

Государственная политика в отношении соглашений и согласованных действий, ограничивающих конкуренцию (экономический подход).

Аналитический доклад^{*}

Автор:

Шаститко А.Е.,

*Зам. генерального директора Фонда «Бюро экономического анализа»
д.э.н., профессор экономического факультета МГУ им. М.В.Ломоносова*

A.Shastitko@beafnd.org , beaddg@mail.ru
Т. 7095-937-9750 Ф: 7095-9376753

В аналитическом докладе раскрыты основные требования российского и европейского конкурентного законодательства в части соглашений (согласованных действий), ограничивающих конкуренцию (соответственно, статья 6 федерального закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности» и статья 85 договора об учреждении Европейского экономического сообщества), представлены и объяснены данные ведомственной статистики правоприменения за 1999-2003 годы; раскрыты основания и факторы устойчивости соглашений (согласованных действий), ограничивающих конкуренцию. Предложен подход к определению совместного (коллективного) доминирующего положения хозяйствующих субъектов на рынке. Рассмотрены условия и ограничения действенности политики по пресечению соглашений (согласованных действий), устраняющих, ограничивающих или не допускающих конкуренцию. Сформулированы выводы и рекомендации по совершенствованию требований конкурентного законодательства и механизмов правоприменения в части пресечения и предупреждения указанных соглашений (согласованных действий).

Ключевые слова: конкурентная политика; антимонопольное регулирование; совместное доминирование; соглашения (согласованные действия), ограничивающие конкуренцию; рыночная власть, адвокатирование конкуренции.

Москва – 2004

^{*} Доклад подготовлен в рамках Программы ТАСИС «Дерегулирование экономики и устранение административных барьеров в Российской Федерации». Автор доклада несет ответственность за ошибки и идеи, сформулированные в докладе.

Содержание

Введение	3
Раздел 1. Соглашения и согласованные действия, ограничивающие конкуренцию: значение и результаты правоприменения	7
Раздел 2. Соглашения и согласованные действия: определение и факторы устойчивости	15
Раздел 3. Совместное доминирование: экономическое содержание и правовая конструкция	25
Раздел 4. Дизайн антимонопольного регулирования как инструмента пресечения соглашений и согласованных действий, ограничивающих конкуренцию	33
Выводы и рекомендации	40
Глоссарий	45
Литература	47

Введение

Способ приватизации, а также приоритеты, расставленные на начальном этапе реформирования российской экономики привели к тому, что проблемы монополизма и сопряженные с ними потери благосостояния и недоиспользования возможностей повышения эффективности размещения ограниченных ресурсов оказались в числе ключевых¹. Вот почему выстраивание адекватной конкурентной политики в современных условиях - комплекс мер с высокой потенциальной общественной отдачей.

Понимание значимости адекватной конкурентной политики постепенно распространяется среди лиц, принимающих важные политические решения. Вот почему в рамках административной реформы произошла корректировка статуса антимонопольных органов², а также начата работа над новым законом о конкуренции.

Вместе с тем следует учитывать, что конкурентная политика, а в более узком смысле – антимонопольная политика³ - относится к числу форм государственного вмешательства в экономику, эффективность которого оспаривается в течение многих десятилетий представителями различных направлений экономических исследований. Дискуссия по данному вопросу началась и в российской экономической литературе⁴. Суть проблемы сводится к тому, как минимизировать негативные последствия, связанные с государственным регулированием, включая антимонопольное с учетом того, что далеко не все изъяны рынка являются «самоликвидирующимися»⁵.

****Автор выражает признательность Светлане Борисовне Авдашевой, заведующему сектором Фонда «Бюро экономического анализа», Анатолию Николаевичу Голомолзину, заместителю руководителя Федеральной антимонопольной службы за ценные замечания, сделанные в ходе работы над докладом.**

¹ Данный тезис по сути соответствует основным идеям, которые были сформулированы руководителем Федеральной антимонопольной службы И.Ю.Артемьевым (см. Игорь Артемьев: Мы стали страной картельных сговоров // <http://www.rg.ru/2004/07/13/artemiev.html>)

² В настоящее время антимонопольные органы имеют статус федеральной службы, руководитель которой непосредственно подчиняется председателю Правительства РФ.

³ В качестве варианта рабочего определения антимонопольной политики можно предложить следующее: Антимонопольной называется политика, направленная на поддержание и/или создание условий для добросовестной конкуренции на товарных и финансовых рынках посредством целенаправленного установления и обеспечения соблюдения правил, определяющих запрещенные (в том числе по определению или в зависимости от соотношения выгод и издержек) способы поведения на рынке

⁴ Авдашева С., Шаститко А. Промышленная и конкурентная политика: проблемы взаимодействия и уроки для России. // Вопросы экономики. 2003, №9, с.18-32; Новиков В. Влияние российского антимонопольного законодательства на экономическое развитие. // Вопросы экономики. 2003, №9, с.33-48; Новиков В. О праве собственности на внешние эффекты. // Вопросы экономики. 2004, №1, с.141-146; Шаститко А. Выплескивая воду, не забудьте про ребенка! // Вопросы экономики. 2003а, №12, с.111-119; Шаститко А. Реформа антимонопольного регулирования в России: повестка дня и дизайн дискуссии // Вопросы экономики. 2004, №3

⁵ Данный вопрос рассматривается в докладе «Выбор механизмов управления контрактными отношениями в условиях реформы регулирования экономики», подготовленном в рамках

Проблемы, связанные с неэффективностью антимонопольной политики, были суммированы Крэндаллом и Уинстоном⁶. В их числе:

(1) слишком большая длительность судебных процессов по антимонопольным делам (проблема дисконтирующих эффектов особенно в специфических во времени видах трансакций),

(2) большие трудности с определением мер, которые предотвращали бы негативные последствия монополизации, что отчасти связано с проблематичностью идентификации соответствующей меры для того или иного случая,

(3) значительные издержки разграничения слияний (а в более широком плане – сделок экономической концентрации), повышающих эффективность использования ресурсов и слияний, которые, ограничивая конкуренцию, ведут к снижению благосостояния потребителей,

(4) значительные трудности, связанные с формулированием и реализацией мер антимонопольного регулирования в условиях новой экономики, которая характеризуется динамичностью конкуренции, быстрыми технологическими изменениями, большим значением интеллектуальной собственности,

(5) значительное влияние политической составляющей на дела, связанные с нарушением антимонопольного законодательства (в том числе злоупотребление правом)⁷,

(6) для антимонопольной политики остается мало места, если учесть силу рынков в развитии конкуренции и блокировании антиконкурентных злоупотреблений.

В терминах данного доклада сказанное предполагает, что общественные издержки, связанные с применением антимонопольного законодательства, слишком высоки, чтобы делать ставку на антимонопольную политику в качестве средства повышения общественного благосостояния и эффективности использования ресурсов. Кроме того, в пункте 6 представленного выше перечня фактически предполагается, что антимонопольная политика как способ компенсации изъянов рыночного механизма, также как и инструмент повышения степени совершенства рынка, по определению не является действенной. Это означает, что сами участники рынка в состоянии привести в действие механизмы самоустранения рыночных изъянов. Иными словами в результате технических, технологических или институциональных изменений, которые осуществляют сами участники рынка, не прибегая к вмешательству государства, а также к созданию таких механизмов поддержания контрактных отношений как организации саморегулирования, возникают условия, при

Программы ТАСИС «Дерегулирование экономики и устранение административных барьеров в Российской Федерации».

⁶ Crandall R.W., Winston C. Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence // Journal of Economic Perspectives. Fall 2003, V.17, N4, p.3-26.

⁷ Речь, прежде всего, идет об избирательном использовании антимонопольными органами норм конкурентного законодательства в интересах отдельных групп хозяйствующих субъектов.

которых доминирующей формой контрактного процесса оказывается конкуренция⁸.

Отметим, что устранение барьеров входа соответствует при определенных условиях устранению рыночных изъянов, тогда как антимонопольное регулирование посредством запрета на совершение определенных действий, связанных с использованием преимуществ в переговорной силе и обусловленных существующими барьерами входа, соответствует компенсации рыночных изъянов.

Вне зависимости от степени жесткости антимонопольной политики за редким исключением существует набор видов деятельности хозяйствующих субъектов на товарных рынках, которые (действия) рассматриваются как незаконные по определению. Это касается, прежде всего, злоупотребления доминирующим положением, а также соглашений, ограничивающих конкуренцию (прежде всего, картелей), и согласованных действий хозяйствующих субъектов, действующих на одном и том же целевом рынке. Данный доклад посвящен изучению возможностей построения действенной государственной политики в отношении соглашений и согласованных действий, ограничивающих конкуренцию, в контексте определения такого рода соглашений и действий в терминах логики теории коллективных действий, позволяющая объяснить поведение участников рынка.

Достижение поставленной цели предполагает решение четырех взаимосвязанных задач.

Во-первых, описание нормативно-правовой базы и практики применения антимонопольного законодательства в части пресечения соглашений и согласованных действий, ограничивающих конкуренцию. Изложению данного вопроса посвящен первый раздел доклада.

Во-вторых, выявление факторов, влияющих на создание и сохранение соглашений, ограничивающих конкуренцию, а также согласованных действий, приводящих к аналогичному результату, что является предметом изучения во втором разделе.

В-третьих, объяснение соотношения индивидуального и коллективного доминирования, с одной стороны, и коллективного доминирования и соглашения (согласованных действия), направленных на ограничение, недопущение или устранение конкуренции, с другой стороны.

В-четвертых, выявление факторов, позволяющих повысить действенность антимонопольного регулирования в части пресечения ограничивающих конкуренцию соглашений и согласованных действий. Это задача четвертого раздела.

⁸ Напомним, что в соответствии с подходом, предложенным Оливером Уильямсоном, доминирующими формами контрактного процесса наряду с конкуренцией могут быть обещания, планирование, а также специализированные механизмы управления контрактными отношениями (включая гибридные формы и иерархические организации).

В завершающей части доклада сформулированы основные выводы и рекомендации по совершенствованию антимонопольного регулирования в части пресечения и недопущения соглашений и согласованных действий, ограничивающих конкуренцию, а также определения ситуации совестного (коллективного) доминирования.

С самого начала оговоримся, что часть соглашений и согласованных действий, которые ограничивают конкуренцию в той мере, в какой она может стать разрушительной для рынка (в частности, по причине асимметричного распределения информации о благах, которые относятся к категории опытных или доверительных), здесь не рассматривается. Основной акцент сделан на двух сравнительно легко идентифицируемых характеристиках товаров – количестве и цене.

Подчеркнем еще раз, что предметом изучения в данной работе является применение запрета согласно букве закона на примере соглашений и согласованных действий, ограничивающих конкуренцию, которые относятся к хозяйствующим субъектам, действующим на одном и том же целевом рынке. Таким образом, в предмет изучения не входят вертикальные ограничения, а также соглашения или согласованные действия федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, иных наделенных функциями или правами указанных органов власти органов или организаций, которые относятся к статье 8 закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», горизонтальные соглашения, являющиеся объектом групповых изъятий, о чем более подробно – в других докладах.

В названии настоящего доклада указано на то, что будет применяться экономический подход к изучению проблемы построения государственной политики в отношении соглашения и согласованных действий, ограничивающих конкуренцию. Особенностью экономического подхода является анализ норм и механизмов, обеспечивающих их соблюдение через призму стимулов лиц, принимающих решения. Это относится как к участникам хозяйственного оборота на рынке, так и к организациям (а точнее работникам данных организаций), которые обеспечивают поддержание условий конкуренции (в первую очередь антимонопольные органы).

Раздел 1. Соглашения и согласованные действия, ограничивающие конкуренцию: значение и результаты правоприменения

Понимание взаимосвязи между эффективностью, экономическим развитием, с одной стороны и конкуренцией, с другой, во многом зависит от понимания конкуренции. Техническое определение понятия конкуренции, которое дано в законе «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности», отражает лишь одну сторону реального процесса – невозможность определения общих условий обращения товаров на рынке действиями одного хозяйствующего субъекта. Вместе с тем важно учитывать, что есть и другие подходы к определению конкуренции, которые более четко характеризуют сопряженность с проблемами эффективности и экономического развития. Например, конкуренция рассматривается как процесс выявления и обмена знанием или информацией о качестве, альтернативах использовании различных ресурсов в различных возможных вариантах применения⁹.

Соглашения (согласованные действия), ограничивающие, не допускающие или устраняющие конкуренцию, являются важным фактором снижения эффективности использования ограниченных ресурсов, а также препятствием экономического развития. Это связано, прежде всего, с тем, что результатом согласованности действий и выполнения ограничивающих конкуренцию соглашений является повышение средних издержек для хозяйствующих субъектов на последующих стадиях технологических цепочек (что является обратной стороной повышения цен на промежуточные товары), и одновременно сопровождается снижением фактического объема выпуска по сравнению с потенциально возможным и а также ведет к повышению цен конечной продукции. Вот почему в российском антимонопольном законодательстве установлен запрет на соглашения и согласованные действия, ограничивающие конкуренцию (см. вставку 1).

Вставка 1. Требования российского конкурентного законодательства в отношении соглашений (согласованных действия), ограничивающих конкуренцию.

В соответствии со статьей 6 «Соглашения (согласованные действия) хозяйствующих субъектов, ограничивающие конкуренцию» Федерального закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности» (в ред. Федерального закона от 09.10.2002 N 122-ФЗ) устанавливаются следующие запреты:

1. Заключение договора, иной сделки, соглашения или осуществление согласованных действий хозяйствующими субъектами, действующими на рынке

⁹ Алчян А.А., Демсетц Г. Производство, стоимость информации и экономическая организация. В сб.: Вехи экономической мысли. Том 5. Теория отраслевых рынков. Под ред. А.Г.Слущкого. Спб., Экономическая школа, 2003. С.316

одного товара (взаимозаменяемых товаров), которые приводят или могут привести к установлению (поддержанию) цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат), наценок; повышению, снижению или поддержанию цен на аукционах и торгах; разделу рынка по территориальному принципу, по объему продаж или закупок, по ассортименту реализуемых товаров либо по кругу продавцов или покупателей (заказчиков); ограничению доступа на рынок или устранению с него других хозяйствующих субъектов в качестве продавцов определенных товаров или их покупателей (заказчиков); отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками).

2. Заключение хозяйствующими субъектами, действующими на рынке одного товара (взаимозаменяемых товаров), иных соглашений или осуществление согласованных действий, в результате которых имеются или могут иметь место недопущение, ограничение, устранение конкуренции и ущемление интересов других хозяйствующих субъектов.

3. Заключение соглашения или осуществление согласованных действий не конкурирующими между собой на соответствующем товарном рынке хозяйствующими субъектами, получающими (потенциальными приобретателями) и предоставляющими (потенциальными продавцами) товар (взаимозаменяемые товары), если в результате таких соглашений или согласованных действий имеются или могут иметь место недопущение, ограничение, устранение конкуренции. Положения настоящего пункта не применяются к хозяйствующим субъектам, совокупная доля которых на рынке определенного товара не превышает 35 процентов.

4. В исключительных случаях соглашения или согласованные действия хозяйствующих субъектов, указанные в пунктах 2 и 3 настоящей статьи, могут быть признаны антимонопольным органом правомерными в порядке, предусмотренном статьей 19.1 настоящего Закона, если хозяйствующие субъекты докажут, что положительный эффект от их действий, в том числе в социально - экономической сфере, превысит неблагоприятные последствия для рассматриваемого товарного рынка, либо если возможность заключения такого соглашения или осуществления согласованных действий хозяйствующими субъектами предусмотрена федеральными законами.

5. Запрещается координация предпринимательской деятельности коммерческих организаций, которая имеет либо может иметь своим результатом ограничение конкуренции.

Нарушение указанных требований является основанием для ликвидации в судебном порядке организации, осуществляющей координацию предпринимательской деятельности, по иску антимонопольного органа.

Обратим внимание, что формы соглашений, согласованных действий, поименованные в пункте 1 статьи 6 запрещены как таковые, в то время как соглашения, о которых речь идет в пунктах 2 и 3, подпадают под действие правила взвешенного подхода, порядок применения которого регламентируется статьей 19.1 того же закона. В настоящем докладе основное внимание будет уделено горизонтальным соглашениям (согласованным действиям), ограничивающим конкуренцию. В этой связи требования пункта 3 не входят в предмет нашего исследования, так как относятся к различным формам вертикальных ограничений.

В соответствии с европейскими правилами конкуренции, которые отражены в договоре об учреждении Европейского экономического сообщества, практически всегда подлежат запрету горизонтальные соглашения между конкурирующими друг с другом хозяйствующими субъектами, если их предметом является фиксирование цен, ограничение объема выпуска, а также раздел рынка (см. вставку 2).

Вставка 2. Правила конкуренции, применяемые к предприятиям, в соответствии с договором об учреждении Европейского экономического сообщества.

В соответствии с нормами статьи 85 договора об учреждении Европейского экономического сообщества:

1. Запрещаются как несовместимые с общим рынком: любые соглашения между предприятиями, решения, принятые объединениями предприятий, и картельная практика - которые могут воздействовать на торговлю между государствами-членами и которые имеют своей целью или результатом предотвращение, ограничение или нарушение конкуренции внутри общего рынка, в частности, те действия, которые заключаются в том, чтобы:

a) фиксировать прямо или косвенно цены купли или продажи или другие условия торговли;

b) ограничивать или контролировать производство, рынки, техническое развитие или капиталовложения;

c) распределять рынки или источники снабжения;

d) применять неодинаковые условия к равноценным сделкам с другими торговыми партнерами, ставя их тем самым в невыгодные условия конкуренции;

e) обуславливать заключение контрактов принятием партнерами дополнительных обязательств, которые, по своему характеру или в соответствии с торговой практикой, не связаны с предметом этих контрактов.

2. Соглашения или решения, запрещенные в силу данной статьи, автоматически считаются недействительными (иными словами, применяется правило запрета такого рода соглашений как таковых, согласно букве закона).

3. Однако положения параграфа 1 могут быть признаны не подлежащими применению:

- к любому соглашению или категории соглашений между предприятиями;

- к любому решению или категории решений, принятых объединениями предприятий;

- к любой картельной практике или категории такой практики;

которые способствуют улучшению производства или распределения товаров или содействуют техническому или экономическому прогрессу, предоставляя потребителям справедливую долю получаемых благодаря этому выгод, и которые:

a) не налагают при этом на заинтересованные предприятия такие ограничения,

которые не являются необходимыми для достижения этих целей;

b) не предоставляют этим предприятиям возможность оградить от конкуренции существенную часть продуктов, о которых идет речь.

Однако следует подчеркнуть, что большое значение имеет содержание соглашения в целом и контекст его применения. Например, функционирование совместных предприятий предполагает принятие совместных решений о цене и объеме выпуска и вытекает из самой сути такого рода организационной формы производства.

Актуальность темы формирования действенной государственной политики в отношении соглашений и согласованных действий, ограничивающих конкуренцию, обусловлена также и тем, что, несмотря на важность данного направления антимонопольного регулирования, вместе с тем оно остается одним из самых сложных и трудоемких с точки зрения формулирования запретов, но в гораздо большей степени – с точки зрения создания действенного механизма, обеспечивающего соблюдение установленных запретов. Вот почему даже в *случае высокой потенциальной общественной отдачи от антимонопольной политики в части пресечения соглашений и согласованных действий, практика правоприменения не гарантирует распределения усилий антимонопольных органов в соответствии со сравнительной общественной значимостью применения различных инструментов антимонопольного регулирования.*

Вот почему принципиальное значение имеет механизм настройки стимулов тех лиц, которые применяют нормы антимонопольного законодательства, в первую очередь работников антимонопольных органов, а также субъектов-участников хозяйственного оборота.

Данные, которые приводятся в отчетах российских антимонопольных органов по результатам деятельности в целях соблюдения требований статьи 6 закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», весьма наглядны. Показатели, значения которых представлены в таблице 1, свидетельствуют о том, что количество дел по статье 6 невелико, особенно если учесть что общее количество дел, которые ведут антимонопольные органы России, исчисляются многими тысячами. Кроме того, в указанной таблице нет разграничения на соглашения и согласованные действия хозяйствующих субъектов на одном и том же целевом рынке и на сопряженных рынках (вертикальные ограничения). Между тем такое разграничение необходимо, потому что механизм их (соглашений и согласованных действий) появления различается, также как и механизм поддержания данных соглашений.

Рассмотрим имеющиеся данные более подробно, понимая, что временной ряд данных не является достаточно длинным, чтобы делать какие-либо далеко идущие выводы относительно сложившихся тенденций в применении инструментов антимонопольного регулирования. Статистические данные в

более или менее систематизированном виде пока доступны только за четыре года.

Нарушения антимонопольного законодательства могут быть выявлены как самостоятельно антимонопольными органами, так и с помощью участников рынка, подающих заявления о нарушении тех или иных требований антимонопольного законодательства. Об этом свидетельствует достаточно большая доля заявлений в антимонопольные органы о нарушениях требований шестой статьи закона в сравнении с общим количеством рассмотренных фактов по признакам нарушения данной статьи. Причем, если в 1999 году доля заявлений составляла чуть больше 40% от общего количества рассмотренных фактов, то в последующие годы доля устойчиво превышает 50%. В 2003 году она составила более 70%.

Отметим еще раз, что важно учитывать различия между соглашениями и согласованными действиями, ограничивающими конкуренцию. Причем, данные различия неизбежно оказывают значительное влияние как на процедуры, так и на возможности доказывания самого факта, соответственно, соглашения или согласованного действия. К сожалению статистика антимонопольных органов не дает информации об их деятельности по пресечению соглашений в отличие от деятельности по пресечению согласованных действий. Данный вопрос (категориальные различия соглашений и согласованных действий) более подробно рассматривается в следующем разделе.

Представленные в таблице данные указывают также еще на один примечательный факт – увеличение доли решений антимонопольных органов, которые обжалуются в суде. В случае ужесточения санкций за нарушение норм шестой статьи закона «О конкуренции», а такого рода изменения необходимы¹⁰, можно прогнозировать, что у хозяйствующих субъектов усилятся стимулы к оспариванию решений в судах. Причем, чем менее убедительной будет доказательная база со стороны антимонопольных органов, тем выше, при прочих равных условиях, вероятность обжалования в суде принимаемых решений.

¹⁰ В связи с размерами применяемых санкций необходимо отметить, что если штрафы в отношении нарушителей антимонопольного законодательства в развитых странах достигают сотен миллионов долларов (как, например, в деле с Майкрософт), то максимальный штраф согласно российскому законодательству исчисляется десятками тысяч долларового эквивалента. Иными словами разница – в три порядка. Кроме того, практика применения антимонопольного законодательства в развитых странах позволяет пострадавшим, доказавшим ущерб, также получить компенсацию.

Таблица №1

Применение антимонопольными органами в 1999-2003 годах положений статьи 6 Закона «О конкуренции»¹¹

	1999 год	2000 год	2001 год	2002 год	2003 год
Заявлений в антимонопольные органы о нарушениях антимонопольного законодательства	28	39	37	41	59
<i>% роста к предшествующему периоду</i>		<i>139,3</i>	<i>94,9</i>	<i>110,8</i>	<i>120,4</i>
Всего рассмотрено фактов по признакам нарушения Закона «О конкуренции»	69	45	45	74	82 ¹²
Подвержено нарушений	49	18	22	51	62
<i>% к числу рассмотренных фактов нарушения</i>	<i>71,0</i>	<i>40,0</i>	<i>48,9</i>	<i>68,9</i>	<i>75,6</i>
Устранено без возбуждения дела	8	6	7	5	12 ¹³
<i>% к числу подтвержденных нарушений</i>	<i>16,3</i>	<i>33,3</i>	<i>31,8</i>	<i>9,8</i>	<i>19,5</i>

¹¹ Таблица составлена в рамках проекта Бюро экономического анализа «Влияние конкуренции и антимонопольного регулирования на процесс экономической модернизации», (2004). *Источники:* составлено по: Сборник отчетных данных, 2004; Сборник отчетных данных, 2003, с.2-24; Сборник отчетных данных, 2002, с.2-27; Сборник отчетных данных, 2001, с.2-20; О конкурентной политике в Российской Федерации, Доклад Министерства Российской Федерации по антимонопольной политике и поддержке предпринимательства, 2002, с.9].

¹² Указанная цифра складывается из двух частей – «рассмотрено заявлений» + «возбуждено дел по инициативе территориальных управлений». В этом случае – получается цифра 82 (59+23). В 2003 году появился новый пункт «устранено нарушений в результате проверки». Количество «устранено нарушений в результате проверки» равняется 6. По смыслу данную цифру нужно прибавить к 82, тогда получится 88. Автор выражает признательность заместителю начальника управления Федеральной антимонопольной службы Гречишкиной И.В. за представленные пояснения по статистике применения норм данной статьи закона «О конкуренции».

¹³ Из них 6 - устранено без возбуждения дела после рассмотрения соответствующего заявлений, а 6 – устранено по результатам проверки, проведенной территориальным органом по собственной инициативе.

Возбуждено дел всего, в т.ч.:	41	12	15	46	50
возбуждено дел по заявлениям	н/д	6	7	13	27
<i>% от возбужденных дел всего</i>		<i>50,0</i>	<i>46,7</i>	<i>28,3</i>	<i>54,0</i>
возбуждено дел по инициативе антимонопольных органов	н/д	6	8	33	23
<i>% от возбужденных дел всего</i>		<i>50,0</i>	<i>53,3</i>	<i>71,7</i>	<i>46</i>
Принято решений по результатам рассмотрения дел	26	9	10	26	29
Выдано предписаний об устранении нарушения		15	22	26	31
Исполнено предписаний, выданных в отчетном периоде		10	22	19	21
<i>% к числу выданных предписаний</i>		<i>66,7</i>	<i>100,0</i>	<i>73,1</i>	<i>67,7</i>
Обжаловано в суде		0	0	6	9
<i>% от принятых решений</i>		0	0	<i>23,1</i>	<i>29,0</i>
Отменено судом решений антимонопольных органов		0	0	1	2
<i>% от обжалованных решений</i>		0	0	<i>16,7</i>	<i>22,2</i>

Пока практика обжалования в суде решений, принятых антимонопольным органом, не является обширной. За последние пять лет обжаловано всего 15 решений, и то все они – за последние два отчетных года (2002 и 2003). Причем, отменены три решения. Вместе с тем изменения в антимонопольном законодательстве в части ужесточения санкций за выявленные нарушения могут резко усилить привлекательность для хозяйствующих субъектов судебных процедур, соответственно, увеличение расходования средств на предотвращение применения к ним штрафных санкций. При прочих равных условиях, это может привести не только к повышению относительного показателя в строке «обжаловано в суде», но и к повышению аналогичного показателя «отменено судом решений антимонопольных органов».

Вот почему экономическим аспектам применения норм статьи 6 закона «О конкуренции» в рамках данного материала будет уделено специальное внимание. Экономический подход связан, прежде всего, с изучением стимулов хозяйствующих субъектов, которые «настраиваются» посредством установления правил и создания соответствующих механизмов, обеспечивающих соблюдение указанных правил.

С этой точки зрения для обеспечения действенности антимонопольного регулирования в плане поддержания и создания условий для эффективной конкуренции принципиальное значение имеет как содержание правил, так и характеристики механизмов, обеспечивающих соблюдение данных правил.

Раздел 2. Соглашения и согласованные действия: определение и факторы устойчивости

Факт существования горизонтальных соглашений или согласованных действий, как правило, сопряжен с определенной структурой рынка – олигополистической. Данная структура характеризуется наличием сравнительно небольшого числа продавцов дифференцированного или однородного товара, а также наличием значительных барьеров входа. Последнее означает, что при определенных условиях, которые сопряжены, прежде всего, с поведением хозяйствующих субъектов на олигополистическом рынке (выбранной ими стратегии), получение положительной экономической прибыли не должно приводить к появлению новых конкурентов и, соответственно, снижению цены и прибыли до нормального уровня (компенсации полных издержек).

Немногочисленность участников рынка на стороне предложения означает, что каждый из продавцов, принимая решение об изменении цены и/или объема выпуска, должен учитывать возможную реакцию конкурентов. Строго говоря, возможна и другая интерпретация указанного свойства рынка. Она основана на концепции доминирующего положения, которая представлена в законе «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках». Напомним, что в статье 4 данного закона дана следующая формулировка: доминирующее положение - исключительное положение хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов на рынке товара, не имеющего заменителя, либо взаимозаменяемых товаров (далее - определенного товара), дающее ему (им) возможность оказывать решающее¹⁴ влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке или затруднять доступ на рынок другим хозяйствующим субъектам.

В той же статье установлены и пороговые значения рыночных долей для квалификации положения хозяйствующего субъекта на рынке как доминирующего. Доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара составляет 65 процентов и более, за исключением тех случаев, когда хозяйствующий субъект докажет, что, несмотря на превышение указанной величины, его положение на рынке не является доминирующим. Доминирующим также признается положение хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара составляет менее 65 процентов, если это установлено антимонопольным органом, исходя из стабильности доли хозяйствующего субъекта на рынке,

¹⁴ Для операционализации данной нормы требуется четкое понимание, что означает «*решающего*» влияния на общие условия обращения товаров». Как будет показано во вставке 3 даже сравнительно небольшая рыночная доля и уровень концентрации могут оказывать влияние на цену, а также объем выпуска. Вместе с тем в качестве первого приближения можно предположить, что если действия хозяйствующего субъекта, направленные на создание выгодных для него общих условий обращения товаров на соответствующем рынке, не вызывают действий конкурентов (а также потенциальных конкурентов), которые не позволяли бы достичь рассматриваемому хозяйствующему субъекту поставленных целей, то такой субъект обладает *решающим* влиянием.

относительного размера долей на рынке, принадлежащих конкурентам, возможности доступа на этот рынок новых конкурентов или иных критериев, характеризующих товарный рынок. Не может быть признано доминирующим положение хозяйствующего субъекта, доля которого на рынке определенного товара не превышает 35 процентов.

Исходя из логики представленного определения, можно сделать вывод, что при определенных условиях два субъекта могут занимать на соответствующем рынке доминирующее положение. Причем, бремя доказывания факта доминирования в этом случае возлагается на антимонопольный орган. Однако, как нам представляется существенные проблемы с применением действующей редакции закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» связаны с классом ситуаций, когда ни один из хозяйствующих субъектов не может быть признан в отдельности доминирующим. Соответственно, никаких оснований для признания злоупотреблений доминированием в этой ситуации нет.

Предположим, что на рынке действуют три хозяйствующих субъекта с равными долями рынка. В этом случае, применяя нормы закона (статья 4), можно констатировать, что доминирование на таком рынке доказано быть не может.

Вместе с тем, как это будет показано далее, каждый (или некоторые) из его (соответствующего рынка) участников в состоянии оказывать решающее влияние на общие условия обращения, что является важным признаком доминирующего положения. Однако в этом случае доминирующим положением могут обладать не один, а несколько хозяйствующих субъектов. Иными словами может иметь место совместное доминирование, которое не следует путать с соглашениям (согласованными действиями), с одной стороны, и доминирующим положением одного из хозяйствующих субъектов, с другой стороны.

Сразу подчеркнем, что если не рассматривать условия или историю возникновения той или иной ситуации совместного доминирования, то само по себе она (ситуация совместного доминирования) не может быть объектом антимонопольного преследования. Принципиальное значение имеет ответ на вопрос, как это совместное доминирование используется хозяйствующими субъектами. К более детальному обсуждению содержания совместного доминирования, а также возможных действиях антимонопольных органов мы вернемся несколько позже.

Один из ключевых параметров данного типа рынков – предположительная вариация¹⁵, которая указывает на ожидаемое изменение выпуска остальных фирм, действующих на рынке, в ответ на изменение выпуска рассматриваемой фирмы. Однако, и это следует особо подчеркнуть, предположительная вариация – характеристика не структуры рынка, а *поведения* на нем хозяйствующих субъектов в соответствии с выбранными ими стратегиями.

¹⁵ Данный показатель формально может быть использован и в модели конкурентного и монопольного рынков. Однако специфической смысловой нагрузки он в этом случае не несет, так как изменение объемов отраслевого выпуска будет совпадать с решениями рассматриваемой фирмы.

Во вставке 3 показано, как взаимосвязаны отраслевая прибыль, монопольная власть и предположительная вариация.

Вставка 3. Условия равновесия, отраслевая прибыль и монопольная власть с учетом предположительной вариации.

Определим уровень рыночной власти фирмы с учетом доли, занимаемой ею на рынке и возможной реакции на ее действия со стороны других фирм

Для этого предположим, что функция спроса линейна, продукт недифференцирован, отдача от масштаба постоянна, предельные издержки для всех фирм одинаковы.

В общем виде имеем:

$$P = P(Q) \quad (1)$$

Где P – рыночная цена, Q – величина рыночного спроса, а в условиях равновесия – объем реализации всех фирм на соответствующем продуктовом рынке.

$$TC_i = c_i q_i, \text{ где } i = 1, 2, \dots, n \quad (2)$$

Соответственно, уравнение прибыли каждой фирмы имеет вид:

$$\Pi_i = P(Q)q_i - c_i q_i \quad (3)$$

где Π_i – прибыль i -ой фирмы

Или

$$\Pi_i = [P(Q) - c_i]q_i \quad (4)$$

Условия максимизации прибыли i -ой фирмой:

$$d\Pi_i/dq_i = P(Q) - c_i + q_i dP(Q)/dq_i = 0 \quad (5)$$

или

$$P(Q) - c_i + q_i [dP(Q)/dQ] [dQ/dq_i] = 0 \quad (6)$$

Поскольку

$$Q = \sum q_i \quad (7)$$

то

$$dQ/dq_i = 1 + \sum [d_j/d_i], j \neq i \quad (8)$$

Пусть

$$\alpha = \sum [d_j/d_i], \quad (9)$$

где α – предположительная вариация.

Значение данного показателя в известном смысле отражает степень согласованности действий, в том числе сговора, что вместе с тем не является однозначным свидетельством нарушения конкурентного законодательства (если интерпретировать сговор в терминах формализованных соглашений).

Соответственно,

$$P(Q) - c_i + q_i[dP(Q)/dQ][1+\alpha] = 0 \quad (10)$$

Запишем данное соотношение следующим образом:

$$P(Q) - c_i + P[q_i/Q][QdP(Q)/PdQ][1+\alpha] = 0 \quad (11)$$

Но так как

$$QdP(Q)/PdQ = 1/\eta, \quad (12)$$

где η - эластичность рыночного спроса по цене

или

$$1/[PdQ/QdP] = -1/|\eta|. \quad (13)$$

и

$$S_i = q_i/Q, \quad (14)$$

То

$$P - c_i - PS_i[1+\alpha]/|\eta| = 0 \quad (15)$$

Отсюда

$$S_i[1+\alpha]/|\eta| = [P - c_i]/P \quad (16)$$

Если предположительная вариация равна нулю, то получаем равновесие по Курно-Нэшу для N фирм:

$$S_i/|\eta| = [P - c_i]/P \quad (17)$$

Применяя индекс Герфиндаля-Хиримана как сумму квадратов рыночных долей фирм на соответствующем товарном рынке, получаем следующее соотношение:

$$H[1+\alpha]/|\eta| = [P - \sum S_i c_i]/P \quad (18)$$

Так как $S_i = q_i/Q$, то

$$H[1+\alpha]/|\eta| = [PQ - \sum q_i c_i]/PQ \quad (19)$$

Но

$$\Pi = PQ - \sum q_i c_i \quad (20)$$

Где Π – отраслевая прибыль.

Соответственно, потери благосостояния, представленные в форме омертвленных затрат, выражаются через соотношение:

$$DWL = [\Delta P \Delta Q]/2 \quad (21)$$

Используя соотношение

$$L = \Delta P/P, \quad (22)$$

где L – индекс Лернера при соблюдении условия постоянной отдачи от масштаба.

Переписывая данное соотношение, получаем:

$$\Delta P = PL \quad (23)$$

Далее

$$DWL = PQ\eta L^2/2 \quad (24)$$

Так как

$$PQ = \Pi\eta/H[1+\alpha] \quad (25)$$

То

$$DWL = \Pi\eta^2 L^2/2H[1+\alpha] \quad (26)$$

Используя соотношение (25), можно записать:

$$\eta^2 = (PQ)^2 H^2 [1+\alpha]^2 / \Pi^2 \quad (27)$$

Подставляя правую часть (27) в (26), получим:

$$DWL = L^2 (PQ)^2 H [1+\alpha] / 2\Pi \quad (28)$$

Однако, индекс Лернера может быть также выражен через отношение прибыли к выручке

$$L = \Pi/PQ \quad (29)$$

Соответственно,

$$(PQ)^2/\Pi = \Pi/L^2 \quad (30)$$

Подставляя в (28) вместо $(PQ)^2/\Pi$ правую часть (30)

$$DWL = \Pi H [1+\alpha] / 2 \quad (31)$$

Таким образом, омертвленные затраты находятся в прямой функциональной зависимости от отраслевой прибыли, значения индекса Герфиндаля-Гиримана и предположительной вариации (для условий долгосрочного равновесия). Иными словами, чем выше предположительная вариация, тем больше омертвленные затраты, тем

<i>ниже уровень благосостояния.</i>

Варианты кооперативного поведения участников рынка условно можно расположить в рамках некоторого множества институциональных альтернатив, каждая из которых отличается от другой способами достижения и поддержания кооперативного поведения. В крайнем случае, с одной стороны, это может быть формализованное соглашение между участниками рынка, которое предполагает создание центрального бюро, ответственного за мониторинг поведения участников соглашения, а также инициирование применения санкций в случае его нарушения. Если это так, то уже само по себе существование в той или иной форме такого бюро может рассматриваться как свидетельство существования соглашения, ограничивающего конкуренцию.

С другой стороны, это согласованные действия, которые организационно никак не оформляются, в том числе соглашениями об обмене информацией, а проявляются, например, в следовании за ценовым (количественным) лидером.

В экономической литературе нет сложившегося общего мнения относительно природы картелей как соглашений между хозяйствующими субъектами, которые ограничивают конкуренцию. В одном случае утверждается, что картели по природе своей неустойчивы, тогда как в другом, наоборот, считается, что картели будут образовываться, если этому не создавать соответствующие препятствия. Если в первом случае необходимость активного антимонопольного регулирования в части предотвращения или пресечения картелизации подвергается сомнению или признается допустимой в исключительных случаях, то во втором, наоборот, интенсивное антимонопольное регулирование считается главным инструментом профилактики и пресечения антиконкурентных действий, связанных с такого рода соглашениями. Более сложным является вопрос о согласованных действиях, которые вовсе не обязательно предполагают эксплицитные соглашения между хозяйствующими субъектами по типу контракта, содержащего обещание.

Делая небольшое отступление, можно отметить, что в ситуации с увеличением спроса и ростом издержек на ключевые факторы производства также возникает эффект согласованности в поведении. Основная задача состоит в том, чтобы отделить согласованность (иногда принимающую форму параллелизма в поведении, который выражается в одновременном и однонаправленном изменении цен и/или объемов выпуска и реализации¹⁶), обусловленную конъюнктурными факторами, от стратегической согласованности, которая и является объектом антимонопольного преследования.

Взаимосвязь между пониманием природы картелей (а также согласованных действий) и выводами относительно необходимости государственного вмешательства в форме антимонопольного регулирования с

¹⁶ Причем, следует отметить, что чем более развита информационная структура рынка, тем шире возможности для такого рода параллелизма в поведении.

этой точки зрения выглядит как взаимооднозначная: чем устойчивее картели и чем шире они распространены (могут быть распространены), тем сильнее при прочих равных условиях необходимость (и экономический эффект) государственного антимонопольного регулирования.

Однако, если рассматривать картелизацию как особую форму коллективного действия, в которую вовлекается подмножество участников рынка с однородными интересами (максимизация прибыли), и учитывать издержки правоприменения в части обеспечения соблюдения запрета на картелизацию, то вопрос об устойчивости и распространенности картелей переходит в плоскость определения факторов картелизации и вариантов институциональной реакции на их проявления. Кроме того, важным вопросом является набор инструментов, которыми могут воспользоваться субъекты антимонопольной политики, включая антимонопольное ведомство, для разрушения (предотвращения) соглашений и согласованных действия, ограничивающих конкуренцию.

В этой связи следует учитывать, что непосредственно на возможность формирования и сохранения картельного соглашения влияют¹⁷:

(1) численность группы хозяйствующих субъектов – потенциальных участников соглашения;

(2) устойчивость (неизменность во времени) состава участников рынка, а также соглашения, если оно уже заключено;

(3) однородность участников рынка, а также участников соглашения, если оно уже существует;

(4) институциональные технологии обеспечение избирательности стимулов, направленных на создание и поддержание соглашения, а также на блокирование его формирования.

Рассмотрим каждый из факторов более подробно.

1. Чем меньше численность группы, тем, при прочих равных условиях, легче достигать соглашения о фиксации цен и распределении квот на объем производства (раздел рынка). Численность группы в свою очередь связана как с эффективными масштабами производства, так и размерами рынка. Чем меньше эффективный масштаб производства, тем меньше вероятность того, что численность группы будет небольшой. Чем больше размер рынка, тем, *при прочих равных условиях*, также численность группы хозяйствующих субъектов, конкурирующих друг с другом, будет больше. Чем ниже барьеры входа, тем больше число участников¹⁸. Однако в последнем случае важно отметить, что

¹⁷ Кроме перечисленных факторов большое значение имеет распределение выигрышей между участниками соглашения. Проблема коллективного действия может быть решена в том случае, если величина выигрыша лидера превышает сумму издержек, связанных с заключением соглашения или согласованными действиями.

¹⁸ Отметим, что возможна ситуация, когда барьеров входа нет, а количество участников рынка – ровно один. Это ситуация состязательного рынка в условиях субаддитивности издержек производства.

если барьеры входа связаны с решением проблемы асимметричного распределения информации, результат может оказаться обратным, но опосредованно, например, через размеры рынка (проблема ухудшающего отбора, которая приводит к сужению масштабов рынка посредством «вымывания» товаров лучшего качества).

2. Чем стабильнее состав участников рынка, тем выше вероятность заключения между ними соглашения, позволяющего максимизировать их совместный чистый выигрыш. Это связано, прежде всего, с эффектом повторяющейся игры с неопределенным моментом ее окончания. На стабильность состава участников рынка может влиять наличие барьеров входа, также как и темпы технологических изменений. Скорее всего, чем ниже барьеры, тем, при прочих равных условиях, менее стабилен состав участников рынка, также как и их рыночные доли. Снижение барьеров входа создает преимущества для аутсайдеров (по отношению к тому или иному соглашению), что является действенным инструментом разрушения данного соглашения или вообще отказа от его заключения. Чем выше темпы технологических изменений (предполагая экзогенность темпов технологических изменений), тем также быстрее ротация участников рынка. В связи с фактором стабильности состава участников следует отметить, что скоординированность (согласованность) действий участников рынка, выступающих продавцами (покупателями), может быть не только результатом выполнения соглашения, но и следствием стратегии поведения субъектов без достижения такого рода соглашения (например, по примеру эволюционно стабильной стратегии копирования, известной в теории игр как стратегия TIT-FOR-TAT¹⁹). Именно эта форма поведения (аналогичная картелю или ценовому или количественному лидерству) может быть интерпретирована в терминах согласованных действий. Следует отметить, что в этом случае антимонопольное расследование, ориентированное на поиск признаков соглашения, обречено на неудачу²⁰.

¹⁹ Данная стратегия как специфическое правило принятия решений в условиях осознаваемой субъектами зависимости друг от друга обладает следующими свойствами.

(1) Начало игры, или первый ход для А, выбравшего данную стратегию, всегда является кооперативным, то есть применительно к рассматриваемой игре — «соблюдать соглашение» (С).

(2) Все следующие ходы зависят от предшествующего хода контрагента (отсюда название стратегии).

(3) Применение данной стратегии предполагает адекватное наказание, то есть в случае выбора контрагентом некооперативного варианта поведения — «нарушать соглашение» (Н) санкция в виде ответного действия наступает незамедлительно (на следующем же ходе). В то же время данная санкция не применяется без должного на то основания.

(4) Стратегия копирования также является «прощающей», поскольку предполагает применение положительных, поощряющих санкций в отношении контрагентов.

Примером применения данной стратегии может служить следующая иллюстрация:

Игрок / Ход	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	...
А	С	С	Н	Н	С	С	С	Н	Н	С	...
Б	С	Н	Н	С	С	С	Н	Н	С	С	...

²⁰ Тогда объявление незаконным по определению (согласно букве закона) выбора кооперативной стратегии — один из вариантов пресечения/предупреждения такого рода действий. Однако для этого необходимы надежные индикаторы, квалифицирующие стратегии как кооперативные. В противном случае возможно систематическое возникновение ошибок правоприменения.

3. Однородность участников – один из наиболее сложных и вместе с тем важных для анализа факторов. Под однородностью подразумевается, прежде всего, сходство значимых для заключения соглашения характеристик. К ним относятся, например, структура издержек производства, вертикальная структура производства каждого из участников, используемые технологии, начальные доли рынка каждого из участников, организационная структура и соответствующая ей система внутриорганизационного производства и обмена информацией, однородность производимого продукта и т.д. Если отрасль состоит из однородных во всех существенных аспектах фирм, то соглашение между ними более вероятно, так как не должно возникать серьезных проблем с распределением суммарного выигрыша, а в некоторых случаях – с асимметричным распределением информации между заинтересованными сторонами. Это связано с тем, что, при прочих равных условиях, однородность существенно облегчает формирование достоверных обещаний на основе общеизвестной для участников соглашения информации.

Вместе с тем на стадии выполнения достигнутого соглашения в однородной группе могут возникнуть затруднения, связанные с проблемами коллективного действия в части контроля за контролером, а также непосредственного мониторинга соблюдения условий соглашения со стороны каждого из его участников. В данном случае возможно также возникновение эффекта проецирования поведения партнера по соглашению на собственное поведение.

Вот почему следует учитывать, что неоднородность, например, с точки зрения размера рыночной доли также может оказать положительное влияние не только на возможности заключения соглашения, если издержки заключения соглашения меньше ожидаемой прибыли (с учетом санкций) для самого крупного игрока, но и на возможности, связанные с обеспечением соблюдения данного соглашения. Однако, из сказанного не следует, что любая неоднородность состава обеспечивает снижение издержек контроля за соблюдением соглашения.

4. Институциональные технологии картелизации и раздела рынка связаны с использованием определенных процедур переговорного процесса, а также механизмов обеспечения соблюдения достигнутых соглашений относительно фиксации цен и квотирования выпуска. Данному вопросу, например, было посвящено исследование Стиглера²¹, в котором действенность соглашения было поставлено в зависимость от возможности выявления факта нарушения достигнутого соглашения. Понятно, что ни одна из современных технологий картелизации и раздела рынка не сводится к заключению соглашения, содержащего документированные обязательства участников картеля. Чем совершеннее известные технологии коммуникации и конспирации, тем выше вероятность картелизации. Большое значение имеет действенность механизма, обеспечивающего соблюдение соглашений, ограничивающих конкуренцию. Следует отметить, что это зависит как от процедурных аспектов, так и форм санкционирования, которые вовсе необязательно ограничиваются только

²¹ Stigler G. A Theory of Oligopoly // Journal of Political Economy. 1964. №72. P.44-61. См. также Хэй Д., Моррис Д. Теория организации промышленности. СПб, Экономическая школа. 1999, т.1, с.110-123.

объявлением «ценовой войны», но могут включать также и санкции в форме физического (и иных форм) воздействия на лиц, принимающих соответствующие решения в компании-участнике соглашения.

Раздел 3. Совместное доминирование: экономическое содержание и правовая конструкция

Изучение вопросов, связанных с факторами вероятности и устойчивости соглашений, ограничивающих конкуренцию, имеет прямое отношение к сравнительно новому для российской системы антимонопольного регулирования вопросу о совместном (коллективном) доминировании.

В предыдущем разделе было указано на существование класса ситуаций, в котором ни один из хозяйствующих субъектов не может быть признан доминирующим на основании применения критерия «доля рынка».

Для целей операционализации данного понятия следует обратить внимание на несколько важных моментов, позволяющих разграничить совместное доминирование и соглашения (согласованные действия), совместное доминирование и параллельное поведение, совместное доминирование и олигополистическую структуру рынка.

Во-первых, так как совместное доминирование относится к характеристикам структуры рынка, то в его определение не входит поведение хозяйствующих субъектов, что, в свою очередь является ключевыми моментами в определении понятий «соглашение», «согласованные действия», «параллельное поведение».

Во-вторых, принципиально важный момент, позволяющий разграничить совместное доминирование и олигополию как тип структуры рынка ожидаемые издержки соглашения и согласованных действий, обусловленные характеристиками структуры рынка. Дело в том, что способность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товаров на соответствующем рынке во многом зависит от *ожидаемых издержек коллективных действий*. На рынке может действовать небольшое количество участников, но в силу перечисленных в предшествующем разделе причин соглашения либо маловероятны, либо неустойчивы.

Обратим внимание еще раз на факторы, от которых зависит вероятность появления соглашений и согласованных действий: наличие барьеров входа, распределение и устойчивость рыночных долей участников, количество участников рынка, симметричность организационной структуры участников рынка (в том числе вертикальной) и т.д.

Кроме того, можно упомянуть руководство по исследованию рынка, подготовленное Управлением справедливой торговли (Office of Fair Trading) Великобритании, в котором перечислены важнейшие характеристики рынка, которые могут способствовать скоординированности поведения участников рынка²².

²² В том числе наличие значительных барьеров входа, однородность продукции фирм, симметричность фирм в отношении рыночных долей, структуры издержек, временных

В том же руководстве дана ссылка на одно из решений суда, в котором вычленяются три условия, существование которых необходимо для обнаружения коллективного (совместного) доминирования. Смысл упомянутых условий сводится к следующему²³:

1. Каждый субъект коллективного доминирования («доминирующей олигополии») должен иметь возможность с незначительными издержками получать информацию о том, как ведут себя другие субъекты коллективного доминирования. Это необходимо для обеспечения эффективности мониторинга на предмет соответствия данных действий установленным общим целям. В данном случае большое значение имеет результат анализа информационной структуры рынка, указывающий на применяемые механизмы производства, передачи и использования информации участниками рынка, а также на содержание передаваемой информации.

2. Участники коллективного доминирования должны обладать возможностями воздействия на того хозяйствующего субъекта, который в случае существования ограничивающего конкуренцию соглашения, а также согласованных действий, не предполагающих достижения формального или неформального соглашения, отклоняется от общей политики на данном рынке.

3. Ожидаемая реакция конкурентов как действующих, так и потенциальных, не должна оказывать ощутимого влияния на ожидаемые результаты согласованных действий (общей политики участников коллективного доминирования на целевом рынке).

Таким образом, в первом приближении *экономическое содержание совместного доминирования* можно определить следующим образом: *характеристика структуры рынка, которая предполагает возможность решающего влияния на общие условия обращения товара на рынке со стороны двух и более хозяйствующих субъектов в условиях сравнительно невысоких издержек координации действий, обусловленных широкими возможностями оперативного получения существенной информации о действиях других хозяйствующих субъектов на данном рынке, пресечения (применения наказания) действий конкурентов, отклоняющихся от общей линии поведения на рынке, а также сравнительно невысокие издержки, обусловленные ответными действиями потенциальных конкурентов и конкурентов, не являющихся субъектами коллективного доминирования.*

Отметим, что распределение рыночных долей между хозяйствующими субъектами на товарном рынке имеет существенное (хотя не всегда решающее) значение для квалификации той или иной ситуации как совместное доминирование. Вместе с тем в законодательстве ряда стран, в том числе и не территории СНГ фактически используется концепция коллективного

горизонтов принятия решений, стабильности рыночных условий как на стороне спроса, так и в плане формирования издержек, уровень избыточных мощностей, прозрачность цен, рыночных долей, объемов выпуска для конкурентов и т.д. (См. Market investigation references. Guidance about making of references under Part 4 of the Enterprise Act. Office of Fair Trading, 2002, p.27).

²³ Market investigation references. Guidance about making of references under Part 4 of the Enterprise Act. Office of Fair Trading, 2002, p.7.

(совместное) доминирование, хотя сам термин совместного доминирования используется не всегда.

В качестве примера можно привести закон Украины «О защите экономической конкуренции», принятый в 2001 году. Пункт 4 статьи 12 «Монопольное (доминирующее) положение субъекта хозяйствования» устанавливает, что два и более хозяйствующих субъекта занимают монопольное (доминирующее) положение на рынке товара, если по определенному виду товара между ними нет конкуренции или имеется незначительная конкуренция и в отношении их, вместе взятых, выполняется одно из условий, которые предусмотрены первой частью той же статьи. К ним относятся: отсутствие на рынке конкурентов; отсутствие значительной конкуренции вследствие ограниченности возможностей доступа других субъектов хозяйствования относительно закупки сырья, материалов и сбыта товаров, наличия барьеров для доступа на рынок других субъектов хозяйствования, наличия льгот или иных обстоятельств.

В качестве критерия определения конкретной рыночной ситуации на предмет соответствия условиям совместного доминирования в пункте 5 статьи 12 упомянутого закона используется рыночная доля, соответственно, трех и пяти крупнейших субъектов рынка. В первом случае пороговое значение устанавливается на уровне 50%, а во втором – 70%²⁴. Причем, бремя доказательства отсутствия совместного доминирования возлагается на самих хозяйствующих субъектов, хотя из этого не следует, что антимонопольные органы не несут никаких издержек, связанных с установлением факта совместного доминирования.

Комментируя содержание пункта 4 статьи 12, следует обратить внимание на то, что по сути дела в определение совместного доминирования как особой характеристики структуры рынка внесены специфические черты функционирования данного рынка. Прежде всего, это выражается в том, что между двумя и более хозяйствующими субъектами нет конкуренции или она является незначительной. Напомним, что в соответствии со статьей 1 «Определение терминов» под конкуренцией понимается состязание между субъектами хозяйствования с целью получения благодаря собственным достижениям преимуществ над другими субъектами хозяйствования, вследствие чего потребители, субъекты хозяйствования имеют возможность выбирать между несколькими продавцами, покупателями, а отдельный субъект хозяйствования не может определять условия оборота товаров на рынке.

Возвращаясь к формулировкам пятого пункта 12 статьи, следует отметить, что функциональная нагрузка представленных формулировок связана, прежде всего, с обеспечением операциональности применяемой конструкции. Операциональность конструкции в свою очередь зависит от возможности получения информации по признакам, которые были перечислены в заключении по делу Eххон/Mobile, изложенными также в аналитическом докладе Фонда

²⁴ Такой подход не является чем-то уникальным для Украины. В частности, антимонопольное законодательство Южной Кореи также содержит пороговое значение, указывающее на признаки совместного доминирования трех крупнейших фирм на рынке (75%).

«Бюро экономического анализа»²⁵. Во вставке 4 с незначительными изменениями и комментариями перечислены признаки совместного доминирования.

Вставка 4. Признаки совместного (коллективного) доминирования

1. Концентрация продавцов. Комиссия Европейского Сообщества не дает количественного определения условий совместного доминирования. Вместе с тем, предполагается, что существует прямая связь между степенью прозрачности рынка и возможностями неявной и негласной координации поведения олигополистов на нем. Причем, даже при незначительном уровне концентрации рынка возможно совместное доминирование, если высока степень его прозрачности.

2. Однородность продукта. Чем выше степень однородности продукта, тем больше возможностей для произвольной координации ценовых решений продавцов. Это связано с тем, что в условиях недифференцированности продукта легче осуществлять взаимный контроль цен, при незначительности различий характеристик продаваемого товара.

3. Низкая интенсивность технологических инноваций. С одной стороны, низкая интенсивность технологических инноваций ведет к тому, что основным объектом принятия решений (следовательно, объектом взаимного контроля) служит цена. С другой стороны, низкая интенсивность инноваций повышает определенность в будущем и стимулы к сохранению системы негласной координации.

4. Прозрачность рынка. Чем прозрачнее рынок и доступнее информация о ценах, тем легче осуществлять взаимный ценовой контроль и тем выше стимулы к неявной координации цен. В этом контексте, рынок автомобильного топлива служит примером одного из самых прозрачных рынков.

5. Средние или низкие темпы роста рынка. Невысокие темпы роста рынка увеличивают вероятность неявной координации действий по двум причинам. Во-первых, ни у одного из продавцов нет стимула снижать цену в целях значительного увеличения продаж: любое понижение цены приведет к ответным действиям конкурентов и общему снижению ее уровня при неизменном распределении рынка. Во-вторых, невысокие темпы роста рынка обеспечивают отсутствие стимулов входа на него потенциальных конкурентов.

6. Симметричная структура издержек. Поддержание неявной координации действий возможно только при одинаковой структуре издержек компаний. Во-первых, продавцы с одинаковой структурой издержек будут одинаково реагировать на шоки спроса или цен ресурсов. Во-вторых, знание об этом создаст одинаковые ожидания по поводу рыночного поведения контрагентов.

7. Симметричная вертикальная структура. Симметрия вертикальной структуры поддерживает неявную координацию цен по двум причинам. Во-первых, одинаковая вертикальная структура ведет к одинаковой структуре издержек. Во-

²⁵ Механизм совершенствования антимонопольного законодательства в области поставок газа на российских товарных рынках. Аналитический доклад, Бюро экономического анализа. Москва, 2002. Данный фрагмент в докладе Бюро экономического анализа был подготовлен С.Б.Авдашевой.

вторых, что еще более важно с точки зрения Комиссии, стратегические интересы компаний с одинаковой вертикальной структурой совпадают не только на уровне компаний в целом, но и на уровне любого из технологических звеньев.

8. Неэластичность спроса. Чем менее эластичен спрос, тем выше стимулы для всех участников рынка вместе и для каждого из них в отдельности осуществлять координацию цен, поддерживая их на относительно высоком уровне.

9. Структурные связи. Вероятность поддержания высоких цен олигополией возрастает при наличии корпоративных связей между участниками рынка или других обстоятельствах, формирующих заинтересованность в хозяйственных результатах друг друга (например, вовлеченность в совместные проекты).

10. Отсутствие потенциальной конкуренции. Только при отсутствии потенциальной конкуренции возможна устойчивая взаимная координация цен на уровне, превышающем предельные (средние) издержки.

11. Отсутствие рыночной власти на стороне покупателей. Невыполнение этого условия будет означать, что обладающие рыночной властью покупатели легко разрушают любые явные или неявные договоренности между продавцами.

12. Взаимодействие на многих рынках. Чем больше число рынков, где продавцы взаимодействуют друг с другом, тем выше их взаимозависимость и стимулы к неявной координации.

Перечисленные выше факторы дают основание сделать вывод о том, что идентификация совместного доминирования требует довольно подробного исследования рынка.

Поскольку правила, а также механизмы, обеспечивающие их соблюдение, оказывают значительное влияние на стимулы принимающих решения лиц и, соответственно, на результаты как действий, так и взаимодействия между людьми, правовая конструкция «совместное доминирование», имеет существенное значение.

В этой связи следует указать на возможности корректировки существующего закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» в целях отражения класса рыночных ситуаций, которые характеризуются совместным доминированием двух и более хозяйствующих субъектов.

1. Статью 4 дополнить определением совместного доминирования, в котором нашли бы отражение существенные характеристики соответствующего класса рыночных ситуаций. За основу предлагается принять формулировку, предложенную выше в следующей редакции:

Совместное доминирование – ситуация, которая предполагает возможность решающего влияния на общие условия обращения товара на рынке со стороны двух и более хозяйствующих субъектов в следующих условиях:

- *незначительные издержки координации действий, обусловленных широкими возможностями получения информации о действиях других хозяйствующих субъектов на данном рынке,*

- *широкие возможности ответных действий в отношении конкурентов, отклоняющихся от общей линии поведения на рынке,*

- *незначительные издержки, обусловленные действиями потенциальных конкурентов и конкурентов, не являющихся субъектами коллективного доминирования.*

2. Теоретически злоупотребление совместным доминированием как нарушение требований антимонопольного законодательства может быть представлено как в пятой, так и в шестой статьях закона. Аргументом в пользу записи в пятой статье является общность конструкции «злоупотребление». В то же время по экономическому содержанию преследуемые по закону нарушения условий конкуренции возникают в результате коллективных действий, которые могут квалифицироваться как соглашение или согласованные действия. Согласованными можно считать действия, которые возникают из использования передаваемой участниками рынка информации как непосредственно, так и через посредников (в том числе бизнес-ассоциации), и ограничивают конкуренцию, ущемляют интересы контрагентов (в данном случае - покупателей). Такое определение *необязательно* предполагает наличие каких бы то ни было явных соглашений (формальных или неформальных).

3. Следует также учитывать, что факт совместного доминирования может быть установлен только на основе специального исследования рынка, в рамках которого определяются не только рыночные доли участников рынка, а также оценивается их стабильность, но и другие характеристики рынка, упомянутые выше. Вот почему даже если в законе «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности» ввести численные критерии совместного доминирования, так, как это сделано, например, в законе Украины, указанные критерии как таковые нельзя признать достаточными. Их можно использовать в качестве первого признака совместного доминирования.

4. Поскольку согласованные действия совместно доминирующих хозяйствующих субъектов могут ограничивать, не допускать или устранять конкуренцию аналогичными методами, что и в результате действий одного хозяйствующего субъекта (статья 5 закона «О конкуренции», см. вставку 4), то в статье 6.1 или 5.1., которая могла бы устанавливать режим антимонопольного регулирования в случае совместного доминирования и злоупотребления последним, можно было бы определить набор коллективных действий, которые соответствуют указанной специфической форме монополистической деятельности (злоупотребление совместным доминированием).

Вставка 5. Злоупотребление хозяйствующим субъектом доминирующим положением на рынке.

В соответствии со статьей 5.1 российского закона «О конкуренции и

ограничении монополистической деятельности на товарных рынках, запрещаются действия (бездействие) хозяйствующего субъекта (группы лиц), занимающего доминирующее положение, которые имеют либо могут иметь своим результатом недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других хозяйствующих субъектов, в том числе такие действия (бездействие), как:

- изъятие товаров из обращения, целью или результатом которого является создание или поддержание дефицита на рынке либо повышение цен;

- навязывание контрагенту условий договора, не выгодных для него или не относящихся к предмету договора (необоснованные требования передачи финансовых средств, иного имущества, имущественных прав, рабочей силы контрагента, согласие заключить договор лишь при условии внесения в него положений, касающихся товаров, в которых контрагент не заинтересован, и других);

- создание условий доступа на товарный рынок, обмена, потребления, приобретения, производства, реализации товара, которые ставят один или несколько хозяйствующих субъектов в неравное положение по сравнению с другим или другими хозяйствующими субъектами (дискриминационные условия);

- создание препятствий доступу на рынок (выходу с рынка) другим хозяйствующим субъектам;

- нарушение установленного нормативными актами порядка ценообразования;

- установление, поддержание монопольно высоких (низких) цен;

- сокращение или прекращение производства товаров, на которые имеются спрос или заказы потребителей, при наличии безубыточной возможности их производства;

- необоснованный отказ от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) при наличии возможности производства или поставки соответствующего товара.

В заключение данного раздела еще раз подчеркнем, что сам факт совместного доминирования, когда каждый из хозяйствующих субъектов в отдельности не может оказать решающего влияния на общие условия обращения товаров, а в случае коллективных действий, направленных на ограничение конкуренции, такое влияние неизбежно, не является основанием для применения санкций к хозяйствующим субъектам, являющимися доминирующими. Совместное доминирование – это характеристика рынка, а не поведения на данном рынке. Данное правило соответствует положению российского антимонопольного законодательства, в соответствии с которым само по себе доминирование на рынке хозяйствующего субъекта не является нарушением.

Вместе с тем из сказанного не следует, что обнаружение факта совместного доминирования не имеет никаких последствий с точки зрения применения режима антимонопольного регулирования (контроля).

В этом случае задача субъекта антимонопольного регулирования сводится к повышению ожидаемых издержек участников рынка в случае нарушения ими требований конкурентного законодательства без прямого воздействия на объект регулирования посредством предписаний или применения судебных процедур, а также внесения в специальные реестры (по аналогии с реестром хозяйствующих субъектов, занимающих не менее 35 процентов на целевом рынке).

Раздел 4. Дизайн антимонопольного регулирования как инструмента пресечения соглашений и согласованных действий, ограничивающих конкуренцию

Понятно, что в той мере, в какой отрасли (рынки) различаются выделенными в предшествующем разделе характеристиками, в той мере, скорее всего, будут различаться и условия возникновения соглашений и согласованных действий. Однако в этой связи можно обратить внимание на два варианта построения антимонопольного регулирования. Один вариант связан с воздействием на факторы, которые определяют вероятность наказания за участие в соглашении (согласованные действия). Другой вариант направлен на повышение ответственности за участие в картеле. Нельзя сказать, что данные варианты полностью независимы друг от друга. Например, посредством применения нормы освобождения от ответственности первого сознавшегося в сговоре и дисконтирования ответственности второго сознавшегося (если, скажем, участников больше двух), можно обеспечить воздействие на фактор стабильности состава и институциональных технологий картелизации. Что касается последнего пункта, то участникам картеля придется вырабатывать более изощренные методы конспирации и наказания оппортунистов, разрушающих доверие, что требует времени и сопряжено с дополнительными издержками.

Не следует забывать, что применение антикартельных мер также сопряжено с издержками. Если формулировать вопрос об эффективности данных мер, то один из вариантов оценки состоит в том, чтобы сопоставить потери эффективности, обусловленные соглашением (согласованными действиями), с теми издержками, которые вызваны применением мер антимонопольного регулирования. *Если полные издержки антимонопольного регулирования выше, чем издержки, связанные с потерями в эффективности, то в данном случае с экономической точки зрения нет достаточных оснований предпринимать меры по пресечению или профилактике такого рода соглашений.* В этой связи логика сравнительного анализа дискретных институциональных альтернатив приводит к выводу, что даже если картельные соглашения потенциально опасны, то из этого не следует, что *любое* государственное вмешательство, направленное на их предотвращение или пресечение, экономически оправдано.

При рассмотрении данного вопроса интерес может представлять опыт Великобритании в регламентации вмешательства антимонопольных органов в ситуациях, сопряженных с ограничением конкуренции в том числе в результате соглашений (согласованных действий)²⁶. В руководстве по исследованиям рынка отмечено три ключевых фактора, которые должны быть приняты во внимание при оценке целесообразности проведения исследования рынка:

²⁶ Более подробно см. Market investigation references. Guidance about making of references under Part 4 of the Enterprise Act. Office of Fair Trading, 2002.

1. Размеры рынка. Если представить себе рынок с небольшим количеством потребителей и незначительными объемами оборота, то издержки на исследование рынка могут перевесить возможные выгоды от такого рода исследования и вытекающих из него действий антимонопольных органов.

2. Доля рынка, которая затронута действиями (соглашениями), вызывающими негативные для конкуренции результаты. Обычно предполагается, что если доля рынка, охваченная соглашениями незначительна, то исследования проводить нецелесообразно. Это связано с тем, что, строго говоря, воздействие на конкуренции может оказаться незначительным.

3. Устойчивость соглашений, порождающих негативные для конкуренции эффекты. Чем более устойчивы соглашения, тем больше оснований для принятия решений о проведении исследования. Напомним, что факторы устойчивости соглашений были рассмотрены в предшествующем разделе.

Однако в данном случае существует объективное основание лоббирования в пользу ослабления антимонопольного регулирования со стороны групп заинтересованных хозяйствующих субъектов. Мы не даем рецепта для решения вопроса о необходимости либерализации антимонопольного регулирования, а хотели бы только обозначить суть данного вопроса и указать на объективные сложности, связанные с поиском адекватного решения. Кроме того, важно принимать во внимание, что приемлемая степень дискреционности в принятии решений антимонопольными органами зависит от механизма последующего контроля и ответственности за принятые решения. Чем менее действенным является данный механизм, тем меньше оснований для предоставления возможности лицам принимающим решения, применять критерии с «размытыми» характеристиками.

В связи с этим важно указать на несколько важных аспектов вопроса об антимонопольного регулирования как способа предотвращения/пресечения соглашений и согласованных действий.

1. Информационный парадокс в сфере антимонопольного регулирования. Издержки, связанные с предотвращением картelizации, могут быть оценены (как минимум, прямые), тогда как потери в эффективности от несостоявшегося картеля – как правило, нет. Отсюда возникает проблема смещенности в оценках действенности антимонопольной политики, что приводит к критике данного вида практики на основании ее неэффективности. В этом случае достаточно сложно с помощью методов позитивного экономического исследования доказать действенность антимонопольного регулирования в плане недопущения вытеснения создания стоимости процессами, связанными с ее перераспределением или уничтожением²⁷, так же как блокированием процессов раскрытия новых возможностей использования известных ресурсов и обнаружения новых ресурсов. Представленная здесь проблема является частным случаем более общего вопроса об оценке эффективности государственного управления. Известно, что в экономической теории государство рассматривается как организация со сравнительными

²⁷ Величина необоснованно полученной прибыли – следствие перераспределительных действий, которые непосредственно с потерей эффективности не связаны.

преимуществами в применении насилия. Однако существует два варианта реализации сравнительных преимуществ – угроза применения насилия и непосредственно применение насилия (в нашем случае – наложение санкций).

Если угрозы применения насилия оказывается достаточно для того, чтобы предотвратить нарушение закона, то сложно понять, как соотносится величина нанесенного ущерба с теми затратами, которые пришлось понести для формирования соответствующих ожиданий²⁸. Один из вариантов решения данного вопроса – это использование принципа сопоставимости, когда приблизительная оценка нанесенного ущерба производится для аналогичных случаев с нанесенным ущербом. Однако для этого должен быть решен вопрос о редуцируемости одной ситуации (являющейся объектом изучения) к другой (которая имела место в прошлом или является модельной, эталонной).

Вставка 6. Количественные аспекты анализа правоприменения в сфере конкурентной политики

Экономический анализ правоприменения предполагает понимание того, что один из ключевых моментов – это ожидания действующих на рынке лиц, а также субъектов правоприменения (в число которых необязательно входят участники рынка). Настройка ожиданий происходит через формирование достоверных обещаний (в данном случае – угроз) применения санкций в случае нарушения правил. Причем, достоверность может формироваться не только через непосредственное применение санкций (то есть опыт субъектов – как собственный, так и других участников рынка), но и через другие сигналы (разъяснительные кампании – в рамках политики по адвокатированию конкуренции; повышение общего уровня доверия к системе государственного управления, обеспечивающей правоустановление и правоприменение).

Принятие решения о нарушении или соблюдении установленных правил поведения на рынке, в том числе, запрете на соглашения, ограничивающие конкуренцию, зависит от соотношения чистых выгод, которые ожидает получить соответствующий субъект. Основное соотношение выглядит следующим образом:

$$B_A \geq B_V \quad (1)$$

где B_A , B_V – соответственно, чистый выигрыш экономического субъекта от соблюдения и нарушения правил.

Ожидаемый чистый выигрыш от нарушения установленных правил зависит как от незаконно полученной прибыли (π_V), издержек коллективного действия для участника соглашения (C_{CA}), а также ожидаемой величины санкций за нарушение антимонопольного законодательства (ρS):

$$B_V = \pi_V - C_{CA} - \rho S \quad (2)$$

²⁸ Данный вопрос в несколько иной форме обсуждается в других работах. См. Шаститко А.Е. Механизм обеспечения соблюдения правил (экономический анализ). // Вопросы экономики. 2002. №1. С.32-49. Шаститко А.Е. Новая институциональная экономическая теория. М.: Теис, 2002. Третье издание.

Соответственно, пороговое значение вероятности применения санкции определяется соотношением:

$$\rho^* = \frac{\pi_V - C_{CA} - B_A}{S} \quad (3)$$

Данное соотношение важно потому, что повышение вероятности выявления нарушения сопряжено с трансакционными издержками. Вопрос о трансакционных издержках, связанных с коллективными действиями участников соглашения, был рассмотрен ранее.

Вероятность применения санкций к нарушителю установленных правил зависит от устройства механизма по поддержанию данных правил, функционирование которого предполагает:

- (1) обнаружение факта нарушения,
- (2) установление нарушителя,
- (3) определение степени вины и соответствующей величины санкций,
- (4) наложение санкций (например, взыскание штрафа, возмещение нанесенного ущерба, изъятие необоснованно полученного дохода, лишение свободы)²⁹.

В этой связи значение имеют следующие факторы (сравнительная значимость которых может быть установлена специальным исследованием):

- (1) численность специализированной организации, отвечающей за соблюдение установленных правил,
- (2) уровень квалификации (человеческий капитал) в соответствующей организации,
- (3) техническая оснащенность антимонопольных органов (физический капитал),
- (4) стимулы как работников специализированной организации, так и всех заинтересованных лиц,
- (5) сложность контролируемого объекта, который влияет на набор достаточных оснований признания факта и масштаба нарушений антимонопольного законодательства судами.

Если связь вероятности с первыми четырьмя факторам прямая, то с пятым – обратная. Учитывая, что на вероятность наложения санкций оказывает влияние несколько факторов, можно предположить, что существует возможность достижения порогового уровня вероятности разными путями. Однако существует одно ограничение: некомпенсируемое количеством различия в качестве (прежде всего, уровне человеческого капитала/технической оснащенности и стимулах субъектов правоприменения).

В приведенных выше формулах (2) и (3) санкции за нарушение антимонопольного законодательства рассматриваются как величина экзогенная, не зависящая от других

²⁹ См. Тамбовцев В.Л. Экономическая теория контрольно-надзорной деятельности государства. // Вопросы экономики. 2004, №4.

факторов. Такому допущению в наибольшей степени соответствует практика установления штрафов на основе показателей, которые не имеют отношения к деятельности субъекта, например, в минимальных размерах оплаты труда. Вместе с тем следует учитывать, что размер санкций в абсолютном выражении может определяться на основе процента от объемов оборота, а также как величина, кратная сумме доказанного ущерба. Иными словами абсолютные размеры санкций могут быть выражены формулой:

$$S = F + C \quad (4)$$

где F – штрафы, а C – величина, уплачиваемая в возмещение нанесенного ущерба. Соответственно, если используется правило установления штрафов как процента от оборота за определенный период, а величина компенсации как сумма, кратная размерам нанесенного ущерба, то

$$S = kR_{t-1} + nW \quad (5)$$

где k – процент оборота, R_{t-1} – объемы оборота за год, предшествующий выявленному нарушению, n – установленный законом коэффициент кратности возмещения ущерба, W – размер ущерба

Соответственно, пороговый уровень вероятности определяется в соотношении (6) следующим образом:

$$\rho^* = \frac{\pi_v - C_{CA} - B_A}{kR_{t-1} + nW} \quad (6)$$

Строго говоря, существует как минимум еще один фактор, влияющий на значение порогового уровня вероятности. Этот фактор – время между получением в результате нарушения требований антимонопольного законодательства прибыли и выплатой штрафа и/или возмещением нанесенного ущерба. Чем продолжительнее период и чем выше реальная ставка процента, тем сильнее дисконтируется ожидаемая величина санкции и тем выше должен быть пороговый уровень вероятности

2. Издержки антимонопольного принуждения больше нуля и не относятся к категории экзогенных (независимых).

Во-первых, большое значение имеет устройство антимонопольных органов, что во многом является производным от общих принципов устройства государственного аппарата. В данном случае действенность антимонопольного регулирования во многом зависит от применяемых процедур получения информации, а также ее обработки и принятия решений. В этой связи один из ключевых моментов – обеспечение де-факто независимости антимонопольных органов не только от групп давления со стороны бизнеса, но и со стороны органов власти. В этом плане одно из средств повышения издержек влияния на решения антимонопольного органа заинтересованными лицами является использование комиссионного принципа, что должно значительно повысить издержки влияния на стороне хозяйствующих субъектов, участвующих в соглашениях и согласованных действиях.

Во-вторых, многое определяется содержанием норм антимонопольного законодательства, также как и норм процессуального законодательства, от которых зависят трансакционные издержки, связанные с ведением дел в рамках и вне судебных процедур. Данные процедуры влияют как на степень транспарентности процесса принятия решений, так и на стимулы действующих лиц не только в рамках антимонопольного органа, но и за его пределами. Любые правила, в том числе те, которые образуют антимонопольное законодательство, обладают распределительными характеристиками. Данные характеристики проявляются в определенном распределении выгод и издержек между заинтересованными сторонами (в том числе участниками рынка) в результате применения соответствующих правил. В этой связи следует обратить внимание на то, что нормы антимонопольного законодательства при определенных условиях могут использоваться не как средство защиты конкуренции, а как инструмент конкурентной борьбы. В последнем случае имеет место злоупотребление правом. В данном контексте совершенствование правил конкуренции должно предполагать ослабление стимулов злоупотребления правом³⁰.

В-третьих, издержки применения санкций также имеют значение. В этой связи следует различать санкции в форме штрафов, которые устанавливаются вне непосредственной зависимости от масштабов нанесенного ущерба, а также суммы, уплачиваемые в качестве компенсации за нанесенный ущерб. В настоящее время действует система штрафов, основанная на величине, кратной МРОТ, устанавливаемой для применения административных санкций. Данный вариант практически никак не учитывает масштабы операций хозяйствующего субъекта-нарушителя. Вот почему в качестве одного из вариантов может быть использован штраф, устанавливаемый в процентах от оборота. Строго говоря, он также может не соответствовать масштабам нанесенного ущерба и незаконно полученной прибыли. Вместе с тем данный подход позволяет дифференцировать штрафные санкции с учетом аппроксимации масштабов нарушений через объем оборота и в то же время в определенной мере ослабляет проблему дискреционности принимаемых органами правоприменения решений о наложении штрафов в МРОТ, если предусматривается «вилка» штрафов. Подчеркнем: сказанное не означает, что нет необходимости в разработке операциональной методики оценки нанесенного ущерба и незаконно полученной прибыли хозяйствующим субъектом-нарушителем.

3. Проблема учета всех значимых эффектов антимонопольного регулирования. Опыт антимонопольного регулирования в развитых странах, в том числе в странах ЕС, указывает на то, что антимонопольные дела, связанные с соглашениями и согласованными действиями, сравнительно немногочисленны. И в этом отношении российская практика правоприменения не обладает какими-то исключительными особенностями. Вместе с тем применение насилия (как один из возможных вариантов санкционирования) производит демонстрационный эффект не только для участников целевого рынка. В этой связи особенно важно указать на такое важное направления в антимонопольной политике как адвокати́рование конкуренции. В данном случае каждое крупное дело должно быть в своих существенных компонентах

³⁰ Вместе с тем следует помнить, что полностью решить вопрос о недопущении злоупотребления правом практически невозможно.

доведено до сведения общественности. В то же время показательные дела – это лишь одна из возможностей адвокатирувания конкуренции наряду с обозначенными выше информационными компаниями и созданием стимулов экономических агентов применять по назначению нормы антимонопольного законодательства.

4. Методика позитивного экономического анализа соглашений и согласованных действий, а также количественной оценки их последствий. Поскольку методами расследования далеко не всегда удастся выявить свидетельства того, что соглашение между хозяйствующими субъектами существует, то остается оценка их поведения на основе изучения комплекса релевантных показателей. В этом случае возникает задача эмпирического опровержения гипотезы о наличии соглашения или согласованных действий. В том случае, если гипотеза не нашла опровержения, то существуют основания говорить о том, что согласованные действия, скорее всего, имели место.

Если в разработанной и утвержденной единой методике такого эмпирического исследования представлены показатели, на которые следует ориентироваться при квалификации поведения хозяйствующих субъектов, а также последствий совершенных ими действий, то возникает риск манипуляции данными показателями заинтересованными лицами. Вариант решения – отказ от обязательного использования единой утвержденной методики и обеспечение режима состязательности различных методик. Из сказанного не следует, что антимонопольные органы не должны разрабатывать собственную методику. Более того, данная методика должна быть не только операциональна, но и доступна для использования всеми желающими.

5. Проблема замещения соглашений и согласованных действий, ограничивающих конкуренцию, государственным регулированием. Принимая во внимание, что регулирование отраслей, как правило, происходит в интересах участников самих отраслей (поставщиков товаров и услуг), один из вариантов «обойти» антимонопольное регулирование, запрещающее соглашения и согласованные действия – создание системы государственного регулирования (или делегированного саморегулирования, предполагающего обязательное членство в организации саморегулирования как условия ведения соответствующего бизнеса). Даже если изначально орган регулирования создан для защиты прав тех участников рынка, которые обладают слабой переговорной позицией (как, например, подавляющее большинство потребителей услуг субъектов естественной монополии), то в дальнейшем возникает риск «захвата регулятора», в результате чего решения регулятора могут в большей мере соответствовать интересам закрепившихся на целевом рынке фирм. Вот почему в целях минимизации негативных последствий необходимо создание формализованной методики оценки влияния на состояние конкуренции регулирующих решений органов государственной власти, которые вполне могут приводить к картельным эффектам.

Выводы и рекомендации

1. В отношении соглашений о фиксации цен на рынке, ограничения объема выпуска, а также раздела рынка действует запрет согласно букве закона, что фактически означает следующее: вероятность доказать, что такого рода соглашения сопряжены с повышением эффективности использования ресурсов достаточно мала, чтобы применять правило взвешенного подхода с ненулевыми издержками балансирования результатов упомянутых выше соглашений.

2. Следует проводить различие между соглашениями (согласованными действиями), ограничивающими конкуренцию, и совместным доминированием как особой характеристикой структуры рынка. Данное различие в контексте антимонопольного регулирования проявляется в том, что если соглашения и согласованные действия являются объектом антимонопольного преследования, то совместное доминирование само по себе не считается противозаконным. Тем самым устанавливаются ограничения на действия антимонопольного органа в плане прямого воздействия на структуру рынка. Вместе с тем установление факта совместного доминирования можно рассматривать как основание для выбора соответствующего рынка как объекта для монографического исследования и установления наблюдения за изменением конкурентной ситуации на данном рынке.

3. В практике антимонопольного регулирования следует проводить различия между соглашениями и согласованными действиями. Если соглашения всегда предполагают наличие в явной форме договоренности между сторонами, включая механизм, обеспечивающий их соблюдение, то согласованные действия, приводя к ограничению конкуренции, тем не менее могут быть основаны на выборе кооперативной стратегии участниками рынка без каких-либо предварительных договоренностей, достигнутых в ходе переговоров³¹.

4. Применяя меры антимонопольного регулирования, следует учитывать, что на вероятность и устойчивость соглашений, ограничивающих конкуренцию, воздействует несколько факторов, в числе которых количество участников рынка, их однородность, стабильность состава, а также доступные институциональные технологии заключения соглашения и обеспечения его соблюдения.

Решая вопрос о совершенствовании антимонопольной политики в части пресечения соглашений и согласованных действий, ограничивающих конкуренцию, следует выделить три взаимосвязанных аспекта, которые должны присутствовать как в ходе модернизации конкурентной политики в целом, так и в каждом из основных направлений деятельности субъектов конкурентной

³¹ Следует, однако учитывать, что даже некооперативная стратегия, как, например, в модели Курно, может приводить с точки зрения общественного благосостояния к худшим результатам, чем кооперативная стратегия продавцов, как например, в модели количественного лидерства по Штакельбергу.

политики, включая пресечение соглашений и согласованных действий, ограничивающих конкуренцию. В их числе:

(1) Совершенствование конкурентного законодательства как набора предписаний относительно запрещенных и разрешенных действий хозяйствующих субъектов,

(2) Совершенствование механизмов применения норм антимонопольного законодательства, предполагая, что не существует автоматического и однозначного соответствия между содержанием норм и их применением,

(3) Адвокатирование конкуренции, что направлено на предоставление адекватной информации и создание стимулов у участников хозяйственного оборота для применения норм антимонопольного законодательства³². Адвокатирование конкуренции – это комплекс мер, направленных на встраивание в процессы принятия решений хозяйствующих субъектов и лиц в органах исполнительной власти, принимающих регулятивные решения аспектов, связанных с сохранением/созданием условий конкуренции на целевых рынках.

Следует отметить, что основная идея предлагаемых изменений сводится к следующим моментам:

(1) снижение до минимума возможностей для дискреционных действий антимонопольных органов в части квалификации хозяйственной практики как законной или незаконной, в том числе за счет четкого ограничения возможностей для применения правила взвешенного подхода³³,

(2) создание стимулов для участия в применении антимонопольного законодательства участников хозяйственной деятельности (в том числе за счет обеспечения большей информированности участников рынка о правилах конкуренции),

(3) ослабление стимулов к нарушению антимонопольного законодательства (в форме соглашений и согласованных действий, ограничивающих конкуренцию) участниками рынка, а также злоупотребления правом.

В части конкретных рекомендаций по совершенствованию антимонопольного регулирования в области пресечения соглашений и согласованных действий, ограничивающих конкуренцию, следует отметить

³² Строго говоря, можно рассматривать адвокатирование конкуренции в двух вариантах – узком и широком. В узком смысле адвокатирование конкуренции сопряжено с действиями государства, направленными на информирование участников рынка о содержании и возможностях применения конкурентного законодательства, что фактически сводится к информационно-просветительской деятельности. В широком смысле адвокатирование конкуренции включает также целенаправленное формирование стимулов у участников экономических обменов посредством участия антимонопольных органов в законотворческом процессе, приватизации предприятий, в формировании эффективной системы регулирования естественных монополий.

³³ Вопрос о применении правила взвешенного подхода более подробно будет рассмотрен в другом докладе.

следующие меры. Отметим, что меры 1-8 направлены на повышение вероятности обнаружения соглашений, ограничивающих конкуренцию, тогда как меры 9-10 направлены на корректировку законодательства в части установления абсолютных размеров санкций. Соответственно, 11-14 меры, в основном являются мерами по адвокатированию конкуренции.

1. Внести изменения в статью 4 закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности», содержащие определение совместного доминирования. Установить, что сам факт совместного доминирования не преследуется по закону. Однако злоупотребление совместным доминирующим положением являются нарушением требований антимонопольного законодательства. С этой целью необходимо дополнить закон статьями 5.1 или 6.1. «Злоупотребление совместным доминирующим положением», в которой должны быть перечислены действия (бездействия) совместно доминирующих хозяйствующих субъектов, признаваемые незаконными. В качестве одного из вариантов можно взять за основу перечень нарушений, перечисленных в статье 5 действующего закона.

2. Освобождение от ответственности за нарушение требований статьи 6 закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» первого из предоставивших антимонопольным органам информацию участника соглашения о факте такого соглашения. В этом случае потребуется разработка процедуры, в рамках которой хозяйствующий субъект, являющийся участником соглашения, квалифицируется как первый, предоставивший информацию о факте соглашения, ограничивающего конкуренцию. Необходимо также установить границы действия указанного правила. Один из вариантов – до обнаружения антимонопольными органами признаков нарушения.

3. Смягчение ответственности за нарушение той же статьи вторым сознавшимся участником соглашения (в случае, если количество участников соглашения больше двух). В этом случае также потребуется разработка процедуры, в рамках которой хозяйствующий субъект, являющийся участником соглашения, квалифицируется как второй, предоставивший информацию о факте соглашения, ограничивающего конкуренцию.

4. В случае получения антимонопольными органами сведений о соглашениях, ограничивающих конкуренцию, из альтернативных источников (от участников рынка или, не являющихся участниками соглашения, в результате собственных расследований) возникает практический вопрос о границах применения принципа освобождения от ответственности и смягчения ответственности. Один из возможных вариантов – применение данного принципа до передачи дела в суд. Другой вариант – до получения сведений о признаках нарушения требований статьи 6.

5. Установление ограничения на применение правила освобождения от ответственности или смягчения ответственности в случае повторного раскрытия информации о других фактах соглашений, в которых участвует данный хозяйствующий субъект, на наш взгляд, нецелесообразно ввиду возможности возникновения репутационных эффектов.

6. Разработка мер по обеспечению гарантий безопасности руководству тех хозяйствующих субъектов, которые, оказавшись участниками соглашения, ограничивающего конкуренцию, первыми (и вторыми) пошли на сотрудничество с антимонопольными органами.

7. Разработка механизмов по предупреждению злоупотребления правом и пресечению использования норм шестой статьи в практике недобросовестной конкуренции, включая механизм применения санкций к лицам, злоупотребляющим антимонопольным правом. В частности, необходимо предусмотреть ответственность лиц, предоставляющих ложную информацию о соглашениях, ограничивающих конкуренцию.

8. Внедрение в практику антимонопольных расследований и судебных слушаний использования результатов эконометрического анализа динамики показателей, которые могут свидетельствовать о наличии (отсутствии) сговора или согласованных действий между участниками рынка.

9. В контексте совершенствования системы санкций за нарушение антимонопольного законодательства целесообразно отказаться от практики назначения штрафов на основе минимального размера оплаты труда ввиду неадекватности размеров накладываемых штрафов и излишней дискреционности принимаемых правоприменительными органами решений.

10. В целях повышения ожидаемых издержек для потенциальных нарушителей антимонопольного законодательства предлагается использовать следующие формы экономических санкций: штрафы и компенсации нанесенного ущерба.

(1) Штраф должен уплачиваться в случае доказанного факта нарушения законодательства в размерах, которые зависят от оборота хозяйствующего субъекта за определенный период, предшествующий выявленному нарушению. Таким образом, конструирование системы штрафных санкций на основе объемов оборота нарушителя предполагает решение двух практических вопросов – определение процента от оборота и установление временных рамок предшествующего периода.

(2) Кроме того, возможен вариант построения санкций посредством установления правила кратного возмещения доказанного ущерба, нанесенного участникам хозяйственного оборота соглашениями (согласованными действиями). Для обеспечения работоспособности данной нормы необходима операциональная методика определения размеров нанесенного ущерба.

11. На основе обобщения правоприменительной практики, а также экономического анализа кооперативных действий конкурентов целесообразно разработать операциональное разграничение соглашений и согласованных действий, ограничивающих конкуренцию. С этой целью следует рекомендовать Высшему арбитражному суду подготовить информационное письмо, содержащее обзор и обобщение практики применения статьи 6 закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках».

12. Рекомендуются разработать методические рекомендации по выявлению соглашений (согласованных действий), ограничивающих конкуренцию. Данная методика должна быть доступна в использовании не только антимонопольными органами, но и всеми желающими. Кроме того, указанная методика необязательная для использования, если предлагаются альтернативные варианты оценки поведения хозяйствующих субъектов на рынке..

13. Рекомендуются развернуть информационную кампанию, которая может включать такие компоненты как:

- разъяснение участникам рынка оснований, по которым преследуются участники соглашений и согласованных действий, ограничивающих конкуренцию (включая последствия такого рода соглашения и действия для отдельного рынка и экономики в целом);

- формы и мера ответственности за выявленные нарушения;

- основные результаты судебных дел по статье 6 закона «О конкуренции»

- объяснение действия антимонопольных органов на отдельных товарных рынках в отношении соглашений, ограничивающих конкуренцию..

14. В целях уменьшения возможностей достижения картельных эффектов посредством введения режимов регулирования или делегированного саморегулирования целесообразно установить формализованный порядок оценки целесообразности применения тех или иных форм регулирования (включая некоторые формы саморегулирования) с позиции влияния указанных форм на условия конкуренции.

15. Целесообразно продолжить работу по мониторингу ситуации на отдельных товарных рынках. Вместе с тем необходимо обратить внимание прежде всего на те рынки, которые характеризуются действием факторов, способствующих совместному доминированию. Результаты монографических исследований данных рынков должны быть максимально доступны широкому кругу лиц. Причем, антимонопольный орган должен четко сформулировать свою позицию в отношении своего видения ситуации на соответствующем товарном рынке. Оценка вероятности координации действий в условиях коллективного доминирования, которая (координация) может привести к устранению, ограничению или недопущению конкуренции, может быть получена только после *детального* изучения соответствующего рынка.

Глоссарий

В глоссарии приводятся лишь наиболее важные определения понятий, которые используются в данном докладе.

Доминирующее положение - исключительное положение хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов на рынке товара, не имеющего заменителя, либо взаимозаменяемых товаров (далее - определенного товара), дающее ему (им) возможность оказывать решающее³⁴ влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке или затруднять доступ на рынок другим хозяйствующим субъектам

Количественное лидерство – разновидность олигополии, в которых согласованные действия участников рынка основаны на использовании информации об ожидаемых объемах выпуска (реализации) товаров хозяйствующим субъектом, выполняющим роль лидера.

Лидерство в ценах - разновидность олигополии, в которых согласованные действия участников рынка основаны на использовании информации об ожидаемых ценах товаров хозяйствующим субъектом, выполняющим роль лидера.

Олигополия – структура рынка, на котором существуют барьеры входа, а предложение представлено продавцами, реализующими однородный или дифференцированный товар и осознающими взаимозависимость принимаемых ими решений.

Параллельное поведение – характеристика поведения хозяйствующих субъектов, выражающаяся в синхронном (или почти одновременном) и однонаправленном изменении цены товара, объемов производства и реализации, а также качественных характеристик товара на целевом рынке.

Предположительная вариация – характеристика взаимозависимости решений хозяйствующих субъектов на целевом рынке, которая выражается в изменении выпуска остальных фирм, действующих на рынке, в ответ на изменение выпуска рассматриваемой фирмы.

Совместное доминирование –

(первый вариант) характеристика структуры рынка, которая предполагает возможность решающего влияния на общие условия обращения товара на рынке со стороны двух и более хозяйствующих субъектов в условиях сравнительно невысоких издержек координации действий, обусловленных широкими возможностями оперативного получения существенной информации о

³⁴ Для операционализации данной нормы требуется четкое понимание, что означает «решающего влияния на общие условия обращения товаров». Как будет показано во вставке 3 даже сравнительно небольшая рыночная доля и уровень концентрации могут оказывать влияние на цену, а также объем выпуска.

действиях других хозяйствующих субъектов на данном рынке, пресечения действий конкурентов, отклоняющихся от общей линии поведения на рынке, а также сравнительно невысокими издержками, обусловленными ответными действиями потенциальных конкурентов и конкурентов, не являющихся субъектами коллективного доминирования;

(второй вариант) *ситуация, которая предполагает возможность решающего влияния на общие условия обращения товара на рынке со стороны двух и более хозяйствующих субъектов в следующих условиях:*

- *незначительные издержки координации действий, обусловленных широкими возможностями получения информации о действиях других хозяйствующих субъектов на данном рынке,*

- *широкие возможности ответных действий в отношении конкурентов, отклоняющихся от общей линии поведения на рынке,*

- *незначительные издержки, обусловленные действиями потенциальных конкурентов и конкурентов, не являющихся субъектами коллективного доминирования.*

Соглашения, ограничивающие конкуренцию – соглашения между участниками целевого рынка об установлении цен, ограничении объемов выпуска, а также разделе рынка, имеющие своей целью (своим результатом) извлечение дополнительной прибыли и предполагающие определение в явной форме правил поведения на рынке и механизмов, обеспечивающих их соблюдение.

Литература

Авдашева С., Шаститко А. Промышленная и конкурентная политика: проблемы взаимодействия и уроки для России. // Вопросы экономики. 2003, №9, с.18-32.

Алчян А.А., Демсетц Г. Производство, стоимость информации и экономическая организация. В сб.: Вехи экономической мысли. Том 5. Теория отраслевых рынков. Под ред. А.Г.Слущкого. Спб., Экономическая школа, 2003. С.280-317.

Влияние конкуренции и антимонопольного регулирования на процесс экономической модернизации, Аналитический доклад Бюро экономического анализа, 2004.

Механизм совершенствования антимонопольного законодательства в области поставок газа на российских товарных рынках. Аналитический доклад, Бюро экономического анализа. Москва, 2002.

Новиков В. Влияние российского антимонопольного законодательства на экономическое развитие. // Вопросы экономики. 2003, №9, с.33-48.

Новиков В. О праве собственности на внешние эффекты. // Вопросы экономики. 2004, №1, с.141-146.

О конкурентной политике в Российской Федерации, Доклад Министерства Российской Федерации по антимонопольной политике и поддержке предпринимательства, 2002.

Тамбовцев В.Л. Экономическая теория контрольно-надзорной деятельности государства. // Вопросы экономики. 2004, №4.

Хэй Д., Моррис Д. Теория организации промышленности. Спб, Экономическая школа. 1999, т.1.

Шаститко А.Е. Механизм обеспечения соблюдения правил (экономический анализ). // Вопросы экономики. 2002. №1. С.32-49.

Шаститко А.Е. Новая институциональная экономическая теория. М.: Теис, 2002. Третье издание.

Шаститко А. Выплескивая воду, не забудьте про ребенка! // Вопросы экономики. 2003а, №12, с.111-119.

Шаститко А. Реформа антимонопольного регулирования в России: повестка дня и дизайн дискуссии // Вопросы экономики. 2004, №3.

Crandall R.W., Winston C. Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assesing the Evidence // Journal of Economic Perspectives. Fall 2003, V.17, N4, p.3-26.

Market investigation references. Guidance about making of references under Part 4 of the Enterprise Act. Office of Fair Trading, 2002.

Stigler G. A Theory of Oligopoly // Journal of Political Economy. 1964. №72. P.44-61.