

ТРЕНДЫ ПРИМЕНЕНИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В РОССИИ¹³⁷

Авдашева С.Б.¹³⁸

д.э.н., профессор кафедры экономического анализа организаций и рынков,
замдиректора Института анализа предприятий и рынков НИУ ВШЭ
(г. Москва, Россия)

Шаститко А.Е.¹³⁹,

д.э.н., профессор кафедры прикладной институциональной экономики
экономического факультета МГУ им. М.В.Ломоносова
(г. Москва, Россия),
Директор центра исследований конкуренции и экономического регулирования
РАНХ иГС при Президенте РФ (г. Москва, Россия)

Аннотация

В последние годы роль антимонопольной политики в России выросла. Возможности антимонопольных органов обеспечивать выполнение норм законодательства, в том числе с помощью наказания нарушителей, резко возросли. Однако в применении антимонопольного законодательства наметились неблагоприятные тенденции. Главной причиной их возникновения стало именно усиление роли антимонопольной политики в кругу других инструментов экономической политики. Российское правительство ожидает от ФАС немедленных результатов, причем результатов видимых – проявляющихся в низких ценах и/или поддержке определенных групп участников рынка. Однако стремление сделать нормы антимонопольного законодательства бо-

¹³⁷ Лежащий в основе данной работы материал вошел в принятую к публикации журналом «Post-Communist Economies» (2011) статью «Russian anti-trust policy: power of enforcement versus quality or rules». Исследование осуществлено в рамках программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2011 г. Авторы выражают благодарность за участие в обсуждении и ценные замечания Ю.В. Симачеву, А.Г. Цыганову, А.Г. Сушкевичу, П.В. Крючковой, Н.Б. Дзагуровой и В.Л. Тамбовцеву.

¹³⁸ Авдашева С.Б. e-mail: avdash@hse.ru

¹³⁹ Шаститко А.Е. e-mail: saedd@mail.ru

лее результативными приводит к повышению числа ошибок I рода как в правоустановлении, так и в правоприменении. Ошибки не только налагают дополнительное бремя на несправедливо обвиненных, но и искажают стимулы к применению эффективной бизнес-практики, и наконец – способны привести к ограничению конкуренции как таковой. В статье рассматриваются три примера подобной деградации антимонопольных запретов – запреты на определенные условия договоров между поставщиками продовольственных товаров и розничными сетями, запреты на согласованные действия и злоупотребление коллективным доминированием в форме монополюс высокой цены, запрет на дискриминацию в качестве типа злоупотребления доминирующим положением.

Ключевые слова: антимонопольное законодательство, злоупотребление доминирующим положением, дискриминация, согласованные действия, коллективное доминирование

JEL-коды: K 210, L 400.

Введение

Особенности российской экономики предъявляют спрос на конкурентную политику. Преобладание в экономике рынков с высокой концентрацией производства, высокие барьеры входа, низкая защищенность прав собственности и слабые стимулы входа на рынок, сохраняющиеся и даже растущие административные ограничения бизнеса создают стимулы для отказа компаний от конкуренции. Государственная антикризисная политика, ориентированная на селективные меры поддержки вместо системных и на защиту преимущественно крупных продавцов способствовала ослаблению конкуренции на российских рынках (Симачев, Яковлев и др., 2009).

В то же время последствия слабой конкуренции — высокие и неэластичные в сторону понижения цены, невосприимчивость экономики к инновациям — осознаются как проблемы экономической политики, требующие своего разрешения. В качестве основного инструмента конкурентной политики в России традиционно выступает применение антимонопольных запретов, несмотря на то что содержание проблем ограничения конкуренции в большей степени требует применения активных, а не защитных методов (*pro-active vs protective*).

В последние годы роль антимонопольного законодательства как инструмента экономической политики резко повысилась. Об этом свидетельствует и растущее количество дел, и повышение суммы уплаченных штрафов. Крупнейшие компании важнейшей для России нефтяной отрасли – «большая четверка» («Роснефть», «Лукойл», «Газпромнефть» и ТНК-ВР) по делам, возбужденным в 2008–2010 гг. в рамках «первой» и «второй» волн антимонопольных дел, в соответствии с первоначально вынесенными решениями (без учета достигнутого мирового соглашения) должны были выплачивать более 26 млрд. руб. штрафов.

В то же время в применении российского законодательства проявился и ряд угроз, связанных со значительным масштабом ошибок I рода («ложноположительных результатов»), — как для бизнеса, так и, собственно, для антимонопольной политики. Двумя непосредственными источниками ошибок служат замещение антимонопольными запретами методов активной конкурентной политики и завышенные ожидания в отношении конечных результатов применения антимонопольных запретов. Эти два фактора, характерные не только для антимонопольной, но и для многих других направлений экономической политики в России, приводят к перерождению норм европейского антимонопольного законодательства в практике их применения. Перерождение норм в процессе их применения сопровождается не только снижением результативности использования антимонопольного законодательства для целей развития конкуренции, но и возникновением прямых угроз для конкуренции.

Цель статьи – продемонстрировать процесс и возможные последствия такого перерождения на трех типичных примерах. Первый – введение антимонопольных запретов в отно-

шения между поставщиками продовольственных товаров и продовольственными сетями. Второй – применение антимонопольного запрета на молчаливый сговор. Третий – использование в качестве признака нарушения антимонопольного законодательства нанесения ущерба контрагентам. Мы хотим показать, что применение искаженных норм может не только не способствовать достижению целей конкурентной политики, но и прямо препятствовать конкуренции.

Структура работы следующая. В параграфе 2 приводится краткий обзор исследований, посвященный необходимости конкурентной политики и проблемам применения антимонопольного законодательства как части конкурентной политики в экономиках со слабыми или молодыми институтами судебной системы, в том числе и в России. Параграф 3 содержит описание особенностей деятельности российского антимонопольного органа – Федеральной антимонопольной службы Российской Федерации и краткую историю применения антимонопольного законодательства. Параграфы 4–6 посвящены разным проявлениям рисков, проявившихся именно на фоне более активного применения антимонопольных запретов для достижения целей антимонопольной политики. В параграфе 4 анализируются возможные эффекты применения антимонопольных запретов к отношениям между поставщиками продовольственных товаров и сетями, реализующими продовольственные товары. Параграф 5 посвящен антимонопольным запретам на согласованные действия и монопольно высокую цену коллективно доминирующих продавцов как форму молчаливого сговора. Параграф 6 рассматривает проблему использования антимонопольных запретов в отношении практики компаний, не ограничивающей конкуренцию, на примере запрета на дискриминацию. Заключение подводит основные итоги.

1. Спрос на применение антимонопольного законодательства в переходных экономиках: решен ли вопрос?

Парадоксально, но в современных исследованиях, посвященных проблемам конкуренции и конкурентной политики, отсутствует консенсус по вопросу о том, насколько активно должно применяться антимонопольное законодательство в экономиках с относительно слабыми судебными институтами (в первую очередь – в переходных).

С одной стороны, развитие конкуренции и защищающих конкуренцию институтов входило в число базовых ценностей Вашингтонского и Пост-Вашингтонского консенсусов как программ экономических преобразований в странах, создающих рыночную экономику. Большинство российских и международных экспертов поддерживали и поддерживают тезис о необходимости повышения роли антимонопольного законодательства в России.

Необходимость последовательной конкурентной политики усугубляется не только благодаря особенностям структуры рынков в России – высокой концентрации¹⁴⁰, высоким издержкам входа, слабой угрозой входа (Estrin, Prevezer, 2010). Более важными препятствиями для конкуренции служила организация договоров и менталитет участников рынков. Благодаря политике централизованного планирования и размещения производства значительная часть производителей были утоплены в договорах, где и поставщик был безальтернативным для покупателя, и покупатель – для поставщика. Даже в 2002 г., по результатам опроса предприятий обрабатывающей промышленности, около четверти руководители предприятий говорили о том, что поменять основного поставщика их предприятию невозможно (Ясин, 2004).

Устоявшиеся традиции отсутствия конкуренции уже длительное время сдерживают конкуренцию на российских рынках. Конечно, российские предприниматели довольно быстро усвоили неизбежность конкуренции. Судя по результатам опросов, подавляющее их большинство к сегодняшнему дню считает, что конкуренция оказывает влияние на их поведение и результативность их бизнеса (Kuznetsov B., Dolgopyatova T. et al., 2011). В то же время в системе государственной власти идеи о неизбежности и даже ценности конкуренции далеко не укоренились. В том случае, когда решения политиков объективно ограничивают конкуренцию, это не вызывает озабоченности практически ни у кого, а не только у представителей группы интересов.

Однако широкое использование антимонопольных запретов в экономиках, подобных России, пользуется отнюдь не безоговорочной поддержкой. На первый взгляд кажется удивительным, что опасения в отношении возможных неблагоприятных результатов использования антимонопольного законодательства высказывают в первую очередь эксперты именно в области антитраста. Обзор развития и применения антимонопольного законодательства в странах с переходной и развивающейся экономикой показал, что в этих странах в принципе высока вероятность ошибок I рода – признания нелегальными тех действий, которые фактически не направлены на ограничение конкуренции (Rodriguez, Menon, 2010). Чем слабее традиции институтов судебной системы, тем выше вероятность ошибок I рода.

Один из ведущих экспертов по проблемам антитраста Д. Джерадин характеризует процесс распространения норм антимонопольного законодательства по странам с разным

¹⁴⁰ Прямые сопоставления показателей концентрации в России и зарубежных странах в границах страны в целом не показывают *очень существенных* различий. В частности, по состоянию на середину первого десятилетия нынешнего века, средневзвешенный показатель концентрации CR3 в отраслях российской промышленности составляет приблизительно 37% (для сравнения – средневзвешенный показатель CR4 в отраслях обрабатывающей промышленности США на тот же момент составлял 40%, а этот же показатель для Японии на начало 1990-х гг. – 66%) (Авдашева, Голованова, 2009). Одновременно неоднократно отмечалось, что географические границы российских рынков несколько уже по сравнению с рынками развитых стран, и на более дробном региональном уровне концентрация на российских рынках действительно высока (Broadman, 2000).

уровнем развития и различными правовыми системами как процесс «децентрализованной глобализации» (Geradin, 2009). С одной стороны, большинство стран, вводящих антимонопольное законодательство, заимствуют его в двух юрисдикциях с наиболее устоявшимися традициями применения – либо у Соединенных Штатов, либо у Европейского союза. С другой стороны, фактически применение законодательства совершенно уникально для каждой конкретной страны. По мнению Джерадина, процесс «децентрализованной глобализации» сопровождается определенными рисками для бизнеса. Нескоординированные решения на основе антимонопольного законодательства повышают издержки ведения бизнеса. В условиях неразвитых традиций антимонопольных дел растут риски произвольных решений. Наконец, национальная специфика в ряде случаев создает возможность для принятия отдельных решений по протекционистским мотивам. В целом в странах с неустоявшимися традициями применения антимонопольного законодательства велик риск превращения его в инструмент регулирования или квазирегулирования.

Многие из указанных рисков объективно были высоки в условиях России. Само содержание российского антимонопольного законодательства в самые первые годы его существования вызывало у международных экспертов – специалистов в области антитраста определенную озабоченность. В числе основных источников рисков указывалось на то, что в российском антимонопольном законе – впрочем, практически так же, как в большинстве антимонопольных законов, принятых в тот же период в странах Центральной и Восточной Европы, — недостаточно разграничен режим легальности для горизонтальных и вертикальных соглашений, и в качестве формы злоупотребления доминированием рассматривается причинение ущерба конкуренту и/или контрагенту (Pittman, 1998). Первая особенность законодательства создавала предпосылки для более жесткой, чем необходимо, трактовки условий вертикальных ограничивающих контрактов. Вторая – для преследования действий, которые не имеют отношения к ограничению конкуренции. Показательно, что оба этих риска в современном развитии антимонопольного законодательства оказались реализованы, как мы покажем в следующих параграфах.

2. Краткая история антимонопольного законодательства и его применения в России

Первый закон, содержащий антимонопольные запреты, был принят в России еще в 1991 г. Контроль за его выполнением был возложен на созданный годом ранее антимонопольный орган, который с 2004 г. носит имя Федеральной антимонопольной службы (ФАС России).

Антимонопольные нормы опирались на содержание и опыт применения европейского антимонопольного законодательства. Однако важнейшей особенностью и закона, и полно-

мочий антимонопольного органа был гораздо более широкий охват. Помимо норм о нелегальности ограничивающих конкуренцию соглашений и односторонних ограничений конкуренции со стороны крупных компаний, а также о режиме предварительного контроля слияний, закон включал статьи, посвященные недобросовестной конкуренции, ограничениям конкуренции со стороны органов власти, а затем – и о правилах проведения закупок для государственных нужд.

Сфера ответственности ФАС с тех пор только расширяется. В настоящее время на ФАС возложены полномочия по контролю законодательства о естественных монополиях, обязанность осуществлять специфическое отраслевое регулирование в отрасли электроэнергетики, а также в секторе розничных продаж продовольственных товаров в торговых сетях. Антимонопольный орган контролирует соблюдение правил закупок для государственных нужд, законодательства о рекламе. Объектами предварительного контроля помимо сделок экономической концентрации выступают инвестиции в стратегические предприятия, а также предоставление государственной помощи (Авдашева и др., 2011).

ФАС отличает не только значительный набор ответственности, но и большое число сотрудников. Помимо центрального аппарата, ФАС включает расположенные в субъектах РФ территориальные управления. Общее число сотрудников ФАС по состоянию на 2011 г. составляет около 3 тыс. человек, из них в центральном аппарате занято около четверти.

До 2004 г. собственно дела о нарушении антимонопольного законодательства занимали в деятельности ФАС подчиненную роль. Непосредственной причиной этого выступала крайне низкий размер применяемых штрафов. Нарушитель антимонопольного законодательства мог выплатить фиксированный штраф, ограниченный максимальным размером полутора миллиона рублей. В начале 2000-х гг. по искам ФАС взыскивалось всего 20–30 млн. руб. штрафов ежегодно. Наибольшее число дел, связанных собственно с бизнесом, составлял контроль сделок слияний (около 20 тыс. сделок в год) и дела, касающиеся нарушения законодательства о рекламе (от 3 до 10 тыс. дел в год).

Новый этап в развитии антимонопольной политики в России начинается с образования ФАС и назначения ее руководителем И.Ю. Артемьева в 2004 г. Активность антимонопольного органа растет, при этом внимание фокусируется на нарушениях собственно антимонопольного законодательства, а среди антимонопольного законодательства – на нарушениях, совершаемых участниками рынка. Еще до пересмотра стандартов санкций величина налагаемых штрафов возрастает в три раза, составляя свыше 80 млн. руб. в год. Резко повышается минимальный размер сделки слияния, подлежащей контролю, и ФАС получает возможность концентрироваться на анализе относительно небольшого числа крупных сделок (около 1200 в 2010 г., по сравнению с 20–25 тыс. десятью годами ранее).

В 2006 г. принимается новый закон – «О защите конкуренции», содержащий новые определения нелегальных действий – коллективного (в противоположность индивидуальному) доминирования, согласованных действий, монопольно высокой цены.

В 2007 г. принимаются поправки в Кодекс об административных правонарушениях, вводящие систему оборотных штрафов за нарушение антимонопольного законодательства. Уже в следующем, 2008 г. размер взысканных ФАС штрафов повышается до полутора миллиардов рублей (рис. 1). Одновременно растет число дел, возбужденных в отношении продавцов как по факту координации, так и по факту одностороннего ограничения конкуренции (рис. 1).

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.

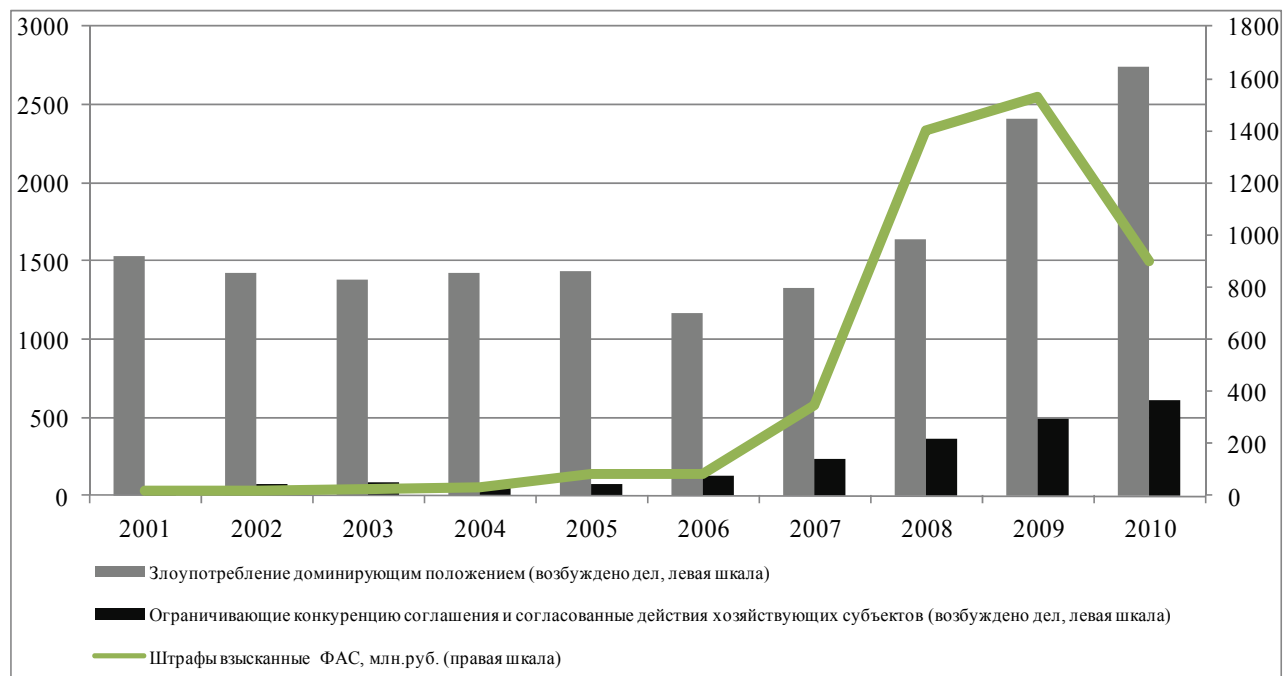


Рис. 1. Дела, возбужденные ФАС о нарушении антимонопольного законодательства: некоторые количественные характеристики (составлено на основе докладов ФАС «О состоянии конкуренции в Российской Федерации» и информационных сообщений Федеральной антимонопольной службы).

По делам, возбужденным в 2008 г., ФАС принимает решение о взыскании с «большой четверки» штрафов в размере 5,4 млрд. руб., а по второй волне дел 2009 г. – 20,7 млрд. Решения ФАС оспариваются в разных судебных инстанциях, однако после решений Высшего арбитражного суда по делу ТНК-ВР (май 2010 г.) и по делу компании «Газпромнефть» (февраль 2011 г.) стало очевидным, что по большинству обвинений компании будут признаны виновными. Осенью 2010 г. правительство предлагает, а компании принимают условия мирового соглашения, несколько снижающего сумму штрафа, который должны выплатить компании в результате первой волны дел.

Рост активности антимонопольных органов продолжается и за пределами крупнейших дел (рис. 1). За четыре последних года учетверяется число дел, возбужденных по факту соглашений и согласованных действий. Растет и без того немалое число дел по фактам злоупотребления доминирующим положением. ФАС возбуждает как минимум в десять раз больше дел против участников рынка, нежели Европейская комиссия по конкуренции и Министерство юстиции США и Федеральная торговая комиссия США.

Угроза состоит в том, что возросшие возможности ФАС используются не только для целей предотвращения и пресечения ограничений конкуренции. Правительство ставит перед антимонопольными органами задачу решения текущих проблем экономической политики, в первую очередь политики социальной. Об этом можно судить по отраслевой структуре возбуждаемых в последние годы дел о нарушении антимонопольного законодательства. Около 500 дел в течение последних трех лет возбуждено против нефтяных компаний – как центральным аппаратом ФАС, так и территориальными управлениями. Объяснение связано с тем, что цена нефтепродуктов является одним из индикаторов социальной политики в России. Несмотря на то что цены на бензин и дизельное топливо в РФ ниже, чем в подавляющем большинстве европейских стран, правительство рассматривает понижение цен в качестве элемента поддержки граждан и отраслей, использующих нефтепродукты (в первую очередь сельского хозяйства).

Повышение внутренних цен на продовольственные товары летом 2010 г. также послужило толчком к возбуждению дел о нарушении антимонопольного законодательства. Только по факту роста цен на гречку в настоящее время расследуется свыше 70 дел.

Ориентация ФАС на решение текущих экономических проблем в сочетании с требованием достижения оперативных результатов – пусть даже этим результатом будет само по себе привлечение к ответственности — привели к возникновению в российском антимонопольном законодательстве норм, которые не только не содействуют достижению целей конкурентной политики, но и прямо могут привести к ограничению конкуренции.

3. Цели и методы конкурентной политики в секторе розничной торговли: свидание вслепую

Наиболее активно обсуждаемым в течение 2008–2009 гг. законом в России выступал Закон «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации», принятый в декабре 2009 г. Нормы, содержащиеся в законе, рассматриваются как антимонопольные правила, разработанные с учетом особенностей конкретной отрасли.

При разработке и обсуждении норм закона предполагалось, что он должен решить два типа проблем, связанных со злоупотреблением рыночной властью со стороны крупных продовольственных сетей, – использование рыночной власти в отношении поставщиков и покупателей продовольственных товаров. В качестве основного индикатора рыночной власти и ее использования рассматривалась разница между оптовой и розничной ценой продовольственных товаров. В качестве дополнительного – условия в договорах между поставщиками продовольственных товаров и продовольственными сетями, которые стали известны как «дискриминирующие». При оценке условий договора как «дискриминирующих» часто смешивались и смешиваются два типа различий: различия условий поставки в зависимости от характеристик объекта договора и различия условий поставки для эквивалентных объектов договора. По крайней мере часть практик, рассматриваемых разработчиками закона как «дискриминирующие», представляют собой не наносящую ущерб конкуренции ценовую дискриминацию. Другая часть практик дискриминации отражает реально существующую проблему неравноправности переговорных позиций поставщиков продовольственных товаров и сетей¹⁴¹.

Проблемы, на которые указывали разработчики закона, объективно существуют и, безусловно, требуют своего решения методами экономической политики. Однако в качестве метода решения поставленных проблем выбраны антимонопольные запреты (или то, что сами разработчики закона считают антимонопольными запретами), но не методы структурной политики, не поддержка альтернативных продовольственным сетям торговых форматов, не разработка добровольно принимаемого стандарта заключения и сопровождения договоров, несмотря на то что альтернативные меры активно предлагались и бизнесом, и независимыми экспертами, в том числе со ссылками на международный опыт его применения.

Закон содержит два типа так называемых антимонопольных запретов, призванных скорректировать собственно структуру рынка и поведение продавцов. Статья 14 закона за-

¹⁴¹ Анализ практики заключения и выполнения договоров показывает, что положенное в основу разработанных законодательных норм представление о заведомой подчиненности интересов поставщиков интересам розничных сетей не соответствует действительности. Соотношение переговорной силы двух сторон может быть очень разным, в зависимости от объекта поставки, от региона и от общей конфигурации взаимоотношений на рынке. Подробнее об этом см. (Радаев, 2011).

прещает дальнейшее расширение продовольственной сети, если ее доля на рынке в географических границах муниципального округа достигла 25%. Статьи 9 и 13 закона вводят ряд запретов в отношении содержания договоров между поставщиками продовольствия и сетями. Запрещается требовать скидку от объема в размере свыше 10% от оптовой цены. Запрещается возврат непроданных товаров поставщику. Запрещается требовать от поставщика информацию об условиях договора с другими розничными продавцами, а также включать в договоры пункт о поставках в данную сеть на лучших условиях.

Даже поверхностный анализ показывает, что объектом запрета является не дискриминация как фаворитизм в отношении одних поставщиков в ущерб другим. Так называемые антимонопольные запреты предназначены для того, чтобы ограничить использование преимуществ переговорной силы продовольственными сетями и предотвратить перераспределение в их пользу созданной во взаимоотношениях квазиаренды.

Большая часть вводимых правил имеет к конкуренции лишь косвенное отношение. Предполагается, что ограничение использования рыночной власти продовольственных сетей против поставщиков должно способствовать улучшению экономического положения последних и тем самым содействовать росту национального сектора производства продовольственных товаров.

Некоторые нормы содержат вполне осязаемые угрозы ограничения конкуренции. Например, можно предположить, что запрет на расширение за пределы 25% рыночной доли в границах муниципального округа может снизить стимулы продовольственных сетей к конкуренции друг с другом. Результатом запрета на дискриминацию как различающиеся условия договоров – а именно так до сих пор трактуют дискриминацию антимонопольные органы и суды — может стать объективное снижение конкурентоспособности новых поставщиков. Если запрет на дискриминацию означает, что продавцы новой продукции должны иметь те же условия поставок, что и продавцы известной покупателю популярной продукции, продовольственные сети должны либо «переплачивать» новичкам, либо идти на риск антимонопольного преследования. Условия входа на рынок в результате введения запрета на дискриминацию для новичков не улучшаются, а ухудшаются¹⁴².

Неблагоприятные эффекты применения закона уже регистрируются¹⁴³. Практически сразу после его принятия произошло фактическое ужесточение контрактной практики во взаимоотношениях продовольственных сетей и поставщиков. По неофициальным и неподтвержденным данным, лишены возможности устанавливать различия условий договора в

¹⁴² Указанная закономерность является одним из частных эффектов, возникающих благодаря ограничениям, которые закон налагает на свободу договора. Подробнее об этой проблеме см.: (Новиков, 2009).

¹⁴³ Анализ последствий внедрения закона как с точки зрения соответствия результатов ожиданиям, так и с точки зрения появления неожиданных эффектов см.: (Даугавет, 2011).

законном порядке продовольственные сети перенесли дополнительные условия соглашений в область неофициальных договоренностей. В свою очередь, в качестве инструмента информента применяется угроза разрыва договорных отношений в принципе. Появились сведения, что некоторые крупные продовольственные сети вынуждали своих поставщиков подписывать дополнительные соглашения о прекращении поставок без указания даты договора – в качестве инструмента собственной страховки. Очевидно, что создание такого уровня неопределенности для поставщиков не лучше, а возможно, и хуже, чем применение к ним даже дискриминационных условий.

4. Борьба с молчаливым сговором: незаконность согласованных действий и монопольно высокой цены коллективно доминирующих продавцов

Антимонопольные запреты в России распространяются не только на явный сговор, но и на молчаливый сговор. Незаконность молчаливого сговора может быть объяснена двумя обстоятельствами. С одной стороны, особенности российских рынков – высокая концентрация, препятствия для входа, традиции кооперации между продавцами — повышают вероятность координации между продавцами. С другой стороны, российские антимонопольные органы лишены права на оперативно-розыскную деятельность¹⁴⁴, что затрудняет получение прямых улик. Эти два соображения перевесили риски, связанные с тем, что преследование молчаливого сговора сопряжено со значительной вероятностью ошибок I рода, ложно позитивными результатами.

Закон «О защите конкуренции» содержит два типа описания молчаливого сговора как незаконного: доктрину согласованных действий и доктрину монопольно высокой цены коллективно доминирующих продавцов¹⁴⁵.

Согласованные действия определены в законе как поведение продавцов в условиях взаимозависимости: *результат таких действий соответствует интересам каждого из указанных хозяйствующих субъектов только при условии, что их действия заранее известны каждому из них* (ст. 8). Иначе говоря, в число признаков согласованности не входят как таковые контакты между продавцами, координация рассматривается как полностью молчаливый сговор в отличие от подхода, используемого в европейской практике.

¹⁴⁴ В самое последнее время предпринимаются усилия по привлечению к антимонопольным расследованиям подразделений Министерства внутренних дел РФ. В конце 2010 г. именно таким образом были получены улики сговора между продавцами на рынке угля. Однако такая практика таит в себе как дополнительные возможности, так и дополнительные риски, сопряженные с процедурами получения улик.

¹⁴⁵ Более подробное сопоставление этих двух вариантов наказания за молчаливый сговор как друг с другом, так и с международной политикой по этому вопросу представлено в: (Авдашева, 2011). Анализ проблем применения нормы о коллективном доминировании с точки зрения экономистов представлен в: (Шаститко, 2011а,б), а с точки зрения юристов – в: (Мигитко, 2010).

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. Монопольно высокая цена определяется как превышающая цену конкурентного рынка и одновременно – сумму необходимых для производства издержек и прибыли. Вот это вторая часть определения де-факто используется в антимонопольных делах.

Таким образом, различие между согласованными действиями и коллективным доминированием лежит в плоскости ключевого признака координации. Для согласованных действий в качестве такого признака выступает поведение продавцов, соответствующее модели молчаливого сговора. Для злоупотребления коллективным доминированием в форме монопольно высокой цены – комбинация характеристик структуры рынка и уровня цены по сравнению с издержками.

В практике применения законодательства в качестве основного признака согласованных действий выступает собственно параллельное применение законодательства. Постановление Президиума Высшего арбитражного суда РФ в 2009 г. указало на то, что вывод о том, что действия продавцов вызваны сугубо координацией, можно сделать на основе результатов их поведения. Иначе говоря, главным доказательством согласованности становится просто параллельное поведение — назначение одинаковых цен или одинаковых условий договоров. Последующие комментарии со стороны и юристов, и экономистов, указывали на то, что таким образом в системе доказательств меняются причина и следствие. До настоящего времени стандарты доказательства согласованных действий в российских судах не включают ни анализа структуры рынка (информационной открытости, издержек входа и даже распределения рынка между продавцами), ни анализа превышения назначаемых цен над ценами конкурентного рынка. Во многих делах по факту согласованных действий – а их число достигает сотни в год — последующий анализ показывал, что продавцы назначали цены не выше, чем в соседних регионах, а в ряде случаев даже ниже.

В отношении доказательства факта монопольно высокой цены коллективно доминирующих продавцов неудовлетворительные стандарты доказательства были установлены как отдельными решениями, так и обобщениями Высшего арбитражного суда. Для оценки структуры рынка как коллективного доминирования фактически центральным элементом доказательства являются показатели концентрации. Анализ барьеров входа до сих пор в большинстве дел остается неудовлетворительным.

Оценка монопольно высокой цены отталкивается от сопоставления цен и суммы бухгалтерских издержек и некоторой нормативной прибыли. Часто используется сравнение динамики цен с динамикой бухгалтерских затрат.

Такие стандарты доказательства на первый взгляд не следуют из формулировок закона напрямую. Закон использует два равноправных критерия монополюно высокой цены – превышение цены над ценой сопоставимого рынка и превышение цены над экономически обоснованными издержками и прибылью. Однако первый критерий недолго оставался равноправным по отношению ко второму. Преобладание «бухгалтерского» подхода было достигнуто как использованным в законе определением сопоставимых рынков, так и восприятием по умолчанию самого понятия сопоставимости. Сопоставимость рынков, согласно закону, предполагает сопоставимость таких характеристик, как состав продавцов и покупателей, по условиям входа на рынок, по условиям государственного регулирования. 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 доминирующим продавцом или группой продавцов 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 2008 г. позволило, если анализ не обнаруживает сопоставимых рынков, применять для квалификации монополюно высокой цены только превышение цены над суммой экономически обоснованных издержек и прибыли. Именно такие стандарты доказательства монополюно высокой цены использовались в делах против «большой четверки» российских нефтяных компаний.

Используемые для квалификации молчаливого сговора нормы не только ведут к ошибкам I рода и создают издержки для несправедливо обвиненных продавцов. Они могут оказывать заметное отрицательное воздействие на конкуренцию.

Например, применение нормы о согласованных действиях может создать стимулы к расширению вертикально интегрированных компаний на стадию розничных продаж нефтепродуктов. В российских областях средняя доля независимых розничных поставщиков бензина составляет около 20%¹⁴⁶. Стоимость бизнеса многих из них ниже суммы штрафов, уплачиваемых ВИНК по факту согласованных действий. Снизить риск возбуждения дел о согласованных действиях можно за счет приобретения своих конкурентов. Однако если конкуренция на розничном рынке нефтепродуктов сейчас рассматривается как недостаточно интенсивная, еще меньше возможностей для нее останется после горизонтального расширения розничного бизнеса российских ВИНК.

Негативные последствия запрета на монополюно высокую цену еще более очевидны. Фактически задается следующий стандарт легального поведения: для того чтобы повысить

¹⁴⁶ По данным исследований региональных рынков автомобильного бензина, проведенных в 2008–2010 гг. территориальными управлениями ФАС.

цены, не забудь увеличить отчетную величину издержек. Тем самым угнетаются стимулы для ресурсосбережения и экономии издержек, т.е. воспроизводятся механизмы неэффективности, характерные для тарифного регулирования (Freixas, Guesnerie, Tirole, 1985). Запрет на монополю высокую цену не только снижает стимулы к ресурсосбережению и, следовательно, статическую эффективность, но и стимулы к эффективному перераспределению ресурсов (поскольку повышение цены не служит сигналом привлекательности данного рынка для новичков), т.е. эффективность динамическую (Evans, Padilla, 2005; Geradin, 2007).

5. Дискриминация как «эксплуатирующая» практика

Запрет на дискриминацию является одним из примеров нецелевого использования антимонопольных запретов. Особенностью применения запрета на дискриминацию является то, что разные условия договоров или разные условия заключения договоров рассматриваются как нелегальные не только в случае ограничения конкуренции, но и в случае причинения ущерба контрагенту.

Такая традиция применения запрета на дискриминацию сформировалась не случайно. Запрет на злоупотребление доминированием – включая дискриминацию — применяется в России в качестве несовершенного заменителя системы разрешения конфликтов между укрупнившейся вертикально интегрированной компанией и новичками. Около 40% дел по факту злоупотребления доминированием возбуждается против компаний в регулируемых отраслях¹⁴⁷. Такая практика призвана компенсировать отсутствие развития конкуренции в качестве задачи отраслевого законодательства и отраслевой политики.

Однако представления о злоупотреблении доминированием и стандарты его доказательств в этих условиях неизбежно искажаются. В регулируемых отраслях злоупотребление доминированием одновременно является и способом ограничения конкуренции («исключающей практикой»), и способом причинения ущерба контрагенту («эксплуатирующей практикой»). Причинение ущерба контрагенту со стороны вертикально интегрированной компании фактически и служит способом ограничения конкуренции¹⁴⁸. Но применение такого подхода к нелегальности дискриминации в нерегулируемых отраслях чревато слишком высоким риском ошибок I рода. При этом в качестве нелегальных могут интерпретироваться и действия, не являющиеся дискриминацией и не ограничивающие конкуренцию, и даже действия, способствующие конкуренции. Эта проблема уже рассматривалась выше, в параграфе 4, применительно к запрету на дискриминацию в контрактах между розничными сетями и

¹⁴⁷ По данным доклада ФАС «О состоянии конкуренции в Российской Федерации» за 2008 г.

¹⁴⁸ Такое представление является слишком упрощенным даже для регулируемых отраслей, поскольку и там при оценке действий как координации сложно разграничить фаворитизм в отношении собственных подразделений и дискриминацию как назначение разных условий договора для контрагентов с разными характеристиками, которая повышает благосостояние и может не ограничивать конкуренцию. См.: (Питтман, 2008).

поставщиками продовольственных товаров. Однако она возникает и в других отраслях, приобретая разные формы¹⁴⁹.

Рассмотрим две из них – запрет на дискриминацию со стороны вертикально интегрированных компаний по отношению к оптовым продавцам продукции и запрет на дискриминацию со стороны производителей в отношении участников дистрибьюторской сети.

Обвинения в дискриминации при оптовых продажах нефтепродуктов (бензина, авиационного керосина и дизельного топлива) выдвигались практически против всех ВИНК. Доказывание дискриминации основывалось на двух типах свидетельств. Первое состояло в том, что производители нефтепродуктов продавали оптовым покупателям товар по разным ценам. При этом не делалось попытки оценить зависимость цен от объема покупки и тем более – от иных характеристик покупателей. Эквивалентность сделок – установление которой служит необходимым условием оценки различия действий как дискриминации — рассматривалась как физическая эквивалентность объекта трансакций и эквивалентность гражданско-правовых отношений. Если два покупателя приобретают нефть и при этом заключают с продавцом договор купли-продажи, сделки с ними считались эквивалентными. Не делалось попытки оценить систематическое различие в оптовых ценах для разных групп покупателей.

В качестве второго свидетельства дискриминации рассматривались более высокие цены поставок внешним покупателям по сравнению с подразделениями вертикально интегрированных компаний. Внутрифирменные и межфирменные трансакции рассматривались как эквивалентные. Высший арбитражный суд, поддержав такую позицию в деле компании ТНК-ВР (май 2010 г.), сделал обязательным применение этого подхода и в других делах, где предъявляется обвинение в дискриминации.

При квалификации действий компаний как дискриминации не было предпринято усилий по оценке их влияния на структуру рынка и состояние конкуренции. Это отражает подход российского антимонопольного органа к вопросу о том, почему дискриминация признается незаконной. По этой логике, дискриминация незаконна не как ограничивающая конкуренцию практика, а как практика эксплуатирующая, наносящая ущерб контрагенту. Естественно, при таком подходе стандарты доказательства становятся легкими для соблюдения: если продавец продает один и тот же товар по разным ценам, можно с полным основанием утверждать, что он ущемляет интересы покупателей, которые платят больше.

Такой подход к незаконности дискриминации создает условия для ограничения конкуренции. Практически создается следующий стандарт легального поведения: продавай всем по одинаковой цене, а если тебе это кажется невыгодным – вообще не продавай продукт за

¹⁴⁹ В известной степени эти проблемы относятся ко всем формам злоупотребления доминирующим положением, которые рассматриваются как «эксплуатирующие» в противоположность «исключающим». См.: (Новиков, 2011).

пределами компании. Повышается привлекательность внутрифирменных трансакций, и снижаются стимулы для оптовых продаж независимым покупателям. Очевидно, если разные условия оптовых продаж для дочерних предприятий вертикально интегрированной компании и для независимых покупателей и ослабляют конкуренцию, тем более она будет ослаблена в результате расширения присутствия вертикально интегрированных компаний на стадии розничных продаж.

Вторым ярким примером применения запрета на дискриминацию служат дела против фармацевтических фирм – филиалов или дочерних предприятий международных компаний, — в связи с их политикой развития дистрибьюторской сети. ФАС обвинила в дискриминации компании, предъявлявшие к дистрибьюторам набор специальных требований, включающих право поставщика на проверку добросовестности компании (*due diligence*). Отказ заключать договоры с дистрибьюторами, не подписавшими обязательства о соблюдении определенных стандартов маркетинговой деятельности и бизнес-этики – по жалобе которых и были возбуждены соответствующие дела, — был оценен как дискриминация со стороны продавца, доминирующего на рынке данного лекарственного препарата. Компании защищаются в том числе на основе аргумента о неадекватном (слишком узком) определении продуктовых границ рынка. Однако для целей нашего анализа важны именно мотивы обвинения продавцов в дискриминации.

В данных делах в качестве дискриминации рассматривался мягкий вариант системы селективной дистрибуции. Поставщики-импортеры использовали качественные критерии отбора дистрибьюторов, но не ограничивали их число. Применявшиеся качественные критерии отбора можно рассматривать как разумные, не налагающие на потенциальных дистрибьюторов ограничений, не связанных с основными целями введения этих ограничений. В свою очередь, цели в основном были связаны с обеспечением добросовестности дистрибьюторов и соблюдением ими стандартов безопасности и качества в процессе продвижения продукции. Практически ни в одном из дел производители не имели собственной системы дистрибуции, т.е. не конкурировали на последующем этапе технологической цепочки с дистрибьюторами. Есть основания предполагать, что по стандартам европейской конкурентной политики требования к дистрибьюторам были бы признаны разумными и законными. Однако решения ФАС, которые поставщики-импортеры в настоящее время пытаются оспаривать в судах, рассматривали отказ заключить договор с дистрибьютором, не принявшим предложение о проверке соответствия предъявляемым требованиям, как незаконную практику дискриминации со стороны доминирующего продавца. Вновь мы видим, что дискриминация рассматривается как нелегальная не потому, что она приводит к ограничению конкуренции, а

потому, что она снижает выигрыши одних контрагентов по сравнению с другими (при том, что неэквивалентность этих контрагентов очевидна).

Если подход к системе селективной дистрибуции не будет пересмотрен, он создаст несколько негативных эффектов и для конкурентоспособности сектора, и для благосостояния, и для конкуренции. Во-первых, запрет на предъявление дополнительных требований к дистрибьюторам и проверку их соответствия этим требованиям будет препятствовать или по крайней мере дестимулировать внедрение лучших бизнес-практик (Дзагурова, 2011). Соответственно конкуренция между дистрибьюторами будет ограничена в основном ценовой конкуренцией, в ущерб неценовым методам повышения конкурентоспособности. Во-вторых, запрет на селективную дистрибуцию объективно повышает привлекательность внутрифирменных трансакций, а следовательно – вертикальную интеграцию. Для филиалов международных компаний станет выгоднее развивать собственную дистрибьюторскую сеть, чем внедрять методы работы с независимыми дистрибьюторами, доказавшими свои преимущества в мировой практике. В-третьих, отказ в возможности выбирать дистрибьютора по качественному критерию скорее всего, приведет к усилению переговорных позиций и укреплению рыночной власти крупнейших дистрибьюторов на фармацевтическом рынке – имеющих существенно большие обороты и оказывающих гораздо более сильное влияние на параметры розничного рынка, чем те производители, которых эти дистрибьюторы обвиняют в дискриминации.

Заключение

Расширение масштабов применения антимонопольных запретов и повышение санкций за их нарушение в России сопровождаются не только созданием стимулов воздерживаться от ограничений конкуренции.

Спрос на антимонопольную политику в качестве инструмента антикризисных мер привел к реализации рисков, заложенных в содержании антимонопольных норм, действовавших на протяжении двадцати лет. Одновременно были разработаны новые нормы, использование которых не может защитить конкуренцию, но вполне может привести к ее ограничению и ослаблению.

Запрет на расширение продовольственных сетей за пределы рыночной доли 25% очевидным образом снижает стимулы к конкуренции между относительно крупными продавцами.

Запрет на дискриминацию как простое различие условий договора с поставщиками продовольственных товаров объективно создает преимущества для крупных укоренившихся поставщиков и не повышает – а вовсе не снижает, как это декларировалось при принятии за-

кона, — издержки входа новичков на рынок. Фактическое ужесточение договорной практики со стороны продовольственных сетей также снижает привлекательность входа, а также ослабляет стимулы к долгосрочному повышению конкурентоспособности в секторе производства продовольственной продукции.

Запрет на монополю высокие цены для продавцов, признанных коллективно доминирующими – применяемый в качестве инструмента борьбы с молчаливым сговором — устраняет стимулы к повышению производительности и снижению издержек, а также к совершенствованию продукта. В нерегулируемые отрасли привносятся все источники неэффективности, характерные для тарифного регулирования.

Запрет на согласованные действия, фактически определяемые как параллельное поведение, парадоксально повышает стимулы компаний к горизонтальному расширению на тех рынках, где их доли и так высоки. Соответственно условия для конкуренции также могут ухудшиться.

Запрет на дискриминацию как способ причинения ущерба контрагенту ведет к повышению сравнительной привлекательности внутрифирменной организации транзакций по сравнению с поставками через дистрибьюторскую сеть. Риск антимонопольного преследования за использование селективной дистрибуции прямо препятствует применению бизнес-практик, способствующих повышению конкурентоспособности.

Нецелевое использование антимонопольных запретов в России может приводить к ограничению конкуренции благодаря двум типам эффектов. Первый – повышение привлекательности для крупных компаний такой организации рынков, которая менее благоприятна для конкуренции. Эта организация рынков предполагает значительную горизонтальную и вертикальную интеграцию. Второй тип эффектов возникает благодаря запрету или существенному ограничению на действия, повышающие конкурентоспособность. В результате для продавцов относительно снижаются выигрыши от конкуренции, а следовательно – повышаются выигрыши, получаемые в результате отказа от конкуренции.

Список литературы

Авдашева С. Незаконность молчаливого сговора в российском антимонопольном законодательстве: могут ли экономисты быть полезны при выработке юридических норм? // Вопросы экономики. — 2011. — № 5. — С. 89–102.

Авдашева С.Б. (ред.). Развитие и применение антимонопольного законодательства в России: по пути достижений и заблуждений. — М.: Макс Пресс, 2011.

Авдашева С.Б., Голованова С.В. (ред.) Тенденции изменения структуры российской промышленности в период экономического подъема. — М.: Юстицинформ, 2009.

Даугавет Д. Рыночная власть торговых сетей: что изменил закон о торговле // Экономическая политика. — 2011. — № 4. — С. 80–95.

Дзагурова Н. Практика регулирования вертикальных взаимодействий: вертикальные ограничения с точки зрения координации согласованных действий // Вопросы экономики. — 2011. — № 5. — С. 103–114.

Доклад ФАС «О состоянии конкуренции в Российской Федерации» за 2008 год. — М.: ФАС, 2009.

Мигитко О. Коллективное доминирование – недоказанность и недосказанность // Конкуренция и право. — 2010. — № 1. — С. 8–14.

Новиков В. Qui prodest? (Непредвиденные последствия реализации закона о торговле) // Экономическая политика. — 2009. — № 4. — С. 190–199.

Новиков В.В. Пределы борьбы с эксплуатацией // Экономическая политика. — 2011. — № 1. — С. 110–113.

Питтмэн Р. Реформа российских железных дорог и проблема недискриминационного доступа к инфраструктуре / Экономическая школа. Альманах. Конкуренция и конкурентная политика. Т. 6. — М.: Вершина, 2008.

Радаев В.В. Кому принадлежит власть на потребительских рынках. Отношения розничных сетей и поставщиков в современной России. — М.: НИУ ВШЭ, 2011.

Симачев Ю., Яковлев А., Горст М., Данильцев А., Кузнецов Б., Кузык М., Смирнов С. Оценка антикризисных мер по поддержке реального сектора российской экономики // Вопросы экономики. — 2009. — № 5. — с. 21–46.

Шаститко А. Экономико-правовые аспекты коллективного доминирования // Экономическая политика. — 2011. — № 3. — С.167–190.

Шаститко А. Коллективное доминирование на рынке: экономика и право. — М.: МАКС Пресс, 2011б

Ясин Е.Г. (ред.). Структурные изменения в российской промышленности. — М.: ИД ГУ-ВШЭ, 2004.

Broadman H.G. Reducing Structural Dominance and Entry Barriers in Russian Industry // *Review of Industrial Organization*. — 2000. — Vol. 17. — No 2. — P. 155–175.

Estrin S., Prevezer M. A Survey on Institutions and New Firm Entry: How and Why do Entry Rates Differ in Emerging Markets // *Economic Systems*. — 2010. — Vol. 34. — No 3. — P. 289–308.

Evans D.S., Padilla, A.J. Excessive Prices: using Economics to Define Administrable Legal Rules // *Journal of Competition Law and Economics*. — 2005. — Vol. 1. — No. 1. — P. 97–122.

Freixas X., Guesnerie R., Tirole, J. Planning under Incomplete Information and the Ratchet Effect // *The Review of Economic Studies*. — 1985. — Vol. 52. — No. 2. — P. 173–191.

Geradin D. The Necessary Limits to the Control of “Excessive” Prices by Competition Authorities – A View from Europe [online]. Tilburg University Legal Studies Working Paper. 2007. Available from SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1022678>.

Geradin D. The Perils of Antitrust Proliferation: the Process of ‘Decentralized Globalization’ and the Risks of Over-Regulation of Competitive Behavior // *Chicago Journal of International Law*. 2009. Vol.10, No 1. P. 189-211.

Kuznetsov B., Dolgopyatova T., Golikova V., Gonchar K., Yakovlev A., Yasin Y. Russian Manufacturing Revisited: Industrial Enterprises at the Start of the Crisis // *Post-Soviet Affairs*. — 2011. — Vol. 27. — No 4. — P. 366–386.

Pittman R. Competition Law in Central and Eastern Europe: Five Years Later // *Antitrust Bulletin*. — 1998. — Vol. 43. — No 1. — P. 179–228.

Rodriguez A.E., Menon A. The Limits of Competition Policy: the Shortcomings of Antitrust in Developing and Reforming Economies // *Kluwer Law International*. 2010.

ENFORCEMENT OF ANTITRUST PROVISIONS IN RUSSIA: RECENT TRENDS

*Svetlana Avdasheva*¹⁵⁰

Doctor of Economic Science, Professor of Department
of organization and market analysis,
Vice-director of Institute of industrial and market studies
National research university Higher School of Economics
(Moscow, Russia)

*Andrei Shastitko*¹⁵¹

Doctor of Economic Science, Professor
of Applied Institutional Economics department,
MSU, Faculty of Economics
(Moscow, Russia)

Abstract

For the last several years the role of antitrust policy has increased significantly in Russia. The antitrust authorities have improved their possibilities to enforce legal provisions, including by the use of punishment of violators. At the same time the inauspicious trend has begun to show at the antitrust policy. The main reason of appearance of such tendencies is paradoxically the increasing role of antitrust among other tools of economic policy. The Russian government is waiting for immediate results of antitrust policy and these results should be obvious and in the form of lower prices and/or in the form of support of selected groups of market participants. However desire for raising the effectiveness of antitrust legislation leads to the increase of number of type I errors. Enforcement mistakes put additional burden on unfairly accused market participants, distort the incentives to use efficient business practices, and finally, are able to restrict the competition. This article considers three examples of degradation of antitrust provisions: prohibitions on contracts terms between suppliers of food products and food retail

¹⁵⁰ Svetlana Avdasheva, e-mail: avdash@hse.ru

¹⁵¹ Andrei Shastitko, e-mail: saedd@mail.ru

chains, prohibitions on concerted practices and abuse of collective dominance in the form of monopolistically high prices, prohibition on discrimination as a form of abuse of dominant position.

Key words: antitrust law, abuse of dominance, discrimination, concerted practice, collective dominance.

JEL-codes: K210, L 400.