

ВЛИЯНИЕ ПРОГРАММ ОСЛАБЛЕНИЯ НАКАЗАНИЯ НА СТИМУЛЫ УЧАСТНИКОВ КАРТЕЛЬНОГО СГОВОРА

Павлова Н.С.¹⁵²,

аспирант 2 г.о.

МГУ им. М.В. Ломоносова,
экономический факультет
(г. Москва, Россия)

Аннотация

Борьба с картелями является одним из приоритетных направлений российской антимонопольной политики. В этом контексте особую актуальность приобретает повышение эффективности инструментов выявления сговора на рынке. В данной статье предпринята попытка выработки рекомендаций по совершенствованию одного из таких инструментов – программы освобождения от ответственности за участие в сговоре. В статье использован метод сравнительного анализа структурных альтернатив построения подобных программ с точки зрения создаваемых для адресатов антимонопольного регулирования стимулов в рамках каждой альтернативы и при их сочетании. Полученные выводы применены для выявления ограничений, присущих российской версии программы с учетом изменений, вводимых в рамках «третьего антимонопольного пакета» поправок, и возможностей для преодоления указанных ограничений

Ключевые слова: антимонопольное регулирование, картель, сговор, программы освобождения от ответственности, программы ослабления наказания, «третий антимонопольный пакет».

JEL-коды: K210, K420, L410.

¹⁵² Павлова Н.С., e-mail: natalyapavlova86@gmail.com

Введение

Принятие «третьего антимонопольного пакета» поправок знаменует собой переход к относительно стабильным правилам игры в сфере антимонопольного регулирования. Хотя отдельные моменты неизбежно будут корректироваться по мере изменения хозяйственной практики, «третий антимонопольный пакет» должен на достаточно длительное время стать последним масштабным изменением антимонопольного законодательства. В связи с этим представляется актуальным изучить инструменты регулирования в том виде, в каком они предстают с учетом вводимых новым пакетом поправок, с точки зрения стимулов, которые в дальнейшем будут создаваться ими для участников рынка.

Одной из сфер, претерпевших довольно значительные изменения за период активного реформирования антимонопольного законодательства, является борьба с ограничивающими конкуренцию соглашениями. Предотвращение и пресечение деятельности картельных соглашений позиционируется как приоритетное направление деятельности Федеральной антимонопольной службы. Вместе с тем борьба с картелями связана для антимонопольного органа с едва ли не самыми высокими затратами по причине значительных издержек получения информации о зачастую тайных соглашениях между фирмами. Программы освобождения от ответственности, побуждающие фирмы признаваться в участии в картеле и идти на сотрудничество с антимонопольным органом в обмен на смягчение санкций являются важным инструментом в арсенале средств антимонопольного регулирования.

Подобная программа была впервые введена в рамках российского законодательства в 2007 г. и затем кардинально пересмотрена в 2009 г. с введением «второго антимонопольного пакета» поправок. Однако в российской литературе по вопросам антимонопольного регулирования наблюдается недостаток исследований данных программ, которые бы позволили на теоретической основе выработать способы повышения эффективности их функционирования.

Настоящая статья представляет собой попытку выработки рекомендаций по совершенствованию российской программы освобождения от ответственности на основе анализа, проведенного в соответствии с положениями новой институциональной экономической теории. В частности, в статье использован метод сравнительного анализа структурных альтернатив построения программ освобождения от ответственности. В первой части данной работы дается общее представление о программах ослабления наказания и создаваемых ими стимулах для экономических агентов. Во второй рассматриваются основные структурные альтернативы построения программ ослабления наказания в их взаимосвязи с порождаемыми стимулами, что позволит получить представление о том, какого общего результата можно

ожидать от сочетания данных структурных альтернатив в рамках одной программы. В третьей части статьи проанализирован процесс эволюции программы ослабления наказания в российском законодательстве, выявлены ограничения, ассоциируемые с «последней» версией данной программы по итогам изменений, планируемых к введению в рамках «третьего антимонопольного пакета». С учетом данных ограничений будут выработаны рекомендации по дальнейшему улучшению программы.

1. Программа ослабления наказания за участие в картеле: стимулы для фирм

Программа ослабления наказания (в российской литературе больше принят термин «программа освобождения от ответственности») представляет собой инструмент антимонопольного регулирования, который призван создавать для фирм стимулы раскрывать информацию о своем участии в картеле и идти на сотрудничество с антимонопольным органом в обмен на снижение санкций. В самом общем виде снижение наказания в рамках подобной программы дается при условии, что фирма признает факт вступления в картель, отказывается от дальнейшего участия в нем и предоставляет имеющуюся у нее информацию относительно картеля в антимонопольный орган, который затем использует полученные сведения для доказательства сговора в рамках своего расследования. При этом каждая фирма при принятии решения о вступлении в картель теперь обязана учитывать, что ее контрагент может найти для себя выгодным пойти на сотрудничество с антимонопольным органом, в результате чего контрагент может «выйти сухим из воды», избежав штрафа, а сама фирма будет вынуждена нести всю тяжесть наказания. Данное обстоятельство позволяет создать внутри картеля ситуацию, аналогичную ситуации одноходовой игры «дилемма заключенного». В итоге существование программы освобождения от ответственности должно приводить к ослаблению доверия внутри картеля, что выразится в снижении стимулов поддерживать существующий картель или создавать новый.

Хотя программы ослабления наказания призваны способствовать дестабилизации картелей, в действительности их внедрение способно создавать разнонаправленные стимулы для участников сговора. Данные стимулы описаны в работах Harrington (2008); Ellis, Wilson (2001); Aubert, Rey, Kovacic (2006); Apesteguia, Dufwemberg, Selten (2007); Spagnolo (2004) и других. Рассмотрим вкратце основные из этих стимулов:

- 1) «эффект гонки в зал суда» («race to the courthouse effect») — стремление раньше других участников картеля обратиться в антимонопольный орган с признанием, с тем, чтобы обеспечить себе максимальное снижение наказания;
- 2) «эффект амнистии всего картеля» («cartel amnesty effect») — общее снижение

ожидаемого размера наказания за счет того, что каждый из участников принимает во внимание возможность с некоторой вероятностью воспользоваться программой и получить освобождение от ответственности;

3) «эффект амнистии нарушителя» («deviator amnesty effect») — возникающий у фирмы—нарушителя сговора стимул воспользоваться программой и «сдать» других участников картеля, чтобы самой получить освобождение, с одной стороны, от санкций, налагаемых государством, а с другой стороны, от санкций, налагаемых другими участниками картеля за нарушение условий их соглашения;

4) эффект использования программы как инструмента наказания нарушителя условий сговора — в условиях существования программы, если участник картеля осуществляет ценовую подсечку, то другие участники могут наказать его не только путем возврата к некооперативной стратегии, но и путем доноса в антимонопольный орган. Тогда сами они (или только первый доносчик) получают освобождение от ответственности, а фирма-нарушитель будет нести санкции в полном размере;

5) эффект использования программы как инструмента конкурентной борьбы — схема предполагает завлечение конкурента в картельный сговор, чтобы затем, воспользовавшись программой, заставить его нести всю тяжесть наказания. Данная стратегия в краткосрочном периоде способна привести к всплеску картельной активности, но в долгосрочном периоде фирмы станут с большей осторожностью относиться к предложениям о создании картеля;

6) стимулы сохранять улики, доказывающие создание картеля — во-первых, сохранение улик обеспечивает возможность получить освобождение от ответственности, предоставив их в антимонопольный орган; во-вторых, улики можно использовать в качестве «залога» для обеспечения достоверной угрозы наказания в случае, если контрагент нарушит условия картельного сговора. Легко видеть, что в первом случае улики сохраняются из-за стимулов к дестабилизации картеля, а во втором — напротив, к стабилизации;

7) «эффект выметания сора» («cleaning out the closet effect») — эффект возникает, если фирмы начинают использовать программу как «удобный» (позволяющий избежать санкций) способ выхода из тех картелей, которые уже не являются для них прибыльными;

8) «эффект брошенной кости» («throwing a bone effect») — в случае, если фирма участвует в нескольких картелях на разных рынках, ей может быть выгодно признаться в участии в менее успешном картеле, чтобы отвлечь ресурсы антимонопольного органа от расследования более успешного картеля.

Какие из данных стимулов, с точки зрения общества, следует поощрять, а какие, напротив, стараться нивелировать в рамках внедряемой программы ослабления наказания?

Необходимо определить, какие из данных стимулов способствуют укреплению картелей, а какие, наоборот, отвечают целям их дестабилизации.

Очевидно, что однозначно менее устойчивыми картель делают «эффект гонки в зал суда» и «эффект амнистии нарушителя». Стимул сохранять улики может способствовать как более эффективному раскрытию картелей, так и возникновению возможности своеобразного «шантажа» для обеспечения соблюдения условий сговора. Эффект использования программы в качестве инструмента конкурентной борьбы, как уже отмечалось, может расцениваться двояко; и хотя в долгосрочном периоде данный эффект способен снизить количество вновь создаваемых картелей, но в краткосрочном периоде могут иметь место существенные потери общественного благосостояния за счет завышения цен и снижения объемов производства в рамках создаваемых картелей за счет отвлечения ресурсов (по крайней мере на достижение самой договоренности). Кроме того, вменение дополнительных издержек конкурентам в виде штрафов может оказать необратимое отрицательное воздействие на конкуренцию. Таким образом, стимул использовать программы в качестве инструмента конкурентной борьбы следует скорее отнести к нежелательным.

К стимулам, приводящим к стабилизации картелей, относятся также «эффект амнистии картеля», «эффект использования программы в качестве инструмента наказания нарушителя», а также «эффекты выметания сора» и «брошенной кости». Последние два эффекта тесно связаны между собой, а также с проблемой ограниченности ресурсов антимонопольного органа. В обоих случаях ресурсы антимонопольного органа отвлекаются на борьбу с картелями, которые наносят относительно меньший ущерб обществу по сравнению с более «эффективными» картелями, внимание от которых уводится.

2. Структурные альтернативы построения программ ослабления наказания

Преобладание тех или иных стимулов, а значит, и результат внедрения программы зависят от того, какие структурные альтернативы построения программы будут выбраны для воплощения в ее конечной форме.

Среди основных структурных альтернатив построения программ ослабления наказания можно выделить следующие основные «развилки»¹⁵³:

1) предоставлять признавшимся участникам картеля полное или частичное освобождение от ответственности;

¹⁵³ Структурные альтернативы дизайна программ ослабления наказания выделяются также А.Е. Шаститко в работе «Экономика преступления и наказания в антитрасте: освобождение от ответственности» (2008). Однако мы выделим иной набор структурных альтернатив, относящийся прежде всего к «скелету», формирующему своеобразную основу любой программы освобождения от ответственности, а не к процедурным вопросам.

- 2) предоставлять амнистию только первому признавшемуся или также последующим;
- 3) позволять воспользоваться программой только до начала расследования либо и до и после;
- 4) платить ли вознаграждение за признание;
- 5) ограничивать или нет возможность получения амнистии для лидера и/или инициатора картельного сговора;
- б) ограничивать или нет возможность получения амнистии при условии участия фирмы сразу в нескольких картелях¹⁵⁴.

Остановимся подробнее на данных альтернативах и на создаваемых ими стимулах.

Предоставление полной амнистии, очевидно, сильно повышает привлекательность использования программы для участников картеля. В случае, если полная амнистия предоставляется только первому признавшемуся, увеличивается «эффект гонки в зал суда». В то же время чем больше размер дисконта, тем больше эффект амнистии картеля, т.е. общее ожидаемое снижение санкции для каждого из участников. Предоставление полной амнистии также поощряет к использованию программы в качестве инструмента конкурентной борьбы и инструмента наказания нарушителей сговора, а также в качестве «удобного» средства для выхода из неэффективных картелей.

Все данные эффекты усиливаются при возможности получить дополнительное вознаграждение за признание. Для уменьшения стимулов к злоупотреблению ресурсами антимонопольного органа предлагается выплачивать данное вознаграждение как процент от итоговой суммы наложенного штрафа [18]. Тогда участники программы будут иметь стимул оказывать максимальную помощь антимонопольному органу в достижении результата. Вместе с тем существует моральная проблема, связанная с тем, что в результате действия программы нарушившая закон фирма не только не несет ответственность, но и получает вознаграждение за правонарушение. Данная проблема в теоретической литературе позиционируется как основная причина отказа от внедрения системы поощрений за признание в участии в сговоре в практике большинства стран.

Предоставление амнистии только первому участнику программы создает максимальный «эффект гонки в зал суда», так как единственный способ получить освобождение от ответственности в данном случае – успеть сделать признание и выполнить другие условия программы раньше других участников сговора. Предоставление некоторого

¹⁵⁴ Сравнительный анализ некоторых из указанных альтернатив на основе математического моделирования можно найти, например, в работах Motta, Polo (2003); Aubert, Rey, Kovacic (2006); Spagnolo (2004); Harrington (2008). Также распространен подход на основе экспериментального подхода: как, например, в работах Apesteguia, Dufwemberg, Selten (2007); Bigoni, Fridolfsson, Le Coq, Spagnolo (2008); Hinlopen, Soetevent (2008); Hamaguchi, Kawagoe, Shibata (2009).

дисконта также и тем фирмам, которые обратились в антимонопольный орган с признанием, однако не успели оказаться первыми, – способ, позволяющий собрать дополнительные улики (на случай, если, например, доказательств, представленных первым обратившимся не хватает для вынесения окончательного решения) и создать для этих фирм стимулы оказывать сотрудничество в расследовании картеля. Кроме того, снижаются стимулы использовать программу в качестве средства конкурентной борьбы, поскольку контрагент также получает возможность избежать всей тяжести наказания. Однако тот факт, что обращение в антимонопольный орган первым перестает являться необходимым условием получения освобождения, приводит к ослаблению «эффекта гонки в зал суда» (хотя данную тенденцию можно смягчить, установив соответствие между очередностью обращения в антимонопольный орган с признанием и размером получаемого дисконта), усилению эффекта амнистии всего картеля, а также упрощает выход из неэффективных или сравнительно менее эффективных картелей (поскольку дисконт могут получить сразу несколько бывших участников картеля).

Предоставления возможности воспользоваться программой уже после начала официального расследования при прочих равных условиях не окажет влияния на поведение фирм, принимающих решение о создании нового картеля или уже участвующих в картеле, но еще не привлечших к себе внимание властей: те из них, которые, исходя из сложившихся условий тяжести и вероятности наказания, не находили для себя выгодным воспользоваться программой, так и не станут этого делать. Однако для фирм, расследование против которых уже началось, существенно меняется вероятность наступления наказания, за счет чего они будут более склонны совершить признание ради амнистии. Таким образом, данная мера позволяет снизить издержки расследования картелей.

Предоставление полной амнистии вместо частичной, а тем более выплата вознаграждения за информацию об участии в картеле действуют двояко: с одной стороны, чем больше дисконт, тем больше стимулов у фирмы участвовать в программе; с другой стороны, чем больше скидка, тем меньше общий ожидаемый уровень санкций за участие в картеле. Выплата вознаграждений может также усилить стимул применять картельные расследования в качестве инструмента конкурентной борьбы. Причем данная мера может также стимулировать выдвигать ложные обвинения против конкурентов, что приведет к отвлечению ресурсов антимонопольного органа. Последняя проблема может быть сглажена при условии, что вознаграждение будет выплачиваться из суммы наложенного штрафа: таким образом (отвлекаясь от ошибок первого и второго рода), вознаграждение будет выплачено только при наличии реального правонарушения.

Снизить стимулы к использованию программы для нанесения ущерба конкурентам

призваны меры по ограничению возможности получения амнистии для лидеров и организаторов картеля. Проблемы, возникающие в процессе применения данной меры, связаны по крайней мере с двумя аспектами. Во-первых, со сложностью самого выявления лидеров и организаторов в условиях ограниченности доступа к информации о картеле. Во-вторых, наличие такой нормы позволяет участникам картеля «не беспокоиться», что лидер или инициатор их сговора обратится к властям с признанием, так как получить амнистию он все равно не сможет. Данный фактор снижает «эффект гонки в зал суда», совершенно сводя его на нет в условиях, когда в картеле участвует всего две фирмы (при условии, что антимонопольный орган сможет с низкими издержками определить, которая из двух фирм являлась лидером).

В ситуации, когда фирма состоит более чем в одном картеле, она, как уже отмечалось, будет иметь стимул отвести внимание антимонопольного органа от более прибыльного для нее картеля, пожертвовав менее прибыльным, что выражается в «эффекте брошенной кости». Однако данную тенденцию можно смягчить, включив в программу ослабления наказания нормы, ограничивающие возможность получения амнистии в случае, если во время расследования будут выявлены факты участия в других сговорах. Подобная норма существует, например, в США, где предусмотрены механизмы «амнистии плюс» и «наказания плюс». Суть их состоит в следующем: если фирма, воспользовавшаяся программой, в ходе расследования сообщает об участии в другом картеле, ей могут предоставить еще больший дисконт по первому делу; если же в ходе расследования антимонопольный орган самостоятельно выявит, что фирма участвует во втором картеле, а сама фирма не призналась в этом, то фирму могут лишить амнистии и в рамках первого расследования.

3. Российская программа ослабления наказания за участие в картеле

Итак, те структурные альтернативы, которые в итоге формируют программу ослабления наказания, за счет сочетания создаваемых стимулов будут определять ее результативность. Рассмотрим, какие структурные альтернативы воплощены в российской программе освобождения от ответственности и какие результаты они могут предопределять.

9 апреля 2007 г. был утвержден Федеральный закон № 45-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях», которым впервые в российской практике внедрялась программа ослабления наказания для компаний, участвовавших в картеле, но которые добровольно вышли из картельного соглашения и активно сотрудничали с антимонопольным органом.

Нормы, относящиеся к данной программе, были включены в КоАП РФ в форме примечания к ст. 14.32. Компания могла получить полное освобождение от административной ответственности, если выполняла следующие условия:

- 1) добровольно заявила в антимонопольный орган о заключении ей ограничивающего конкуренцию и недопустимого в соответствии с законодательством РФ соглашения (или об осуществлении ограничивающих конкуренцию и недопустимых в соответствии с законодательством согласованных действий);
- 2) отказалась от участия в таком соглашении;
- 3) предоставила имеющиеся у нее сведения в распоряжение антимонопольного органа.

Рассматривая данную версию программы с точки зрения воплощения в ней тех или иных структурных альтернатив, необходимо отметить следующее. Во-первых, данная формулировка программы предполагает возможность освобождения не только для первой обратившейся в антимонопольный орган компании, но и для всех последующих. При этом при соблюдении условий программы все компании получают полное освобождение. Фактически, любой из участников картельного сговора может рассчитывать на полное освобождение, каким бы по счету он ни обратился в антимонопольный орган. При этом в законе отсутствуют также и ограничения на момент обращения за освобождением (до или также после начала расследования).

Отметим также, что в данной программе не содержится норм, обещающих вознаграждение «доносчику», что в принципе соответствует общемировой практике. Нормы, ограничивающие возможности получения амнистии для лидера картеля или для фирмы, склонившей другую к участию в картеле, в рамках данной программы также не предусмотрены.

Такая формулировка программы создает особое соотношение стимулов для участников картеля. Во-первых, за счет того, что возможность коллективных признаний снижает «эффект гонки в зал суда», фирма не спешит сделать признание, так как возникают стимулы сначала договориться с другими участниками сговора об организации одновременного признания. Кроме того, в соответствии с законом фирма может признаться и получить амнистию, даже если она обратится в антимонопольный орган не первой. За счет указанных факторов повышается «эффект картельной амнистии», который оказывает отрицательное воздействие на сдерживание.

Действительно, в практике применения программы в России были зафиксированы случаи, когда все компании, обвинявшиеся в участии в картеле, получали полное освобождение. Примером может служить дело в отношении ОАО «АКБ «РОСБАНК» и 36 страховых компаний, между которыми были заключены соглашения о сотрудничестве. По итогам рас-

смотрения дела было выявлено, что данные соглашения содержали пункты, предусматривавшие договоренности о согласовании тарифов на страховые услуги, приводящие к поддержанию картельных цен, необоснованному отказу от заключения договора, ценовой дискриминации и навязыванию контрагенту невыгодных условий договора. ОАО «АКБ «РОСБАНК» и все 36 страховых компаний воспользовались программой ослабления наказания и получили полное освобождение. В результате действия программы были прекращены все 72 дела об административных правонарушениях, возбужденные по итогам рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства. Еще один похожий случай — договоренность ООО «Чешская страховая компания» и ООО «Хоум Кредит энд Финанс Банк», результатом которой было навязывание дополнительных услуг, не относящихся к предмету договора, и ценовая дискриминация. Воспользовавшись программой, компании получили полное освобождение. Учитывая, что компаниям, участвовавшим в сговоре, грозил оборотный штраф, можно сказать, что «эффект амнистии картеля» оказался весьма силен. Отметим также, что в случае с ОАО «АКБ «РОСБАНК» и страховыми компаниями был зафиксирован случай одновременного обращения компаний за амнистией — фирмы, буквально «взявшись за руки», объявили о своем участии в картеле. Таким образом, данный факт иллюстрирует, как обращение за освобождением при данной структуре программы само по себе может стать результатом стратегического взаимодействия¹⁵⁵.

Влияние программы в данной формулировке на величину «эффекта амнистии нарушителя» в целом можно оценить как незначимое. Этот эффект, напомним, выражается в повышении склонности к нарушению картельного соглашения за счет возможности «сдать» конкурентов сразу после нарушения, при этом обеспечив самому себе не только монопольную прибыль, но и освобождение от ответственности. В случае с внедренной в 2007 г. программой ослабления наказания возможность получения полного освобождения предоставляется вне зависимости от очередности обращения; однако для того, чтобы обеспечить себе более высокую прибыль, участнику картеля все равно требуется первым нарушить картельное соглашение. Таким образом, наличие или отсутствие программы ослабления наказания в данной форме не влияет на склонность фирм нарушать условия сговора.

Кроме того, при данной формулировке программы представляется сложным применить ее для обеспечения достоверной угрозы наказания за нарушение картельного соглашения: фирма-нарушитель все равно сможет воспользоваться амнистией наравне со всеми остальными участниками картеля, даже если обратится в антимонопольный орган не первой. Аналогичным образом, исчезают и стимулы к использованию программы в качестве инстру-

¹⁵⁵ Данные взяты из сборника «Борьба с картелями. Практика 2008 года (краткие описания дел)», подготовленного ФАС России (2009).

мента конкурентной борьбы: фирма, которую «заманили» в картель, может с таким же успехом воспользоваться освобождением, как и инициатор сговора. Более того, так как программе уже невыгодно использовать для ухудшения положения конкурента, в данной формулировке программы не так важно и отсутствие норм, ограничивающих возможность получения амнистии для лидера картеля. Иная ситуация может сложиться, если обеспечивать конфиденциальность информации об обращении тех или иных фирм в антимонопольный орган. Тогда другие участники картеля с некоторой вероятностью просто не узнают о том, что их контрагент «сдал» их, и не успеют воспользоваться программой. Однако из сообщений на сайте ФАС России в этот период можно видеть, что процесс приема заявок на участие в программе был сделан достаточно публичным¹⁵⁶.

Среди стимулов, которые с большой вероятностью активизировала программа в данной формулировке, необходимо назвать стимулы к «выметанию сора» и «бросанию кости». В ситуации, когда все участники картеля могут получить полную амнистию, «выметание сора» как избавление от всех неэффективных картелей становится еще более привлекательным. Правда, необходимо заметить, что эффект от данного стимула будет замечен только в том случае, если до внедрения программы сдерживание в области картелей было на достаточно высоком уровне, и индуцированные распадом картеля изменения на рынке могли быть действительно отслежены антимонопольным органом, а бывшие участники выявлены и наказаны. Что касается «эффекта брошенной кости», то его влияние должно быть выражено сильнее: несмотря на изменившийся с введением программы баланс выгод и издержек от участия в картельном соглашении, в экономике должны были остаться картели, выгода от поддержания которых превышает затраты; для того чтобы отвлечь от них внимание антимонопольного органа (обладающего ограниченными ресурсами), стратегия «принесения в жертву» менее успешного картеля становится тем более выгодной с учетом возможности получения полного освобождения от административной ответственности за участие в нем. Данный стимул усиливается также и тем, что в российское законодательство не было внедрено норм, которые бы предусматривали отказ в предоставлении возможности участия в программе, если в ходе расследования будет выявлен факт участия фирмы в других картелях; кроме того, отсутствует механизм поощрения раскрытия информации об участии в более чем одном картеле – полная амнистия и так предоставляется любой фирме, выполняющей условия программы.

Неоднозначно влияет данная версия программы и на стимулы к сохранению улик. С одной стороны, примечание к ст. 14.32 КоАП РФ содержит условие о предоставлении

¹⁵⁶ См, например, материалы с официального сайта ФАС России по вопросу расследования соглашения между «РОСБАНКОМ» и страховыми компаниями: http://www.fas.gov.ru/fas-in-press/fas-in-press_14688.html, http://www.fas.gov.ru/news/n_19631.shtml

имеющихся у фирмы сведений в распоряжение антимонопольного органа. С другой стороны, в программе не указано, каким критериям должны удовлетворять данные сведения: должны ли они нести новую информацию для антимонопольного органа; должно ли их быть достаточно для инициирования расследования или для вынесения решения по делу или достаточно любых сведений. Таким образом, для получения амнистии какие-то сведения компании, желающей воспользоваться программой, все же придется предоставить, а для этого придется в определенных пределах сохранять улики, однако стимулов сохранять наиболее инкриминирующие улики не возникает: они могут способствовать раскрытию сговора силами самого антимонопольного органа, в то время как формулировка программы не содержит особых требований к характеру предоставляемых сведений.

Итак, программа освобождения от ответственности в той форме, в какой она была введена в 2007 г., обладает рядом преимуществ: она не поощряет использование программы в качестве инструмента наказания или инструмента конкурентной борьбы, она стимулирует фирмы обращаться в антимонопольный орган с признанием, помогая раскрывать картели. В то же время у данной программы есть и ряд серьезных недостатков. Во-первых, она не делает выгодным как можно более быстрое обращение в антимонопольный орган. Во-вторых, она значительно снижает общий уровень ожидаемых санкций за участие в картеле. За счет данных факторов общий сдерживающий эффект в результате внедрения программы может значительно снижаться.

Кроме того, активизируются эффекты «выметания сора» и «брошенной кости». С одной стороны, данные эффекты оказывают положительное влияние: количество раскрытых картелей повышается, даже если это наименее эффективные картели. С другой стороны, «эффект выметания сора» в конечном итоге служит улучшению положения бывших участников картеля, которые получают возможность «безболезненно» выйти из неэффективного соглашения, одновременно с этим ослабляя общий уровень сдерживания в экономике, если большое количество раскрытых таким образом картелей отвлечет ресурсы антимонопольного органа от преследования более эффективных картелей (которые при прочих равных должны наносить гораздо больший урон потребителям, чем слабо эффективные картели). В случае с «эффектом брошенной кости» также происходит отвлечение ресурсов антимонопольного органа от расследования наиболее вредных для общественного благосостояния картелей. Фактически картелированные фирмы начинают манипулировать антимонопольным органом в своих целях, что также следует оценить как нежелательный эффект от программы.

Каких результатов можно ожидать от выстроенной таким образом программы освобождения от ответственности? В целом с учетом противоречивых стимулов можно предпо-

ложить, что программа в той форме, в которой она была внедрена в 2007 г., должна была привести к всплеску числа раскрытых картелей в краткосрочном периоде (за счет эффектов «амнистии нарушителя», «брошенной кости» и «выметания сора»), однако одновременно с этим могло возрасти и количество вновь созданных картелей за счет общего снижения ожидаемых санкций за участие в картеле и общего снижения уровня сдерживания в результате отвлечения ресурсов антимонопольного органа. В итоге можно предположить, что в долгосрочном периоде, при сохранении ПОН в том виде, в каком она была введена в 2007 г., число раскрытых картелей не упало бы ниже уровня, который был до введения программы, за счет того, что произошел бы общий рост картельной активности в экономике. Однако проверить данную гипотезу не представляется возможным в силу кардинальных изменений в дизайне программы, которые произошли в 2009 г.

В 2009 г. в рамках «второго антимонопольного пакета» был введен Федеральный закон от 17 июля 2009 г. № 160-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и отдельные законодательные акты Российской Федерации». В соответствии с данным законом программой ослабления наказания может воспользоваться только лицо, добровольно заявившее в антимонопольный орган о своем участии в антиконкурентном соглашении или согласованных действиях, при выполнении в совокупности следующих условий:

- 1) на момент обращения лица с заявлением антимонопольный орган не располагал соответствующими сведениями и документами о совершенном административном правонарушении;
- 2) лицо отказалось от участия или дальнейшего участия в соглашении либо от осуществления или дальнейшего осуществления согласованных действий;
- 3) представленные сведения и документы являются достаточными для установления события административного правонарушения.

При этом освобождению от административной ответственности подлежит только лицо, первым выполнившее все предусмотренные условия.

Итак, для реализации в рамках новой версии программы была выбрана другая структурная альтернатива — амнистия исключительно для одного лица, первым выполнившего все условия программы. Освобождение от ответственности для других обратившихся (как полное, так и частичное) программой не предусматривается. Положительное влияние выбора такой альтернативы выражается в активизации «эффекта гонки в зал суда» — теперь фирма имеет реальные стимулы опередить остальных контрагентов по соглашению и оказаться единственным участником, воспользовавшимся амнистией. Однако наряду с «эффектом гонки в зал суда» появляются стимулы использовать программу в качестве инструмента конку-

рентной борьбы или наказания нарушителей картельного соглашения, что противоречит целям антимонопольного регулирования в этой сфере и приводит к снижению общественного благосостояния. Использование программы в качестве инструмента конкурентной борьбы становится тем более результативным, если учитывать, что новая версия программы по-прежнему никак не ограничивает возможность получения амнистии лидерами и организаторами картелей.

Кроме того, отсутствие возможности получить дисконт, предоставляя антимонопольному органу сведения не первым, а вторым, третьим и т.д., не создает для последующих заявителей стимулов раскрывать информацию, за счет чего антимонопольный орган может не получить желаемого выигрыша в форме экономии издержек получения информации. Однако, во-первых, действующая методика расчета штрафов предусматривает снижение ответственности при условии сотрудничества с антимонопольным органом, а во-вторых, в рамках программы в редакции 2009 г. слабые стимулы к раскрытию информации у остальных фирм нивелируются требованиями к информации, предоставляемой первой фирмой: теперь для участия в программе требуется раскрыть антимонопольному органу не любые сведения, а сведения, которых будет достаточно для установления события административного правонарушения (при этом сведений, позволяющих, например, начать расследование, оказывается мало). По сравнению с законодательством, например, ЕС данное требование к информации является относительно жестким. Оно снижает стимулы к участию в программе, так как до момента установления административного правонарушения невозможно определить, выполнила ли фирма все необходимые условия для получения амнистии. В то же время такое требование отражает стремление антимонопольного органа получить наиболее важные доказательства, которые позволяли бы принять однозначное решение о наличии факта сговора, а затем отстаивать данное решение в суде в случае возникновения такой необходимости. Кроме того, неопределенность обеспечивает максимальную готовность сотрудничать на протяжении всего расследования со стороны фирм, которые подали заявку на участие в программе. В целом за счет этих факторов «эффект амнистии картеля» уменьшается по сравнению с прошлой версией программы, что не так сильно ослабляет общий уровень сдерживания, но в то же время снижает стимулы фирм участвовать в программе.

Продемонстрировать роль фактора неопределенности при определении соответствия фирмы требованиям, предусмотренным программой, можно на основе примеров двух дел, описанных в сборнике «Борьба с картелями и другими антиконкурентными соглашениями и согласованными действиями. Практика 2010 года», подготовленном ФАС России в 2011 г. В рамках расследования в отношении нескольких хозяйствующих субъектов, оказывающих услуги такси в г. Дмитрове МО в марте 2010 г., заключивших устное соглашение об установ-

лении единой минимальной цены на услуги такси, было зафиксировано несколько обращений за амнистией, но освобождение получила только одна компания. Аналогичным образом, в деле в отношении нескольких страховых компаний (ЗАО «КРК»; КБ «КРК» (ОАО), ООО «КРК-Страхование»; ООО «СГ «Адмирал», ОАО «Группа МСК», ОАО «АльфаСтрахование», ООО «Росгосстрах», ООО «Группа Ренессанс Страхование», ОАО «Русская Страховая Компания», ООО «ГСК «Югория»), соглашения между которыми приводили к фиксации страхового тарифа и навязыванию контрагенту невыгодных условий договора, было зафиксировано три заявки на освобождение, по итогам рассмотрения которых амнистия была предоставлена только ОАО «АльфаСтрахование». Таким образом, можно говорить об увеличении неопределенности, связанной с участием в программе, однако на основании имеющихся данных сложно сделать вывод о характере влияния данного факта на общественное благосостояние.

Отметим, что требование относительно того, чтобы антимонопольный орган ранее не располагал сведениями о нарушении, относится к конкретным сведениям, предоставляемым фирмой в целях получения амнистии, и не означает ограничение момента обращения за освобождением периодом до начала расследования. Так, из пяти примеров дел, в рамках которых компании прибегали к программе освобождения от ответственности, приведенных в сборнике «Борьба с картелями и другими антиконкурентными соглашениями и согласованными действиями. Практика 2010 года», лишь одно дело было инициировано в результате признания одного из участников сговора, в остальных случаях признания были осуществлены потом.

Вместе с тем отметим, что в результате ужесточения требований к предоставляемой информации стимулы сохранять наиболее важные улики возрастают, что уменьшает издержки для антимонопольного органа. Эффекты «брошенной кости» и «выметания сора» присутствуют, однако их искажающее влияние не столь сильно, как в предыдущей версии программы.

Таким образом, действующая на настоящий момент версия программы освобождения от ответственности порождает стимулы, значительно отличающиеся от тех, которые создавались предыдущей версией. В связи с этим становится актуальным внедрение механизмов, которые позволили бы, во-первых, стимулировать те фирмы, которые не успели первыми обратиться в антимонопольный орган, раскрывать информацию в ходе расследования, а во-вторых, ограничить возможность использования программы в качестве средства конкурентной борьбы.

«Третий антимонопольный пакет» поправок, который вступил в действие в 2012 г., в отличие от «второго пакета» не предусматривает кардинального пересмотра существующей

версии программы освобождения от ответственности, однако он все же вносит некоторые модификации.

Прежде всего, необходимо отметить, что в рамках «третьего антимонопольного пакета» в российское законодательство вводится понятие «картель», пересматриваются списки запрещенных *per se* соглашений, особое внимание уделяется уточнению понятий согласованных действий и координации. Данные изменения, безусловно, окажут свое влияние на стимулы фирм, принимающих решение о поддержании картеля.

Что касается непосредственно возможности получения освобождения от ответственности, то законодательство дополняется нормами, четко прописывающими набор смягчающих и отягчающих обстоятельств, влияющих на размер штрафа, выплачиваемого фирмами, участвовавшими в картеле. Ответственность смягчается, в том числе, если правонарушитель не является организатором ограничивающего конкуренцию соглашения или согласованных действий и (или) получил обязательные для исполнения указания участвовать в них; правонарушитель не приступил к исполнению заключенного им ограничивающего конкуренцию соглашения; правонарушитель исполнил выданное ему антимонопольным органом предписание по делу о нарушении антимонопольного законодательства Российской Федерации до окончания производства по делу об административном правонарушении; правонарушитель признался в участии в картеле, прекратил участие в нем и содействовал расследованию¹⁵⁷.

Из всех перечисленных выше стимулов, возникающих у участников картеля, указанные поправки в первую очередь отразятся на эффекте амнистии картеля, снизив ожидаемый уровень санкций за участие в сговоре. В то же время «эффект гонки в зал суда» должен несколько уменьшиться в связи с тем, что и не успевшая первой осуществить признание фирма также может рассчитывать на снижение наказания. Однако данный эффект не должен исчезнуть совсем, как в версии программы 2007 г.

В проекте «третьего антимонопольного пакета» поправок к отягчающим обстоятельствам были отнесены следующие ситуации: организация правонарушителем ограничивающего конкуренцию соглашения или согласованных действий; принуждение правонарушителем иных лиц к совершению правонарушения либо к продолжению участия в соглашении или согласованных действиях, ограничивающих конкуренцию; продолжение противоправного поведения, несмотря на требование уполномоченных на то лиц прекратить его; повторное совершение однородного правонарушения, если за совершение первого правонарушения лицо уже подвергалось административному наказанию, по которому не истек срок, предусмотр-

¹⁵⁷ См. Федеральный закон от 06.12.2011 № 404-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях».

ренный КоАП РФ; совершение дящегося административного правонарушения, продолжительность которого превышает один год; причинение в результате совершения административного правонарушения ущерба гражданам, организациям или государству в размере более одного миллиона рублей либо извлечение в результате совершения административного правонарушения дохода в размере более пяти миллионов рублей.

Таким образом, компания, являющаяся лидером или организатором картеля, платит более высокий штраф, чем другие компании. Данная мера, безусловно, снижает стимулы организовывать новый картель. В то же время фирмы, не побуждавшие и не принуждавшие других хозяйствующих субъектов к участию в картеле, получают снижение наказания. Однако при этом для лидеров и организаторов картеля не ограничивается возможность получения полной амнистии: их положение играет роль только в случае, если они не успевают первыми выполнить все условия программы. Таким образом, хотя наказание для лидеров и организаторов картеля и ужесточается, по-прежнему существует эффект использования программы в качестве инструмента конкурентной борьбы, который нивелировался бы в случае, если бы лидеры и организаторы картеля лишались бы возможности получить освобождение. В то же время у подобной формулировки есть и положительный момент, связанный с тем, что ни один участник картеля не может восприниматься как «надежный», ведь даже лидер может воспользоваться программой. Вместе с тем необходимо отметить, что выявление лидера или организатора картеля само по себе сопряжено с издержками для антимонопольного органа, что приводит к возникновению ошибок первого и второго рода.

Отметим также, что, хотя происходит ужесточение наказания за участие в более чем одном картеле, данные условия не отражаются на возможности получения освобождения от ответственности, поэтому эффекты «брошенной кости» и «выметания сора» сохраняются.

Хотя «третий антимонопольный пакет» поправок вносит определенные изменения с точки зрения функционирования программы, многие вопросы по-прежнему остаются нерешенными. Прежде всего это касается ответственности физических лиц за заключение ограничивающих конкуренцию соглашений: как административной, так и введенной «вторым антимонопольным пакетом» уголовной ответственности. В условиях, когда за предоставление освобождения от административной и уголовной ответственности отвечают разные государственные органы (ФАС России и МВД России соответственно), возрастает уровень неопределенности, связанный с использованием программы. Данная ситуация усугубляется тем, что, хотя ст. 178 Уголовного кодекса и предусматривает возможность освобождения от уголовной ответственности за сговор, условия предоставления такого освобождения не полностью совпадают с условиями, прописанными в Административном кодексе и составляющими программу освобождения от ответственности.

В сложившихся условиях представляется целесообразной разработка программы освобождения от наказания для индивидов, причем ее условия должны касаться освобождения как от административной, так и от уголовной ответственности.

Вместе с тем в условиях существующей неопределенности в сфере освобождения от уголовных санкций представляется достаточно маловероятным использование программы ослабления наказания в качестве инструмента конкурентной борьбы. Если же будет разработана достаточно прозрачная индивидуальная программа освобождения от ответственности, вопрос ограничения стимулов к использованию программы в качестве инструментов конкурентной борьбы путем запрета амнистии для организаторов картелей может стать более актуальным.

Кроме того, ограничение доступа к программе для компаний, уличенных в участии в более чем в одном картеле, в чем они не признались, может служить дальнейшему снижению эффектов «выметания сора» и «бросания кости».

Заключение

Таким образом, исходя из сочетания структурных альтернатив, воплощенных в действующей версии программы, и с учетом изменений, которые планируется ввести в рамках «третьего антимонопольного пакета» поправок, можно отметить основные положительные моменты, а также основные ограничения, создаваемые данной версией программы с точки зрения порождаемых ей стимулов для экономических агентов. Среди положительных моментов необходимо отметить тот факт, что данная форма программы в целом согласуется с основной задачей предоставления амнистии за участие в картеле, а именно снижает доверие между участниками картеля, стимулируя каждую фирму «стучать» на своих сообщников по сговору (в отличие от версии программы 2007 г.). В то же время, отрицательные стимулы, возникающие в результате внедрения программы ослабления наказания, практически не сглаживаются с помощью внедрения тех или иных структурных альтернатив. Программа в том виде, в котором она предстает по итогам «третьего пакета», создает достаточно сильные стимулы к манипулированию ресурсами антимонопольного органа для достижения целей картелированных фирм.

Однако парадоксальным образом существующие недостатки программы освобождения от ответственности, связанные с высокой неопределенностью и размытостью критериев предоставления амнистии, прежде всего, от уголовной ответственности, помимо отрицательного эффекта служат также сокращению возможностей использования программы в качестве инструмента конкурентной борьбы, а также способа отвлечь внимание от более успешного картеля.

Вместе с тем при условии совершенствования процедуры освобождения от уголовной ответственности запрет получения амнистии для организаторов и лидеров картеля, а также ограничения на амнистию для компаний, участвующих в нескольких картелях, могут служить способом снижения нежелательных стимулов.

Таким образом, хотя версия программы освобождения от ответственности, утвержденная в 2009 г., с точки зрения воплощенных в ней структурных альтернатив и создаваемых стимулов больше отвечает целям ее внедрения, чем версия 2007 г., вопрос ее дальнейшего совершенствования по-прежнему остается актуальным.

Список литературы

Борьба с картелями. Практика 2008 года (краткие описания дел). — М.: 2009. http://www.fas.gov.ru/fas-news/fas-news_24698.html

Борьба с картелями и другими антиконкурентными соглашениями и согласованными действиями. Практика 2010 года / Под ред. А.Ю. Кинева. — М., 2011.

Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции».

Федеральный закон от 09.05.05 № 45-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях».

Федеральный закон от 17.07.2009 № 160-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

Федеральный закон от 17.07.2009 № 164-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон „О защите конкуренции“ и отдельные законодательные акты Российской Федерации».

Федеральный закон от 29.07.2009 г. № 216-ФЗ «О внесении изменения в статью 178 Уголовного кодекса Российской Федерации»

Шаститко А.Е. Экономика преступления и наказания в антитрасте: освобождение от ответственности. — М.: Промышленник России, 2008.

Apestequia J., Dufwenberg M., Selten R. Blowing the Whistle // *Economic Theory*. — Springer. — April 2007. — Vol. 31(1). — P. 143–166.

Aubert C., Rey P., Kovacic W.E. The Impact of Leniency and Whistle-Blowing Programs on Cartels // *International Journal of Industrial Organization*. — Elsevier. — November 2006. — Vol. 24(6). — P. 1241–1266.

Bigoni M., Fridolfsson S., Le Coq C., Spagnolo G. Fines, Leniency and Rewards in Antitrust: An Experiment. IFN Working Paper No. 738, 2008.

Ellis C.J., Wilson W.W. What doesn't Kill us Makes us Stronger: An Analysis of Corporate Leniency Policy, Mimeo, University of Oregon, 2001.

Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes. OECD Report, 2002.

Hamaguchi Y., Kawagoe T., Shibata A. Group Size Effects on Cartel Formation and the Enforcement Power of Leniency Programs // *International Journal of Industrial Organization*. — 2009. — Vol. 27(2). — P. 145–165.

Harrington J. Optimal Corporate Leniency Programs // *The Journal of Industrial Economics*. — 2008. — Vol. 56(2). — P. 215–246.

Hinlopen J. & Soetevent A.R. Laboratory Evidence on the Effectiveness of Corporate Leniency Programs // *RAND Journal of Economics*. — 2008. — Vol. 39(2). — P. 607–616.

Motta M., Polo M. Leniency Programs and Cartel Prosecution // *International Journal of Industrial Organization*. — 2003. — Vol. 21(3). — P. 347–379.

Shastitko A., Avdasheva S. Introduction of Leniency Programs for Cartel Participants: The Russian Case // *Antitrust Chronicle*. — 2011. — Vol. 8.

Spagnolo G. Divide et Impera: Optimal Leniency Programs. CEPR Discussion Papers, 2004.

THE IMPACT OF LENIENCY PROGRAMS ON THE INCENTIVES OF COLLUDING FIRMS

Natalia Pavlova,
Postgraduate student
MSU,
Faculty of Economics
(Moscow, Russia)

Abstract

Fighting collusion is one of the priorities of Russian antitrust policy. In this context increasing the efficiency of instruments aimed at uncovering cartels becomes especially important. In this article we attempt to form recommendations for improving the structure of one of these instrument – the leniency program. Our conclusions are based on the method of comparative analysis of structural alternatives of the design of leniency programs in terms of the incentives created for firms by each such alternative and finally by their combination. The results we obtain are used to determine the limitations associated with the Russian version of the program and the ways of overcoming them, taking into account the latest changes introduced by the «third antimonopoly package» of amendments.

Key words: antitrust regulation, cartel, collusion, leniency program, third antimonopoly package.

JEL-codes: K210, K420, L410.