

## **Развитие и применение антимонопольного законодательства в России: результаты и проблемы**

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

В то же время в сфере применения антимонопольного законодательства существует целый ряд серьезных проблем, связанных как с содержанием норм, так и практикой их применения. Цель настоящей записки - оценить результативность российского антимонопольного законодательства и предложить рекомендации по стратегии его совершенствования и применения. Актуальность подобной оценки связана не только с растущим влиянием антимонопольного законодательства на формирование хозяйственной среды, но и с проходящим в настоящее время обсуждением «третьего антимонопольного пакета» - поправок в закон «О защите конкуренции», - и некоторые другие. На этом фоне важно понять – что уже дало и что может дать действующее антимонопольное законодательство для развития конкуренции, какие проблемы существуют в области его применения.

В записке анализируются только нормы антимонопольного законодательства, относящиеся к хозяйствующим субъектам:

- предотвращение ограничивающих конкуренцию соглашений;
- предотвращение односторонних ограничений конкуренции со стороны крупных продавцов (злоупотребления доминирующим положением);
- предварительный контроль слияний.

### **Возможности и ограничения антимонопольной политики: если не мы, то кто же?**

Возможности антимонопольной политики в России объективно ограничены. Ограничения возникают по крайней мере с трех сторон: со стороны структуры российских рынков, со стороны положения антимонопольного законодательства в системе

государственной политики и со стороны особенностей метода самого антимонопольного законодательства:

- Особенности российских рынков – высокие барьеры входа, консервативность структуры большинства отраслей, преобладание рынков с высокой концентрацией, второстепенность отечественного рынка для крупнейших национальных продавцов, активно конкурирующих на глобальном рынке - объективно осложняют задачи развития конкуренции. На подобных рынках выше стимулы участников к отказу от соперничества, выше и возможности крупных компаний ограничивать конкуренцию в одностороннем порядке.
- Антимонопольная политика занимает невыигрышное положение в общей структуре государственной политики: ей мало дано, но с неё много спрашивается. В рамках других направлений государственной политики цели развития конкуренции ставятся крайне редко; напротив, условиями конкуренции часто жертвуют для решения текущих политических задач. Условия развития конкуренции осложнены и кризисом, а точнее – программой антикризисных мер, опиравшейся преимущественно не на системные, а на селективные механизмы, что возродило одну из ключевых проблем российской модели поддержки бизнеса – создание и укрепление неравных условий конкуренции.
- Инструменты антимонопольной политики предназначены для защиты существующей, пусть и несовершенной конкуренции. Для создания соперничества там, где его не было, требуются меры активной конкурентной политики в очень широком спектре – от защиты прав собственности до строгой регламентации поведения регулируемых компаний в отраслях естественных монополий.

Большинство препятствий развитию конкуренции в России не может быть устранено с помощью даже идеального применения идеального антимонопольного законодательства. До сих пор в качестве способа преодоления указанного ограничения рассматривается расширение сфер ответственности антимонопольного органа, возложение на него гораздо более широкого набора задач, чем стоит перед зарубежными коллегами Федеральной антимонопольной службы. В условиях объективной ограниченности ресурсов – не только финансовых, но и экспертных, - такое решение может приводить к снижению результативности на важных направлениях деятельности. Однако многие задачи – например, пресечение ограничений конкуренции со стороны органов исполнительной власти, противодействие недобросовестной конкуренции, борьба

против коррупции и за конкуренцию в государственных закупках, разрешение конфликтов между участниками регулируемых отраслей – кроме российского антимонопольного органа в системе государственной власти решать некому.

### **Модернизация антимонопольного законодательства: достижения**

Несмотря на крайне сложные задачи и не самую благоприятную обстановку, ФАС в последние годы удалось решить несколько принципиальных задач. К несомненным успехам следует отнести ужесточение санкций и снижение пороговых значений для согласования сделок экономической концентрации. Введение с 2007 г. системы оборотных штрафов сделало нарушения антимонопольного законодательства чувствительными для продавцов. В ответ на повышение штрафов уменьшилось число наиболее одиозных ограничений конкуренции. Введение программы освобождения от ответственности создает стимулы прекращать незаконную практику. Российский антимонопольный орган получил достаточно весомые инструменты для наказания – а следовательно, и для предотвращения, - ограничений конкуренции.

Радикальное сокращение масштабов и методов предварительного контроля слияний следует признать несомненным достижением ФАС, существенно снизившим нагрузку на бизнес без угрозы для конкуренции. Вывод многих типов сделок из-под предварительного контроля, повышение пороговых значений сделок, подлежащих согласованию, - позволили снизить масштабы предварительного контроля более чем вчетверо (с более чем 20 тыс. до 5 тыс. сделок в год). Изменения позволили сконцентрировать усилия ФАС на сделках, действительно способных оказать отрицательное воздействие на конкуренцию.

Достижением применения антимонопольного законодательства может служить развитие стандартов квалификации доминирующего положения. В 2006 году ФАС был разработан Порядок проведения анализа и оценки конкурентной среды на товарных рынках, утвержденный Приказом ФАС от 25 апреля 2006 г. № 108. В качестве методического документа, основы для формирования стандартов экономической аргументации Порядок 2006 года заслуживал всяческой поддержки. Авторам Порядка удалось достичь редкой комбинации - одновременно продемонстрировать связь между компонентами анализа рынка и применением антимонопольного законодательства, и предложить альтернативные решения ряда методических проблем. Порядок способствовал повышению качества аргументации в делах по нарушениям

антимонопольного законодательства как со стороны ФАС, так и со стороны обвиняемых в нелегальной практике.

### **Дисбалансы в развитии антимонопольного законодательства**

В последние годы в развитии антимонопольного законодательства наметились очевидные дисбалансы:

- последние изменения системы санкций (2009-2010 гг.) представляют в определенном смысле «откат назад» в части снижения масштабов наказания виновных. Ослабление санкций снижает и угрозы для потенциальных нарушителей, а следовательно - стимулы воздерживаться от нарушений антимонопольного законодательства. Именно таким образом выглядит снижение штрафов на отдельных рынках (ограничение штрафов за нарушение ст.13 закона «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» суммой 1 млн. руб.) и предложенное в рамках «третьего антимонопольного пакета» установление такой же суммы за «нанесение ущерба». Не очень понятно, зачем вообще преследовать малозначимые нарушения и налагать за их инициаторов малочувствительные санкции;
- в развитии антимонопольного законодательства укрепляется линия, нацеленная на защиту контрагентов, в отличие от защиты конкуренции. Это проявляется как в содержании отдельных законов (в первую очередь – Закона о торговле), так и в тенденциях применения норм антимонопольного законодательства (в первую очередь – норм о злоупотреблении доминирующим положением);
- возникла тенденция к использованию антимонопольного законодательства решения политических (а часто и популистских) задач. Особенно ярко это проявилось в возбуждении летом 2010 года многочисленных дел против продавцов, повышающих цены на продукты питания, хотя с самого начала было ясно, что рост цен был результатом панических ожиданий, но никак не сознательных ограничений конкуренции;
- появилось стремление видеть в антимонопольном законодательстве метод не содействия конкуренции, а прямого регулирования цен. Проявления этой тенденции тройки. Во-первых, уровень цен становится критерием оценки деятельности ФАС. Во-вторых, все чаще применяется норма о монопольно высокой – то есть «слишком высокой» цене. В-третьих, при согласовании слияний относительно часто выдаются предписания о максимальных темпах повышения цен;

- на фоне роста санкций стали очевидны риски несправедливого обвинения продавцов в ограничении конкуренции. Эти риски вызваны как не всегда высокими стандартами доказательств в делах о нарушении антимонопольного законодательства, так и содержанием отдельных норм. На последнем вопросе необходимо остановиться подробнее.

### **Источники несправедливых обвинений: как действовать при отсутствии прямых улик?**

Отсутствие полномочий на проведение оперативно-розыскных действий существенно ограничивает возможности ФАС противодействовать тайным сговорам. В этой ситуации в принципе возможны два пути. Первый состоит в том, чтобы признать существование этой проблемы и не требовать от антимонопольного органа значительных успехов в борьбе с незаконными соглашениями. Второй – в том, чтобы использовать нормы, основанные на косвенных уликах о координации цен.

Риски несправедливых обвинений рода возникают в ходе применения норм о злоупотреблении коллективным доминированием (когда доминирующим признается каждый из нескольких продавцов, обладающих в сумме высокой рыночной долей на рынке, структура которого способствует молчаливому сговору) и согласованных действий (незаконным признается молчаливый сговор – координация действий, достигнутая при отсутствии договоренности между продавцами).

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

Риски доктрины коллективного доминирования ярко проявились в делах против «большой четверки» вертикально интегрированных нефтяных компаний, на которые в результате этих дел были наложены огромные по российским меркам оборотные штрафы.

Эти дела могут служить ярким примером снижения стандартов доказательств, что может быть объяснено исключительно политической мотивированностью дел.

Принятое в российском законодательстве определение согласованных действий также позволяет уйти от доказательства прямого сговора и создаёт возможность вынесения решений по делу почти без доказательной базы. Причем проблемы законодательного определения согласованных действий были усилены решениями Высшего Арбитражного Суда. ВАС встал на позицию, что вывод о наличии одного из условий, подлежащих установлению для признания действий согласованными, а именно: о совершении таких действий было заранее известно каждому из хозяйствующих субъектов, - может быть сделан исходя из фактических обстоятельств их совершения. О согласованности действий, в числе прочих обстоятельств, может свидетельствовать тот факт, что они совершены различными участниками рынка относительно единообразно и синхронно при отсутствии на то объективных причин. Для целей признания действий хозяйствующих субъектов согласованными не имеет значения синхронность их начала, достаточно факта осуществления таких действий на момент их выявления

Такая интерпретация дает изрядную свободу в определении согласованных действий и позволяет квалифицировать как согласованные действия, к примеру, обычное «ценовое лидерство», и, шире, вообще любые однонаправленные действия продавцов вне зависимости от их рыночной доли и общего состояния конкуренции на рынке. Оценка «объективированного результата» не дает гарантии того, что одинаковое поведение контрагентов не было вызвано единой общей причиной. Такой подход все шире применяется судами. Обсуждаемый в настоящее время "третий антимонопольный пакет" предполагает в том числе уточнение понятия согласованных действий: в определение будут добавлены квалифицирующие критерии, по которым можно будет отличить просто параллельные действия на рынке, вызванные общими для всех условиями, от согласованных действий. Кроме того, участники согласованных действий освобождаются от уголовной ответственности. Как путь снижения числа ошибок и снижения их издержек для несправедливо обвиненных такие предложения нельзя не приветствовать. Однако изменения не решают основную проблему антимонопольной политики в России – неспособность привлечь прямые улики сговора о ценах.

**И вновь о целях и методах применения антимонопольного законодательства: что или кого защищать? Поддерживать конкуренцию или регулировать?**

В последние годы антимонопольное законодательство все чаще начинает использоваться как инструмент защиты одних групп экономических агентов в ущерб интересам других. Это проявляется, в частности, в нормах, регламентирующих допустимость или недопустимость тех или иных видов вертикальных соглашений. При этом достаточно взвешенная позиция закона «О защите конкуренции» в части определения законности вертикальных соглашений едва ли не разрушается другими документами. Принятое в 2009 году постановление Правительства РФ № 583 запрещает **все** ценовые ограничения (в том числе и вполне безобидные «рекомендуемые цены»), а также некоторые виды неценовых условий, объявляя при этом допустимыми «исключительные территории» (запрещенные, например, в Европейском Союзе). Еще более странной выглядит статья 13 Закона о торговле. Цели большинства введенных в этой статье норм никак не связаны с развитием конкуренции. Более того, применение этой статьи способствует *ограничению* конкуренции. Требование недискриминационности условий договоров приводит к тому, что ритейлер не имеет права компенсировать различие конкурентных преимуществ поставщиков различием условий договоров с ними. В таких условиях ему проще отказаться от заключения договоров с новыми контрагентами, которым он, по логике этой статьи, должен предложить те же условия, что и надежному проверенному партнеру. Тем самым ст.13 закона становится не способом поддержки всей группы поставщиков, а способом поддержки укоренившихся поставщиков в их конкурентной борьбе с новичками.

Перекося в сторону «защиты конкурента и/или контрагента» в противовес защите конкуренции проявляется и в положении о том, что для квалификации действий как злоупотребления доминирующим положением достаточно *ущемления интересов других лиц*. Такая трактовка специально подчеркнута решением Пленума ВАС. Тем самым создается, в частности, едва ли не презумпция нелегальности любой цены, назначаемой доминирующим участником рынка, которая противоречит интересам его контрагента. Тем более нелегальным становится различие в ценах, назначаемых разным контрагентам (поскольку, естественно, интересы того, кто платит больше, ущемляются). Такой подход был использован в делах против «большой четверки» нефтяных компаний: совершенно игнорировались аргументы о том, что поставки разным покупателям в зависимости от объема, от срока, от периодичности, от длительности взаимоотношений влекут за собой разные затраты. Практически создается следующий стандарт легального поведения: продавай всем по одинаковой цене, а если тебе это кажется невыгодным – вообще не продавай за пределами компании. Нетрудно заметить, что объективно запрет на

дискриминацию повышает для вертикально-интегрированных компаний привлекательность внутрифирменных трансакций и снижает стимулы для продаж независимым покупателям.

Тревожная тенденция связана и с законодательным определением и практикой квалификации цен как монопольно высоких. Закон «О защите конкуренции» ввел два равноправных критерия монопольно высокой цены – превышение цены над ценой сопоставимого, но конкурентного, рынка и превышение цены над экономически обоснованными издержками и прибылью. Однако второй подход на практике стал доминирующим. Разъяснение ВАС 2008 года позволило, если анализ не обнаруживает сопоставимых рынков, применять для квалификации монопольно высокой цены только превышение цены над суммой экономически обоснованных издержек и прибыли. Преобладание бухгалтерского подхода – свойственного регулируемым отраслям, - к экспертизе цены закрепляется сверхвысокими требованиями к квалификации рынка как сопоставимого. В результате мы получаем те же проблемы, которые свойственны для тарифного регулирования: судорожный поиск критериев определения «экономической обоснованности» затрат и прибыли и стимулы для компаний раздувать бухгалтерские издержки.

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

**Совершенствование антимонопольного законодательства: необходимо развитие или поворот?**



Подводя итог, результаты применения антимонопольного законодательства в России с точки зрения достижения его прямой цели – способствования развитию конкуренции, – неоднозначны. Для выработки конкретных рекомендаций по совершенствованию законодательства сначала надо сделать выбор между двумя принципиально разными стратегиями. Либо антимонопольной политике возвращается положенное ей место как политике, нацеленной **на защиту конкуренции** (с разумным разграничением между легальными и нелегальными действиями в законодательстве и с разумными стандартами доказательств), либо антимонопольная политика продолжает применяться как инструмент достижения текущих политических и популистских целей. Во втором случае антимонопольная политика замещается регулированием, со всеми его дополнительными возможностями и недостатками. И антимонопольное законодательство перестает быть инструментом поддержки конкуренции, сохраняя свое название, но не суть.

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

Чтобы вернуться на этот путь, по нашему мнению, необходимо:

1. Прекратить изменения закона «О защите конкуренции». В нем достаточно норм для того, чтобы осуществлять разумную конкурентную политику – как показывают действия антимонопольных органов в те периоды, когда они не находятся под политическим давлением. Может быть, в нём есть и явно лишние для решения этой задачи нормы, но даже в этом случае правильнее менять не закон, а модель его применения.
2. Решительно отказаться от создания отраслевых антимонопольных норм, подобных содержащимся в законе «Об основах регулирования торговой деятельности» - полностью нацеленных на защиту одной группы участников рынка против другой. Недопустимо оправдывать правила, перераспределяющие выигрыши в пользу одной из групп участников рынка, целями защиты конкуренции.
3. Признать, наконец, что целью применения антимонопольного законодательства не должна быть защита отдельных групп участников рынков. Антимонопольные запреты должны быть нацелены против исключаяющих практик, а не против так называемого

ущерба. Это автоматически означает смену приоритетов в применении норм о злоупотреблении доминированием (снижение числа дел, возбуждаемых по факту монополюно высокой цены) и о вертикальных соглашениях (снижение числа дел по факту нанесения ущерба в рамках добровольно заключенных договоров за пределами отраслей естественных монополий). «Нанесение ущерба», как оно понимается в настоящее время – вне прямой связи с ограничением конкуренции, - вообще не следует рассматривать как нарушение антимонопольного законодательства. Такой шаг, безусловно, привел бы к снижению популярности ФАС, но резко повысил бы обоснованность его действий.

4. Не предоставляя антимонопольным органам права на осуществление оперативно-розыскных действий (а мы в целом согласны, что такое решение было бы сопряжено со слишком высокими рисками, а риски от сотрудничества ФАС с МВД выглядят еще выше), мы не должны требовать от ФАС эффективной борьбы с тайными соглашениями. И самое главное: не побуждать ФАС преследовать участников рынка за недоказанные картельные соглашения (согласованные действия и злоупотребление доминирующим положением в форме монополюно высокой цены).
5. Необходимо остановить колебания маятника размера санкций. Вилка оборотных штрафов позволяет наказывать компании за ограничения конкуренции. Фиксированные же штрафы за ущерб вообще не должны применяться, поскольку масштабы преследования за нанесение ущерба должны быть максимально сокращены.

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

Авдашева С.Б., д.э.н., профессор кафедры экономического анализа организаций и рынков, зам.директора Института анализа предприятий и рынков НИУ ВШЭ

Крючкова П.В., д.э.н., профессор кафедры экономического анализа организаций и рынков, ведущий научный сотрудник Института анализа предприятий и рынков НИУ ВШЭ