияний и поглощений.

Источник: рассчитано авторами на основании данных Росстата.

степени сопровождается назначением на внутренних рынках более высоких цен, чем цены экспортных контрактов.

В таблице 1.2 приведены данные о соотношении цен поставок на внутренний рынок и цен экспортных контрактов для некоторых предметов российского экспорта. Превышение цен внутренних поставок над ценами экспортных контрактов встречалось и в 1999 г., но через десять лет стало гораздо более частым явлением. Эти данные могут рассматриваться как свидетельство упрочения модели слабой конкуренции на внутренних рынках при довольно интенсивной на внешних.

**Таблица 1.2** Отношение внутренней цены оптовых поставок к цене внешнеторгового контракта для некоторых предметов российского экспорта

Предмет экспорта	1999 г.	2009 г.	1999–2009 гг., среднее значение
Аммиак	0,97	2,73	0,98
Метанол	0,70	0,92	0,92
Минеральные удобрения	0,76	1,31	1,32
Азотные удобрения	1,29	2,51	1,66
Сложные удобрения	1,09	1,86	1,45
Каучук синтетический	0,83	1,21	1,08
Фанера клееная	0,67	1,35	0,92
Целлюлоза	1,00	1,15	1,02
Бумага газетная	0,80	1,13	0,99
Чугун	0,92	1,12	1,05
Прокат черных металлов	0,71	1,13	0,93
Медь	0,85	1,04	0,99
Алюминий	1,11	1,21	1,23

*Источник:* рассчитано авторами на основе данных Росстата.

Рост цен для российских покупателей экспортной продукции оказывает отрицательное влияние на развитие конкуренции в отраслях российской обрабатывающей промышленности. Приобретение сырья по ценам, близким к мировым и даже превосходящим их, в сочетании с сохранением низкой производитель-

ности труда подрывает конкурентоспособность отечественных производителей по сравнению с импортерами. В свою очередь, это снижает стимулы для сохранения и расширения производства в России, а следовательно, уменьшает возможности для конкуренции.

3. *Незавершенность преобразований в области либерализации экономики*, в первую очередь *защиты прав участников хозяйственного оборота*. Можно говорить и более резко — о снижении уровня экономической свободы, уровня защиты прав собственности и контрактных прав. Недостаточная защита прав собственности и контрактных прав снижает стимулы к входу новых участников на рынки, ориентирует предпринимателей на достижение краткосрочных целей и не стимулирует долгосрочные инвестиции. Не завершена административная реформа, практически отсутствует прогресс в вопросах реформы системы регулирования экономики.

Проблемы недостаточного уровня экономической свободы и защиты прав собственности находят отражение в том, какие места занимает Россия в международных рейтингах.

Например, согласно рейтингу Heritage Foundation «Индекс Экономической Свободы 2010»<sup>3</sup> российская экономика, получившая 50,3 балла (при минимальном значении индекса экономической свободы в данной подгруппе в 50 баллов), характеризуется как «преимущественно несвободная». По оценкам экспертов, наиболее острыми считаются проблемы, связанные со свободой инвестирования, гарантиями прав собственности и свободой от коррупции. За последние 10 лет показатели, характеризующие инвестирование и права собственности, снизились в два раза (с 50 баллов до 25 из 100 возможных). Индекс свободы от коррупции значительно не изменился, но с каждым годом снижается на 1–2 балла и в 2010 г. составил 21 балл.

Аналогичные данные приведены в исследованиях Всемирного экономического форума<sup>4</sup> (World Economic Forum, WEF). Качество институтов в Российской Федерации за период с 2008 по 2010 г. ухудшилось. Уровень защиты прав собственности снизился с 3,3 до 2,9 пункта (из 7 возможных), а степень независимости судебной системы — с 2,9 до 2,7 пункта.

---

<sup>3</sup> Рейтинг Heritage Foundation. URL: <http://www.heritage.org/index/Explore.aspx>

<sup>4</sup> Исследования Всемирного экономического форума. URL: <http://www.weforum.org/en/initiatives/gcp/Global%20Competitiveness%20Report/PastReports/index.htm>

Индекс восприятия коррупции, рассчитываемый Transparency International, также демонстрирует тенденцию к ухудшению. В 2007 г. его значение составляло 2,3 пункта, в 2010 — 2,1<sup>5</sup>.

Результаты опроса предприятий обрабатывающей промышленности ИАПР 2009 г.<sup>6</sup> демонстрируют системные сбои в той области, которая должна быть центральным элементом защиты прав собственности и контрактных прав, — в области независимости судебной системы. Руководитель каждого четвертого предприятия уверен, что ему не удалось бы в суде защитить свои права в конфликте с другим хозяйствующим субъектом. Скептицизм по отношению к возможности отстоять свои права в отношениях с государством еще выше: почти половина респондентов не верят в возможность справедливого судебного решения.

*4. Избыточные ограничения входа новых участников на рынки во многих секторах российской экономики в виде необоснованных разрешений, ненужных лицензий или импортных тарифов, продолжающие ослаблять конкуренцию.* Дополнительные барьеры, дестимулирующие вход, возникают в связи с доступом к физической инфраструктуре, необходимой для производства. Обследование ИАПР позволяет судить о масштабах проблем, с которыми сталкиваются предприятия обрабатывающей промышленности. Среднее время получения разрешения на присоединение к электросетям — свыше четырех месяцев (122 дня), к газовым сетям — лишь немногим ниже (117 дней). Процедуры выделения участка под строительство, получения разрешения на строительство и разрешения на выкуп земельного участка, на котором стоит предприятие, занимают около восьми месяцев каждая (232, 224 и 255 дней соответственно). Доля затрат на присоединение к инфраструктурным сетям (электрическим, газовым и канализации) в среднем составляет около 10% в суммарных затратах на проект, что в сочетании с указанным выше длительным сроком получения необходимой документации представляется весьма высокой цифрой.

*5. Кризисы и антикризисные меры, влияющие на конкуренцию.* Периоды экономических кризисов обычно сопровождаются усилением конкуренции: само по себе сокращение спроса создает стимулы к более жесткому соперничеству между продавцами. Едва

---

<sup>5</sup> [http://transparency.org/policy\\_research/surveys\\_indices/cpi](http://transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi); индекс принимает значения от 10 (практически некоррупцированная) до 0 (сильно коррупцированная страна).

<sup>6</sup> См.: Предприятия и рынки в 2005–2009 гг.

ли не важнейшим положительным эффектом любого кризиса считается то, что он способен расчистить площадку для будущего роста, заставив наименее конкурентоспособных продавцов покинуть рынок и открывая тем самым возможность для ускоренного расширения более конкурентоспособных, когда спрос вновь начнет расти.

Однако этот возможный положительный эффект кризиса в России оказался более чем компенсирован моделью антикризисных мероприятий. По данным доклада ГУ ВШЭ и МАЦ<sup>7</sup>, по крайней мере половина антикризисных мер (и гораздо больше половины выделенных на реализацию этих мер ресурсов) была ориентирована на компенсацию потерь, понесенных в период кризиса крупными компаниями, действующими на высококонцентрированных рынках. Лишь 15% антикризисных мероприятий (на которые приходится опять-таки еще меньшая доля выделенных на эти мероприятия ресурсов) предназначались для поддержки среднего бизнеса, который в принципе и мог бы стать драйвером усиления конкуренции. Около 40% антикризисных мер (вновь с бóльшим весом в объеме выделенных ресурсов) опирались на селективные механизмы в противоположность системным, что в России, как правило, и оборачивается созданием непосредственных угроз для конкуренции. Очевидно, антикризисные мероприятия в известной степени возродили одну из ключевых проблем российской модели поддержки бизнеса — создание и закрепление неравных условий конкуренции.

Даже краткая характеристика проблем развития конкуренции в России позволяет сделать несколько важных выводов. Во-первых, **особенности организации российских рынков** — высокие барьеры входа, консервативность отраслевой структуры, преобладание в структуре экономики высококонцентрированных отраслей, тенденции повышения концентрации производства, второстепенность отечественного рынка для крупнейших национальных продавцов, — **объективно осложняют задачи, стоящие перед антимонопольной политикой**. На рынках, обладающих подобными характеристиками, выше стимулы к заключению и поддержанию соглашений о ценах и в широком смысле — к отказу от конкуренции. На подобных рынках крупные компании имеют больше возможностей ограничивать конкуренцию в одностороннем порядке.

---

<sup>7</sup> Симачев Ю.В., Яковлев А.А. и др. Оценка антикризисных мер по поддержке реального сектора российской экономики. М.: ГУ ВШЭ и МАЦ, 2009.

Сильнее и потенциальные отрицательные эффекты от дополнительного повышения концентрации, в том числе от слияний.

Во-вторых, **большинство описанных особенностей структуры российских рынков, осложняющих развитие конкуренции, не могут быть устранены с помощью мер антимонопольной политики.** Применение антимонопольного законодательства способно предотвратить в лучшем случае неблагоприятное изменение структуры рынка, а чаще всего — лишь ограничивающее конкуренцию поведение его участников в той степени, в какой информация о нем может стать доступной для антимонопольного органа. Однако корневые проблемы развития конкуренции в России могут быть решены только на основе применения активных мер конкурентной политики<sup>8</sup>: повышения защиты контрактных прав и прав собственности, либерализации и снижения необоснованных барьеров, эффективного отраслевого регулирования в сферах естественных монополий. На некоторых рынках стимулирование конкуренции осуществимо с помощью мер внешнеторговой политики, например, путем отмены внешнеторговых ограничений на рынках, где действуют экспортеры. Применение антимонопольного законодательства может лишь дополнять, но не заменять меры активной конкурентной политики, которые в России в настоящее время используются недостаточно. Это обстоятельство необходимо учитывать при оценке результативности применения антимонопольного законодательства и деятельности российского антимонопольного органа.

## **1.2. Структура антимонопольной политики в России: международные сопоставления**

Адекватным ответом на вызовы, создаваемые неблагоприятными обстоятельствами развития конкуренции в России, было бы

---

<sup>8</sup> Под мерами активной конкурентной политики (в противоположность защитной) здесь и далее мы понимаем набор тех инструментов, которые позволяют внедрять конкуренцию там, где она отсутствовала, или менять структуру рынков таким образом, чтобы они становились благоприятными для развития конкуренции. Защитные меры конкурентной политики (в первую очередь применение антимонопольного законодательства) обычно не предназначены для изменения структуры рынков в желательном направлении. Защитные меры позволяют лишь предотвратить сознательные ограничения конкуренции и в некоторых случаях (например, в рамках предварительного контроля слияний) — неблагоприятные изменения организации рынков.

применение активных мер конкурентной политики. Однако российская модель состоит в другом — в расширении полномочий национального антимонопольного органа, причем преимущественно за счет введения новых запретов.

Сферы ответственности Федеральной антимонопольной службы (ФАС) включают, в частности:

- защиту конкуренции на товарных рынках и рынках финансовых услуг, включая борьбу со злоупотреблениями доминирующим положением, ограничивающими конкуренцию соглашениями и согласованными действиями (вертикальными и горизонтальными), ограничениями конкуренции со стороны органов государственной власти и местного самоуправления, с недобросовестной конкуренцией, а также контроль экономической концентрации;
- контроль соблюдения норм, регламентирующих порядок осуществления закупок товаров, работ и услуг для государственных и муниципальных нужд;
- контроль предоставления государственной помощи;
- контроль соблюдения законодательства о естественных монополиях (особенно широкими полномочиями обладает ФАС в электроэнергетике);
- контроль соблюдения законодательства о рекламе;
- контроль соблюдения законодательства об иностранных инвестициях в стратегические предприятия.

Полномочия российского антимонопольного органа гораздо шире задач, которые стоят перед зарубежными антимонопольными органами. В задачи входит не только предотвращение ограничений конкуренции (так называемое жесткое ядро антитраста — борьба с картелями, исключаящей практикой крупных компаний, предварительный контроль слияний), но и защита конкуренции от государства (в сфере государственных закупок, государственной помощи и любых решений органов исполнительной власти), обеспечение добросовестной конкуренции и специфическое отраслевое регулирование.

В таблице 1.3 сравниваются сферы ответственности антимонопольных органов в разных странах. Как мы видим, полномочия ФАС распространяются далеко за пределы набора функций, выполняемых антимонопольными органами других государств. При этом бюджет ФАС не выглядит по сравнению с ними более обеспеченным ресурсами. По данным Министерства финансов РФ 2009 г., годовой бюджет ФАС составляет

около 1068 млн рублей<sup>9</sup>, или около 36 млн долларов. В том же году годовой бюджет одного из двух антимонопольных органов Великобритании — Комиссии по конкуренции, которая делит гораздо более скромный объем полномочий с Управлением по справедливой торговле, — достиг 22 млн фунтов стерлингов<sup>10</sup>, или около 33 млн долларов. Бюджет Федеральной торговой комиссии США, которая разделяет полномочия в области антимонопольной политики с Антитрестовским департаментом Министерства юстиции США, — 291 млн долларов<sup>11</sup>.

Таким образом, выполнение более широкого набора полномочий не обеспечено соответствующими более масштабными ресурсами. Речь идет не только и не столько о финансовых ресурсах (само по себе увеличение бюджета ведомства не означает повышение эффективности его работы), но и о ресурсах экспертных. Расширение сферы ответственности антимонопольного органа объективно не позволяет ему одинаково результативно работать по всем направлениям. При этом, учитывая структуру государственной политики в России, нельзя сказать, что изъятие каких-то полномочий из ведения ФАС само по себе могло бы быть удачным решением. В российской экономике задача предотвращения ограничений конкуренции со стороны государства стоит гораздо более остро, чем в странах с развитой рыночной экономикой. Отсутствие традиций эффективной организации государственной помощи и государственных закупок также создает серьезные риски не только для результата их эффективности, но и для их влияния на конкуренцию. Отсутствие задачи обеспечения конкуренции в списке приоритетов российских отраслевых органов регулирования делает ФАС единственным возможным проводником этой идеи. Мы не можем однозначно сформулировать рекомендации в отношении оптимального набора полномочий антимонопольного органа в России. Однако этот вопрос в числе многих других требует обсуждения и решения. Пока лишь зафиксируем, что антимонопольный орган в России — изначально больше, чем просто антимонопольный орган.

---

<sup>9</sup> [http://www.minfin.ru/ru/budget/federal\\_budget/08-10/](http://www.minfin.ru/ru/budget/federal_budget/08-10/)

<sup>10</sup> Competition Commission Annual Report and Accounts 2008/09. URL: [http://www.competition-commission.org.uk/rep\\_pub/annual\\_rev\\_archive/pdf/annual\\_report\\_2009.pdf](http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/annual_rev_archive/pdf/annual_report_2009.pdf)

<sup>11</sup> Federal Trade Commission Budget and Performance 2009. URL: <http://www.ftc.gov/opp/gpra/2009parreport.pdf>

**Таблица 1.3** Сфера ответственности антимонопольных органов:  
Россия и зарубежные страны

Сфера ответственности	Россия, Федеральная антимонопольная служба*	Великобритания, Competition Commission UK & Office of Fair Trading**	ЕС, Competition Commission European Union***	США, Federal Trade Commission & Antitrust Department, Ministry of Justice****	Нидерланды, Netherland Competition Authority*****
Ограничение конкуренции со стороны крупных продавцов	+	+	+	+	+
Ограничивающие конкуренцию соглашения	+	+	+	+	+
Предварительный контроль слияний	+	+	+	+	+
Ограничение конкуренции со стороны органов власти и местного самоуправления	+				
Недобросовестная конкуренция	+	+		+	+
Государственные закупки	+				
Государственная помощь	+				
Защита прав потребителей		+		+	
Законодательство о рекламе	+				
Отраслевое регулирование (энергетика и/или транспорт)	+	+		+	+

\* Федеральная антимонопольная служба. URL: <http://www.fas.gov.ru/>

\*\* Competition Commission. URL: <http://www.competition-commission.org.uk/>; Office of Fair Trade. URL: <http://www.of.t.gov.uk/>

\*\*\* European Commission on Competition. URL: [http://ec.europa.eu/dgs/competition/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_en.htm)

\*\*\*\* Federal Trade Commission. URL: <http://www.ftc.gov/>; Antitrust Department. URL: <http://www.justice.gov/atr/index.html>

\*\*\*\*\* Netherlands Competition Authority. URL: <http://www.nmanet.nl/engels/home/Index.asp>

Сопоставление числа дел, возбуждаемых зарубежными и российскими органами конкурентной политики, показывает, что и в сфере жесткого ядра антитраста (предотвращение ограничивающих конкуренцию соглашений, предотвращение одностороннего ограничения конкуренции со стороны крупных компаний и предварительный контроль слияний) масштабы деятельности ФАС шире. Для иллюстрации сравним число дел по разным направлениям антимонопольной политики, которые вели, с одной стороны, ФАС, а с другой — антимонопольные органы США, Великобритании и Европейского союза (табл. 1.4).

**Таблица 1.4** Число дел о применении антимонопольного законодательства: международные сопоставления\*

	<b>Ограничения конкуренции со стороны крупных продавцов</b>	<b>Ограничения конкуренции с помощью соглашений</b>	<b>Предварительный контроль слияний</b>
1996	Россия: 1296 США: 147 ЕС**: [11]	Россия: 105 ЕС**: [4]	Россия: ~20 000 США: 3094 ЕС**: 131
2003	Россия: 1378 США: 148 ЕС**: [4]	Россия: 156 ЕС: 30 [6]	Россия: ~20 000 США: 1014 ЕС: 211 Великобритания: 267
2008	Россия: 1639 США: 82	Россия: 359 ЕС: 37 [7]	Россия: 5821 США: 1656 ЕС: 347 Великобритания: 84

\* На основе данных Федеральной антимонопольной службы. URL: <http://www.fas.gov.ru/>; Competition Commission. URL: <http://www.competition-commission.org.uk/>; Office of Fair Trade. URL: <http://www.oft.gov.uk/>; European Commission on Competition. URL: [http://ec.europa.eu/dgs/competition/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_en.htm); Federal Trade Commission. URL: <http://www.ftc.gov/>; Antitrust Department. URL: <http://www.justice.gov/atr/index.html>

\*\* Для Европейского союза приведены данные только о делах Европейской комиссии по конкуренции. В квадратных скобках указано число дел, по которым вынесены окончательные решения.

Таблица 1.5 характеризует масштабы деятельности ФАС в тех сферах, которые в других странах далеко не всегда включаются в область применения антимонопольного законодательства и соответственно исключительно редко входят в зону ответственности антимонопольного органа.

**Таблица 1.5** Число дел ФАС, не относящихся к жесткому ядру антитраста\*

<b>Норма антимонопольного законодательства</b>	<b>1996</b>	<b>2003</b>	<b>2008</b>
Запрет на недобросовестную конкуренцию	н.д.	441	517
Запрет на антиконкурентные акты и действия органов власти	416	1597	2978
Дела о рекламе	2600	10400	3730

\* Количество возбужденных дел на основе данных Федеральной антимонопольной службы. URL: <http://www.fas.gov.ru/>

Приведенная статистика позволяет сделать несколько наблюдений. Во-первых, в деятельности ФАС самую значительную долю составляют дела, непосредственно не связанные с жестким ядром антитраста. Во-вторых, число возбужденных дел по трем основным направлениям антимонопольной политики также очень высоко.

На фоне этих данных совершенно неоправданным выглядит стремление еще больше расширить полномочия и сферу ответственности ФАС, в том числе за счет включения в нее регламентации взаимодействия поставщиков и ритейлеров в соответствии с Законом о торговле. Неблагоприятным фактором для результативности применения антимонопольного законодательства должен стать и повышенный спрос на него в связи с необходимостью решать текущие задачи экономической политики.

Комплексный набор задач российского антимонопольного органа не компенсируется достаточным набором полномочий, в первую очередь в области раскрытия факта совершения нелегальных действий. В число инструментов обнаружения нарушений закона не входят полномочия на осуществление оперативно-розыскной деятельности (ОРД). Мотивы такого решения понятны: само по себе право на ОРД резко повышает и вероятность неправомерного применения этих методов, и издержки участников рынка в случае неправомерного применения. Однако следует понимать, что невозможность осуществлять ОРД почти лишает ФАС возможности обнаруживать прямые улики сговора о ценах. Как следствие, снижается способность бороться с картелями, т.е. выполнять ту главную задачу, которой и соответствует дизайн антимонопольного законодательства в мировой практике<sup>12</sup>. Как мы покажем ниже,

<sup>12</sup> Мировой опыт показывает, что наличие права на ОРД оказывает решающее влияние на структуру деятельности антимонопольного органа и ее результативность. Наиболее ярким примером выступает Великобритания, где

именно неспособность бороться с незаконными соглашениями может рассматриваться в качестве важной причины искажения структуры деятельности ФАС и появления в законодательстве норм, которые пытаются обойти проблему сбора прямых улик картельных соглашений. Представляется, что вопрос соотношения издержек и выгод от наделения ФАС полномочиями по ОРД остается открытым.

\* \* \*

Суммируя вышеизложенное, повторим, что антимонопольное законодательство в России как инструмент развития конкуренции применяется в сложной ситуации. Особенности структуры российских рынков объективно затрудняют развитие на них конкуренции. Большинство факторов, препятствующих конкуренции, не может быть устранено с помощью даже идеального применения идеального антимонопольного законодательства. Для решения этой задачи требуются меры активной конкурентной политики, — включая повышение защиты прав собственности, расширение экономической свободы, снятие инфраструктурных ограничений, — на протяжении многих лет. Антимонопольная политика — лишь один из инструментов развития конкуренции, играющий чрезвычайно важную роль, но инструмент не единственный.

Необходимо также подчеркнуть, что условием результативности антимонопольной политики является правильное применение этого инструмента. Использование его для целей, непосредственно не связанных с развитием и поддержанием конкуренции, равно как и бесконтрольное расширение сферы ответственности антимонопольного органа, приводит к снижению эффективности антимонопольной политики в тех областях, где она может быть успешной даже в непростых российских условиях.

---

до предоставления антимонопольному органу такого права структура антимонопольной политики, как и в нынешней России, была смещена в сторону предварительного контроля слияний и предотвращения злоупотребления доминированием. Подробнее история развития антимонопольной политики Великобритании рассмотрена в подразд. 3.1 доклада.

## 2. Антимонопольные нормы: как они сформулированы в законах

Широкая диверсификация деятельности ФАС предъявляет значительные требования как к собственно содержанию, так и к применению антимонопольных запретов. Ограниченные ресурсы, остающиеся на ведение дел по фактам нарушений со стороны хозяйствующих субъектов, могут быть израсходованы результативно только при правильных антимонопольных нормах.

Одним из важнейших критериев оценки антимонопольных норм является их способность/неспособность создавать ошибки в применении. Все неверные решения традиционно делятся на ошибки I рода (не ограничивающие конкуренцию действия признаются незаконными) и ошибки II рода (ограничивающие конкуренцию действия признаются законными). Оба типа ошибок оказывают отрицательное воздействие на эффективность антимонопольной политики. Поскольку российское антимонопольное законодательство изначально в качестве образца использовало европейские нормы, то по крайней мере само описание нелегальных действий соответствовало задачам минимизации числа ошибок II рода. Если незаконную практику не удавалось обнаружить и наказать, то не потому, что она признавалась законной, а в силу ограниченности возможностей по обнаружению нарушения и/или доказательства факта нарушения в суде. В свою очередь, источником ошибок I рода может стать само по себе содержание антимонопольного законодательства — например, когда нелегальные действия описываются таким образом, что их трудно или невозможно отличить от совершенно нормальной общепринятой бизнес-практики.

В данном разделе мы хотим показать, что содержание российского антимонопольного законодательства и тенденции его развития таковы, что риски совершения ошибок I рода лишь усиливаются. Неправомерные ограничения бизнес-практики, вытекающие из таких ошибок, не только не способствуют, а скорее препятствуют нормальному развитию конкуренции.

## 2.1. Краткий экскурс в новейшую историю антимонопольной политики в России

История антимонопольного законодательства в России началась еще до возникновения собственно рыночной экономики. Первый антимонопольный закон «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности» был принят в 1991 г. Контроль за его выполнением осуществлял созданный годом ранее антимонопольный орган, носивший название сначала Государственного комитета по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур, затем Министерства по антимонопольной политике и поддержке предпринимательства и, наконец (с 2004 г.), Федеральной антимонопольной службы. Российский антимонопольный орган, в отличие от многих зарубежных, не был и не является независимым: в настоящее время он подчинен Правительству РФ.

Закон «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности» опирался в основном на содержание и опыт применения европейского антимонопольного законодательства. Изначально он был рассчитан на более широкую область применения, чем в большинстве других стран, включая нормы не только о незаконности ограничивающих конкуренцию соглашений, злоупотребления доминирующим положением и контроле сделок слияний, но и о недобросовестной конкуренции, ограничении конкуренции со стороны органов власти, а позже — и об антимонопольных требованиях к торгам. До 2004 г. собственно дела о нарушении антимонопольного законодательства играли в деятельности ФАС подчиненную роль. Непосредственной причиной этого выступала крайне низкая планка применяемых штрафов. Например, в начале 2000-х гг. по искам ФАС взыскивалось всего 20–30 млн рублей штрафов ежегодно. Наибольшее число дел, связанных собственно с бизнесом, составлял контроль сделок слияний, а также дела, касающиеся нарушения законодательства о рекламе. Отдельным островком выступала конкурентная политика на финансовых рынках, которая даже была регламентирована специальным законом (закон «О защите конкуренции на рынках финансовых услуг», 1999).

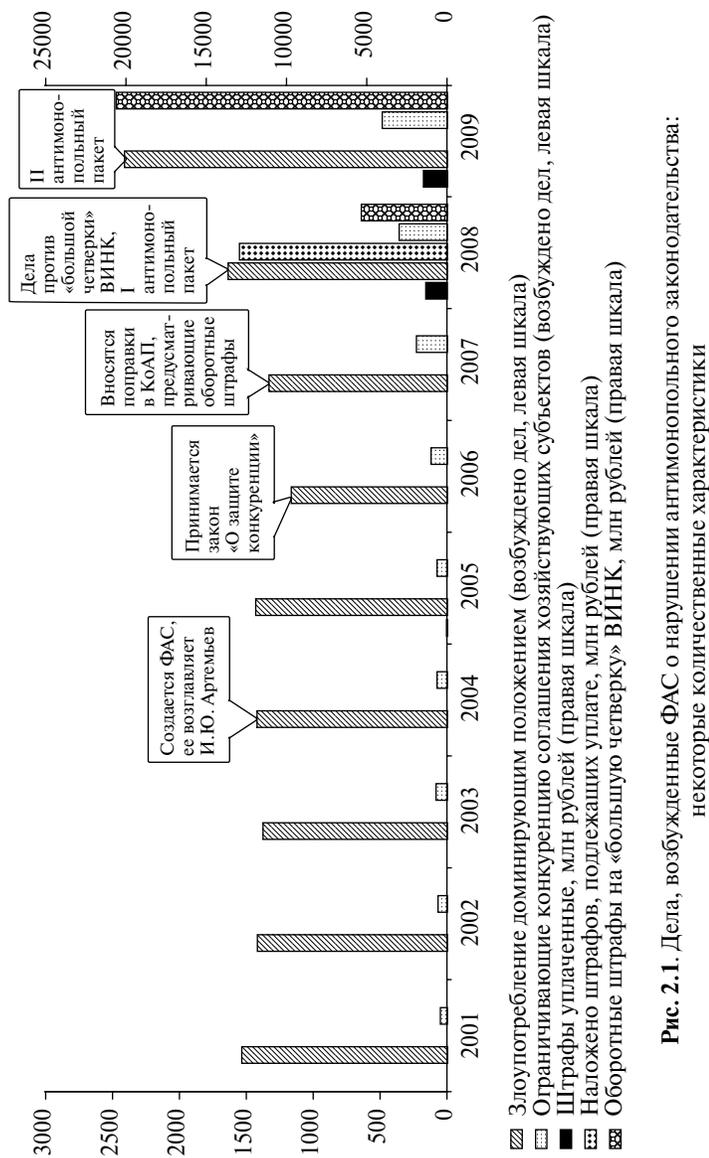
Новый этап в развитии антимонопольной политики в России начинается с образования ФАС и назначения его руководителем И.Ю. Артемьева. Активность антимонопольного органа растет. Еще до пересмотра стандартов санкций величина налагаемых штрафов

возрастает в три раза, составляя свыше 80 млн рублей в год. Резко снижается планка предварительного контроля слияний, и становится ясно, что ФАС в отношениях с бизнесом всерьез намерен переключаться с выполнения функций контроля сделок на преследование за нарушения антимонопольного законодательства.

В течение двух лет разрабатывается и в 2006 г. принимается новый закон — «О защите конкуренции». В этом законе появляются новые понятия, или по крайней мере новые определения традиционных понятий — коллективного (в противоположность индивидуальному) доминирования, согласованных действий, монопольно высокой цены. Несмотря на то, что ФАС с самого начала функционирования становится одним из наиболее открытых органов исполнительной власти и новый закон проходит открытое обсуждение не только в министерствах, но и на многочисленных экспертных площадках, представители бизнеса не проявляют большого интереса к содержанию этого закона.

Последующие два года позволили убедиться в том, что новый закон послужил лишь прологом. В 2007 г. принимаются поправки в КоАП, вводящие систему оборотных штрафов за нарушение антимонопольного законодательства. Благодаря этим поправкам уже в следующем 2008 г. размер взысканных ФАС штрафов повышается до 1,5 млрд рублей (рис. 2.1). При этом 1,5 млрд — лишь чуть более одной десятой наложенных решениями антимонопольных органов штрафов, достигающих 13 млрд рублей. Одновременно растет число дел по фактам соглашений и, особенно, согласованных действий.

Однако поистине переломным моментом в истории антимонопольной политики России становится осень 2008 г., когда возбуждаются дела против «большой четверки» нефтяных компаний (Газпромнефти, Лукойла, Роснефти, ТНК-ВР), в которых используются и новые концепции закона (концепция коллективного доминирования и определение монопольно высокой цены), и новые стандарты оборотных штрафов. По делам, возбужденным в 2008 г., ФАС принимает решение о взыскании с «большой четверки» штрафов в размере 5,4 млрд рублей, а по второй волне дел 2009 г. — 20,7 млрд. Решения ФАС оспариваются в разных судебных инстанциях, однако после решения Высшего Арбитражного Суда по делу ТНК-ВР (май 2010 г.) чаша весов склоняется в сторону антимонопольного органа. Решение о выработке мирового соглашения (осень 2010 г.), принятое совершенно в духе российской внутренней политики, подтвердило возросший авторитет ФАС в системе органов власти и способность использовать инструменты



**Рис. 2.1.** Дела, возбужденные ФАС о нарушении антимонопольного законодательства: некоторые количественные характеристики

*Источник:* составлено на основе докладов ФАС «О состоянии конкуренции в Российской Федерации» и информационных сообщений Федеральной антимонопольной службы. Размер штрафов на «большую четверку» приводится только по четырем крупнейшим делам, возбужденным ФАС в 2008 и 2009 гг. соответственно.

антимонопольного законодательства для решения политических (или популистских) задач.

Тем временем рост активности антимонопольных органов продолжается и за пределами крупнейших дел (рис. 2.1). За три года с момента принятия закона «О защите конкуренции» практически учетверяется число дел, возбужденных по фактам соглашений и согласованных действий, в полтора раза растет и без того немалое число дел по фактам злоупотребления доминирующим положением. Сложно сказать, насколько долго будет продолжаться тенденция расширения масштабов применения антимонопольных запретов. Во всяком случае, в I полугодии 2010 г. темпы роста полностью сохранились: число дел, возбужденных по факту нарушения ст. 10 (за злоупотребление доминирующим положением), выросло по сравнению с первым полугодием предшествующего 2009 г. на 23%, по нарушениям ст. 11 (соглашения и согласованные действия) — на 55%<sup>13</sup>.

В следующих подразделах мы подробно рассмотрим ключевые, с нашей точки зрения, новации российского антимонопольного законодательства.

## **2.2. Система санкций: усиление и/или ослабление сдерживания?**

Система санкций играет ключевую роль в антимонопольной политике в силу особенностей защитного направления экономической политики. Действия государства сводятся к обнаружению и идентификации нарушения антимонопольного законодательства и к наказанию нарушителя. Санкции должны обеспечивать такой баланс стимулов, при которых для типичного потенциального нарушителя нарушение становилось бы невыгодным.

Неадекватная система санкций до недавнего времени выступала важнейшим фактором, ограничивающим применение антимонопольного законодательства и снижающим его результативность. Вплоть до 2007 г. верхний уровень санкций, помимо изъятия незаконно полученной (в результате ограничения конкуренции) при-

---

<sup>13</sup> Итоги работы в I полугодии 2010 г. по выявлению нарушений антимонопольного законодательства и законодательства о рекламе, о применении мер административной ответственности. ФАС России. М., 2010. URL: [http://fas.gov.ru/about/list-of-reports/list-of-reports\\_30020.html](http://fas.gov.ru/about/list-of-reports/list-of-reports_30020.html)

были, предусматривал штраф в размере 5 тыс. МРОТ, т.е. полмиллиона рублей. Законом от 9 апреля 2007 г. № 54-ФЗ были приняты изменения в КоАП, меняющие принципы применения штрафов за нарушение антимонопольного законодательства и увеличивающие их размер. Для хозяйствующих субъектов происходит переход от штрафов, кратных МРОТ, к штрафам, исчисляемым как процент от оборота участников рынка. Согласно новым нормам КоАП за участие в соглашении предполагается оборотный штраф, величина которого может составлять до 15% оборота по товару (товарной группе), производство и реализация которого осуществлялись в рамках сговора (однако не более 4% от суммарного оборота компании), — для компаний, уличенных в заключении соглашений (совершении согласованных действий), ограничивающих конкуренцию.

В 2009 г. внедрен дифференцированный подход при определении размера оборотного штрафа. Так, если сумма выручки правонарушителя от реализации товара (работ, услуг), на рынке которого совершено правонарушение, превышает 75% совокупного размера его выручки от реализации всех товаров, то размер оборотного штрафа будет исчисляться в размере от 0,3 до 3% выручки на рынке, на котором совершено правонарушение. Вилка штрафа не изменяется по сравнению с общим положением: не более 2% от выручки, но не менее 100 тыс. рублей.

Проценты штрафов в России по-прежнему несколько ниже, чем в Европейском союзе (до 10% от годового оборота). При этом штрафы, вычисляемые на основе МРОТ, для ряда нарушений закона также сохраняются.

Одновременно с повышением санкций в российское антимонопольное законодательство была внедрена программа ослабления наказания (далее — ПОН) (ст. 14.32 КоАП РФ). Механизм действия ПОН состоит в повышении альтернативных издержек поддержания картельного соглашения. Выходя из картеля, продавец может не только получить дополнительную прибыль благодаря увеличению объема продаж, но и обратиться в антимонопольный орган с заявлением об освобождении от ответственности. Действие программы, в отличие от санкций за участие в картеле как таковых, нацелено на продавцов, уже участвующих в картеле. После заключения картельного соглашения наличие санкций не влияет на альтернативные издержки поддержания картеля: за участие в нелегальных действиях продавец все равно будет подвергнут санкциям. ПОН же должна как снизить стимулы для участия в

картеле, поскольку возрастает риск, что коллеги сдадут соучастников, так и повысить раскрываемость сговоров, поскольку у участников незаконного соглашения появляются стимулы к раскрытию информации о картеле. Внедрение ПОН должно также понизить издержки антимонопольного органа на борьбу с картелями (что, заметим, в России является весьма актуальной задачей при широкой диверсификации деятельности ФАС) за счет того, что решающая информация будет поступать от самих нарушителей.

В то же время ПОН в качестве инструмента предотвращения сговора о ценах играет не вполне самостоятельную функцию. Она может лишь дополнять деятельность по сбору прямых улик картельных соглашений и по применению санкций. В том случае, когда сбор прямых улик затруднен или невозможен и вероятность раскрытия картельного соглашения сама по себе достаточно низка либо когда штраф за участие в картельном соглашении невелик, перспектива уплаты штрафа не выглядит достаточно угрожающей, чтобы стимулировать явку с повинной.

Недостаточная угроза применения санкций в некоторой степени ограничивает результативность ПОН в России. Тысяча заявлений по программе, поступивших за три года ее действия в ФАС, в некоторой степени были результатом первоначальной ошибки в установлении процедур. В примечании к соответствующей статье КоАП не было ограничений на число участников соглашения, которые могут претендовать на освобождение. На этом основании заявление об участии в программе подавали одновременно до 30–50 компаний. Более того, в правилах не содержалось ограничений на последовательность заявлений об участии в программе, так что в некоторых случаях явка с повинной происходила сериями в течение нескольких месяцев после того, как в ФАС было подано первое заявление. Наконец, в правилах программы не было ограничений на соотношение между той информацией, которой располагал антимонопольный орган на момент первой явки, и теми сведениями, которые должны подать участники картельного соглашения для участия в ПОН. В результате освобождение от ответственности могло быть получено и благодаря подтверждению со стороны продавца только той информации, которой антимонопольный орган и так располагал на момент явки. Очевидно, что при таком дизайне программа не решала основных поставленных перед ней задач: не создавала заметных угроз для продавцов, которые не успели подать заявление об участии в программе первыми, и не давала возможности антимонопольному органу получить

существенный объем дополнительной информации. Но даже если бы такая информация и была получена, она не могла послужить спусковым крючком для привлечения нераскаявшихся участников картеля к ответственности, поскольку у них сохранялась возможность также прибегнуть к ПОН.

Вот почему в 2009 г. в рамках «второго антимонопольного пакета» ПОН претерпела существенные изменения. Было установлено, что:

- не будет освобождаться от ответственности лицо, осуществляющее координацию экономической деятельности;
- освобождению подлежит лицо, первым добровольно заявившее в ФАС России о правонарушении, о котором ранее ФАС России не имела сведений или документов; отказавшееся от участия в соглашениях (согласованных действиях) и предоставившее сведения и документы, достаточные для установления события административного правонарушения.

На сегодняшний день мы не располагаем достаточным объемом данных для того, чтобы сделать выводы о результативности ПОН в обновленном виде.

Помимо повышенных штрафов в рамках административной ответственности хозяйствующих субъектов, виновные в нарушении антимонопольного законодательства в России несут — по крайней мере, по букве закона — и уголовную ответственность. Статья 178 УК РФ, вступившая в силу в октябре 2009 г., определяет, что за участие в соглашениях и согласованных действиях, а также за некоторые виды злоупотребления доминирующим положением, совершенные более двух раз в течение трех лет, наступает уголовная ответственность. В качестве мер ответственности предусмотрены штрафы (максимально — до 1 млн рублей) либо лишение свободы (максимально — на срок до 7 лет) с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью (дисквалификацией).

Цель внедрения уголовной ответственности — ослабить стимулы к ограничению конкуренции для высших менеджеров компаний. Как показывает мировой опыт, угроза даже непродолжительного тюремного заключения для исполнительного менеджмента гораздо действеннее, чем угроза уплаты штрафа, который фактически распределяется между всеми стейкхолдерами.

Новая система санкций должна была оказать существенное влияние на стимулы продавцов, на результаты функционирования компаний и условия конкуренции. Однако несмотря на то, что в

конечном счете повышение санкций должно оказать положительное воздействие на эффективность применения законодательства, в краткосрочном периоде могут наблюдаться разные эффекты, в том числе неблагоприятные. В первую очередь таким эффектом выступает *рост возможных издержек ошибок I рода для бизнеса*.

Таким образом, за последние четыре года система санкций за нарушение антимонопольного законодательства подверглась глубокой модернизации. Переход от фиксированных штрафов к оборотным позволил установить соответствие между суммой санкций и тем выигрышем, который получает нарушитель. Введение ПОН создает стимулы к отказу от нарушения для тех, кто уже вовлечен в него. Российский антимонопольный орган на первый взгляд располагает достаточно весомыми инструментами для наказания — а следовательно, и для предотвращения — ограничений конкуренции. С какими результатами эти инструменты будут применяться, зависит от описания нелегальной практики и используемых в деятельности ФАС и в решениях судебных органов стандартов доказательств.

В то же время все последние изменения системы санкций (2009–2010 гг.) предусматривают в определенном смысле «откат» и снижение масштабов наказания виновных. До известной степени это оправданно, поскольку позволяет предотвратить массовое использование антимонопольных санкций против продавцов, фактически не ограничивающих конкуренцию. Вместе с тем ослабление санкций снижает и угрозы для потенциальных нарушителей, а соответственно, стимулы воздерживаться от нарушений антимонопольного законодательства, равно как и использовать возможности, предоставляемые ПОН.

Колебания маятника прослеживаются и в отношении отдельных групп санкций. По прошествии более года с момента внесения изменений в ст. 178 Уголовного кодекса есть мало примеров ее практического применения. Сама по себе эта новость скорее может расцениваться как хорошая. При нечетких стандартах доказательства нарушений антимонопольного законодательства, а значит, при высокой вероятности ошибок применять столь чувствительные санкции было бы просто опасно. Но разве это не было ясно в тот момент, когда обсуждались и принимались изменения в УК, связанные с ответственностью за нарушение антимонопольного законодательства?

Ограничиваются размеры штрафов за нарушение антимонопольного законодательства на отдельных рынках. Оставляют в не-

доумении максимальные штрафы за нарушения ст. 9 и 13 Закона о торговле в сумме 1 млн рублей (с декабря 2010 г. — 5 млн рублей). Стоило ли так долго обсуждать «дискриминационные практики» и вводить весьма спорные запреты, чтобы затем наказывать за их нарушение малочувствительными для крупного бизнеса суммами? Поскольку авторы данного доклада не являются сторонниками Закона о торговле, вроде бы несущественность санкций должна радовать. Однако мы не можем испытывать радости, поскольку любые нечувствительные запреты — свидетельство напрасной траты ресурсов на стадии обсуждения, принятия и обеспечения выполнения принятых правил.

Наконец, в рамках «третьего антимонопольного пакета» должно быть принято разделение санкций и за нарушение закона «О защите конкуренции». Предполагается разбить их на две группы — санкции, применяемые за ограничения конкуренции и за действия, не ограничивающие конкуренцию, но причиняющие ущерб контрагентам. Для первой группы предусматривается сохранение оборотных, а для второй — введение фиксированных штрафов в сумме до 1 млн рублей. В связи с этим возникает несколько вопросов. Во-первых, зачем ФАС собирается преследовать так называемые незначительные нарушения антимонопольного законодательства? Может быть, было бы правильнее сосредоточиться на пресечении действий, действительно опасных для конкуренции? Ведь весь опыт развития антимонопольной политики до 2004 г. убедительно демонстрирует крайне низкую результативность ограниченных штрафов. Во-вторых, зачем умножать риски неоправданного применения антимонопольного законодательства, налагая санкции за причинение контрагентам ущерба? Тем более что здесь встает очень серьезная методическая проблема. С одной стороны, некоторые ограничения конкуренции действительно причиняют контрагентам ощутимый ущерб. И было бы логично не просто штрафовать за такой ущерб, а компенсировать его пострадавшим. С другой стороны, ущерб как таковой — очень непростая категория: сделка всегда является результатом компромисса, и обе стороны обязательно от чего-то отказываются и что-то теряют, наряду с полученными выигрышами. Расчет ущерба в таких условиях чреват значительным волюнтаризмом.

С учетом всех этих обстоятельств правильнее было бы не снижать планку наказания за «причинение ущерба», а вслед за антимонопольной политикой многих других стран четко заявить, что **задачей применения антимонопольного законодательства, включая**

**запреты и санкции, является защита конкуренции, а не контрагентов.** Это не означает, повторим, что продавца, ограничивающего конкуренцию, не следует принуждать к компенсации нанесенного ущерба. Достаточно заметить, что именно по такому пути пошла антимонопольная политика США, предписывающая по закону Клейтона трехкратное возмещение ущерба пострадавшему. Однако ущерб возмещается по иску пострадавшего, и размер санкций, соразмерный нанесенному ущербу, способен предотвратить ограничения конкуренции, в отличие от фиксированных штрафов за действия, ущерб причиняющие. Наконец, немаловажными преимуществами американской модели являются непосредственное участие пострадавшего в судебном процессе и состязательность в определении суммы ущерба. Мы не готовы утверждать, что эта модель при всех ее достоинствах в принципе может быть перенесена на российскую почву. Однако подчеркнем еще раз: она предполагает возмещение ущерба, причиненного именно в результате ограничения конкуренции, а не квалификацию ущерба в качестве самостоятельного признака незаконных действий.

### **2.3. Горизонтальные соглашения: наказываем за что хотим или за что можем?**

Предотвращение горизонтальных соглашений — соглашений между продавцами заменяющих продуктов, выступающих непосредственными конкурентами, — является важнейшим компонентом антимонопольной политики большинства стран, которые единодушно признают незаконность сговора о ценах. Однако антимонопольные законы разных стран различаются по сферам применения запретов, а также непосредственно по трактовке самого понятия незаконного сговора.

Первым естественным эталоном выступает политика по отношению к горизонтальным соглашениям в США, поскольку в этой стране антимонопольное законодательство в наибольшей степени отвечает определению «лучшей мировой практики». В соответствии с первой статьей закона Шермана, соглашения между конкурентами о ценах или о разделе рынка являются уголовным преступлением. В то же время многие виды соглашений, которые прямо не включают условия об установлении уровня цен и разделе рынка, рассматриваются на основе «правила взвешенного подхо-

да» (rule of reason), когда для ответа на вопрос, является ли данный вид практики нарушением закона Шермана, необходимо сопоставление потерь от ограничений конкуренции с выигрышами общества от применения данной практики.

При этом практика такова, что так называемый молчаливый сговор — поддержание высоких цен каждым из продавцов как реакция на высокие цены конкурента — в США не рассматривается как незаконный. В качестве руководства используется решение Верховного суда 1954 г. о том, что «сам по себе параллелизм цен не является нарушением закона Шермана». Министерство юстиции может «выразить озабоченность» применением практики, облегчающей координацию между продавцами, но не будет преследовать молчаливый сговор. Концептуальная основа такого подхода довольно проста. Учет цен и условий сделок конкурентов при назначении собственных цен (и других условий сделок) является нормальной бизнес-практикой на подавляющем большинстве рынков. Можно в качестве стандарта легального поведения запретить продавцам договариваться о ценах друг с другом, но нельзя запретить учитывать цены конкурентов при назначении собственных. В свою очередь, отделить обычную бизнес-практику от незаконной координации при отсутствии прямых улик сговора чрезвычайно сложно. Поэтому признание незаконности молчаливого сговора сопровождалось бы многочисленными ошибками.

Несколько иначе решена проблема незаконности явного и молчаливого сговора в Европейском союзе. Незаконными по ст. 101 Лиссабонского договора признаются не только явные соглашения (при этом часть из них интерпретируется на основе применения правила взвешенного подхода), но и практики, которые в России получили название согласованных действий (в европейской антимонопольной политике — concerted practice).

Если сравнивать нормы о незаконности горизонтальных соглашений в России и Европейском союзе (табл. 2.1), то в части явных соглашений они скорее схожи. Как и в ЕС, в России часть соглашений (ч. 1 ст. 11) признается незаконной *per se* (по букве закона).

Перечень таких соглашений выглядит несколько более широким по сравнению с ЕС и включает не только собственно соглашения о ценах и разделе рынка, но и соглашения о так называемом навязывании контрагенту невыгодных условий договора, необоснованном установлении разных цен на один товар, установлении

**Таблица 2.1** Классификация соглашений в российском и европейском законодательствах, трактуемых по букве закона (per se) и по правилу взвешенного подхода (rule of reason)

Классификация	Российское законодательство	Европейское законодательство
По букве закона (per se)	<p><i>Ст. 11 закона «О защите конкуренции»</i></p> <p>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:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат), наценок;</li> <li>2) повышению, снижению или поддержанию цен на торгах;</li> <li>3) разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продаж или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков);</li> <li>4) экономически или технологически не обоснованному отказу от заключения договоров с определенными продавцами либо покупателями (заказчиками);</li> <li>5) навязыванию контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора (необоснованные требования о передаче финансовых средств, иного имущества, в том числе имущественных прав, а также согласие заключить договор при условии внесения в него положений относительно товаров, в которых контрагент не заинтересован, и другие требования);</li> <li>6) экономически, технологически и иным образом не обоснованному установлению различных цен (тарифов) на один и тот же товар;</li> <li>7) сокращению или прекращению производства товаров, на которые имеется спрос либо на поставки которых размещены заказы при наличии возможности их рентабельного производства;</li> <li>8) созданию препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка;</li> </ol>	<p>Соглашения о ценах и разделе рынка</p>

Окончание табл. 2.1

Классификация	Российское законодательство	Европейское законодательство
<p>По праву взвешенного подхода (rule of reason)</p>	<p>9) установлению условий членства (участия) в профессиональных и иных объединениях, если такие условия приводят или могут привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции</p> <p><i>Ст. 13 закона «О защите конкуренции»</i></p> <p>Соглашения и согласованные действия, предусмотренные ч. 2 ст. 11 настоящего Федерального закона, могут быть признаны допустимыми, если такими соглашениями и согласованными действиями, не создается возможность для отдельных лиц устранить конкуренцию на соответствующем товарном рынке, не налагаются на их участников или третьих лиц ограничения, не соответствующие достижению целей таких соглашений и согласованных действий, сделок, иных действий, а также если их результатом является или может являться:</p> <p>(1) совершенствование производства, реализации товаров или стимулирование технического, экономического прогресса либо повышение конкурентоспособности товаров российского производства на мировом товарном рынке;</p> <p>(2) получение покупателями преимуществ (выгод), соразмерных преимуществам (выгодам), полученным хозяйствующими субъектами в результате действий (бездействия), соглашений и согласованных действий, сделок</p>	<p>Антикартельные нормы <i>не применяются</i>:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• в отношении продавцов в отдельных отраслях (например, сельское хозяйство и страхование);</li> <li>• в отношении участников соглашений, совокупная доля которых не превышает 10%.</li> </ul> <p>Антикартельные нормы <i>применяются</i> при более высоких пороговых значениях суммарной доли, если соглашения относятся к следующему типу:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• соглашения об исследованиях и инновациях;</li> <li>• соглашения о производстве (включая специализацию);</li> <li>• соглашения о централизованных закупках;</li> <li>• соглашения о стандартах;</li> <li>• соглашения о коммерциализации (включая, например, централизованный маркетинг и сертификацию)</li> </ul>

условий членства в профессиональных объединениях и т.д. При этом часть соглашений, упомянутых в ст. 11 российского закона «О защите конкуренции», также может трактоваться как соглашения, рассматриваемые на основании «правила взвешенного подхода»: там, где речь идет об *экономически или технологически не обоснованных ограничениях*, у участников соглашения в принципе есть возможность доказать их обоснованность.

В ЕС, в отличие от России, групповые исключения — типы соглашений, признающиеся легальными, — определяются по нескольким формальным критериям. Обычно это суммарная рыночная доля продавцов (если она не превышает 10%, любые соглашения признаются законными), предмет соглашения (более высокая граница — от 20 до 25% установлена для законности соглашений об исследованиях и инновациях, централизованных закупках и т.д.) и, наконец, принадлежность участников к отдельной сфере деятельности (сельское хозяйство, страхование, транспорт, некоторые профессиональные объединения). Иначе говоря, граница между законными *per se*, трактуемыми на основании взвешенного подхода, и незаконными *per se* типами соглашений проведена в Европейском союзе методически более четко, чем в России. Однако необходимость использования европейского опыта в качестве эталона небесспорна. В конце концов, во многих законодательствах (в тех же США) формальные унифицированные критерии разделения практики на «черный список» (незаконные), «белый список» (законные) и «серый список» (практика нуждается в специальном анализе) тоже не используются. Тем более что участники российских рынков могут воспользоваться правом уведомить свои соглашения, представив сведения об их содержании в антимонопольный орган и получив заключение, насколько условия соглашений соответствуют требованию закона «О защите конкуренции».

Нормы ЕС и России радикально различаются в части определения молчаливого сговора как нелегального действия. Стандарты доказательства факта согласованных действий как разновидности координации между продавцами, отличной от явного соглашения, в ЕС включают три обязательных компонента: (1) должны быть доказаны сознательные контакты между конкурентами, пусть и не завершившиеся установлением конкретной цены; (2) должна быть доказана причинно-следственная связь между достижением консенсуса среди конкурентов и установленными ценами; (3) должны быть исключены другие объяснения изменения цен. Обратим вни-

мание, что, по сути, согласованные действия не являются «совсем молчаливым» сговором — предполагаются сознательные действия конкурентов, приводящие к координации. Более того, даже в таком виде обвинения в согласованных действиях в «чистом виде» в ЕС практически не применяются после решения Европейского суда справедливости по делу производителей белой целлюлозы (Wood Pulp case, 1993). Большая часть обвинений предьявляется в «соглашениях и согласованных действиях». Напротив, в России согласованные действия в законе «О защите конкуренции» весьма четко определены именно как молчаливый сговор. Правовая конструкция согласованных действий очевидным образом перекликается с определением набора стратегий «руки, дрожащей на курке» (trigger strategy) как равновесия по Нэшу: «...результат [согласованных действий] соответствует интересам каждого... только при условии, что их действия заранее известны каждому, действия каждого из хозяйствующих субъектов вызваны действиями других хозяйствующих субъектов». Таким образом, стандарты доказательства согласованных действий, запрещенных, так же как и сговор, и предполагающих на сегодняшний день тот же уровень санкций, вообще не предусматривают доказательства сколько-нибудь сознательной координации между продавцами. Вклад именно в такое понимание согласованных действий внесли и решения Высшего Арбитражного Суда, подробнее рассмотренные ниже, в подразд. 3.2.

По нашему мнению, главная причина использования в российском антимонопольном законодательстве доктрины согласованных действий — весьма ограниченные возможности непосредственного доказательства факта явного сговора. Вместо наказания и предотвращения соглашений о ценах российский антимонопольный орган вынужден использовать инструмент наказания «чего-то похожего на соглашения».

Обсуждаемый в настоящее время (зима 2010/11 г.) «третий антимонопольный пакет» направлен на либерализацию норм антимонопольного законодательства, в том числе и в части горизонтальных соглашений. Следует ожидать уточнения понятия согласованных действий: в определении будут добавлены квалифицирующие критерии, по которым можно будет отличить просто параллельные действия на рынке, вызванные общими для всех условиями, от согласованных действий. Вводится минимальная граница суммарной доли участников согласованных действий и доли каждого из них. Понятия «соглашения» и «согласованные

действия» разделяются на две разные статьи закона. Устраняется уголовная ответственность за согласованные действия.

Как путь снижения числа ошибок и их издержек для несправедливо обвиненных такие предложения нельзя не приветствовать. Однако изменения не решают основную проблему антимонопольной политики в России — неспособность привлечь прямые улики сговора о ценах.

## **2.4. Вертикальные соглашения: все-таки защита конкуренции или контрагентов?**

Традиционно вертикальные соглашения (между поставщиком и покупателем) в мировой антимонопольной политике рассматриваются как менее опасные для конкуренции, по сравнению с соглашениями горизонтальными. В отличие от горизонтальных соглашений вертикальные гораздо чаще сопровождаются повышением экономической эффективности. Наконец, воздействия на конкуренцию разных типов нестандартных вертикальных соглашений весьма существенно различаются. Одни договоры (например, рекомендуемые цены или исключительные территории) объективно ограничивают конкуренцию между дистрибьюторами конкретного поставщика, т.е. «внутри данной марки», но одновременно стимулируют неценовую конкуренцию «между марками». Другие договоры (запрет приобретать товар у альтернативного поставщика) ограничивают возможности входа конкурента на рынок, т.е. пытаются запретить конкуренцию «между марками». Второй тип договоров в мировой практике антитраста, естественно, является объектом гораздо более строгих запретов.

Специальные нормы, посвященные вертикальным соглашениям, в российское антимонопольное законодательство были впервые включены сравнительно недавно — законом «О защите конкуренции» (2006). Конкретизация запретов на вертикальные соглашения произошла еще позже — в рамках «второго антимонопольного пакета» (2009). После довольно длительного периода отсутствия интереса к регламентации вертикальных соглашений за последние три года было принято несколько документов, которые должны были оформить соответствующие нормы. Но одна из проблем состоит в том, что **принятые законодательные нормы основаны на совершенно разных подходах к законности вертикальных со-**

**глашений.** Покажем это на примере ст. 11 закона «О защите конкуренции», постановления Правительства РФ от 16 июля 2009 г. № 583 «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами» и ст. 9 и 13 Закона о торговле.

В законе «О защите конкуренции» принципы регулирования вертикальных соглашений подобны европейским: они предполагают дифференцированный подход к вертикальным соглашениям в зависимости от рыночных долей участников. Во-первых, применяется режим «безопасной гавани» для контрагентов, обладающих небольшими рыночными долями. Часть 2 ст. 12 закона признает допустимыми вертикальные соглашения между хозяйствующими субъектами, доля каждого из которых на любом товарном рынке не превышает двадцать процентов. Ограничение по пороговому значению рыночной доли было ослаблено в постановлении Правительства РФ от 16 июля 2009 г. № 583 «О случаях допустимости соглашений между хозяйствующими субъектами». Оно устанавливает максимальные рыночные доли контрагентов на уровне 35%, более того, при продаже товара двум или более покупателям рыночная доля каждого из покупателей не ограничивается (ст. 1). Это пороговое значение даже несколько выше, чем то, которое оговорено документами ЕС (30%), хотя, разумеется, бессмысленно сравнивать их, не обсуждая принципы определения границ рынка.

Во-вторых, запрещается применение вертикальных ограничений фирмами, занимающими доминирующее положение. Российское законодательство следует нормам ЕС, оговаривая возможность получения разрешения на заключение соглашений даже при превышении пороговой доли. Условием такого разрешения является предоставление убедительных свидетельств того, что проконкурентный эффект или повышение эффективности преобладает над эффектом ограничения конкуренции, или же того, что невозможность пользоваться вертикальными соглашениями ставит фирмы в невыгодное положение по сравнению с конкурентами.

В-третьих, общим для России и ЕС является применение правила взвешенного подхода при определении законности соглашений между фирмами, занимающими промежуточное положение (применительно к ЕС — имеющими рыночную долю между 30 и 50%).

Впрочем, как в европейской, так и российской системе рыночные доли контрагентов не всегда играют решающую роль. Некоторые виды соглашений, полагаемые наиболее опасными для конкуренции (*hardcore restrictions*), имеют особый режим регули-

рования: для них отсутствует «безопасная гавань» (что, впрочем, не исключает возможность их применения при предоставлении убедительных свидетельств эффективности этих соглашений — независимо от рыночной доли). В частности, в ЕС к их числу относятся установление минимальной цены перепродажи и некоторые разновидности «исключительных территорий». Конкретный перечень такого рода отсутствует в российском законе, запрещающем, однако, соглашения, которые «приводят или могут привести к установлению цены перепродажи товара» и в рамках которых «продавец товара предъявляет покупателю требование не допускать товар хозяйствующего субъекта — конкурента для продажи», только при превышении рыночной доли в 20%.

Сдержанность закона «О защите конкуренции» более чем компенсирована содержанием других правовых актов, регламентирующих законность вертикальных соглашений. Так, конкретизированный перечень запрещенных форм соглашений был введен в 2009 г. постановлением Правительства РФ № 583 и оказался весьма отличающимся от европейского аналога. Это постановление запрещает *все* ценовые ограничения (в том числе и вполне безобидные «рекомендуемые цены»), а также некоторые виды неценовых условий, объявляя при этом допустимыми именно «исключительные территории»<sup>14</sup>. Единственным препятствием применения исключительных территорий является запрет на получение покупателем прав на одну и ту же исключительную территорию более чем от одного продавца в рамках группы товаров-заменителей. На данный момент, не имея в распоряжении сведений об использовании норм постановления для интерпретации конкретных соглашений, мы не можем объяснить мотивы его дизайнера.

Еще более разительным образом расхождение между российскими нормами и их западными аналогами прослеживается в содержании Закона о торговле. Статья 13 закона запрещает ряд условий в отношениях между поставщиками продовольственных товаров и ритейлеров. Даже брошенный мельком взгляд на содер-

---

<sup>14</sup> Режим незаконности исключительных территорий в ЕС в некоторой степени объясняется важной целью экономической политики Евросоюза, предполагающей развитие общеэкономического пространства. Неудивительно, что любые препятствия унификации условий торговли и цен, в том числе «исключительные территории», должны рассматриваться как достаточно опасные для развития конкуренции. Однако такой подход необязательно должен применяться в странах, перед которыми не стоит задача гармонизации условий торговли на изначально разрозненном экономическом пространстве.

жание статьи позволяет понять, что цели большинства вводимых запретов никак не связаны с развитием конкуренции. Запрет на возврат непроданных товаров поставщику, на требование информации об условиях договора с другими контрагентами, на требование унификации условий договоров с разными контрагентами и многие другие не способны защитить конкуренцию. Более того, в данном случае вообще непонятно, какая именно конкуренция нуждается в защите. Если речь идет о конкуренции между продавцами продовольственных товаров, то данная статья никак не влияет на ее условия. Если имеется в виду конкуренция между поставщиками ритейлеров, то ситуация выглядит еще более парадоксальной, поскольку любые дополнительные требования, предъявляемые к поставщикам, усиливают конкуренцию между ними. В конце концов, ритейлеры никак не могут быть заинтересованы в ограничении конкуренции между поставщиками. Загадочное содержание ст. 13 с точки зрения антимонопольной политики объясняется просто: она и задумывалась — по крайней мере на уровне риторики — не как инструмент защиты конкуренции, а как инструмент защиты одной группы участников рынка (поставщиков продовольственных товаров) от другой группы (ритейлеров).

Оставляя в стороне оценку результативности защиты поставщиков продовольственных товаров, необходимо обратить внимание на то, что как раз на конкуренцию требования закона могут оказать резко отрицательное воздействие. Покажем это на примере требования недискриминационности условий договоров между ритейлерами и их поставщиками. Если интерпретировать это требование прямолинейно (а основания для этого существуют), то оно может означать, что ритейлер не имеет права компенсировать различие конкурентных преимуществ поставщиков различием условий договоров с ними. Условия поставок должны быть одинаковыми для поставщика с востребованным брендованным товаром и для нового конкурента с товаром, неизвестным покупателю, для крупного и для мелкого поставщика, для поставщика с длительной историей контрактных взаимоотношений и совершенно нового контрагента с неизвестным уровнем контрактной дисциплины. При выполнении этого требования для ритейлера автоматически станет предпочтительнее заключение договоров только с проверенными надежными партнерами в противоположность новым контрагентам, только с продавцами востребованной брендованной продукции в противоположность продавцам небрендованных заменителей, а следовательно, с крупными укоровив-

шимися поставщиками в противоположность новым конкурентам. Тем самым ст. 13 закона становится не способом поддержки всей группы поставщиков, а способом поддержки укоренившихся поставщиков в их конкурентной борьбе с новичками.

Пока недостаточно ясно, в какой степени введенные Законом о торговле нормы смогут использоваться для защиты слабой стороны в переговорах, а в какой степени они станут препятствием для развития конкуренции. Однако принципиальным для развития антимонопольного законодательства в России является само по себе понимание антимонопольной политики, заложенное в нормах закона. Это понимание предполагает, что задача политики — прямая защита конкретной группы участников рынка (поставщиков в продовольственные сети), причем эта защита может осуществляться прямой регламентацией контрактных отношений. Очевидно, такая модель резко противоречит модели антимонопольной политики, нацеленной на защиту конкуренции (но не контрагентов).

Представляется, что столь различающиеся подходы к законности/незаконности вертикальных соглашений действительно отражают действия разных групп с разными интересами. Нормы закона «О защите конкуренции» выглядят так, как будто бы их разрабатывали представители «беневоленного» государства, заинтересованного в применении требований, исключающих ограничения конкуренции, но не налагающих избыточное бремя на участников рынка. Нормы Закона о торговле выглядят как результат лоббистского торга на фоне популистских по своему происхождению действий. Нормы постановления № 583 мы не в состоянии ни интерпретировать, ни объяснить.

## **2.5. Злоупотребление доминирующим положением: еще один инструмент квазиборьбы с картелями?**

Нормы о незаконности злоупотребления доминирующим положением используются в антимонопольном законодательстве некоторых (хотя далеко не всех) стран для того, чтобы предотвратить возможность крупных компаний в одностороннем порядке ограничивать конкуренцию на рынке. В России, как и в ЕС, помимо запретов на ограничение конкуренции («исключающие практики»), в закон дополнительно включены запреты на причинение ущерба контрагенту («эксплуатирующие практики»). Во многих странах,

например, в тех же США, подобные запреты не применяются исходя из той логики, что целью антимонопольного законодательства должна быть защита конкуренции, а не отдельных участников рынка. Вот почему в ЕС и Российской Федерации нормы закона о запрете на злоупотребление доминирующим положением изначально уязвимы по отношению к риску нецелевого использования, смещения запретов в сторону «эксплуатирующих практик», предотвращение которых, как ни парадоксально, далеко не всегда стимулирует конкуренцию.

Другая — уже типично российская — проблема связана с исторически сложившимся объектом применения запретов на злоупотребление доминирующим положением. Согласно докладу ФАС России «О состоянии конкуренции в Российской Федерации» (за 2008 г.) в 2008 г. 40% нарушений приходилось на субъекты естественных монополий. Подобная модель конкурентной политики в регулируемых отраслях (большая часть конфликтов между участниками рынка разрешается антимонопольным органом на основе применения антимонопольного законодательства) не считается вполне адекватной «лучшей мировой практике», но довольно часто встречается и за пределами России. Наверное, целесообразно было бы предусмотреть механизмы оперативного разрешения конфликтов в отраслях естественных монополий (где по определению есть участник, способный в одностороннем порядке влиять на параметры рынка) в России специфическим отраслевым законодательством. Однако когда отраслевые нормы довольно слабо отражают задачи развития конкуренции, применение антимонопольного законодательства остается единственной доступной альтернативой. В то же время в этих условиях происходит неизбежное смещение представлений о том, что означает злоупотребление доминированием, поскольку в регулируемых отраслях оно практически всегда одновременно является и способом ограничения конкуренции («исключающей практикой»), и способом причинения ущерба контрагенту («эксплуатирующей практикой»).

Неудивительно поэтому, что и до 2006 г., и после принятия закона «О защите конкуренции» едва ли не самая распространенная группа дел о злоупотреблении доминирующим положением — дела о монопольно высокой цене.

Первой из новых тенденций развития норм о злоупотреблении доминирующим положением в течение последних четырех лет стало их использование в качестве еще одного (помимо незаконности согласованных действий) инструмента противодействия мол-

чаливому сговору. Именно для этой цели, на наш взгляд, в закон «О защите конкуренции» была включена норма о коллективном доминировании, а определение монопольно высокой цены было изменено таким образом, чтобы снизить стандарты доказательства этой практики. Вторая важная тенденция — потенциальное расширение сферы применения антимонопольных запретов на действия *относительно* крупных продавцов, доля которых на рынке, однако, не достигает 35%.

### **Определение коллективного доминирования**

Закон «О защите конкуренции» установил, что коллективно доминирующими признаются несколько крупных участников (с устойчивой долей свыше 50% для трех и свыше 70% для пяти продавцов, при том что доля каждого из них составляет не менее 8%) на рынке с высокими барьерами входа и легко доступной информацией о ценах.

Доктрина коллективного доминирования основана на осознании того факта, что структура рынка воздействует на стимулы к молчаливому сговору. Однако она идет дальше: из того, что при определенных условиях молчаливый сговор между продавцами *может* поддерживаться, выводится презумпция о том, что поведение крупных продавцов на данном рынке, отклоняющееся от эталона конкуренции, *должно* рассматриваться именно как результат молчаливого сговора. При этом сам факт координации или молчаливого сговора не нуждается в специальном доказательстве. Более того, один из 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. Тем самым обеспечивается снижение издержек доказательства ограничения конкуренции для антимонопольного органа (что важно в силу указанных выше слабостей методов борьбы с явными сговорами), но при этом резко возрастает вероятность признания нелегальной практикой действий участников рынка, которые и не собирались ограничивать конкуренцию.

Одним из обоснований введения доктрины коллективного доминирования в Российской Федерации была ссылка на международный опыт. Действительно, норма о коллективном доминировании была заимствована из антимонопольного законодательства

Европейского союза (в первую очередь из антимонопольного закона Германии), но в ЕС она применяется гораздо более сдержанно. С помощью «теста на коллективное доминирование» Комиссия по конкуренции ЕС анализирует воздействие сделок на *вероятность* использования молчаливого сговора на рынке. Иначе говоря, в принципе можно запретить сделку на основании того, что «тест на коллективное доминирование» провален, однако вероятность привлечения участников рынка за «злоупотребление коллективным доминированием» ничтожно мала. В том же случае, когда компании обвиняются именно в злоупотреблении коллективным доминированием, необходимым условием является наличие таких экономических связей, которые дают компаниям возможность действовать как единому продавцу<sup>15</sup>. Для признания продавцов коллективно доминирующими необходимы свидетельства, выходящие далеко за пределы «обычной» взаимозависимости решений крупных продавцов на олигополистических рынках.

### **Снижение предельного значения рыночной доли для квалификации доминирования**

В соответствии с изменениями, внесенными Федеральным законом от 17 июля 2009 г. № 164-ФЗ, теперь доминирующим может быть признан хозяйствующий субъект, доля которого на рынке составляет менее 35%, но превышает доли других хозяйствующих субъектов на соответствующем товарном рынке, если такой продавец может оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на товарном рынке. Основанием для признания продавца доминирующим будет не достижение граничного значения рыночной доли, а результаты анализа рынка на предмет возможности продавца в одностороннем порядке влиять на цену, высоких барьеров входа, низкой эластичности спроса и отсутствия заменителей<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Наглядный пример такого решения — дело итальянских производителей листового стекла (Societa Italiano Vetro SpA v. Commission); см.: *Sigrid Stroux. US and EC Oligopoly Control*. Kluwer Law International, 2004 и <http://www.anti-trust.ru/folder86.html>

<sup>16</sup> Как неоднократно указывалось, последний критерий вообще является тавтологичным даже с технической точки зрения, поскольку правильное выделение продуктовых границ рынка *уже предусматривает*, что внутри определенного таким образом рынка продукт не имеет близких заменителей. В этом контексте *сначала* рассчитать рыночную долю, а потом искать близкие заменители — нарушение принципов анализа рынка.

Такой подход к квалификации доминирования в принципе соответствует европейской практике. Роль критерия рыночной доли не является решающей, и для признания положения той или иной компании доминирующим большое значение имеет анализ рыночной структуры в целом. Однако на фоне смещения антимонопольной политики в сторону преследования так называемых *эксплуатирующих практик*, снижения стандартов квалификации монополюно высокой цены и роста угрозы применения антимонопольного законодательства против участников отдельных рынков (например, ритейлеров) данное изменение могло расцениваться участниками рынка просто как способ расширить сферу применения антимонопольных запретов.

### **Порядок квалификации монополюно высокой цены**

Монополюно высокая цена является ярким примером «эксплуатирующей практики» как объекта антимонопольного запрета. Если мы говорим о товаре, который поставляется не только доминирующим продавцом, но и конкурентами, назначение сколь угодно высокой цены скорее будет стимулом для соперников расширять производство, а для потенциальных соперников — входить на рынок. Как инструмент ограничения конкуренции высокую цену имеет смысл рассматривать в единственном случае — в случае цены на услуги так называемых ключевых мощностей в регулируемых отраслях, когда конкурентов нет и в среднесрочной перспективе не будет, а для способности конкурировать на смежном рынке использование ключевой мощности принципиально. На остальных рынках предотвращение назначения монополюно высокой цены может иметь весьма неожиданные результаты, в том числе снижение стимулов входа для потенциальных конкурентов, т.е. ограничение конкуренции.

Стремление запретить монополюно высокую цену чревато значительным числом ошибок I рода, поскольку применение такого запрета наталкивается и на чисто методические проблемы. Экономически верное определение монополюно высокой цены — как цены, превышающей цену, которая сложилась бы на конкурентном рынке, — применять сложно, поскольку мы не можем одновременно наблюдать два рынка с одинаковыми характеристиками спроса и издержек, при том что один из них был бы конкурентным, а на втором действовал доминирующий продавец. Не имеет большого смысла и сопоставление цены доминирующего продавца с ценами

конкурентов, поскольку на рынках с высокой долей крупной компании более мелкие участники весьма часто следуют модели «ценового зонтика». Наконец, сравнение цены с издержками наталкивается на проблему калькуляции экономических затрат, неразрешимую на уровне нормативного анализа, а на уровне позитивного — требующую значительных усилий и профессиональной экспертизы.

До принятия закона «О защите конкуренции» в российском антимонопольном законодательстве в качестве центрального использовалось определение монопольно высокой цены, более сложное в применении, но более адекватное с точки зрения экономики, — как цены, превышающей цену на сопоставимом рынке в условиях конкуренции. Закон ввел два равноправных критерия монопольно высокой цены: превышение цены над ценой сопоставимого рынка и превышение цены над экономически обоснованными издержками и прибылью. Однако первый критерий недолго оставался равноправным со вторым. Преобладание бухгалтерского подхода было достигнуто как использованным в законе определением сопоставимых рынков, так и восприятием по умолчанию самого понятия сопоставимости. Согласно закону (ст. 6) сопоставимость должна выполняться для состава продавцов и покупателей (иными словами, по отношению к рынку с доминирующим продавцом сопоставимый рынок — это рынок с теми же продавцами и покупателями, но только конкурентный; очевидно, такую сопоставимость можно встретить только в учебниках по микроэкономике). Другие критерии сопоставимости: условия обращения товара, условия доступа на товарный рынок (опять-таки, как будто бы сопоставимые условия доступа не привели к выравниванию интенсивности конкуренции!), государственное регулирование, включая налогообложение и таможенно-тарифное регулирование. При этом в решениях антимонопольных органов и судов преобладает восприятие сопоставимости как бинарной переменной: рынки либо сопоставимы, либо нет. Очевидно, при таком подходе для любого рынка с доминированием отдельного продавца сопоставимый рынок найти невозможно, и тогда в качестве единственного на сцену выходит критерий превышения цены над необходимыми затратами и необходимой прибылью. Разъяснение Высшего Арбитражного Суда<sup>17</sup> 2008 г. позволило, если анализ не обнаруживает

---

<sup>17</sup> Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30 июля 2008 г. «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства».

сопоставимых рынков, применять для квалификации монопольно высокой цены только превышение цены над суммой экономически обоснованных издержек и прибыли.

Обратим внимание, что оба понятия — необходимые издержки и необходимая прибыль — присущи не антимонопольной политике, а тарифному регулированию в отраслях естественных монополий. Это там регулятор должен обладать и обладает полномочиями по экспертизе издержек (заметим: также по контролю издержек, например, при утверждении инвестиционных планов субъектов естественных монополий). Но, несмотря на широкие полномочия регуляторов в отраслях естественных монополий, тарифное регулирование неизбежно демонстрирует неэффективность. Сам по себе механизм тарифного регулирования отрицательно влияет на стимулы компаний к снижению издержек, зато положительно — на стимулы к завышению отчетных показателей затрат. Принципиальная неэффективность тарифного регулирования является центральным аргументом в пользу сложных, кропотливых, трудоемких и сопряженных со значительными рисками реформ по развитию конкуренции в отраслях естественных монополий. В этом контексте по меньшей мере странными выглядят антимонопольные запреты на цены, превосходящие сумму издержек и неизвестной необходимой прибыли, которые почти наверняка будут сопровождаться теми же признаками неэффективности, что и прямое тарифное регулирование.

Возбуждение дел по факту установления монопольно высоких цен против нефтяных компаний в 2008 г. породило обеспокоенность российского бизнеса и соответствующий спрос на конкретизацию правил квалификации. Этот спрос был удовлетворен довольно неожиданным образом: «второй антимонопольный пакет» ввел новое квазидинамическое определение монопольно высокой цены. В рамках данного определения ключевым критерием для признания цены монопольно высокой стала способность продавца снижать/не повышать цену. В новой редакции предусмотрены два пути установления монопольно высокой цены. Первый — это *повышение цены* в том случае, если в совокупности выполняются три условия: 1) издержки не растут, или их рост не соответствует повышению цены; 2) состав продавцов и покупателей остается неизменным или меняется незначительно; 3) остаются неизменными или меняются несоразмерно изменению цены товара условия обращения, определяемые как меры государственного регулирования (налогообложение и тарифное регулирование). Второй

путь — *отказ от снижения цены* в том случае, когда понижение затрат, число продавцов и покупателей и условия обращения товара позволяют эту цену снизить.

Подобные уточнения закона не в состоянии ничего разъяснить. Опираясь на принцип *необходимого соответствия* повышения цены росту издержек — это значит вводить то же самое тарифное регулирование. Как состав продавцов и покупателей должен влиять на уровень цены, не знает ни один экономист. Даже в предельно абстрактной микроэкономической теории сначала нужно задать предпосылки относительно характеристик спроса и модели взаимодействия продавцов. Предсказать «нормальное» влияние государственной политики, включая все ее меры, на «нормальную» цену в принципе возможно, но затраты на подобный анализ очень высоки. Здесь для участников рынка возникает неприятная ситуация. В сущности, строго следуя алгоритму квалификации монополюльно высокой цены, предусмотренному в законе, доказать это нарушение весьма сложно. Однако в том случае, если обвинение сформулировано на основе облегченных стандартов, опровергнуть обвинение, используя данное определение монополюльно высокой цены, еще сложнее.

Таким образом, изменения законодательства в части доминирования демонстрируют два тренда. Первый тренд — это принципиальное расширение *возможной* сферы применения антимонополюльных запретов, распространение их на лидеров подавляющего большинства рынков. Второй тренд — введение инструментов, основанных на презумпции сговора между крупными участниками рынка. Комбинация доктрины коллективного доминирования и бухгалтерского определения монополюльно высокой цены может использоваться в качестве заменителя доказательства ценового сговора. Однако, как легко заметить, все внесенные изменения повышают вероятность применения антимонополюльных запретов против практики, не ограничивающей конкуренцию.

## **2.6. Предварительный контроль сделок слияния: почти идеальная модернизация подхода**

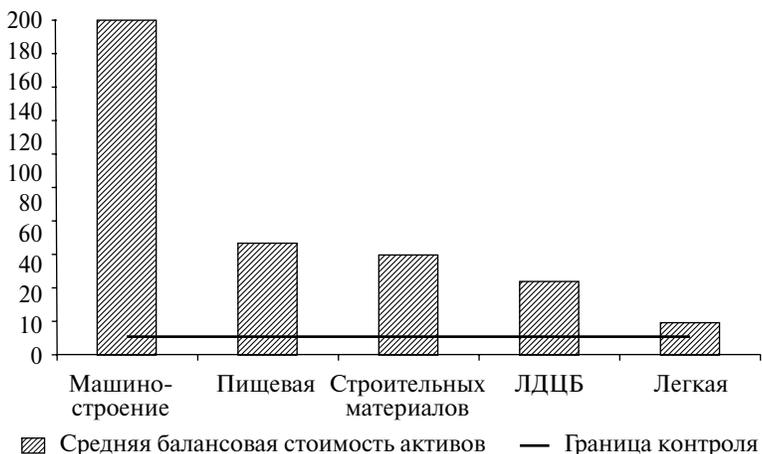
Радикальные изменения масштабов и методов предварительного контроля слияний (в терминах антимонополюльного законодательства — сделок экономической концентрации) произошли с

принятием закона «О защите конкуренции» в 2006 г., а затем поправок к этому закону в 2009 г.

Законом «О защите конкуренции» были внесены изменения в само определение экономической концентрации. Хотя в ст. 4 сделка экономической концентрации определена очень широко — как любая сделка, осуществление которой *«оказывает влияние на состояние конкуренции»*, фактически в гл. 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%, т.е. предоставляющий дополнительные рычаги контроля. Закон вывел из сферы государственного контроля случаи создания, слияния или присоединения некоммерческих организаций, создания коммерческих организаций (за исключением случаев создания таких организаций в результате слияния или если оплата акций или долей создаваемой организации производится акциями или долями иных организаций), а также случаи избрания (назначения) на должность единоличного исполнительного органа коммерческой организации, поскольку такие сделки не оказывают влияния на состояние конкуренции. Кроме того, из-под действия режима предварительного согласования выводится перераспределение акций внутри группы лиц (т.е. холдинга) при условии, что участники группы раскрывают информацию о своем составе.

Таким образом, антимонопольный орган освобождается от обязанности анализировать последствия сделок, которые не оказывают воздействия на перераспределение контроля внутри компании как экономической фирмы (в противоположность компании как юридическому лицу).

За рассматриваемый период значительные изменения коснулись размера сделки, предполагающего предварительный контроль. До октября 2002 г. под предварительное согласование попадали сделки, в которых участвовали предприятия с балансовой стоимостью активов свыше 10 млн рублей. 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



**Рис. 2.2.** Среднее значение балансовой стоимости активов предприятий (по данным 1999 г.) и граница контроля сделок экономической концентрации в России, млн рублей

затраты. Аналогичным образом низкий порог предварительного контроля сделок экономической концентрации был установлен для финансовых организаций. На рис. 2.2 показано соотношение между средним размером балансовой стоимости активов, приходящейся на одно предприятие в разных отраслях промышленности (по данным 1999 г.), и применяемым пороговым значением сделки экономической концентрации. Балансовая стоимость активов среднего предприятия даже в пищевой и легкой промышленности (не говоря о металлургии или нефтяной отрасли) существенно превосходила используемую границу предварительного антимонопольного контроля.

В 2002 г. граница балансовой стоимости была повышена вдвое, но, как несложно было предвидеть, это не сыграло существенной роли: режим предварительного запроса на сделку все равно распространялся на подавляющее большинство российских предприятий.

Подобная регламентация приводила к тому, что согласование сделок слияния количественно подавляло другие виды деятельности антимонопольного органа. По данным ФАС, в период с 2002 по 2004 г. число рассмотренных ходатайств и уведомлений о сделках слияний и приобретении акций находилось на уровне 23–24 тыс.

в год. Это приблизительно в четыре раза больше, чем число рассмотренных дел по другим типам нарушения антимонопольного законодательства. Во многом именно масштаб предварительного антимонопольного контроля объясняет то, что для подавляющей части сделок он сводился едва ли не к формальной проверке соответствия поданных документов требованиям закона. Действовавший режим не только возлагал избыточное административное бремя на бизнес, но и снижал эффективность деятельности самого антимонопольного органа.

Существенные изменения, произошедшие в этой сфере, были инициированы самим ФАС. С февраля 2005 г. пороговое значение балансовой стоимости активов составляло 200 млн рублей, а после принятия закона «О защите конкуренции» суммарная балансовая стоимость активов участников сделки составила 3 млрд рублей (или годовой оборот свыше 6 млрд рублей), при этом балансовая стоимость активов присоединяемой компании должна быть не менее 150 млн рублей, либо один из участников сделки должен быть внесен в реестр компаний, имеющих долю на рынке — более 35%. Аналогичное повышение границы предварительного контроля сделок экономической концентрации предпринято для финансовых рынков в соответствии с постановлением Правительства РФ от 30 мая 2007 г. № 334.

Для сопоставления: граница, установленная в российском законодательстве, является более высокой по сравнению с требованиями антимонопольного законодательства США. В 2009 г. в закон были внесены изменения, дополнительно повышающие границу предварительного контроля сделок экономической концентрации более чем в два раза — для показателя стоимости активов (до 7 млрд рублей) и почти в два раза — для показателя оборота (до 10 млрд рублей).

Тенденции изменения пороговых значений сделок, подпадающих под предварительный контроль антимонопольных органов, представлены в таблице 2.2.

Таким образом, новации законодательства позволили не только снизить масштабы предварительного контроля и тем самым — издержки выполнения административной процедуры предварительного контроля для бизнеса, но и сконцентрировать усилия на сделках, действительно способных оказать отрицательное воздействие на конкуренцию.

**Таблица 2.2** Изменение границ предварительного контроля сделок экономической концентрации в Российской Федерации (2002–2010 гг.)

Показатель	До октября 2002 г.	Октябрь 2002 г. — февраль 2005 г.	Февраль 2005 г. — октябрь 2006 г.	2006 г. (закон «О защите конкуренции»)*	2009 г. (поправки к закону)*
Суммарная балансовая стоимость	10 млн руб.	20 млн руб.	200 млн руб.	3 млрд руб.	7 млрд руб.
Суммарный годовой оборот				6 млрд руб.	10 млрд руб.

\* Самостоятельным основанием получения предварительного согласия является включение продавца в Реестр хозяйствующих субъектов, имеющих на рынке определенного товара долю свыше 35%.

\* \* \*

Суммируя вышесказанное, отметим, что российское анти-монопольное законодательство изменилось за последние 5 лет весьма существенно. При этом изменения носят неоднозначный характер. С одной стороны, конкретизацию многих понятий, повышение санкций до чувствительного для нарушителей уровня, повышение порога контроля сделок экономической концентрации можно только приветствовать. С другой стороны, в антимонопольном законодательстве сохранились нормы, которые создают благоприятные условия для ошибок I рода. Более того, риски ошибок выросли. Это касается прежде всего запретов, связанных с коллективным доминированием и согласованными действиями. Серьезной проблемой остается крен в сторону решения задач «защиты конкурента» в противоположность защите конкуренции, что проявляется, в частности, в регламентации допустимости или недопустимости тех или иных видов соглашений. Еще одна проблема — тенденция «ползучего регуляционизма», проявляющаяся в бухгалтерском подходе к определению монополично высоких цен. Эта тенденция еще более усиливается практикой применения соответствующих норм, о чем пойдет речь в следующем разделе.

## 3. Антимонопольные нормы: как они развиваются и применяются судами

В предыдущем разделе акцент делался на сопоставлении изменившихся норм антимонопольного законодательства с их зарубежными аналогами, а также на возможных последствиях их введения. В данном разделе мы хотим проанализировать собственно применение принятых норм антимонопольным органом и судами. Мы покажем, насколько в ходе применения антимонопольного законодательства реализуются те риски, на которые мы и другие экспертные группы указывали ранее.

### 3.1. Полномочия антимонопольных органов и стандарты доказательства

Результативность применения антимонопольной политики и ее реальное воздействие на поведение хозяйствующих субъектов зависит не только от содержания правовых норм, но и от того, каким образом доказываются нарушения антимонопольного законодательства. В идеале необходимо не допустить как наказание невиновных, так и оправдание виновных. Масштаб потенциальных ошибок зависит от возможности предъявления улик и, следовательно, от того, какими правами обладают антимонопольные органы при сборе улик и что рассматривается в качестве улики.

#### Стандарты доказательства

Разработанность стандартов доказательства существенно различается для двух типов нарушений — для ограничения конкуренции со стороны крупных продавцов и для ограничения конкуренции в рамках соглашений.

Что касается ограничения конкуренции в рамках соглашений, то здесь в российском антимонопольном законодательстве, с нашей точки зрения, можно диагностировать провал по стандартам доказательства. Именно этим провалом, на наш взгляд, объясняется использование таких составов нелегальных действий, как злоупотребление доминирующим положением в форме назначения монопольно высокой цены или согласованные действия. Если

бы антимонопольные органы могли доказать наличие соглашения иными путями, им не нужно было бы применять эти концептуально- и методически сложные понятия.

Гораздо лучше состояние дел в части стандартов квалификации доминирующего положения (если не иметь в виду коллективное доминирование). В 2006 г. в ФАС был разработан Порядок проведения анализа и оценки конкурентной среды на товарных рынках, утвержденный Приказом ФАС от 25 апреля 2006 г. № 108 (далее — Порядок)<sup>18</sup>. В качестве методического документа, основы для формирования стандартов экономической аргументации Порядок 2006 г. заслуживал всяческой поддержки. Его авторам удалось достичь редкой комбинации: одновременно продемонстрировать связь между компонентами анализа рынка и применением антимонопольного законодательства и предложить альтернативные решения ряда методических проблем. Например: с помощью каких методов можно и нужно оценивать продуктовые и географические границы рынка; какие показатели можно использовать в качестве индикаторов размера фирмы; какие компоненты барьеров входа должны быть проанализированы при оценке состояния конкуренции и с помощью каких индикаторов.

Порядок более подробен, чем аналогичные зарубежные документы. Так, он дает более детальное описание возможностей расчета объема товарного рынка и предлагает больше вариантов. В Записке Комиссии об определении товарных рынков для целей законодательства ЕС<sup>19</sup>, которая представляет собой методические рекомендации по определению товарного рынка и его географических границ, доли фирм на рынке предлагается рассчитывать только на основе объемов продаж. Согласно же Порядку доли могут быть рассчитаны на основании целого ряда показателей (объем продаж (поставок), объем поставок (отгрузок), объем выручки, объем перевозок, объем производства, объем производственных мощностей, объем запасов ресурсов, объем товара в соответствии с заключенными договорами), в зависимости от того, какой из них точнее характеризует положение субъекта на рынке с учетом особенностей отрасли.

---

<sup>18</sup> В 2010 г. Приказом от 28 апреля № 220 принят новый вариант Порядка. Его содержание несколько отличается от действовавшего в течение предыдущих четырех лет, однако для обобщенной характеристики стандартов доказательств в антимонопольных делах различия не имеют решающего значения.

<sup>19</sup> Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law // Official Journal. C 372. 9/12/1997.

Содержание Порядка ближе к методическим документам, применяемым в США. Например, в методических рекомендациях по контролю над горизонтальными слияниями Антимонопольного департамента Министерства юстиции 1992 г.<sup>20</sup> также присутствует указание на расчет рыночных долей на основе данных о продажах или о мощностях, которые уже задействованы на рынке или которые будут задействованы на рынке в случае небольшого, но заметного (т.е. по стандартам анализа в антитрасте — 5–10%) повышения цены.

Не все вопросы анализа состояния конкуренции отражены в Порядке с равным успехом. На наш взгляд, в наименьшей степени в нем проработаны методы экономической оценки барьеров входа. Этот же компонент анализа хуже всего представлен и в составе экономической аргументации по делам о нарушении антимонопольного законодательства. Тому существует несколько объяснений. Первое вполне традиционно для применения антимонопольного законодательства в мире: объективная сложность оценки издержек (или, в терминах российского антимонопольного законодательства, барьеров) входа. Сложность связана не только с невозможностью измерить тот или иной компонент затрат входа, но и с существованием принципиально разных подходов к определению этих затрат.

Начнем с тех барьеров входа, которые существуют на рынке независимо от стратегий укоренившихся продавцов. При всем разнообразии определений барьеров их можно свести к двум альтернативам. Первая состоит в том, что к издержкам (как источникам барьеров) относят все затраты, которые компании несут при входе на рынок. Вторая — в том, что в издержки входа включают только те затраты, которые должен нести новичок, для того чтобы при прочих равных условиях достичь той же конкурентоспособности, какой обладает укоренившийся продавец на данном конкретном рынке. Оценка высоты барьеров в каждом случае в зависимости от используемого подхода может радикально меняться. Применение двух указанных подходов к оценке высоты барьеров входа требует разных усилий и разной квалификации. В общем случае издержки проникновения на рынок оценить легче. А вот издержки достижения сопоставимой конкурентоспособности при прочих равных условиях могут быть определены только экспертом весьма

---

<sup>20</sup> Horizontal Merger Guidelines. 1992. URL: <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.shtm/>

высокой квалификации. Кроме того, при использовании второго подхода возникает очень серьезная проблема оценки тех самых *равных условий*. Грубо говоря, нужно отделить все характеристики, отличающие новичка от укоренившегося продавца, за исключением того, что первый — новичок. В то же время с точки зрения современной экономической теории второй подход выглядит гораздо более адекватным самой постановке задачи — оценить и дать количественную оценку препятствиям проникновения на рынок конкурентов, *сопоставимых* с укоренившимися продавцами. Порядок опирается прежде всего на первый подход к определению барьеров входа, хотя содержит и элементы второго подхода, включая в затраты, необходимые для входа, относящиеся не только к собственно проникновению на рынок, но и к достижению сопоставимой с укоренившимся продавцом конкурентоспособности.

Другой проблемой анализа условий входа является способность укоренившихся продавцов создавать препятствия для входа на рынок новичков — так называемые стратегические барьеры входа. В этом вопросе мнения современных экономистов довольно сильно расходятся. Исходным пунктом развития теории отраслевых рынков было убеждение в том, что такого рода возможности существуют, хотя стимулы ограничивать конкуренцию со стороны укоренившихся продавцов зависят от издержек входа нестратегического характера. Впоследствии появилась и прочно укрепилась точка зрения, что даже достаточно высокие издержки входа, возникающие объективно, не позволяют укоренившимся продавцам действительно ограничивать вход. На сегодняшний день большая часть экономистов склоняется к тому, что возможности укоренившихся продавцов ограничивать вход новичков зависят от широкого круга характеристик рынка, среди которых важнейшее место занимает лояльность к бренду со стороны покупателей и роль запатентованных результатов НИОКР в отрасли. С этой точки зрения рынки часто разделяются на рынки с *экзогенными* издержками входа (не зависящими от действий укоренившихся продавцов) и рынки с *эндогенными* издержками входа (испытывающими воздействие решений укоренившихся продавцов).

Российская антимонопольная политика в данном вопросе, как и во многих других, разделяет скорее традиционный подход к стратегическим барьерам. И старый, и новый Порядок выделяют наряду с экономическими и административными барьерами входа стратегические барьеры — действия укоренившихся продавцов, препятствующих проникновению новичков на рынки, а также

особый тип рынков, на которых возможности ограничения входа еще выше, — рынки, где присутствуют вертикально интегрированные продавцы.

Далеко не со всеми положениями Порядка в отношении оценки барьеров входа можно согласиться. В частности, это относится к оценке *преодолимости* барьеров, осуществляемой путем сопоставления издержек, которые должны понести новички для проникновения на рынок, с ожидаемой прибылью. В таком подходе кроются по крайней мере две методические проблемы. Во-первых, если не издержки проникновения, то ожидаемая прибыль зависит в первую очередь от характеристик новичка (обобщенно говоря, конкурентоспособности). В связи с этим встает тот же вопрос, что и при применении второго подхода к оценке барьеров, изложенного выше: с помощью каких аналитических инструментов можно отделить ту часть ожидаемой прибыли новичка, которая зависит от его собственных характеристик, от той, которая определяется действиями укоренившегося продавца. Во-вторых, сопоставление издержек входа с ожидаемой прибылью смешивает две характеристики рынка: собственно препятствия для входа и возможность получить на этом рынке прибыль. В данной ситуации вывод о высоких барьерах может быть сделан и в том случае, когда издержки входа на рынок достаточно высоки, и в том случае, когда ожидаемая прибыль на рынке низка (и именно поэтому рынки непривлекательны для входа покупателей). Следует заметить, что предлагаемый Порядком подход не соответствует не только современному состоянию теории отраслевых рынков, но даже старому («наивному») подходу Бэйна, изложенному в работах 1950-х гг. Последний при оценке условий входа фактически предполагает сопоставление издержек отнюдь не с той прибылью, которую новичок может получить на рынке, а с той прибылью новичка, которая возникает в результате превышения цен укоренившегося продавца над ценами конкурентного рынка. Очевидно, что непосредственная оценка барьеров входа при такой постановке задачи слишком сложна.

Однако важным дополнительным препятствием для оценки барьеров входа в рамках антимонопольных дел служат даже не объективно существующие аналитические проблемы. Объяснение гораздо проще и связано с таким компонентом исследования, как определение временного интервала. В российской практике устоялось мнение, что временной интервал для исследования рынков в соответствии с Порядками должен быть единым — в том

числе и для определения показателей концентрации продавцов, и для оценки высоты барьеров входа. Такая позиция не учитывает принципиального различия между показателями концентрации и характеристиками высоты барьеров: в то время как первые представляют собой фотографический снимок, вторые отражают долгосрочные тенденции развития рынка. Невозможно оценить наличие потенциальных конкурентов, их издержки проникновения на рынок, скорость и вероятность входа на основе данных за год (или даже меньше). Соответственно, выбрав интервал, на котором можно и нужно измерять показатели концентрации, в качестве единственного временного интервала исследования рынка, от оценки высоты барьеров приходится автоматически отказываться.

Однако в целом навыки экономической аргументации в делах о нарушениях антимонопольного законодательства — как со стороны антимонопольных органов, так и со стороны обвиняемых в нелегальной практике — развиваются довольно стремительно. Состязательность в антимонопольных процессах способствует взаимному обогащению экспертов и в антимонопольных органах, и на стороне обвиняемых в нарушении закона. Анализ содержания дел о нарушении антимонопольного законодательства, в которых решения антимонопольных органов оспаривались в нескольких судебных инстанциях (проведенный пусть и на небольшой выборке), показывает, что в 90% случаев можно говорить о последовательной аргументации. В двух третях дел содержится подробное обоснование квалификации продуктовых и географических границ рынка. Более того, в каждом пятом деле в судах разных инстанций подробно разбирались мотивы альтернативных вариантов квалификации границ рынка. В то же время квалификация барьеров входа в подавляющем большинстве дел остается универсально малосодержательной («вход на рынок затруднен», — что верно для любого рынка) и при этом почти никогда не оспаривается.

### **Полномочия по сбору улик**

В полномочиях ФАС закреплено право проводить проверки на предмет соблюдения антимонопольного законодательства всеми субъектами сферы антимонопольной деятельности, от которых ФАС вправе требовать предоставления информации, документов и объяснений в письменной или устной форме. Однако в отличие от большинства мировых антимонопольных органов ФАС

не обладает полномочиями на проведение оперативно-розыскных действий, а потому для организации соответствующих мероприятий должен обращаться в органы, осуществляющие ОРД.

Таким образом, российские антимонопольные органы обладают ограниченными ресурсами и несовершенными технологиями добывания достаточных свидетельств по сравнению с антимонопольными органами ЕС и США, которые обладают полномочиями осуществлять оперативно-розыскную деятельность. Мировая практика показывает, что зачастую приобретение права на оперативно-розыскную деятельность радикально меняет структуру деятельности антимонопольного органа.

### **Влияние полномочий антимонопольного органа на структуру и результативность его деятельности: на примере Великобритании**

Антимонопольные органы Великобритании получили значительные оперативно-розыскные полномочия после принятия в 1998 г. закона о конкуренции (Competition Act), призванного привести антимонопольную политику Великобритании в соответствие с антимонопольной политикой ЕС. Закон дал антимонопольному органу значительные полномочия, ранее ограниченные.

А именно закон позволил:

- запрашивать необходимые документы и информацию от сотрудников компаний;
- проводить проверки без предупреждения компаний, подозреваемых в незаконном соглашении;
- запрашивать у судьи ордер на обыск, если есть подозрения, что необходимые документы не предоставляются или могут быть уничтожены.

Согласно закону препятствие расследованию является уголовным преступлением, караемым неограниченным штрафом, а препятствие сотруднику с ордером, сокрытие документов и предоставление заведомо ложной информации является уголовным преступлением, караемым штрафом и заключением на срок до двух лет.

Помимо перемещения принятия решений от министерств к антимонопольным органам, реформирование антимонопольного законодательства Великобритании изменило структуру работы самих антимонопольных органов. Ранее главная задача состояла в том, чтобы найти структуру рынка, где продавцы обладают рыночной властью, а затем оценить ее воздействие на общественные интересы. Предполагалось, что анализ рынка позволяет оценить любой возможный отрицательный эффект путем исследования структуры рынка, поведения продавцов и предполагаемых монополистов.

Новая структура работы антимонопольных органов, по мнению экспертов, отличается от старой отсутствием юридических усложнений, которые отвлекли внимание и ресурсы от центрального вопроса наличия или отсутствия ограничения конкуренции на данном рынке.

*По материалам:* [http://www.competition-commission.org.uk/our\\_role/speeches/pdf/freeman\\_lord\\_fletcher\\_lecture\\_150305.pdf](http://www.competition-commission.org.uk/our_role/speeches/pdf/freeman_lord_fletcher_lecture_150305.pdf); [http://www.bath.ac.uk/management/crj/pubpdf/Occasional\\_Papers/14\\_Parker.pdf](http://www.bath.ac.uk/management/crj/pubpdf/Occasional_Papers/14_Parker.pdf)

Это ограничение не могло не отразиться на деятельности ФАС. Главный эффект состоит в смещении структуры правоприменения в пользу дел по факту злоупотребления доминирующим положением в противоположность соглашениям, поскольку стандарты доказательства в делах об ограничении конкуренции со стороны крупных компаний разработаны гораздо лучше. Напротив, сбор и представление улик по делам о соглашениях ограничены тем, что российские антимонопольные органы не обладают возможностью использовать, например, прослушивающие устройства для сбора доказательств. ФАС России выступила с предложением внести поправки в Уголовный кодекс РФ, которые бы позволили МВД прослушивать подозреваемых в картельном сговоре. Однако речь не идет о предоставлении ФАС возможности самостоятельно вести оперативно-розыскную деятельность.

Необходимость расширения полномочий ФАС для повышения результативности ее борьбы с картелями признают и в самой службе. *«Если наши коллеги из МВД и прокуратуры — они нас понимают, мы уже два года вместе работаем, но пока это в микроскопических масштабах происходит, — нам помогут своими знаниями, умением, силой, тогда мы смогли бы эту работу поставить так, как ее нужно ставить и как она везде в мире поставлена»*, — убежден глава ФАС<sup>21</sup>. Однако это мнение не находит поддержки в правительстве, в частности, по мнению первого вице-преьера И.И. Шувалова, ФАС в обозримой перспективе не получит силовых полномочий<sup>22</sup>.

Мы не хотим оспаривать принципиальное решение о масштабах полномочий антимонопольного органа. Риски, связанные с

---

<sup>21</sup> Банкиры, угольщики, металлурги. Далее — везде... Политэкономика, 2008. URL: [http://www.politekonomika.ru/000005/index.php?option=com\\_content&task=view&id=13&Itemid=1](http://www.politekonomika.ru/000005/index.php?option=com_content&task=view&id=13&Itemid=1).

<sup>22</sup> ФАС не получит силовых полномочий // Российская газета. 2010. 9 июня. URL: <http://www.rg.ru/2010/06/09/fas.html>

наделением еще одного ведомства правом ОРД в российских условиях, понятны. Кстати, риски тесного сотрудничества ФАС и МВД также весьма высоки. Однако в этом случае необходимо зафиксировать связь между профилем возможностей и выдвигаемыми задачами. При отсутствии возможности собирать прямые улики соглашений о ценах перед ФАС и его территориальными управлениями нельзя всерьез ставить задачу борьбы с тайными сговорами. В этом случае фактически следует ограничить объект применения антимонопольной политики теми соглашениями, которые заключаются документально (как большинство вертикальных соглашений), и односторонними действиями крупных компаний, которые можно доказать прямыми уликами. Мы настаиваем, что борьба с «недоказанным сговором» — с монопольно высокой ценой коллективно доминирующих продавцов и согласованными действиями, — не компенсирует проблему невозможности раскрытия картельных соглашений на основании прямых улик.

### **3.2. Роль судебной системы: потребность в независимых и квалифицированных решениях**

В системе кодифицированного права, разновидность которой используется и в России, роль судов всегда будет оставаться ниже, чем в системе общего права, с решающей ролью прецедентов. Тем не менее судебные решения сыграли и продолжают играть не меньшую, а, возможно, даже большую роль в формировании современного облика антимонопольной политики России, чем содержание законов как таковых. Суды выполняют по крайней мере две ключевые функции: первая состоит в формировании судебной практики по антимонопольным делам (и косвенно — практики рассмотрения дел антимонопольными органами с учетом возможности оспаривания их решений в судебном порядке), в том числе определении приемлемых стандартов доказательств нарушений антимонопольного законодательства, вторая — в разъяснении содержания антимонопольного законодательства. Наконец, именно судебные решения позволяют в некоторых случаях избежать ошибок I рода (наказания продавцов, чьи действия фактически не ограничивают конкуренцию).

Антимонопольные дела рассматриваются в судах всех уровней, вплоть до Президиума Высшего Арбитражного Суда. Всего

в судах было обжаловано решений антимонопольных органов: в 2007 г. — 844, в 2008 г. — 1091, в 2009 г. — 1887<sup>23</sup>. Таким образом, количество рассматриваемых в судах дел по вопросам нарушения антимонопольного законодательства и законодательства о рекламе выросло за два года более чем в два раза. При этом судами были признаны недействительными решения ФАС: в 2007 г. — 173 (20% от общего числа обжалованных решений), в 2008 г. — 220 (20%), в 2009 г. — 298 (16%). Рост числа рассматриваемых в судах дел объективно связан с ростом общего числа решений ФАС о нарушениях антимонопольного законодательства, а также со значительным повышением санкций. Как только санкции стали чувствительными, у компаний значительно выросли стимулы к судебному обжалованию решений антимонопольного органа. Достаточно высокий процент решений ФАС, признаваемых судами разных уровней недействительными, свидетельствует, с одной стороны, о действительно состязательном характере судебных процессов, а с другой — о не всегда прочной правовой позиции ФАС. Мы считаем, что в период адаптации сотрудников антимонопольных органов, участников рынков и судебного корпуса к антимонопольным нормам отмена решения по каждому пятому делу — это совершенно нормальный показатель, ни в коей мере не свидетельствующий о недостатках работы антимонопольных органов.

В последние годы все большее число дел проходит все апелляционные инстанции вплоть до Высшего Арбитражного Суда, причем заявителями в апелляционных инстанциях выступают как хозяйствующие субъекты, так и антимонопольные органы (в частности, по решениям, вынесенным ФАС против вертикально интегрированных нефтяных компаний). Решения по таким делам имеют особенно высокий демонстрационный эффект и особенно важны для формирования трендов конкурентной политики. Можно констатировать, что хотя формально прецеденты в российской системе права не могут играть столь же важную роль, как и собственно содержание законов, в действительности их влияние очень высоко.

Большое значение имеют разъяснения о применении норм антимонопольного законодательства, формируемые Высшим Ар-

---

<sup>23</sup> Доклад ФАС России «О состоянии конкуренции в Российской Федерации» (за 2009 г.). М.: Федеральная антимонопольная служба, 2009.

битражным Судом. С точки зрения снижения неопределенности четкое разъяснение положений закона, которое позволит сформировать единообразную практику рассмотрения дел, безусловно, является положительным фактом. В то же время закрепление в постановлениях ВАС РФ спорных моментов может приводить не просто к снижению эффективности антимонопольной политики, но и к объективному ограничению конкуренции.

В некоторых делах решения судов всех инстанций выгодно отличаются не только от мотивации антимонопольных органов, но и от комментариев профессиональных экономистов-экспертов. Безусловной заслугой судов является уже устоявшаяся традиция применения в антимонопольных делах методов, предусмотренных Порядком анализа рынков. Как показано выше, далеко не все характеристики структуры рынка на основе применения Порядка могут быть проанализированы идеально. Однако, например, без более или менее разумного обоснования квалификации продуктовых и географических границ рынка решение антимонопольного органа практически обречено на отмену в суде. Соответственно всего за три-четыре года (с момента принятия закона «О защите конкуренции» и повышения санкций) усилиями и сотрудниками антимонопольных органов, и представителей обвиняемых, и независимых экспертов в России накоплен богатый опыт квалификации границ рынка на основе самых разных методов. Учитывая консервативность судебной системы в принципе, объективную ограниченность квалификации судей и инерционность применения законодательства в России, сложившийся профессиональный уровень квалификации границ рынков не может не вызывать восхищения. В то же время многие решения создают впечатление то ли продиктованных политическими и/или популистскими мотивами, то ли принятых в большой спешке. Решения арбитражных судов по отдельным делам будут упомянуты в подразделах, посвященных применению законодательства в отношении соответствующих форм ограничения конкуренции. Однако необходимо специально остановиться на двух документах, оказавших самое сильное влияние на способ применения антимонопольных запретов в России.

Ряд вопросов применения антимонопольного законодательства был разъяснен в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30 июня 2008 г. № 30.

## **Развитие антимонопольного законодательства постановлением Пленума ВАС РФ от 30 июня 2008 г.**

Важнейшие компоненты постановления следующие:

— по результатам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства, допущенном при заключении конкретного договора, антимонопольный орган вправе (при наличии соответствующего ходатайства) на основании подпункта «и» пункта 2 части 1 статьи 23 Закона о защите конкуренции вынести предписание об изменении условий заключенного договора или о его расторжении. В случае, если установлено, что с иными лицами заключены договоры, содержащие аналогичные условия, антимонопольный орган при отсутствии ходатайств этих лиц вправе обязать хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение, направить предложение своим контрагентам об изменении или расторжении таких договоров. Тем самым антимонопольный орган способен внести свой вклад в решение проблемы коллективных действий: единожды обнаруженная практика, ограничивающая конкуренцию, будет запрещена на всех рынках, где она применяется;

— под соглашения, запрещенные в силу частей 1 и 2 статьи 11 Закона о защите конкуренции, если иное не установлено законом, подпадают в том числе и вертикальные соглашения. Влияние данной нормы нельзя переоценить. С одной стороны, этим решением была открыта дорога применению антимонопольных запретов в отношении исключающих условий договоров. С другой стороны, как будет показано в п. 3.3.2, чрезмерное сближение в представлении антимонопольных органов эффектов горизонтальных и вертикальных соглашений может привести к многочисленным ошибкам I рода;

— к административной ответственности может быть привлечен любой участник группы лиц, получивший доход вследствие нарушения антимонопольного законодательства (предписание может быть выдано, а требование — заявлено любому участнику группы лиц, получившему доход вследствие нарушения антимонопольного законодательства). Эта норма также выглядит по меньшей мере неоднозначной. Она противоречит строгому экономическому подходу, в соответствии с которым группа лиц должна рассматриваться как единая компания, по тем или иным причинам организованная как совокупность отдельных юридических лиц. В этом случае требования должны заявляться, а предписания выдаваться головной компании в составе группы лиц. Заметим, что именно в этом направлении в последние годы развивается применение налогового законодательства;

— включение в реестр хозяйствующих субъектов, действующих как группа лиц, производится исходя из их совокупной доли на рынке. Эта норма с точки зрения подхода к группе лиц как экономической фирме выглядит безупречно;

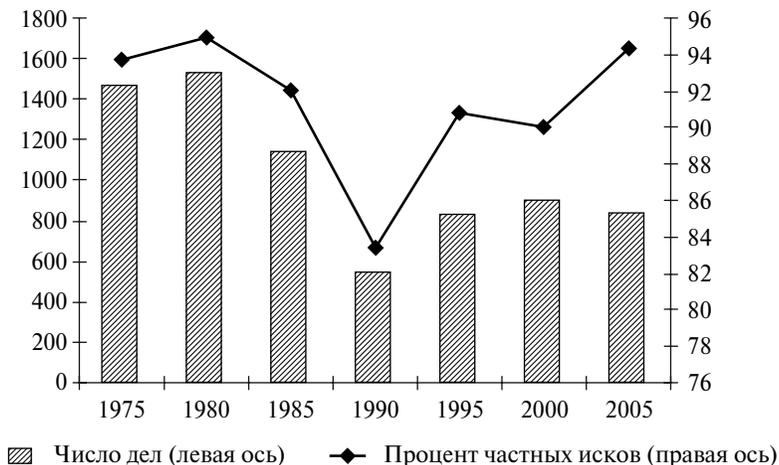
— при рассмотрении споров о нарушениях, совершенных лицом, не включенным в реестр хозяйствующих субъектов, не может быть отказано в признании его занимающим доминирующее положение на рынке лишь в связи с тем, что такое лицо в данный реестр не включено. Доля лица на рынке определенного товара, а на ее основе и факт занятия им доминирующего положения могут быть установлены также на основании иных документов. Данное решение способствует повышению роли собственно анализа рынка при квалификации положения продавца и должно оцениваться положительно;

— доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта — субъекта естественной монополии на товарном рынке, находящемся в состоянии естественной монополии. Этот компонент постановления позволяет антимонопольным органам совершенно оправданно снизить издержки применения закона «О защите конкуренции» за счет отказа от специального анализа рынка естественной монополии, который соответствовал бы всем требованиям Порядка проведения анализа и оценки конкурентной среды на товарных рынках;

— если лицо за защитой своих прав обратится в арбитражный суд, не подавая до этого соответствующего заявления в антимонопольный орган, суд не может со ссылкой на пункт 2 статьи 148 АПК РФ оставить такое заявление без рассмотрения. Этот пункт постановления может в перспективе оказать серьезное влияние на роль разных участников системы применения законодательства. Этим решением усиливаются позиции частных истцов в процессе.

Международная практика демонстрирует самое разное распределение ролей между антимонопольными органами и частными истцами. В США, как показано на рис. 3.1, именно частные истцы возбуждают подавляющее большинство дел о нарушении антимонопольного законодательства. Специальные стимулы для этого созданы законом Клейтона (1914), который предусматривает трехкратное возмещение ущерба пострадавшей стороне. Напротив, в Европейском союзе в структуре дел частные иски занимают скромное место.

Характерно, что оценка сравнительных преимуществ систем с высокой и низкой долей частных исков различается в этих юрисдикциях. В США практикующие в области антитраста экономисты и юристы выражают озабоченность тем, что частные иски могут быть инструментом давления на контрагента или конкурента, когда истец изначально понимает, что ни о каком ограничении конкуренции речь не идет. Напротив, представители антимонопольных органов Европейского союза подчеркивают преимущества частных истцов как располагающих лучшим доступом к информации и о состоянии конкуренции на рынке, и о влиянии практики на состояние конкуренции и говорят о необходимости более активного участия пострадавших в процессах. Уже это различие свидетельствует о существовании проблем компромисса между заинтересованно-



**Рис. 3.1.** Число дел по факту нарушения антимонопольного законодательства в США и доля частных исков в общем числе дел: 1975–2005 гг.

*Источник:* Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online. URL: <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5412009.pdf>

стью пострадавших участвовать в процессе и необходимостью исключить использование антимонопольного законодательства нецелевым образом;

— если при рассмотрении дела об оспаривании решения или предписания антимонопольного органа арбитражному суду станет известно о принятии к производству заявления антимонопольного органа с требованием к нарушителю, связанным с исполнением решения и направленным на устранение и/или предотвращение нарушения антимонопольного законодательства, в связи с которым принято соответствующее решение (выдано предписание), приостановлению подлежит дело, возбужденное по заявлению антимонопольного органа. Это решение очень важно. При отсутствии устоявшихся стандартов доказательства замораживание штрафных санкций позволяет резко снизить издержки ошибок I рода для несправедливо обвиненных.

Мы видим, что большинство пунктов постановления можно действительно признать упорядочивающими судебную практику. Даже в тех случаях, когда мы не согласны с тем, что принятое решение является наилучшим, оно в любом случае повышает определенность при применении инструментов антимонопольного законодательства.

Гораздо более спорными можно считать разъяснения Пленума ВАС РФ по вопросам определения согласованных действий и злоупотребления доминирующим положением.

В части согласованных действий ВАС РФ указывает, что решения по делам о соглашениях и согласованных действиях должны учитывать всех участников; при этом предписание в отношении одной группы участников соглашений и согласованных действий должно действовать и для любых других его участников. В этом случае устраняется важный элемент правовой неопределенности и сама возможность рассматривать одно и то же действие в рамках нескольких судебных дел. В то же время в постановлении Пленума ВАС РФ подчеркивается, что согласованность действий может быть установлена и при отсутствии документального подтверждения наличия договоренности об их совершении. Вывод о наличии одного из условий, подлежащих установлению для признания действий согласованными, — а именно о том, что о совершении таких действий было заранее известно каждому из хозяйствующих субъектов, — может быть сделан исходя из **фактических обстоятельств их совершения**. Не случайно даже в одном из решений арбитражных судов, принятом в том же 2009 г. (подробнее о нем в п. 3.3.1), указывается, что постановление Президиума меняет местами причину и следствие: не может доказательством *действий* участников рынка служить *оценка конкуренции*.

О согласованности действий в числе прочих обстоятельств может свидетельствовать тот факт, что они совершены различными участниками рынка относительно единообразно и синхронно при отсутствии на то объективных причин. Такая интерпретация дает изрядную свободу в определении согласованных действий, в том числе через их *объективированный результат, путем анализа состояния конкуренции на рынке*. Для целей признания действий хозяйствующих субъектов согласованными не имеет значения синхронность их начала, достаточно факта осуществления таких действий на момент их выявления антимонопольным органом (постановление Президиума ВАС РФ от 21 апреля 2009 г. № 15956/08). Именно по таким основаниям ВАС РФ отменял решения нижестоящих судов в пользу хозяйствующих субъектов, оспаривавших предписания антимонопольных органов по делам о согласованных действиях (например, постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 21 апреля 2009 г. № 15956/08 по делу «Ак Барс Торг»).

## **Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 21 апреля 2009 г. № 15956/08 по делу «Ак Барс Торг»**

Дело было возбуждено по факту обращений производителей продовольственных товаров Республики Татарстан на действия крупных розничных сетей. УФАС Республики Татарстан установило, что в соглашениях о поставке продовольственных товаров, заключенных в 2007 г. между поставщиками продовольственных товаров и ритейлерами, имеются схожие условия об оплате поставщиками различного рода услуг, всевозможных взносах, вознаграждениях и скидках торговым компаниям.

Антимонопольный орган пришел к выводу, что включение в договоры поставки продовольственных товаров односторонних по содержанию ценовых и неценовых условий, невыгодных поставщикам и ущемляющих интересы поставщиков и конечных потребителей, носят характер согласованных действий, имеющих своим результатом ограничение конкуренции на рынке услуг розничной торговли продовольственными товарами. Несколько компаний, осуществляющих розничную продажу продовольственных товаров, признаны нарушившими часть 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции в связи с ведением согласованных действий, которые приводят к навязыванию контрагентам условий договоров, невыгодных для них, и созданию препятствий доступу на рынок услуг розничной торговли.

Однако суды первой, апелляционной и кассационной инстанций приняли сторону «Ак Барс Торг». По их мнению, антимонопольный орган не доказал того факта, что невыгодные для поставщиков условия договоров стали результатом согласованных действий. Суды сослались на то, что антимонопольный орган не представил доказательств осведомленности «Ак Барс Торг» о действиях других торговых компаний, а также того, что и другим ритейлерам были заранее известны действия друг друга по формированию условий договора с поставщиками и эти их действия носили одномоментный и скоординированный характер.

Управление Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан обратилось в Президиум ВАС РФ с заявлением о пересмотре в порядке надзора решения Арбитражного суда Республики Татарстан от 15.04.2008 по делу № А65-3185/2008-СА1-23, постановления Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 17.07.2008 и постановления Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 02.10.2008 по тому же делу.

Президиум ВАС РФ постановил решение Арбитражного суда Республики Татарстан от 15.04.2008 по делу № А65-3185/2008-СА1-23, постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 17.07.2008 и постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 02.10.2008 по тому же делу отменить.

Главный аргумент — согласованность действий хозяйствующих субъектов на товарном рынке может быть установлена и при отсутствии документального подтверждения наличия договоренности об их совершении. Вывод о наличии одного из условий, подлежащих установлению для признания действий согласованными, а именно того, что о совершении таких действий было заранее известно каждому из хозяйствующих субъектов, — может быть сделан исходя из фактических обстоятельств их совершения.

Такая трактовка фактически позволяет квалифицировать как согласованные действия в том числе и поведение в ситуации «ценового лидерства» (хотя сама по себе модель ценового лидерства не является взаимовыгодной, но предполагает «синхронное» повышение цен), и, шире, вообще любые однонаправленные действия хозяйствующих субъектов вне зависимости от их рыночной доли, общего состояния конкуренции на рынке. Оценка «объективированного результата» не дает гарантии того, что одинаковое поведение контрагентов не было вызвано единой общей причиной.

Еще одним проблемным моментом является подчеркивание Пленумом ВАС РФ того факта, что для квалификации действий (бездействия) как злоупотребления доминирующим положением достаточно наличия (или угрозы наступления) *любого* из перечисленных последствий, а именно: недопущения, ограничения, устранения конкуренции или **ущемления интересов других лиц**. Положение об ущемлении интересов других лиц может привести к признанию незаконными действий, которые фактически не препятствуют конкуренции, поскольку список действий, приводящих к указанным последствиям, в законе остается открытым (что также подчеркивается Пленумом ВАС РФ). Тем самым создается едва ли не презумпция нелегальности практически любой цены, назначаемой доминирующим участником рынка, которая противоречит интересам его контрагента. Иными словами — любой цены, отличающейся от предельных издержек (что верно практически для всех цен). В данном случае имеющаяся в законе неопределенность решением Пленума ВАС РФ лишь усиливается.

### **3.3. Горизонтальные и вертикальные соглашения**

#### **3.3.1. Согласованные действия вместо горизонтальных соглашений**

Отсутствие заметного числа дел об ограничивающих конкуренцию соглашениях между хозяйствующими субъектами в россий-

ской антимонопольной политике компенсируется возбуждением дел по факту согласованных действий. Определение в российском законе согласованных действий, весьма близкое к пониманию молчаливого сговора как равновесия по Нэшу в модели Бертрана с бесконечно повторяющимся взаимодействием, не просто затрудняет поиск и представление доказательств, но и создает возможность вынесения решений по делу почти без доказательной базы.

Проиллюстрируем это утверждение на примере одного из многочисленных дел, возбужденных против розничных продавцов бензина на рынках городов Армавира и Ейска.

### **Согласованные действия: анализ стандартов доказательств**

Краснодарское УФАС России решением от 12.09.2008 признало в действиях компаний «Лукойл-Югнефтепродукт», «НК Роснефть-Кубаньнефтепродукт», «Крокус», «Вера», «Ветеран Вооруженных Сил» нарушение пункта 1 части 1 статьи 11 закона «О защите конкуренции» в виде согласованных действий. Центральный элемент доказательства состоял в том, что в период с 06.01.08 по 06.07.08 продавцы установили и поддерживали на одном уровне розничные цены на автомобильный бензин марок А-76, Аи-92, Аи-95 и дизельное топливо. Решение УФАС было обжаловано в Арбитражном суде Краснодарского края. В удовлетворении заявленных требований отказано решением от 05.11.2009. «Роснефть-Кубаньнефтепродукт» обжаловала решение суда первой инстанции в Пятнадцатом арбитражном апелляционном суде, который решение суда первой инстанции также оставил без изменения.

Проведем критический анализ представленных доказательств. По заключению арбитражного суда на решение по данному делу повлияло отсутствие доказательств, объясняющих установление и поддержание розничных цен на бензин и дизельное топливо на одном уровне с другими хозяйствующими субъектами розничного рынка нефтепродуктов в установленных географических границах, что подтверждает антиконкурентное поведение. В свою очередь, главный аргумент в пользу вывода о согласованных действиях опирался на норму постановления Пленума ВАС РФ от 30 июня 2008 г. о том, что повышение цен совершено относительно единообразно и синхронно «при отсутствии на то объективных причин».

Обратим внимание, что де-факто бремя доказательства наличия общих факторов, оказывающих идентичное влияние на поведение продавцов, было возложено на обвиняемые компании. Нетрудно заметить, что это бремя весьма тяжело, поскольку убедительно и *полностью* обосновать повышение цены до одного уровня внеш-

ними экономическими причинами не представляется возможным. Более того, стандарты легального поведения при таком подходе выглядят весьма странными. Предполагается, что цены на каждом рынке и их изменение должны быть обоснованы методами калькуляции издержек. В этом контексте любопытно, как по логике принятого решения должны были бы различаться цены на продукцию предприятий обрабатывающей промышленности, если производительность (по отношению к которой издержки на единицу продукции являются обратной величиной) предприятий верхнего и нижнего квартилей (25% наиболее производительных и 25% наименее производительных) составляет от 2,3 до 4,2 раз в зависимости от отрасли<sup>24</sup>. Следует ли ожидать, по логике решений антимонопольного органа и судов, что разброс цен должен достигать тех же или приблизительно тех же масштабов? Очевидно, стандарт *необходимых доказательств легальности* совершенно нереалистичен, поскольку ни на одном рынке продавцу не платят премию за его неэффективность, т.е. не покупают дороже на том основании, что издержки продавца выше, чем у конкурента. Можем ли мы в этом случае рассматривать выравнивание цен на каждом отдельно взятом рынке в качестве свидетельства согласованности действий? Или все-таки признаем, что главной объективной причиной одинаковых цен являются не согласованные действия, а ценовая конкуренция как таковая?

Минимальные стандарты экономического анализа в данном деле предполагают, что нужно, по крайней мере, продемонстрировать взаимовыгодность молчаливого сговора и *эффекты следования молчаливому сговору*. На наш взгляд, эти минимальные стандарты доказательства соблюдены не были. Попытаемся самостоятельно восстановить те данные, опора на которые позволила бы правильно квалифицировать положение продавцов на рынке и их поведение<sup>25</sup>.

По информации УФАС на территории Краснодарского края на розничном рынке бензинов автомобильных и дизельного топлива наиболее высокие доли занимают дочерние компании Лукойла и Роснефти. Другие продавцы в принципе тоже имеют на рынке заметные доли. Одно, но важное исключение — это один из обываемых по делу — «Ветеран Вооруженных Сил». Как показывают данные (табл. 3.1), этот продавец просто не может занимать сколько-нибудь существенной доли в продажах ни одного продукта. Следовательно, более крупным продавцам просто не имеет

---

<sup>24</sup> Российская промышленность на этапе роста: факторы конкурентоспособности фирм / под ред. К.Р. Гончар, Б.В. Кузнецова. М.: Изд. дом ГУ ВШЭ, 2008. С. 30.

<sup>25</sup> Подчеркнем, что последующий анализ приводится на основе общедоступных данных. При интерпретации этого дела авторы не пользовались никакой конфиденциальной информацией.

смысла координировать свои цены с «Ветераном». Скорее, поведение этого продавца на рынке соответствует модели ценового лидера, или ценового зонтика (относительно небольшой продавец назначает цену такую же или чуть ниже, чем крупный — ценовой лидер), но не модели согласованных действий.

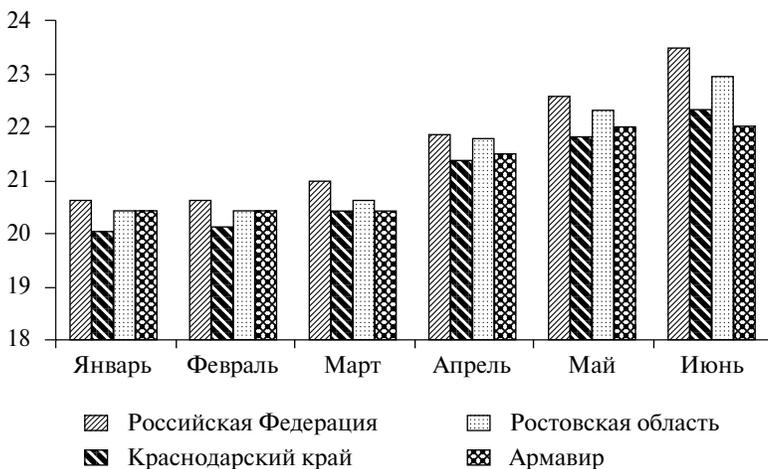
**Таблица 3.1** Доли продавцов в розничных продажах нефтепродуктов, %

Продавец	А-76	АИ-92	АИ-95	Дт
Краснодарский край*				
ОАО «НК Роснефть-Кубаньнефтепродукт»	39	33	29	33
ООО «Лукойл-Югнефтепродукт»	14	31	43	24
г. Армавир**				
ОАО «НК Роснефть-Кубаньнефтепродукт»	14	н.д.	7	н.д.
ООО «Лукойл-Югнефтепродукт»	н.д.	44	72	34
Крокус	37	17	12	33
Ейский район**				
ОАО «НК Роснефть-Кубаньнефтепродукт»	22	18	17	19
ООО «Лукойл-Югнефтепродукт»	н.д.	н.д.	н.д.	н.д.
Вера	27	15	н.д.	32

\* По данным исследования рынка розничной реализации нефтепродуктов Краснодарского УФАС.

\*\* По материалам дела.

Однако самое интересное возникает при анализе *эффекта* предполагаемой модели согласованных действий, ее влияния на цены. Может быть, действительно факт согласования сложно доказать, но параметры рынка явно отличались от нормальных, что и привело к возникновению гипотезы об ограничении конкуренции? Сопоставим установленные обвиняемыми цены в г. Армавире со среднероссийскими ценами на бензин (на примере АИ-92), средними ценами по Краснодарскому краю, а также с ценами в соседней Ростовской области (рис. 3.2). Ни в одном из тех месяцев, когда предположительно совершалось нарушение, цены в г. Армавире не превышали существенно цены ни в Краснодарском крае, ни в



**Рис. 3.2.** Цены на автомобильный бензин АИ-92 в первой половине 2008 г., руб. за литр

*Источник* данных для России, Краснодарского края и Ростовской области — Росстат России ([www.gks.ru](http://www.gks.ru)), для Армавира — материалы дела.

соседнем регионе. В этом контексте нет разумных оснований для выдвижения гипотезы о специфическом ограничении конкуренции в географических границах конкретного рынка.

Безусловно, не все дела о согласованных действиях рассматриваются при таком низком стандарте доказательной базы. В качестве положительного примера можно привести решение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области, вынесенное в 2008 г., с которым согласился и Высший Арбитражный Суд (определение ВАС РФ от 22.07.2010 № ВАС-9852/10 по делу № А56-15062/2009). В согласованных действиях на период с 4 по 10 июня 2008 г. (когда проводился экономический форум в г. Санкт-Петербурге) были обвинены гостиницы категории свыше трех звезд. В качестве главного доказательства использования молчаливого сговора применялись собственно свидетельства одновременного повышения цен. Арбитражный суд совершенно обоснованно указал, что «в решении антимонопольного органа действия хозяйствующих субъектов практически не отделимы от результата». Иначе говоря, факт одновременного повышения цен считает-

ся главным доказательством согласованности, как будто бы другие доказательства и не нужны.

Вероятно, множество обвинительных решений по делам о согласованных действиях продавцов нефтепродуктов выносятся по принципу «в любви и на войне все средства хороши». Не исключено даже, что в краткосрочном периоде перспективами возбуждения подобных дел и применения оборотных штрафов удастся заставить нефтяные компании сдерживать рост цен. Хотя, заметим, государство как контролирующий собственник компании Роснефть при желании могло бы решить проблему высоких цен в Краснодарском крае гораздо проще. Достаточно было бы просто предписать компании максимальную розничную цену. Доля компании весьма велика для того, чтобы понижение цен на бензоколонках Роснефти сделало выгодным аналогичный шаг и для других продавцов. Да, конечно, этот шаг был бы прямым регулированием цен. Однако в некотором контексте он лучше, чем «ползучий регуляционизм», предписывающий продавцам обосновать назначаемые цены «объективными обстоятельствами».

Большинство дел по факту согласованных действий формирует весьма искаженные стандарты доказательств в антимонопольных процессах, что может неблагоприятно сказаться на рамках применения законодательства в целом.

### **3.3.2. Вертикальные соглашения: критерии влияния на конкуренцию еще в пути**

Дела, возбуждаемые в Российской Федерации в последние годы в отношении организаторов вертикальных соглашений, распадаются на две группы. Водоразделом между этими группами является то, может ли ответчик квалифицироваться как обладающий доминирующим положением или нет. В случае положительного ответа продавец обвиняется в злоупотреблении доминирующим положением, т.е. в нарушении ст. 10 закона «О защите конкуренции». В противном случае в ход идут обвинения по ст. 11, содержащей запрет на ограничивающие конкуренцию соглашения или согласованные действия. Пожалуй, единственным известным нам исключением является дело компании «Джонсон & Джонсон», решение по которому было принято Челябинским УФАС в апреле 2010 г. Несмотря на доминирующее положение ответчика на рынке, он был обвинен в нарушении ч. 3 ст. 11 закона «О защите конкуренции» за отказ продавать свою продукцию одному из контрагентов.

Массовое использование ст. 11 для рассмотрения дел о вертикальных соглашениях свидетельствует то ли о недостаточности специфической методической базы, то ли об отсутствии навыка применения норм закона, посвященных именно условиям вертикальных соглашений. Дело в том, что ч. 3 ст. 11 запрещает «координацию экономической деятельности хозяйствующих субъектов, если такая координация приводит или может привести к последствиям, указанным в части 1 статьи 11» (т.е. к тем же последствиям, что и горизонтальные соглашения). Эти последствия весьма многообразны и дают основания для запрета практически любого вертикального соглашения (особенно если ориентироваться на гипотетическую оценку эффектов). Однако, строго говоря, эти последствия не должны рассматриваться при анализе вертикальных контрактов, поскольку п. 1.1 ч. 1 ст. 11 гласит, что запреты, предусмотренные ч. 1 ст. 11, на вертикальные соглашения не распространяются. Предпринимаемые попытки строить обвинения как нарушения ч. 1 и ч. 3 ст. 11 приводят к расширительному толкованию закона.

При этом вертикальные соглашения оцениваются на основе тех же критериев, что и горизонтальные, что равнозначно отсутствию отчетливо оговоренного особого статуса вертикальных соглашений. Не случайно суды, как правило, признают нарушение лишь ч. 3 ст. 11. Но и это положение нельзя считать приемлемым, поскольку возможные обвинения в заключении ограничивающих конкуренцию соглашений или согласованных действиях, по сути, становятся серьезным препятствием даже в тех случаях, когда вертикальные соглашения желательны и эффективны. К тому же утрачивается какая-либо дифференциация при рассмотрении отдельных разновидностей соглашений — ценовых и неценовых, предусматривающих и не предусматривающих исключаящие условия, среди ценовых — ограничивающих цену сверху и снизу.

Как отмечалось в подразд. 2.3, эти недостатки закона «О защите конкуренции» не компенсируются содержанием других нормативных актов (постановления Правительства № 583 и Закона о торговле), которые вносят лишь дополнительные проблемы, допуская без каких-либо оговорок соглашения, полагаемые в теории и мировой практике наиболее опасными, и столь же безусловно запрещая те соглашения, которые в мировой практике имеют наиболее либеральный режим регулирования. Все это в совокупности свидетельствует о необходимости пересмотра положений комплекса нормативных актов, регламентирующих вертикальные

соглашения, с целью приведения его в соответствие с общепринятыми нормами регулирования. В настоящее время фактически любое вертикальное соглашение крупных продавцов подпадает под запрет.

### **Анализ последствий вертикальных ограничений**

Как и во многих других случаях, дела, возбуждаемые по факту вертикальных соглашений, основаны на примитивной (а значит, антиэкономической) интерпретации законодательных норм. Так, одно из первых дел по факту нарушения ст. 13 Закона о торговле, возбужденное в сентябре 2010 г. (дело Челябинского УФАС против компании «Урал-Агро-Торг», филиала «Пятерочки»), опиралось на простую констатацию того, что один из поставщиков выплачивал вознаграждение за достижение определенного объема поставки, а другие — нет. Мало того, что содержательно такое требование эквивалентно требованию предоставления скидки за объем (что выступает совершенно нормальной бизнес-практикой), но очевидно, эквивалентность поставки интерпретировалась как физическая идентичность поставляемого продукта.

До настоящего времени к ответчикам по делам о незаконных вертикальных соглашениях существенных санкций не применялось, вне зависимости от того, шла ли речь о предпринятии дистрибьюторам по поводу условий перепродажи или об исключительных условиях. Первый вариант представлен, в частности, делом Челябинского УФАС (2009 г.) против «Лаборатории Касперского», использовавшей так называемую *программу сотрудничества*, которая содержала условие о продаже конечным пользователям программного обеспечения по рекомендованной цене. Подобное же дело рассматривал и ФАС (2009–2010 гг.) против поставщика антивирусных программ «Доктор Web» (повод для возбуждения — наложение на авторизованных поставщиков обязательства продавать антивирус по ценам официального прайс-листа). Второй вариант — дело Красноярского УФАС (2005 г.) против регионального филиала компании «Кока-Кола», в договорах которого с контрагентами содержались ограничения на продажу продукции под маркой «Пепси». Другой пример — дело ФАС (2007) против Заволжского моторного завода, который под угрозой лишения дилерской скидки (т.е. де-факто отказа в поставках по оптовым ценам) запрещал дилерам продавать, брать на хранение или на оценку, а также выставлять продукцию, конкурирующую с ассортиментом ЗМЗ.

Можно с достаточной уверенностью предположить, что если бы эти дела рассматривались Комиссией по конкуренции ЕС или американским судом, то в отношении действий «Доктора Web» и «Лаборатории Касперского» подозрений вообще не возникло бы. Компании действуют на рынках с исключительно низкими барьерами входа и развитой конкуренцией. Ни один из продавцов на та-

ком рынке доминировать не может, даже если его рыночная доля весьма высока. Применяемая ими практика не может ограничить конкуренцию *между продуктами разных поставщиков антивирусов*, более того, может стимулировать использование неценовых инструментов соперничества (собственно, это одна из целей, которую выдвигают производители, ограничивая снизу цены дистрибьюторов, склонных к ценовой конкуренции). Совершенно другой эффект могут иметь исключаяющие условия — подобные тем, о которых шла речь в делах против «Кока-Колы» и Заволжского моторного завода. Такие пункты договоров прямо нацелены против фактических и/или потенциальных конкурентов. Соответственно по этим делам можно было бы ожидать достаточно суровых предписаний и, возможно, применения санкций.

Однако в России эти четыре дела завершились почти одинаково. Только «Доктор Web» был полностью оправдан в феврале 2010 г. В остальных случаях дело заканчивалось выдачей предписания, выполнением предписания (полным или частичным) и мировым соглашением. Иными словами, до сих пор решения по делам о вертикальных соглашениях не предоставляют участникам рынков четких сигналов о критериях разделения вертикальных соглашений на законные и незаконные.

### **3.4. Злоупотребление доминирующим положением: на примере дел против «большой четверки»**

Важнейшими для стандартов применения антимонопольных запретов стали дела против «большой четверки» российских вертикально интегрированных нефтяных компаний (далее — ВИНК) — «Лукойл», «Газпромнефть», ТНК-ВР и «Роснефть», начатые в сентябре 2008 г. Можно сказать, что оценка этих дел позволяет подвести промежуточные итоги развитию антимонопольного законодательства по разным направлениям. Против обвиняемых были применены санкции в размерах, предусмотренных изменениями КоАП от 2007 г., так что сумма уже выплаченных штрафов (несмотря на то что многие процессы еще не завершены) составляет несколько миллиардов рублей. Антимонопольные органы — как ФАС, так и территориальные управления, — в течение двух лет ведения этих дел продемонстрировали совершенно беспрецедентную активность, удивительную на фоне деятельности других органов исполнительной власти. Но что еще важнее для оценки развития антимонопольного законодательства, в этих делах было использовано большинство норм, принятых с 2006 г., в том чис-

ле квалификация коллективного доминирования и определение монопольно высокой цены на основе бухгалтерского подхода как самостоятельного.

При рассмотрении дел против «большой четверки» были реализованы почти все риски, созданные содержанием действующего антимонопольного законодательства и используемыми стандартами экономической аргументации. И при определении границ рынка, и при квалификации положения продавцов на рынке, и при квалификации их поведения было допущено множество натяжек. Авторы доклада должны сделать важное замечание. Мы не утверждаем, что ценовая политика российских ВИНК исключительно благоприятна для российских покупателей. Мы также не утверждаем, что в действиях «большой четверки» нельзя обнаружить свидетельства ограничений конкуренции. Но мы утверждаем, что в делах о нарушении «большой четверкой» антимонопольного законодательства использовалось множество неверных квалификаций, а стандарты экономической аргументации были снижены до неприемлемого уровня. Соответственно сам уровень аргументации и способ интерпретации законодательных норм были типичным источником ошибок I рода. Рассмотрим бегло основные пункты экономической аргументации, на которых строилось обвинение.

*Квалификация положения продавцов как доминирующего.* Все участники «большой четверки» были признаны доминирующими на оптовых рынках нефтепродуктов (бензины автомобильные, дизельное топливо, авиационный керосин, топочный мазут) в географических границах Российской Федерации. Определение географических рынков является не только техническим вопросом. Если бы географические границы оптовых рынков нефтепродуктов были определены адекватно, исходя из возможностей покупателей приобретать продукт и экономической целесообразности переключения на поставщиков из других регионов, скорее всего, это повлекло бы за собой два важных последствия. Во-первых, на территории РФ оказалось бы *несколько* рынков для целей применения антимонопольного законодательства, во-вторых, каждая компания из «большой четверки» на части рынков не могла бы быть признана доминирующим продавцом. Это означало бы, что оборотные штрафы должны были бы рассчитываться исходя из меньшей базы (меньшей суммы оборота на рынке, где совершено нарушение).

В свою очередь, в географических границах Российской Федерации продавцы могли быть признаны доминирующими только на

основе концепции коллективного доминирования. При установлении других признаков коллективного доминирования, помимо рыночных долей, анализ антимонопольных органов демонстрировал ошеломляющую простоту. Вот, например, как устанавливался такой критерий признания структуры рынка рынком коллективного доминирования, как «несоответствие снижения спроса повышению цены» (т.е. низкая ценовая эластичность). Значительная часть дел содержала доказательства в следующей редакции: *«за период... цены на [нефтепродукт] выросли на [...]%, а спрос за тот же период не только не снизился, но и вырос на [...]%»*. Означает ли это утверждение, что российские антимонопольные органы исполнили мечту специалистов по микроэкономике и обнаружили товар Гиффена, величина спроса на который растет, когда растет цена? Ответ, конечно, гораздо проще: аргументация содержит ошибку, которая явилась бы причиной выставления неудовлетворительной оценки на первом курсе почти любого университета России. Изменение величины спроса под воздействием изменения цены смешивается с изменением спроса в результате действия так называемых неценовых факторов. При оценке ценовой эластичности спроса нарушается принцип анализа «при прочих равных условиях».

*Квалификация поведения продавцов как злоупотребления доминирующим положением.* Разным компаниям были предъявлены обвинения в разных типах нарушений, среди которых тремя ключевыми были: назначение монопольно высокой цены, дискриминация покупателей на оптовых рынках автомобильных бензинов, необоснованное изъятие товара из обращения (сокращение поставок товара, на который имеется спрос). Во всех трех случаях стандарты экономической аргументации были ровно настолько низкими, насколько это позволяли сделать формулировки законодательных норм.

*Монопольно высокая цена.* При квалификации оптовых цен нефтепродуктов как монопольно высоких применялась аргументация двух типов. Одна использовала «статический» бухгалтерский подход: цена превышает издержки и прибыль, необходимые для производства товаров; вторая — «динамическую» версию бухгалтерского подхода с элементами «динамического сопоставительного анализа». Поводом для отказа от прямого сопоставления цен нефтепродуктов на разных рынках послужило отсутствие сопоставимых рынков. Иначе говоря, здесь сыграло роль описанное выше восприятие сопоставимости как бинарной характеристики. Как раз дела против ВИНК и показывают, почему укореняется такое

восприятие концепции сопоставимости: оно освобождает от необходимости сравнения цен на разных рынках и нормального анализа влияния разных факторов на цены.

Использование «статического» подхода для квалификации цены как монопольно высокой вообще бессмысленно обсуждать, не установив, какие издержки и какая прибыль являются необходимыми. Применение в качестве ориентира затрат, исчисленных в соответствии с налоговым законодательством, не оправдано ни концептуально, ни методически. То же самое можно сказать и об использовании для квалификации цены как монопольно высокой «динамической» версии бухгалтерского подхода, где основным критерием служит рост цен темпами, опережающими темпы роста бухгалтерских затрат. Выбор точки отсчета сводит второй подход к первому: если мы не знаем того периода, когда цена была равна «обоснованным» затратам и прибыли, сопоставлять темпы роста двух групп показателей также не имеет смысла.

Отдельного упоминания заслуживает «динамическая версия сопоставительного анализа» рыночных цен в России и за рубежом. При анализе рынков подчеркивалось, что реакция цен нефтепродуктов на изменение мировой цены нефти по сравнению с реакцией их цен в других странах позволяет сделать вывод о том, что российские цены обладают свойством неэластичности в сторону понижения. На фоне ухудшения конъюнктуры мирового рынка темпы снижения цен нефтепродуктов отставали как от темпов снижения биржевых котировок нефти, так и от темпов снижения цен на нефтепродукты в других странах.

На первый взгляд, этот аргумент заслуживает более пристального внимания, чем чисто бухгалтерское сопоставление цены и издержек. Однако здесь необходимо сделать ряд замечаний. Во-первых, выводы подобного анализа динамики цен достоверны только при проведении его на весьма длительном временном интервале. Ведь не исключено, что цены нефтепродуктов медленнее снижаются при падении мировых цен на нефть, но и медленнее растут при повышении цен. Во-вторых, в анализ следует включать временные лаги: ни на одном рынке цены конечной продукции не реагируют на изменение цен ресурсов мгновенно. В-третьих, при использовании в качестве ориентира мировой цены нефти необходимо все-таки учитывать разницу между ценами спотового рынка и ценами среднесрочных контрактов. Любое сырье приобретается не только и не столько на спотовом рынке, но и в рамках контрактов разной продолжительности. Соответственно и издержки про-

изводства, и цены продукта с некоторым запаздыванием реагируют на изменение цен используемых ресурсов. В частности, изменение цены нефти также не может мгновенно сказаться на ценах нефтепродуктов.

Здесь следует высказать еще одно соображение. Разумеется, в принципе можно допустить, что в нефтяном секторе наблюдается та же закономерность, что и в других экспортных секторах России (подразд. 1.1 доклада), а именно: цены поставок на внутренний рынок превышают цены экспортных поставок. Естественно, отчасти это различие сглаживается экспортными тарифами. Однако вопрос состоит, во-первых, в том, насколько уникален нефтяной сектор, демонстрирующий слабую зависимость внутренних цен продуктов переработки от цен мирового рынка сырья (данные подразд. 1.1 позволяют предположить, что скорее всего это не так), и, во-вторых, в том, может ли это расцениваться как результат нарушения антимонопольного законодательства.

Подведем итог. Применение нормы о монополюс высокой цене создает следующий стандарт легального поведения: если ты хочешь повысить цену, не забудь одновременно предпринять усилия по раздуванию отчетных затрат. Тем самым воспроизводятся условия для всех форм неэффективности, возникающей благодаря тарифному регулированию.

*Дискриминационные условия поставок.* Дела, возбужденные против «большой четверки», продемонстрировали несколько проблем при оценке условий поставок как дискриминационных. Во-первых, налицо стремление свести понятие эквивалентности к физической эквивалентности и эквивалентности формы гражданско-правовых отношений. Совершенно игнорировались аргументы о том, что поставки разным покупателям в зависимости от объема, срока, периодичности, от длительности взаимоотношений влекут за собой разные, не только трансакционные, но даже и трансформационные, издержки (например, на логистику). Во-вторых, обвинение стояло на позиции отсутствия различий между внутрифирменными и межфирменными трансакциями. Стандартом легального поведения выступали одинаковые цены внутрифирменных поставок и поставок внешним покупателям. Заметим, что помимо всего прочего такой подход лишает компании возможности управлять потоками затрат и ценности внутри компании, а это одно из фундаментальных преимуществ фирмы над рыночными трансакциями. В-третьих, при квалификации различий в уровне цены как дискриминационных не было сделано и попытки

установить систематическую разницу в ценах. При таком подходе даже случайное различие цен приравнивается к дискриминации. Это означает, что дискриминационным признавалось любое различие в уровнях цен, назначенных для разных поставщиков в один и тот же день.

Любопытна еще одна особенность выстраивания аргументов по поводу дискриминации. Не было предпринято никаких шагов, чтобы оценить воздействие политики, именуемой дискриминацией, на структуру рынка. Самый простой путь доказать, что дискриминация отдельной категории покупателей нацелена на ограничение конкуренции, — продемонстрировать, что дискриминационная политика ведет к снижению их доли на рынке в долгосрочном периоде. Нам сложно предположить, каковы были бы результаты такого анализа. Однако до сих пор доля независимых участников почти на всех этапах цепочки создания стоимости в нефтяном секторе с точки зрения мировых стандартов остается достаточно высокой.

Подход антимонопольных органов к обвинению «большой четверки» в дискриминации можно обобщить следующим образом. Хотя дискриминационные условия договоров в мировой практике рассматриваются как незаконные, поскольку они являются инструментом ограничения конкуренции, антимонопольные органы России пытаются интерпретировать их как «эксплуатирующие» типы нарушений. Естественно, при таком подходе стандарты доказательства становятся максимально облегченными: если продавец продает один и тот же товар по разным ценам, можно с полным основанием утверждать, что он ущемляет интересы покупателей, которые платят больше.

Практически создается следующий стандарт легального поведения: продавай всем по одинаковой цене, а если тебе это кажется невыгодным — вообще не продавай продукт за пределами компании. Нетрудно заметить, что объективно запрет на дискриминацию повышает для ВИНК привлекательность внутрифирменных трансакций и снижает стимулы для оптовых продаж независимым покупателям.

*Изъятие товара из обращения.* Мало кто из экспертов ожидал фактического применения этой нормы в каких бы то ни было антимонопольных делах. Причина проста: с точки зрения экономиста смысл доктрины «изъятия» непонятен, а стандарт легального поведения более чем сомнителен. Если это запрет на сокращение выпуска по сравнению с выпуском рынка, находящегося в состоя-

нии совершенной конкуренции, то его практическое применение и невозможно, и нецелесообразно. Если это запрет на такое сокращение величины продаж, которое приводит к росту цен, то он возлагает на продавцов риски любого изменения спроса. Например, если спрос неожиданно вырос, а продавец не увеличил объем поставок (или увеличил в недостаточном масштабе). При таком подходе «изъятием» окажется и более медленное по сравнению с ростом спроса повышение величины продаж в том случае, когда в предыдущем периоде ускоренный рост поставок при вялом спросе привел к снижению цены.

Однако именно последняя интерпретация была положена в основу обвинений ВИНК в изъятии товара из обращения в начале 2009 г. Попытки диверсифицировать продажи нефтепродуктов и выйти на экспортные рынки нефтепродуктов (совершенно оправданные в контексте снижения мировых цен нефти) были расценены как искусственное ограничение продаж на внутреннем рынке, т.е. изъятие товара из обращения. В качестве основного доказательства использовались сообщения информационных агентств типа: *«рост цен на... был вызван дефицитом, возникшим на фоне увеличения экспортных поставок»*.

Применение нормы об изъятии может рассматриваться как следующая практическая рекомендация: не меняй объем продаж на конкретном рынке и, главное, не перераспределяй объем продаж между рынками. Нетрудно заметить, что выполнение такой «рекомендации» предполагает крайне вялую маркетинговую политику и отказ от всех усилий продвинуть нефтепродукты российского производства (в отличие от сырой нефти) на мировые рынки. Попутно заметим: чем выше усилия по поддержанию стабильных объемов продаж на разных рынках, тем обычно выше волатильность цен при изменении спроса.

Решения разных судебных инстанций по делам «большой четверки» сами по себе представляют громадный интерес и могут быть объектом специального анализа, к сожалению, выходящего за рамки данного доклада. Апофеозом игнорирования минимальных требований к стандартам доказательства стало постановление Президиума ВАС РФ по делу ТНК-ВР (постановление Президиума ВАС РФ от 25 мая 2010 г. № 16678/09). Однако прежде чем давать оценку этому решению, необходимо отметить, что оно было продиктовано не только и не столько принципиальной позицией ВАС РФ по рассматриваемым вопросам, сколько политическими соображениями. Не случайно за день до выхода постановления

была организована встреча И.Ю. Артемьева с председателем Правительства РФ В.В. Путиным. В открытой части встречи цены на нефтепродукты и дела против нефтяных компаний не обсуждались, однако, по мнению подавляющего большинства комментаторов, именно эта встреча была средством и индикатором политической поддержки позиции Федеральной антимонопольной службы. В результате суд принимает решение с обоснованием, содержание и сами принципы которого резко контрастируют с обычно гораздо более взвешенным подходом ФАС РФ.

Можно быть почти уверенными, что редкий суд на территории РФ в последние пять лет принимал такую мотивацию определения географических рынков: *«Географическими границами рынков является территория Российской Федерации, поскольку реализация нефтепродуктов производилась во всех субъектах Российской Федерации совместно доминирующими вертикально интегрированными компаниями»*. Постановление повысило легитимность бухгалтерского критерия при определении монополично высокой цены: поскольку сопоставимых с Российской Федерации рынков нет, *«применение ФАС только второго критерия монополично высоких цен является обоснованным»*.

В отношении эквивалентности трансакций постановление усилило позиции представителей совершенно примитивного понимания дискриминации: *«Суды не учли, [что] запрет создавать дискриминационные условия и устанавливать... необоснованное различие цен на один и тот же товар распространяется на всех хозяйствующих субъектов при заключении сделок как внутри вертикально интегрированной группы, так и вне ее»*. Постановление не просто проигнорировало границы между фирмой и рынком, поддержав позицию ФАС, что операции внутри группы лиц оказывают влияние на конкуренцию, должны учитываться при расчете рыночной доли на рынке, а их условия могут без каких-то поправок сопоставляться с условиями договоров с любыми внешними контрагентами. Постановление сделало такой подход универсальным в российской антимонопольной практике, указав, что это толкование обязательно при рассмотрении арбитражными судами аналогичных дел.

Введение облегченных стандартов экономической аргументации для антимонопольных органов возлагает бремя доказательств на обвиняемых. При этом обвиняемая сторона, в отличие от ФАС, должна давать исчерпывающие объяснения своим действиям: *«общество не представило надлежащих доказательств экономической обоснованности цен»*; *«общество не представило до-*

*казательств того, что созданные им условия реализации нефтепродуктов являются действиями, соответствующими Закону о защите конкуренции».*

Интерпретируя результаты рассмотрения дел по факту злоупотребления доминирующим положением, мы не можем определить, в какой степени принятые решения обусловлены «революционной необходимостью», а в какой — недостатками антимонопольного законодательства и неспособностью участников системы правоприменения использовать закон. Результативность дел против нефтяных компаний должна оцениваться на основе реальных целей, которые ставило перед собой государство. Мы вполне допускаем существование таких критериев, по которым дела против российских ВИНК полностью достигли поставленных целей. Однако в любом случае принятые решения не способствуют выполнению главной задачи антимонопольного законодательства — предоставлять участникам рынка правильные сигналы о различиях между легальными и нелегальными действиями именно с точки зрения защиты конкуренции.

### **3.5. Предварительный контроль слияний: риски регулирования цен и действий участников сделок**

В результате изменений в законодательстве и, как следствие, снижения числа рассматриваемых сделок ФАС получила возможность осуществлять более глубокий анализ каждой из них: это способствовало тому, что и доля разрешений на слияние, выданных одновременно с предписанием, и доля отказов в разрешении несколько повысились (рис. 3.3).

Новая модель предварительного контроля слияний могла бы получить безоговорочно высокую оценку. Препятствием для этого является содержание предписаний, выдаваемых участникам рынка. Доля сделок, разрешенных вместе с предписанием, составляет от 1/10 до 1/9 в числе положительных решений ФАС. Особое место в составе поведенческих предписаний занимают предписания о будущих ценах, включая запрет на повышение цен сверх заданного уровня или обязательство обосновывать темпы повышения цен сверх этого уровня (некоторые примеры даны в табл. 3.2, где предписания о ценах разделены на «поведенческие» и «информационные»).



**Рис. 3.3.** Число рассмотренных ходатайств о слияниях, выданных предписаний и отказов в ходатайстве: 2007–2009 гг.

*Источник:* Доклад «О состоянии конкуренции в Российской Федерации» (за 2009 г.). С. 202.

Существуют две типовые формулировки предписаний: не повышать цену более чем на заданную величину за период или при повышении цен более чем на заданную величину уведомлять антимонопольный орган с представлением мотивировки повышения цен. Иногда ФАС не предписывает конкретную границу повышения цены, указывая, однако, что в обязанности продавца входит «удовлетворение потребностей покупателей по разумным ценам».

Обычно ФАС исходит из стандартного темпа роста цен — около 20% в год, делая при этом исключение для компаний-экспортеров, для которых в качестве ориентира использована цена на мировых биржевых площадках. Период назначения темпа роста (месяц, квартал, полугодие или год), видимо, соответствует представлению ФАС об остроте проблемы повышения цен. Возможно, ФАС также устанавливает ожидаемую периодичность мониторинга выданного предписания. Симптоматично, что предписания о предельном уровне повышения цен выдаются в том числе и продавцам на рынках, где оправданность подобных ограничений заведомо сомни-

тельна даже с позиции экспертов, которые поддерживают идею подобного «мягкого» ценового регулирования. Не до конца понятны мотивы выдачи предписаний о ценах поставщикам военной техники — как будто бы государство в качестве единственного покупателя их продукции не в состоянии влиять на цену в процессе переговоров! Неясен и смысл выдачи предписаний продавцам молочной продукции, хлеба и хлебобулочных изделий, поставщикам яиц, т.е. компаниям, действующим на рынках, где конкуренция оказывает значимое влияние на уровень цен.

Выдача предписаний, содержащих ограничения на повышение цен, означает дрейф антимонопольной политики в сторону модели тарифного регулирования, применяемого на рынках, где в общем случае основания для регулирования цен отсутствуют. Сегодня рано говорить о том, насколько хорошо выполняются выданные ФАС предписания. Однако мировой опыт показывает, что действенным инструментом борьбы с повышением цен может быть развитие конкуренции, но регулирование цен (вне зависимости от степени его мягкости и жесткости) таким инструментом быть не может.

Инструмент рекомендованных цен способен, напротив, привести к ограничению конкуренции на целевых рынках участников слияний. Следование рекомендуемым темпам повышения цен может быть формой успешного молчаливого сговора. Информация о рекомендуемых темпах повышения цен координирует всех продавцов, а не только участников конкретных рынков, «подсказывая» им, на какую величину они могут вполне безопасно повышать отпускные цены. Более того, можно ожидать, что российский производитель, услышав о том, что антимонопольный орган установил конкуренту предельный уровень повышения цены — 5% в квартал, решит, что это и есть тот самый абсолютный минимум, на который он должен немедленно повысить собственную цену.

Помимо верхней границы повышения цен предписания ФАС часто включают и другие поведенческие условия. Часть из них до известной степени повторяют требования закона и выполняют для продавцов роль дополнительного источника информации о том, какие действия им запрещены. Некоторая часть предписаний в принципе более требовательна и могла бы налагать риски на компании — требуя, например, «не сокращать производство (как альтернатива — закупки сырья для переработки) без экономических и/или технологических обоснований». За 2006–2009 гг. из предписаний по около 230 сделкам, размещенным на сайте ФАС,

**Таблица 3.2** Примеры поведенческих и информационных предписаний о ценах в 2008—2010 гг.

Дата	Отрасль	Содержание сделки	Граница повышения цен
Март 2008	Пиво	Компания «Карлсберг А/С» приобретает 50% акций компании «Балтик Бевериджиз Холдинг АБ»	10% единовременно
Март 2008	Коксующиеся угли	ООО «Мечел-Инвест» приобретает права, позволяющие определять условия осуществления предпринимательской деятельности ОАО «Эльгауголь»	15% в год
Март 2008	Коксующиеся угли	ООО «УК «Мечел» приобретает права, позволяющие осуществлять функций исполнительного органа ОАО «ХК «Якутуголь»	15% в год
Апрель 2008	Кабельно-проводниковая продукция	ОАО «Севкабель-Холдинг» приобретает 75,0037% обыкновенных именных акций ОАО «Завод Микропровод»	10% в полугодие
Апрель 2008	Производство самосвалов	ООО «Автоинвест Лимитед» приобретает 88,8% голосующих акций ОАО «КАМАЗ-Капитал»	20% в год
Апрель 2008	Разведка полезных ископаемых	ОАО «Полиметалл» приобретает 83,75% акций с правом голоса ОАО «Аурум»	21% в полугодие
Август 2008	Строительные материалы	ООО «КНАУФ ГИПС» приобретает 100% акций с правом голоса ЗАО «НьюКом»	5% в полугодие
Октябрь 2008	Молочная продукция	ООО «КОМОС ГРУПП» приобретает права, позволяющие осуществлять функции единоличного исполнительного органа ОАО «Кезский сырзавод»	10% в полугодие

Ноябрь 2008	Вертолеты и прочая промышленная продукция	ОАО «Вертолеты России» приобретает права, позволяющие осуществлять полномочия единоличного исполнительного органа ОАО «Казанский вертолетный завод»	10% в полугодие
Ноябрь 2008	Вертолеты и прочая промышленная продукция	ОАО «ОПК «БОРОНПРОМ» и лица, входящие в одну с ним группу, приобретают более 25% голосующих акций ОАО «Уфимское моторостроительное производственное объединение»	20% в год
Декабрь 2008	Добыча и переработка соли	Компания «РусСоль Лимитед» приобретает 75% голосующих акций в уставном капитале ОАО «ИлецксоЛЬ»	10% в полугодие
Январь 2009	Авиационная техника	ОАО «Вертолеты России» приобретает права, позволяющие осуществлять полномочия единоличного исполнительного органа ОАО «Кумертауское авиационное производственное предприятие»	20% в год
Январь 2009	Военная техника	ОАО «Вертолеты России» приобретает права, позволяющие осуществлять полномочия единоличного исполнительного органа ОАО «Арсеньевская авиационная компания "ПРОГРЕСС" им. Н.И. Сазыкина»	20% в год
Январь 2009	Авиационная техника	ОАО «Вертолеты России» приобретает права, позволяющие осуществлять полномочия единоличного исполнительного органа ОАО «Улан-Удэнский авиационный завод»	20% в год
Январь 2009	Авиационная техника	ОАО «Вертолеты России» приобретает права, позволяющие осуществлять полномочия единоличного исполнительного органа ОАО «Московский машиностроительный завод «Вперед»	20% в год
Январь 2009	Коксующиеся угли	ООО «УК «Мечел» приобретает права, позволяющие осуществлять функции единоличного исполнительного органа ОАО «Угольная компания «Южный Кузбасс»	10% в полугодие

Продолжение табл. 3.2

Дата	Отрасль	Содержание сделки	Граница повышения цен
Январь 2009	Авиационная техника	ОАО «Вертолеты России» приобретает права, позволяющие осуществлять полномочия единоличного исполнительного органа ОАО «Ступинское машиностроительное производственное предприятие»	10% в полугодие
Январь 2009	Полуфабрикаты из алюминиевых сплавов	ООО «Сибирская металлургическая компания» приобретает долю в размере 99% в уставном капитале ООО «КраМЗ»	10% в полугодие
Январь 2009	Пассажирские вагоны	ЗАО «Альянс» приобретает 50% долей в уставном капитале ООО «Сапфир»	20% в год
Март 2009	Реализация бензина и дизельного топлива	ОАО АФК «Система» приобретает 72,55% голосующих акций ОАО «Башкирнефтепродукт»	5% в 90 дней
Март 2009	Путевые машины и гидроприводы	ЗАО «Национальный капитал» приобретает 92,5% голосующих акций ОАО «Калужский завод путевых машин и гидроприводов»	10% в полугодие
Март 2009	Железно-дорожные цистерны	ЗАО «УБТ-Уралвагонзавод» приобретает более 50% голосующих акций ОАО «Уралкриомаш»	20% в год
Апрель 2009	Радиотехника и электроника	ОАО «Концерн «РТИ Системы» приобретает более 75% голосующих акций ОАО «НПП «Пирамида»	20% в год

Май 2009	Авиационная техника	ОАО «ОПК «ОБОРОНПРОМ» приобретает до 75% голосующих акций ОАО «Металлист-Самара»	20% в год
Май 2009	Производство хлеба	ООО «АПК «Стойлнская Нива» приобретает права, позволяющие осуществлять функции исполнительного органа ОАО «Пензенский хлебозавод № 2»	10% в полугодие
Май 2009	Авиационные двигатели и вертолетные редукторы	ООО «УК «Объединенная двигателестроительная корпорация» приобретает права, позволяющие осуществлять полномочия единоличного исполнительного органа ЗАО «Мотосервис-ПМ»	20% в год
Май 2009	Авиационные двигатели	ООО «УК «Объединенная двигателестроительная корпорация» приобретает права, позволяющие осуществлять полномочия единоличного исполнительного органа ОАО «Пермский моторный завод»	20% в год
Июнь 2009	Детали трубопроводов	ЗАО «Объединенная металлургическая компания» приобретает права, позволяющие осуществлять функции исполнительного органа ОАО «Трубодеталь»	10% в полугодие
Июнь 2009	Производство чугуна	ЗАО «Объединенная металлургическая компания» приобретает права, позволяющие осуществлять функции исполнительного органа ОАО «Чусовской металлургический завод»	10% в полугодие
Июль 2009	Производство хлеба	ООО «АПК «Стойлнская Нива» приобретает права, позволяющие осуществлять функции исполнительного органа ОАО «Пензенский хлебозавод № 4»	10% в полугодие
Июль 2009	Строительные материалы	Компания «Лэйкбед Трейдинг Лимитед» приобретает долю в уставном капитале ООО «ПИК Неруд»	20% в год
Сентябрь 2009	Сельское хозяйство	ООО «ОГО-Профит» приобретает 100% голосующих акций ЗАО «Георгиевская птицефабрика»	10% в полугодие

Окончание табл. 3.2

Дата	Ограсль	Содержание сделки	Граница повышения цен
Сентябрь 2009	Машино-строительная продукция	ОАО «Атомэнергомаш» приобретает 99,78% голосующих акций ОАО «Нижегородский машиностроительный завод «Вента»	20% в год
Октябрь 2009	Электрическое оборудование	Компания «Шнейдер Электрик Индустри АО» приобретает 100% голосующих акций ЗАО «Группа компаний «Электротрим-ТМ Самара»	20% в год
Ноябрь 2009	Военная техника	ОАО «ГСКБ «Алмаз-Антей» производит реорганизацию в форме присоединения ОАО «НИИРП», ОАО «МНИИПА», ОАО «НИЭМИ», ОАО «МНИИРЭ «Альтаир» к ОАО «ГСКБ «Алмаз-Антей»	20% в год
Февраль 2010	Производство станков для обработки металлов	ЗАО «Завод «Электромедоборудование» приобретает 100% голосующих акций ЗАО «Кикерино-Электрик»	20% в год
Март 2010	Удобрения	ОАО «СИБУР-Минудобрения» приобретает 96,845% голосующих акций ОАО «Минеральные удобрения»	5% в квартал
Март 2010	Зерно и мука	ОАО «АПК «ОГО» приобретает 100% акций ОАО «Новосибирскхлебопродукт»	10% в полугодие

\* Строки, выделенные курсивом, соответствуют тем решениям ФАС, где участникам сделок были выданы поведенческие предписания, в остальных сделках предписания носили информационный характер.

Источник: составлено на основе данных ФАС.

приблизительно четверть содержали условия типа: «не отчуждать основные производственные средства, не изменять назначение оборудования», четверть — «не прекращать производство в результате реорганизации, ликвидации, банкротства или прекращения деятельности» и каждое седьмое — «не снижать объемы производства, продаж, поставок» [без дополнительного обоснования]. При определенных обстоятельствах такие условия могут оказаться обременительными для бизнеса (если его интересы диктуют именно выход из определенного вида деятельности). Свыше половины предписаний содержат требование недискриминационности в отношениях с продавцами и/или покупателями. Можно представить ситуацию, в которых невыполнение выставленных предписаний, продиктованное интересами бизнеса и при этом объективно не ограничивающее конкуренцию, могло бы привести к возникновению проблем у компаний. Однако такие примеры единичны, что скорее всего означает, что контроль выполнения предписаний занимает в деятельности антимонопольных органов более скромное место, чем выработка этих предписаний.

Необходимо заметить, что в принципе предписания при анализе слияний выдвигаются ФАС существенно чаще, чем, например, Европейской комиссией по конкуренции. Последняя обращается к так называемой II фазе анализа сделки (на которой и вырабатываются предписания) не чаще 10–20 раз в год. Частично сама многочисленность выданных предписаний может объяснять недостаточные усилия по контролю их исполнения.

\* \* \*

Мы попытались продемонстрировать, что развитие антимонопольного законодательства в России — как на уровне законов, так и на уровне их применения судами, — несет в себе угрозы не только дрейфа антимонопольной политики в сторону прямого регулирования, но и причинения неоправданного ущерба интересам бизнеса в результате ошибок правоприменения. Ключевой вопрос: кто именно может пострадать от этих ошибок? Понятно, что довольно сложно вызвать как у гражданского общества, так и у экспертного сообщества сочувствие к российским нефтяным компаниям. Гораздо чаще можно встретить точку зрения, что хотя их вина и не доказана в соответствии с высокими стандартами экономического анализа, само применение этих стандартов являлось бы лишь дальнейшей уступкой нефтяному лобби. Прибыль нефтяных компаний высока, наложенные штрафы их не разорят, и пусть ре-

зультаты антимонопольных дел не будут способствовать развитию конкуренции, однако вреда обществу тоже не принесут, а страсть к поиску виновных (в высоких ценах) будет удовлетворена.

Можно заметить, конечно, недостатки подобной логики в части недооценки долгосрочных эффектов изъятия прибыли у крупных компаний. Все нефтяные компании действуют в глобальной экономике, бизнес даже «самых русских» из них становится все более и более интернациональным. Рост инвестиций российских компаний за рубежом — безусловно, положительный фактор их развития, но национальная экономика точно не выиграет от того, что новые нефтеперерабатывающие мощности будут строиться в Восточной Европе, а не в России. Именно такой эффект имеет любое одновременное повышение сборов (неважно, в форме налогов или штрафов) и введение дополнительных ограничений на модели ведения бизнеса.

Однако не менее (а иногда даже более) серьезные проблемы в результате объективных ошибок применения антимонопольного законодательства могут возникать не у крупного бизнеса, не очень интенсивно конкурирующего на своих целевых рынках, а у компаний среднего размера, перестраивающих бизнес-модель, ищущих лучшие способы организовать продвижение своей продукции на рынки. Для них «ползучий регуляционизм» современного антимонопольного законодательства представляет, может быть, еще большую опасность. Даже если в действиях компаний нельзя найти признаки ограничения конкуренции, то свидетельства причинения ущерба контрагентам ФАС обнаружить в состоянии. Пример тому — применение норм о незаконности вертикальных соглашений против компаний IT-сектора, рассмотренных в п. 3.3.2. Именно конкуренция может подталкивать предпринимателей к тому, чтобы опробовать новые формы взаимодействия с дистрибьюторами и поставщиками. Именно самые активные владельцы бизнеса ищут нестандартные формы контрактации как способ повысить конкурентоспособность. В этих условиях антимонопольные запреты могут послужить средством, ограничивающим выбор инструментов конкуренции.

## Заключение

Проведенный анализ позволяет сделать следующие выводы относительно содержания российского антимонопольного законодательства и тенденций его изменения в последние годы.

1. Структура российской антимонопольной политики на протяжении всего периода ее существования была и остается исключительно диверсифицированной, перегруженной разнородными задачами, что объективно не может не ограничивать результативность применения антимонопольного законодательства.

2. Российское антимонопольное законодательство, регламентирующее деятельность хозяйствующих субъектов, на протяжении всего рассматриваемого периода сохраняет крен в сторону решения задач защиты конкурента/контрагента, в противоположность защите конкуренции.

3. В последние годы в применении антимонопольного законодательства усиливается тенденция «ползучего регуляционизма». Это проявляется и в обсуждении обоснованности цен издержками, и в расширении практики «рекомендованных цен» или «рекомендованных темпов повышения» цен.

4. За резким повышением санкций последовали изменения, которые объективно привели к снижению ожидаемых санкций за нарушение антимонопольного законодательства и к расширению возможностей торга между нарушителем и антимонопольным органом по поводу размера санкций.

5. Процесс постепенного повышения стандартов экономической аргументации — как в расследованиях антимонопольного органа, так и в судебных делах — зачастую отбрасывается назад произвольными решениями судов высшей инстанции.

6. Неспособность доказывать наличие явного сговора между продавцами приводит к широкому использованию обвинений в «молчаливой координации» — прежде всего в согласованных действиях и злоупотреблении коллективным доминированием.

7. Критерии разделения вертикальных соглашений на законные и незаконные в России приняты по крайней мере в двух вариантах, основанных на разных принципах.

8. Ярким проявлением регуляционизма выступает норма о незаконности монопольно высокой цены, которая определяется как сумма бухгалтерских затрат и нормативной прибыли. Преобладание бухгалтерского подхода, свойственного регулируемым отрас-

лям, к экспертизе цены закрепляется сверхвысокими требованиями к квалификации рынка как сопоставимого. В свою очередь, угроза применения нормы о незаконности монопольно высокой цены повышается благодаря устранению нижней границы рыночной доли при квалификации доминирующего положения.

9. Несмотря на безусловные успехи реформы системы предварительного контроля слияний, эта система также демонстрирует некоторые признаки сползания к регуляционизму в виде широко распространенной практики определения максимальной границы цены (ценового потолка).

Непрерывный процесс изменений содержания антимонопольного законодательства не дает возможностей для более или менее обоснованных оценок результативности его применения.

Любой доклад должен завершаться рекомендациями. Однако в нашем случае конкретные рекомендации сформулировать сложно, поскольку они зависят от выбора между принципиально разными вариантами. Либо антимонопольной политике возвращается положенное ей место как политике, нацеленной **на защиту конкуренции**, с разумным разграничением между легальными и нелегальными действиями в законодательстве и с разумными стандартами доказательств. Либо антимонопольная политика продолжает применяться как инструмент решения текущих проблем, в том числе совершенно популистского толка.

Во втором случае нужно понимать, что антитраст фактически замещается регулированием, со всеми его дополнительными возможностями и недостатками. Называя вещи своими именами, мы по крайней мере избавимся от необходимости оценивать российское антимонопольное законодательство и практику его применения, используя критерии, свойственные антитрасту, в то время как оценивать его следует только и исключительно как метод прямого государственного регулирования. Совершенствовать антимонопольную политику в этом направлении можно, но речь идет именно о развитии системы регулирования, обсуждение которой выходит за рамки данного доклада.

Если же речь идет все-таки о возврате к антимонопольной политике как таковой, то в первую очередь необходимо предоставить антимонопольным органам и судам истинную независимость. Оба участника системы правоприменения — и антимонопольные органы, и суды — показали, что, находясь вне политического давления, они способны на разумные, взвешенные и эффективные решения. Сейчас уже почти никто не помнит, насколько тяжелым для биз-

неса было бремя предварительного контроля слияний до 2005 г. — результативные изменения были сделаны под руководством И.Ю. Артемьева оперативно и дали эффект молниеносно. Точно так же пять лет назад почти никто не надеялся, что в российских судах будут разворачиваться настоящие баталии по поводу экономического анализа рынка, включая обсуждение содержательных и очень непростых вопросов. Однако ФАС смог разработать очень хорошую методическую основу для оценки состояния конкуренции и побудить к ее использованию путем резкого роста ожидаемых санкций для нарушителей.

На этом пути ошибки неизбежны, но, по крайней мере, само направление движения позволяло бы сформулировать четкие рекомендации. Чтобы вернуться на этот путь, по нашему мнению, необходимо следующее.

1. Прекратить неконтролируемое изменение закона «О защите конкуренции». В нем достаточно норм для того, чтобы осуществлять разумную антимонопольную политику. Есть в нем и явно лишние для решения поставленной задачи нормы, но даже в этом случае правильнее менять не закон, а модель его применения.

2. Решительно прекратить создавать отраслевые антимонопольные нормы, подобные содержащимся в законе «Об основах регулирования торговой деятельности в Российской Федерации». Стремление регулировать хозяйственные отношения на рынках вне минимально необходимого, с точки зрения экономистов, вообще не заслуживает поддержки. Но еще хуже оправдывать нормы, перераспределяющие выигрыши в пользу одной из групп участников рынка, целями защиты конкуренции.

3. В связи с вышесказанным признать, наконец, что целью применения антимонопольного законодательства не должна быть защита отдельных групп участников рынков, как бы этого не хотелось. Антимонопольные запреты должны быть нацелены против исключаящих практик, а не против нанесения контрагентам ущерба (вне связи с ограничениями конкуренции). Это автоматически означает смену приоритетов в применении норм о злоупотреблении доминированием (снижение числа дел, возбуждаемых по факту монопольно высокой цены) и о вертикальных соглашениях (никаких дел по факту нанесения ущерба в рамках добровольно заключенных договоров за пределами отраслей естественных монополий). Другим автоматическим следствием выдвинутого принципа является отказ от разделения нарушений антимонопольного законодательства на «ограничивающие конкуренцию»

и «наносящие ущерб», со снижением санкций за второй тип нарушений. «Нанесение ущерба», как оно понимается в настоящее время, вообще не следовало бы рассматривать как нарушение антимонопольного законодательства. Такой шаг, безусловно, привел бы к снижению популистских возможностей ФАС, но резко повысил бы обоснованность его действий.

4. Не предоставляя антимонопольным органам права на осуществление оперативно-розыскных действий (мы в целом согласны, что такое решение было бы сопряжено со слишком высокими рисками, а риски от сотрудничества ФАС с МВД выглядят еще выше), мы не должны требовать от ФАС суперэффективной борьбы с тайными соглашениями. Необходимо быть реалистами: следует хвалить антимонопольные органы за усилия по предотвращению ограничений конкуренции со стороны органов власти (что они могут сделать) и поддерживать эти усилия, но не критиковать за низкие показатели раскрываемости картельных соглашений (чего они сделать не могут). А самое главное — не побуждать ФАС преследовать участников рынка за недоказанные картельные соглашения (согласованные действия и злоупотребление доминирующим положением в форме монопольно высокой цены).

5. Необходимо остановить колебания маятника размера санкций. Вилка оборотных штрафов позволяет наказывать компании за ограничения конкуренции. Фиксированные же штрафы за ущерб вообще не должны применяться, поскольку масштабы преследования за нанесение ущерба (повторим еще раз, при недоказанности ограничений конкуренции) должны быть максимально сокращены.

Перечень конкретных действий, которые следовало бы предпринять для совершенствования российского антимонопольного законодательства именно как инструмента конкурентной политики, можно продолжать. Но повторим еще раз: все рекомендации бесполезны, пока не решен вопрос о соотношении защиты конкуренции и регулирования в деятельности российских антимонопольных органов.

## Краткое содержание доклада

В последние годы российское антимонопольное законодательство претерпело радикальные изменения. В 2006 г. был принят новый закон «О защите конкуренции». Резко повышены санкции за нарушения: в 2007 г. введены оборотные штрафы, а в 2009 г. — уголовная ответственность за ограничения конкуренции. Изменение законодательства, более активная деятельность Федеральной антимонопольной службы по его применению повысили роль антимонопольной политики с точки зрения ее воздействия на поведение хозяйствующих субъектов и места в системе государственного управления.

В то же время в сфере антимонопольного законодательства существует целый ряд серьезных проблем, связанных как с содержанием норм, так и с практикой их применения. Основными целями доклада являются оценка результативности российских антимонопольных законов и выработка рекомендаций по стратегии их совершенствования и применения.

Для адекватной оценки результатов необходимо определить объективные ограничения возможностей антимонопольной политики в России. Особенности российских рынков — высокие барьеры входа, консервативность отраслевой структуры, преобладание рынков с высокой концентрацией, тенденции повышения концентрации производства, второстепенность отечественного рынка для крупнейших национальных продавцов, активно конкурирующих на глобальном рынке, — объективно осложняют задачи развития конкуренции. На рынках, обладающих подобными характеристиками, выше стимулы участников к отказу от соперничества. Выше и возможности крупных компаний ограничивать конкуренцию в одностороннем порядке. Развитие конкуренции, кроме того, осложнено кризисом, точнее — программой антикризисных мер, опиравшейся преимущественно не на системные, а на селективные механизмы, что возродило одну из ключевых проблем российской модели поддержки бизнеса — создание и закрепление неравных условий конкуренции. Большинство факторов, препятствующих развитию конкуренции в России, не может быть устранено с помощью даже идеального применения идеального антимонопольного законодательства. Требуются меры активной конкурентной политики, включая повышение защиты прав собственности, расширение экономической свободы, снятие инфраструктурных ограничений. Антимонопольная политика — лишь один из инструментов развития конкуренции, играющий чрезвычайно важную роль, но инструмент не единственный. Результативность антимонопольной политики в России ограничена еще и значительно более широким, чем в странах с развитой рыночной экономикой, набором сфер ответственности антимонопольного органа, что в условиях ограниченных ресурсов не всегда

позволяет в полной мере сосредоточиться на действительно важных задачах.

Тем не менее российскому антимонопольному органу в последние годы удалось решить несколько принципиальных задач. К несомненным успехам следует отнести ужесточение санкций за нарушение и снижение пороговых значений для согласования сделок экономической концентрации. Введение с 2007 г. системы оборотных штрафов сделало последствия ограничения конкуренции чувствительными для продавцов. Введение программы освобождения от ответственности создает стимулы к отказу от нарушения для тех, кто в него уже вовлечен. Российский антимонопольный орган получил достаточно весомые инструменты для наказания, а следовательно, и для предотвращения ограничений конкуренции. Однако эффект от использования этих инструментов напрямую зависит от описания нелегальной практики и используемых в деятельности ФАС и в решениях судебных органов стандартов доказательств. При высоких санкциях значительно возрастают издержки ошибок для несправедливо обвиненных.

В то же время последние изменения системы санкций (2009–2010 гг.) предусматривают в определенном смысле «откат» и снижение масштабов наказания виновных. До известной степени это оправданно, поскольку позволяет предотвратить массовое использование антимонопольных санкций против продавцов, фактически не ограничивающих конкуренцию. Вместе с тем ослабление санкций снижает и угрозы для потенциальных нарушителей, а соответственно, стимулы воздерживаться от нарушений законодательства. Представляется малоэффективным снижение штрафов на отдельных рынках (ограничение штрафов за нарушение ст. 13 Федерального закона «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» (Закон о торговле) — 1 млн руб. или даже 5 млн руб.) и предложенное в рамках «третьего антимонопольного пакета» ограничение той же суммой штрафов за «нанесение ущерба». Не очень понятно, зачем вообще преследовать малозначимые нарушения и налагать на их инициаторов малочувствительные санкции. Возникает и более глобальный вопрос: о необходимости защиты в рамках антимонопольного законодательства не конкуренции, а контрагентов.

Радикальное сокращение масштабов и методов предварительного контроля слияний следует признать несомненным достижением ФАС. Новации законодательства — вывод ряда типов сделок из-под предварительного контроля и увеличение пороговых значений сделок, подлежащих согласованию, — позволили более чем вчетверо (с более чем 20 тыс. до 5 тыс. сделок в год) снизить масштабы предварительного контроля и тем самым издержки выполнения административной процедуры для самого антимонопольного органа и для бизнеса. Эти изменения позволили скон-

центрировать усилия ФАС на сделках, действительно способных оказать отрицательное воздействие на конкуренцию. Единственной проблемой, не позволяющей безоговорочно поддержать новую модель предварительного контроля, является содержание предписаний, выдаваемых участникам рынка. Заметное место в составе поведенческих предписаний занимает ограничение темпа роста цен. Предписания о предельном уровне повышения цен выдаются в том числе и продавцам на рынках, где оправданность подобных предписаний сомнительна (например, на рынках, где единственным покупателем является государство, или на рынках с достаточно развитой конкуренцией). Выдача предписаний, содержащих ограничения на повышение цен, создает опасность дрейфа антимонопольной политики в сторону тарифного регулирования, со всеми присущими ему недостатками. Этот инструмент может привести к ограничению конкуренции на целевых рынках участников слияний, поскольку информация о рекомендуемых темпах повышения цен координирует всех продавцов (а не только участников конкретных рынков), «подсказывая» им, на какую величину они могут вполне безопасно повышать цены.

Достижением применения антимонопольного законодательства может служить развитие стандартов квалификации доминирующего положения (за исключением коллективного доминирования). В 2006 г. в ФАС был разработан Порядок проведения анализа и оценки конкурентной среды на товарных рынках, утвержденный Приказом ФАС от 25 апреля 2006 г. № 108. Как методический документ, основа для формирования стандартов экономической аргументации Порядок 2006 г. заслуживал всяческой поддержки. Авторам документа удалось достичь редкой комбинации: одновременно продемонстрировать связь между компонентами анализа рынка и применением антимонопольного законодательства и предложить альтернативные решения ряда методических проблем. Порядок способствовал повышению качества экономической аргументации в делах по нарушениям антимонопольного законодательства как со стороны ФАС, так и со стороны обвиняемых в нелегальной практике.

Но позитивные тенденции развития российского антимонопольного законодательства, к сожалению, сопровождались и негативными.

Серьезными проблемами развития российского антимонопольного законодательства в 2006–2010 гг. стали, с одной стороны, растущие риски совершения ошибок I рода (признание незаконной той практики, которая реально не ограничивает конкуренцию), а с другой — ползучая тенденция к использованию антимонопольного законодательства не по назначению: для решения политических (а часто и популистских) задач, защиты интересов отдельных групп экономических агентов, а не конкуренции.

Риск ошибок I рода связан прежде всего с нормами, определяющими понятия коллективного доминирования и согласованных действий.

В условиях объективной сложности доказывания явного сговора о ценах или разделе рынка вместо прямых улик широко используются «квазидоказательства».

Доктрина коллективного доминирования основана на осознании того факта, что структура рынка воздействует на стимулы к молчаливому сговору. Однако из того, что при определенных условиях молчаливый сговор между продавцами *может* поддерживаться, выводится презумпция, что поведение крупных продавцов на данном рынке, отклоняющееся от эталона результата конкуренции, *должно* рассматриваться именно как результат молчаливого сговора. При этом сам факт координации или молчаливого сговора не нуждается в специальном доказательстве. Соответственно обеспечивается снижение издержек доказательства ограничения конкуренции для антимонопольного органа, и, напротив, резко возрастает вероятность признания нелегальной практикой действий участников рынка, которые и не собирались ограничивать конкуренцию.

Риски доктрины коллективного доминирования ярко проявились в делах против «большой четверки» вертикально интегрированных нефтяных компаний, на которые в результате этих дел были наложены огромные по российским меркам оборотные штрафы. Данные дела могут служить ярким примером снижения стандартов доказательств до неприемлемо низкого уровня, что может быть объяснено исключительно политической мотивированностью дел.

Принятое в российском законодательстве определение согласованных действий также позволяет уйти от доказательства прямого сговора и создает возможность вынесения решений по делу почти без доказательной базы. Причем проблемы законодательного определения согласованных действий еще более обострились в связи с решениями Высшего Арбитражного Суда. В частности, ВАС РФ встал на позицию, что вывод о наличии одного из условий, подлежащих установлению для признания действий согласованными, а именно что о совершении таких действий было заранее известно каждому из хозяйствующих субъектов, может быть сделан исходя из фактических обстоятельств их совершения. О согласованности действий, в числе прочего, может свидетельствовать тот факт, что они совершены различными участниками рынка относительно единообразно и синхронно при отсутствии на то объективных причин. Такая интерпретация дает изрядную свободу в определении согласованных действий через их объективированный результат, путем анализа состояния конкуренции на рынке. Кроме того, для целей признания действий хозяйствующих субъектов согласованными не имеет значения синхронность их начала, достаточно факта осуществления таких действий на момент их выявления антимонопольным органом. Данная трактовка позволяет квалифицировать как согласованные действия поведение в ситуации «ценового лидерства» (хотя сама по себе модель ценового лидерства не

является взаимовыгодной, но предполагает «синхронное» повышение цен) и, шире, вообще любые однонаправленные действия хозяйствующих субъектов вне зависимости от их рыночной доли и общего состояния конкуренции на рынке. Оценка «объективированного результата» не дает гарантии того, что одинаковое поведение контрагентов не было вызвано единой общей причиной. И такой подход все шире применяется судами. Обсуждаемый в настоящее время (зима 2010/11 г.) «третий антимонопольный пакет» предполагает в том числе уточнение понятия согласованных действий: в определении будут добавлены квалифицирующие критерии, по которым можно будет отличить просто параллельные действия на рынке, вызванные общими для всех условиями, от согласованных действий. Помимо этого участники согласованных действий освобождаются от уголовной ответственности. Как путь снижения числа ошибок и снижения их издержек для несправедливо обвиненных такие предложения нельзя не приветствовать. Однако эти изменения не решают основную проблему антимонопольной политики в России — неспособность привлечь прямые улики сговора о ценах.

Условием результативности антимонопольной политики является правильное применение этого инструмента. Его использование для целей, непосредственно не связанных с развитием и поддержанием конкуренции, приводит к снижению эффективности антимонопольной политики в тех областях, где она может быть успешной даже в непростых российских условиях. В последние годы антимонопольное законодательство все чаще начинает применяться как инструмент защиты одних групп экономических агентов в ущерб интересам других. Это проявляется, в частности, в нормах, регламентирующих допустимость или недопустимость тех или иных видов вертикальных соглашений. При этом достаточно взвешенная позиция закона «О защите конкуренции» в части определения допустимости вертикальных соглашений фактически разрушается другими документами. Принятое в 2009 г. постановление Правительства РФ № 583 запрещает все ценовые ограничения (в том числе и вполне безобидные «рекомендуемые цены»), а также некоторые виды неценовых условий, объявляя, в свою очередь, допустимыми «исключительные территории» (запрещенные, например, в Европейском союзе). Понять логику этого постановления мы не в состоянии. Еще более странными выглядят ст. 9 и 13 Закона о торговле, вводящие ряд запретов в отношениях между поставщиками продовольственных товаров и ритейлерами. Даже брошенный мельком взгляд на содержание статей позволяет понять, что цели большинства вводимых норм никак не связаны с развитием конкуренции. Запрет на возврат непроданных товаров поставщику, на требование информации об условиях договора с другими контрагентами, на требование унификации условий договора с разными контрагентами и многие другие не способны защитить конкуренцию. Более того, применение за-

претов способствует конкуренции. Например, требование недискриминационности условий договоров приводит к тому, что ритейлер не имеет права компенсировать различие конкурентных преимуществ поставщиков различием условий договоров с ними. В такой ситуации ему проще отказаться от заключения договоров с новыми контрагентами, которым он по логике этой статьи должен предложить те же условия, что и проверенным надежным партнерам. Тем самым ст. 9 и 13 закона становятся не способом поддержки всей группы поставщиков, а способом поддержки укоренившихся поставщиков в их конкурентной борьбе с новичками.

Перекос в сторону «защиты конкурента» в противовес защите конкуренции проявляется и в положении о том, что для квалификации действий (бездействия) как злоупотребления доминирующим положением достаточно наличия (или угрозы наступления) *любого* из перечисленных последствий, а именно: недопущения, ограничения, устранения конкуренции или *ущемления интересов других лиц* (этот момент подчеркнут решением Пленума ВАС РФ). Таким образом создается едва ли не презумпция нелегальности любой цены, назначаемой доминирующим участником рынка, которая противоречит интересам его контрагента. Тем более противоречащим закону становится различие в ценах, назначаемых разным контрагентом (поскольку, естественно, интересы того, кто платит больше, ущемляются). И данный подход был также использован в делах против «большой четверки»: совершенно игнорировались аргументы о том, что поставки разным покупателям в зависимости от объема, срока, периодичности, от длительности взаимоотношений влекут за собой разные не только транзакционные, но даже и трансформационные издержки (например, на логистику). Практически создается следующий стандарт легального поведения: продавай всем по одинаковой цене, а если тебе это кажется невыгодным — вообще не продавай за пределами компании. Нетрудно заметить, что объективно запрет на дискриминацию повышает для вертикально интегрированных компаний привлекательность внутрифирменных транзакций и снижает стимулы для продаж независимым покупателям.

Тревожная тенденция «ползучего регуляционизма» связана также с законодательным определением и практикой квалификации цен как монопольно высоких. Закон «О защите конкуренции» ввел два равноправных критерия монопольно высокой цены: превышение цены над ценой сопоставимого, но конкурентного рынка и превышение цены над экономически обоснованными издержками и прибылью. Однако второй подход на практике стал доминирующим. Разъяснение ВАС РФ 2008 г. позволило, если анализ не обнаруживает сопоставимых рынков, применять для квалификации монопольно высокой цены только превышение цены над суммой экономически обоснованных издержек и прибыли. Преобладание бухгалтерского подхода, свойственного регулируемым отраслям, к

экспертизе цены закрепляется сверхвысокими требованиями к квалификации рынка как сопоставимого. В результате мы получаем те же проблемы, которые характерны для тарифного регулирования: непонятные критерии определения «экономической обоснованности» затрат и прибыли и стимулы для компаний раздувать бухгалтерские издержки. Уточнение нормы о монопольно высокой цене в рамках «второго антимонопольного пакета» — введение «квазидинамического» определения — только усилило тенденцию к регулиционизму. В новой редакции предусмотрены два пути установления монопольно высокой цены: повышение цены в том случае, если есть возможность ее не повышать, и отказ от снижения, если оно возможно. Опираясь на принцип необходимого соответствия повышения цены росту издержек — значит то же самое, что вводить тарифное регулирование.

При этом обсуждение принципов квалификации монопольно высокой цены заслоняет гораздо более важный вопрос — о целесообразности широкого применения обвинения в этой практике. Само по себе назначение высокой цены даже доминирующим продавцом в принципе не означает ограничения конкуренции. Если мы говорим о товаре, который поставляется не только доминирующим продавцом, но и конкурентами, назначение сколь угодно высокой цены скорее будет стимулом для конкурентов расширять производство, а для потенциальных соперников — входить на рынок. Как инструмент ограничения конкуренции высокую цену имеет смысл рассматривать в единственном случае — в случае цены на услуги так называемых ключевых мощностей в регулируемых отраслях, когда конкурентов нет и в среднесрочной перспективе не будет, а для способности конкурировать на смежном рынке использование ключевой мощности принципиально. На остальных рынках предотвращение назначения монопольно высокой цены может иметь весьма неожиданные результаты, в том числе снижение стимулов входа, т.е. ограничение конкуренции.

Суммируя вышесказанное, можно сделать вывод, что результаты применения антимонопольного законодательства в России с точки зрения достижения его прямой цели — способствования развитию конкуренции, мягко говоря, неоднозначны. Для выработки конкретных рекомендаций по совершенствованию законодательства необходимо сначала сделать выбор между двумя принципиально разными стратегиями: либо антимонопольной политике возвращается положенное ей место как политике, нацеленной на защиту конкуренции (с разумным разграничением между легальными и нелегальными действиями в законодательстве и с разумными стандартами доказательств), либо антимонопольная политика продолжает применяться как инструмент достижения текущих политических и популистских целей. Во втором случае антитраст фактически замещается регулированием, со всеми его дополнительными возможностями и недо-

статками. И антимонопольное законодательство перестает быть инструментом поддержки конкуренции, сохраняя свое название, но не суть.

Если же речь идет все-таки о возврате к антимонопольной политике как таковой, то в первую очередь следует предоставить антимонопольным органам и судам независимость. Оба участника системы правоприменения — и антимонопольные органы, и суды — показали, что, находясь вне политического давления, они способны на разумные, взвешенные и эффективные решения.

Чтобы вернуться на этот путь, по нашему мнению, необходимо следующее.

1. Прекратить неконтролируемое изменение закона «О защите конкуренции». В нем достаточно норм для того, чтобы осуществлять разумную конкурентную политику (как показывают действия антимонопольных органов в те периоды, когда они не находятся под политическим давлением). В нем есть и явно лишние для решения поставленной задачи нормы, но даже в этом случае правильнее менять не закон, а модель его применения.

2. Решительно прекратить создавать отраслевые антимонопольные нормы, подобные содержащимся в Законе о торговле. Недопустимо оправдывать правила, перераспределяющие выигрыши в пользу одной из групп участников рынка, целями защиты конкуренции.

3. Признать, наконец, что целью применения антимонопольного законодательства не должна быть защита отдельных групп участников рынков. Антимонопольные запреты должны быть нацелены против исключаящих практик, а не против так называемого ущерба. Это автоматически означает смену приоритетов в применении норм о злоупотреблении доминированием (снижение числа дел, возбуждаемых по факту монопольно высокой цены) и о вертикальных соглашениях (снижение числа дел по факту нанесения ущерба в рамках добровольно заключенных договоров за пределами отраслей естественных монополий). «Нанесение ущерба» вне связи с ограничением конкуренции вообще не следует рассматривать как нарушение антимонопольного законодательства. Такой шаг, возможно, привел бы к снижению популистских возможностей ФАС и его популярности, но резко повысил бы обоснованность его действий.

4. В том случае, если антимонопольным органам не предоставляются широкие права на осуществление оперативно-розыскных действий (мы в целом согласны, что такое решение было бы сопряжено со слишком высокими рисками, а риски от сотрудничества ФАС с МВД выглядят еще выше), нельзя требовать от ФАС суперэффективной борьбы с тайными соглашениями. И самое главное — не побуждать ФАС преследовать участников рынка за недоказанные картельные соглашения (согласованные действия и злоупотребление доминирующим положением в форме монопольно высокой цены).

5. Необходимо остановить колебания маятника размера санкций. Вилка оборотных штрафов позволяет наказывать компании за ограничения конкуренции. Фиксированные же штрафы за ущерб вообще не должны применяться, поскольку масштабы преследования за нанесение ущерба должны быть максимально сокращены.

Перечень конкретных действий, которые целесообразно было бы предпринять для совершенствования российского антимонопольного законодательства именно как инструмента конкурентной политики, можно продолжить. Но повторим еще раз: все рекомендации бесполезны, пока не решен вопрос о соотношении защиты конкуренции и регулирования в деятельности российских антимонопольных органов.

*Научное издание*

Авдашева С., Дзагурова Н.,  
Крючкова П., Юсупова Г.

**Развитие и применение  
антимонопольного законодательства в России:  
по пути достижений и заблуждений**

Подписано в печать 28.03.2011. Формат 60×88 1/16  
Гарнитура NewtonС. Усл. печ. л. 6,8. Уч.-изд. л. 6,0  
Тираж 1000 экз. Изд. № 1428

Национальный исследовательский университет  
«Высшая школа экономики»  
125319, Москва, Кочновский проезд, 3  
Тел./факс: (495) 772-95-71