

ОТРАСЛЕВАЯ И РЕГИОНАЛЬНАЯ ЭКОНОМИКА

Т. А. Овсянников¹

НИУ «Высшая школа экономики» (Москва, Россия)

УДК 338.23

ПРИЗНАКИ КОЛЛЕКТИВНОГО ДОМИНИРОВАНИЯ В ЗАКОНЕ «О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ» ПОМОГАЮТ ПРИНИМАТЬ ПРАВИЛЬНЫЕ РЕШЕНИЯ СУДЬЯМ АРБИТРАЖНЫХ СУДОВ?²

Российские власти широко применяют антимонопольные запреты на отечественных рынках. Поэтому необходимо правильно устанавливать присутствие на рынке доминирующих компаний. В статье изучаются признаки коллективного доминирования в антимонопольной практике России. Для этого исследуются судебные акты по делам об отмене решений российского антимонопольного органа за 2007–2017 гг., рассматриваются ошибки I и II рода, возникающие при установлении коллективного доминирования. Эмпирический анализ факторов, влияющих на пересмотр решений, показывает, что предсказания экономической теории недостаточно учитываются при правоприменении.

Ключевые слова: коллективное доминирование, антимонопольный запрет, молчаливый сговор, антимонопольное право.

Цитировать статью: Овсянников Т. А. Признаки коллективного доминирования в законе «О защите конкуренции» помогают принимать правильные решения судьям арбитражных судов? // Вестник Московского университета. Серия 6. Экономика. — 2020. — № 5. — С. 102–119.

¹ Овсянников Тимур Анатольевич — аспирант, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»; e-mail: tovsyannikov@hse.ru, ORCID: 0000-0002-8879-5869.

² Исследование осуществлено в рамках Программы фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2019 г. Автор благодарит анонимных рецензентов за предложенные замечания.

T. A. Ovsianikov

NRU Higher School of Economics (Moscow, Russia)

JEL: L41, D43, K42

ARE THE SIGNS OF COLLECTIVE DOMINANCE IN LAW “ON PROTECTION OF COMPETITION” HELPFUL FOR ARBITRATION JUDGES IN TAKING RIGHT DECISIONS?

The Russian officials extensively apply antitrust prohibitions in the domestic markets. Therefore, it is necessary to correctly determine the presence of dominant companies in the market. The article examines the signs of collective dominance in the antimonopoly practice in Russia. For this purpose, the author examines judicial acts for cases on cancellation of decisions of the Russian Antimonopoly authority concerning collective dominance for 2007-2017, and considers type I and type II errors arising in establishing collective dominance. The empirical analysis of the factors influencing judicial reviews shows that the predictions of economic theory are not sufficiently taken into account in law enforcement.

Keywords: collective dominance, antitrust prohibition, tacit collusion, competition law.

To cite this document: *Ovsianikov T. A.* (2020) Are the signs of collective dominance in law “On protection of competition” helpful for arbitration judges in taking right decisions? *Moscow University Economic Bulletin*, (5), 102–119.

Введение

С принятием в 2006 г. Закона «О защите конкуренции» Федеральная антимонопольная служба (ФАС) России получила новые возможности для контроля хозяйствующих субъектов. При этом возникла новая правовая норма о коллективном доминировании, когда на рынке присутствуют два и более хозяйствующих субъектов, которые могут влиять на рынок и злоупотреблять своим доминирующим положением. Это свойственно для рынков со сплоченной олигополией, где, с одной стороны, количество участников невелико, их рыночные доли примерно одинаковы и ни один из них не может получить долгосрочное преимущество перед всеми остальными, а, с другой, новые хозяйствующие субъекты не могут войти на рынок.

Для координации цен и других условий сделок компаниям не нужно вступать в соглашения тайно или открыто — достаточно взаимного понимания выигрышей, которые получают участники рынка, отказавшись от конкуренции между собой [Cabral, 2001]. Условия обращения товара определяются стратегическим взаимодействием крупнейших участников и внешними по отношению к рынку факторами: фирмы находятся

в «молчаливом» сговоре и ведут себя как при наличии между ними явного соглашения. Такая структура рынка может быть выявлена и предсказана экономическим анализом, однако коллективное доминирование существенно отличается от индивидуального доминирования. Применение Закона «О защите конкуренции» осложняется возникновением ошибок I и II рода при установлении коллективного доминирования. При этом на любого доминирующего субъекта распространяются антимонопольные запреты, установленные законом.

Закон действует в течение более десяти лет, что позволяет сделать определенные выводы об использовании концепции коллективного доминирования. Поэтому целью работы является эмпирическое изучение признаков коллективного доминирования в антимонопольной практике России. Для этого анализируются факторы, влияющие на пересмотр решений арбитражных судов, строится модель оценки вероятности отмены судебных решений, позволяющая подтвердить или опровергнуть выдвинутые гипотезы. Информационной базой исследования служат судебные акты по делам об отмене решений российского антимонопольного органа относительно коллективного доминирования за 2007—2017 гг.

Проблема ошибок I и II рода при определении коллективного доминирования

Коллективное доминирование может быть установлено в силу экономической взаимосвязи между независимыми хозяйствующими субъектами. Рынок должен позволять координацию и способствовать ей: всего несколько конкурентов, симметрия между ними (доли рынка, расходы), прозрачность рынка, однородность продукции, сформировавшийся рынок с барьерами входа, стабильность спроса с малой волатильностью и невозможность получить на таком рынке существенные преимущества любым из участников. Также координация должна быть эффективна: хозяйствующие субъекты имеют возможность контролировать друг друга и наказывать за отклонение, другие участники рынка (их конкуренты, покупатели) не могут существенно им в этом помешать.

По общему правилу, в российском законодательстве доминирующим признается положение участника рынка, доля которого превышает 50%. Для этого антимонопольный орган определяет рынок, его границы, барьеры входа и рыночные доли. Чтобы признать участника индивидуально доминирующим с долей от 35 до 50% также оценивается стабильность и неизменность его рыночной доли. Для определения коллективного доминирования дополнительно устанавливается низкая эластичность спроса, доступность информации о ценах и условиях реализации товара, неизменность порядка распределения рыночных долей; при этом доля

каждого коллективно доминирующего должна быть более 8%, а сумма двух или трех участников — не менее 50%, четырех или пяти — не менее 70%. Однако соответствующие процентные пороги являются выбором российского законодателя; в других странах установлены иные пороги либо они полностью отсутствуют, как, например, в ЕС, где концепция коллективного доминирования впервые получила юридическое оформление.

Достаточно широкие рамки правоприменения, установленные Законом «О защите конкуренции», оставляют, с одной стороны, большие полномочия для антимонопольного органа, с другой — широкий простор для проверки и оспаривания его решений. Правовая неопределенность несет риски как с точки зрения ошибочного признания участника рынка коллективно доминирующим (ошибка I рода), так и непризнания коллективно доминирующим субъекта, который в действительности может нести угрозу конкуренции (ошибка II рода). Существует только один способ разделить злоупотребление доминирующим положением и результаты одновременного влияния на рынок других факторов — это идентификация модели взаимодействия [Bresnahan, 1982]. Для идентификации требуются обширные данные за достаточно продолжительный временной интервал, что возможно для редких случаев. При этом ни один альтернативный метод не считается достаточно надежным [Mezzanotte, 2010], последующий анализ поведения может не подкрепить первоначальную гипотезу о коллективном доминировании. В экономической литературе находят вероятным совершение ошибок I и II рода при применении антимонопольного законодательства, что может быть проанализировано на судебных делах против антимонопольного органа. Антимонопольные правовые нормы должны учитывать особенности антимонопольного органа, его информационные и аналитические возможности, неопределенности, с которыми ему приходится сталкиваться при анализе и смягчении антиконкурентного поведения, сопутствующие ошибки I и II рода [Joskow, 2002]. При этом исследование состояния конкурентной среды на рынках и квалификации поведения участников рынка требует использования инструментов экономического анализа [Горейко и др., 2014].

В целом следует говорить о более высоких стимулах участников рынка, о более узком наборе вариантов рационального поведения при сложившихся на рынке условиях ведения бизнеса. В этом и состоит молчаливый сговор (*tacit collusion*), описываемый теорией олигополии. Молчаливый сговор может возникнуть, когда фирмы взаимодействуют многократно и могут поддерживать более высокие цены, понимая, что отклонение от сговора не является оптимальным для каждой фирмы: конкуренция обострится и принесет ей намного более существенные потери. Участники рынка ожидают, что сговор и цены будут поддерживаться до тех пор, пока ни один из них не отклонится, в про-

тивном случае сговор разрушается и рынок приходит в конкурентное состояние [Ivaldi et al., 2003].

Рыночная власть участника на товарном рынке зависит от двух обстоятельств: от реакции конкурентов на действия конкретного продавца и от влияния этой реакции на оптимальные для этого продавца действия. Таким образом объясняется отказ от ценовой конкуренции и поддержание высоких цен на рынке. Каждый из доминирующих игроков независим от действий «обычных» участников рынка; конкуренция на таком рынке носит ограниченный и достаточно предсказуемый характер. Доктрина коллективного доминирования исходит из того, что взаимное влияние поведения крупнейших продавцов и их взаимозависимость сами по себе, без дополнительных соглашений и без дополнительной координации поведения, дают возможность каждому из них влиять на рынок в одностороннем порядке.

Определяющее значение играет оценка участником рынка своих будущих выигрышей при сохранении сговора (модель «народной теоремы») [Novshek, 1980; Тироль, 1996]. Для анализа стимулов к нарушению и поддержанию молчаливого сговора «народная теорема» также используется в [Ivaldi et al., 2003; Skrzyrzacz, Hopenhayn, 2004]. При установлении коллективного доминирования может проводиться как поиск особенностей рынка, которые могут позволить создать коллективное доминирование, так и обнаружение эффектов, способных разрушить конкуренцию на рынке [Wisnumurti, 2016]. Концепция коллективного доминирования обнаруживает слабые стороны и не очень широкую область использования [Holmes, 2017]. Российская норма о коллективном доминировании также влечет риски ее возможного дисфункционального применения [Шаститко, 2011].

Ошибки I и II рода могут возникать на разных этапах антимонопольного регулирования: при экономическом анализе рынков [Авдашева, Шаститко, 2005; Горейко, 2011], при принятии решения антимонопольным органом, при судебном оспаривании решений антимонопольного органа [Сидорова и др., 2019]. Наряду с этим молчаливый сговор на рынке имеет множество причин, и провести скрининг и предсказать его с высокой точностью теория за редким исключением не может.

Временной период исследования 2007–2017 гг. обусловлен необходимостью прохождения дел по инстанциям. В России бремя доказательства нарушения в суде возлагается на орган исполнительной власти, и суд осуществляет полную проверку его решения (предписания). После принятия антимонопольным органом решения компания или индивидуальный предприниматель может подать жалобу либо в Апелляционную коллегию ФАС России (только с 2016 г., дел о коллективном доминировании еще не было), либо в арбитражный суд, где антимонопольный орган выступает ответчиком.

Дела об оспаривании ненормативных актов ФАС и его территориальных управлений рассматриваются в арбитражном суде субъекта Федерации и при несогласии с изначальным решением суда — в более высоких инстанциях. Судебный контроль решений антимонопольных органов осуществляется в несколько этапов. Поэтому встает вопрос, есть ли в судебском корпусе понимание такой новой экономической конструкции, как коллективное доминирование. Правовое качество судебного акта можно анализировать с точки зрения результатов судебного процесса и поведения его участников [Carree, 2010; Gual, 2011]. Стороны спора, в отношении которых было принято неверное решение, более склонны к подаче апелляций на первоначально вынесенное решение суда. Вышестоящие суды, в свою очередь, возможно, склонны отменять менее обоснованные решения. Мы будем рассматривать отказ в пересмотре как свидетельство, что между судьями разных инстанций нет разночтений при рассмотрении дел о коллективном доминировании. Исходя из этого, выдвинем следующие гипотезы.

H1: экономические характеристики дел, в которых проверяется коллективное доминирование, не оказывают влияние на вероятность пересмотра первоначально вынесенного решения.

Предполагается, что судья учитывает предсказания экономического анализа при проверке решения или предписания антимонопольного органа, однако суды всех инстанций в целом интерпретируют его одинаково. Уровень отмен решений первой инстанции не должен зависеть от рыночных долей, их соотношения, числа коллективно доминирующих участников и других экономических факторов.

H2: вероятность пересмотра первоначального решения суда не зависит от того, поддерживает ли суд позицию истца или ответчика.

У судов первой и последней инстанции по делу не должно быть предпочтения сторонам судебного процесса. Учитывая, что ответчиком выступает публичный орган, а участники процесса и спорный товарный рынок часто находятся в одном регионе, такая склонность может иметь место. В частности, именно обеспечением независимости и самостоятельности судов при рассмотрении апелляционных и кассационных жалоб в отдельных судах и в другом регионе аргументировалась реформа судов общей юрисдикции. Однако по закону при оспаривании решения органа исполнительной власти бремя доказательства лежит целиком на органе.

H3: чем выше опыт и квалификация судьи первой инстанции, тем отмена его решения менее вероятна.

Качество судебного решения определяется также индивидуальными характеристиками судей, которые ведут дело. В первой инстанции судья принимает решение единолично, поэтому данный эффект можно разделить.

Количественные критерии коллективного доминирования

Многие характеристики рынка могут влиять на устойчивость сговора. Одни из них более очевидные, другие — легче наблюдаемые. Однако при одних и тех же долях участников на рынке гипотеза о доминировании может как приниматься, так и не приниматься. Доля рынка не всегда отражает рыночную власть, а может определяться другими причинами [Ivaldi et al., 2003]. Поэтому такие факторы, как число конкурентов, доля рынка и иные, оцениваются в комплексе как влияющие на склонность участников рынка к поддержанию молчаливого сговора. При анализе исходят из повторяющегося характера взаимодействия между участниками рынка. Когда компания планирует усилить свою экспансию на рынке, снижая цену, она предполагает, что в дальнейшем может столкнуться с реакцией остальных участников рынка и лишиться прибыли. Поэтому экспансия более выгодна тому, кто в первом периоде времени получает малую прибыль, и менее выгодна, если прибыль участника рынка стабильно высока. Однако это рассуждение верно лишь частично. Восприятие «нынешних» и «будущих» прибылей может существенно различаться от компании к компании, полезность одного и того же денежного потока неодинакова в разные периоды времени. Чтобы хозяйствующий субъект с малой долей рынка поддерживал молчаливый сговор, для него должен быть справедлив большой коэффициент дисконтирования, т.е. он должен высоко ценить будущие выигрыши и, в частности, верить в будущее своего бизнеса. Если на рынке действуют фирмы с небольшой долей рынка, даже если их относительно немного, молчаливый сговор маловероятен, что было показано [Novshek, 1980] с использованием «народной теоремы».

Наличие у экономического агента дополнительных производственных мощностей способствует его большей независимости и разрушению молчаливого сговора. Нехватка мощностей или ограничение на мощности повышает устойчивость молчаливого сговора. Если фирма не сможет увеличить долю на рынке, то ее минимальный (граничный) дисконтирующий множитель равен нулю. Для того чтобы фирма нарушила молчаливый сговор, она должна рассчитывать на существенное увеличение прибыли и доли рынка. Если конкуренты при обострении конкуренции не смогут полностью и навсегда вытеснить участника с рынка, то его стимулы к нарушению кооперативного поведения достаточно высоки.

Даже двукратный рост собственной доли на рынке может быть недостаточен для отклонения: например, участник с долей 10% не склонен к отклонению, если он рассчитывает захватить 20%, но крайне склонен, если рассчитывает на 50%. Хозяйствующий субъект, занимающий более половины рынка, может не обострять конкуренцию на рынке, даже имея возможность покрыть весь рынок целиком. Если конкуренты не смогут

полностью вытеснить участника с рынка, например, при нехватке мощностей, то соответствующий участник не склонен участвовать в сговоре. Обладая определенной долей рынка, участник может действовать противоположным образом в зависимости от его потенциальных выигрышей. Неоднозначной также является реакция конкурентов: наличие большой доли рынка, с одной стороны, повышает стимулы к сговору, с другой — вызывает желание конкурентов бороться за нее и нарушить сговор. При этом малая доля рынка участника-нарушителя может не вызвать реакцию «наказание», если влияние такой компании на рынок было невелико. Чем дольше необходимый период для вытеснения участника с рынка и чем меньше его рыночная доля, тем менее вероятным представляется обратная реакция.

Высокие стимулы к молчаливому сговору имеют укоренившиеся на рынке участники, доли которых близки (в совокупности около половины рынка и более), если они не имеют больших дополнительных мощностей и соответственно объективно не могут резко увеличить свою долю рынка. Поэтому численные значения рыночных долей свидетельствуют о коллективном доминировании не в большей степени, чем иные обстоятельства. Стоит признать, что количественный критерий в законе удобен для отсева рынков, на которых коллективного доминирования быть не может, являясь необходимым, но недостаточным условием доминирования. При этом удобство в существенной мере нивелируется частыми ошибками определения рыночных долей (из-за неправильно определенного рынка, его границ, действующих на нем хозяйствующих субъектов и т.д.). Анализ носит контекстуальный характер, и определяющим является вывод моделей олигополии для каждого конкретного случая.

Решения антимонопольных органов России по делам о коллективном доминировании

Для проверки гипотез с помощью Банка решений арбитражных судов, баз «РосПравосудие» и «СудАкт», других источников были собраны данные по 263 рынкам, 245 из которых изучались в 112 судебных делах (рис. 1). Более чем в трети арбитражных судов первой инстанции проходили судебные процессы по делам о коллективном доминировании, причем в 88% случаях за обращением в суд следовала апелляция на его первоначальное решение. Сравнение решений антимонопольных органов России и ЕС показывает, что существуют различия в оценках «молчаливого» сговора (рис. 2). Действительно, хотя оба регулятора устанавливают коллективное доминирование двух хозяйствующих субъектов на рынках с двумя, тремя и более участниками, в России поразительно большое число дел касается рынков, где доли остальных фирм близки к нулю или вовсе отсутствуют, т.е. наблюдается практически чистая дуополия. Если в решениях Дирек-

тората ЕС по конкуренции все наблюдения группируются на рис. 2 около оси $s_1 = s_2$, доля первого участника s_1 в среднем на 5% незначительно отличается от доли второго участника s_2 . А в решениях российского антимонопольного органа разница в среднем 32%, s_1 почти вдвое больше s_2 (причем статистически незначима на уровне 10% по критерию Стьюдента). Можно предположить, что в российской практике ФАС доли на рынках подсчитываются исключительно для формального соответствия требованиям национального законодательства: $s_1 = s_2 > 50\%$, $s_1 > s_2 > 8\%$ и дополнительный анализ долей ограничивается только оценкой их стабильности (колебания в пределах 10%), исследование особенностей стратегического взаимодействия участников рынка не проводится. ФАС обнаруживает коллективное доминирование даже в крайних ситуациях, когда доли второго участника малы. Наблюдается значительное отличие распределения долей в российской практике от европейской, значения долей участников рынка в делах ФАС хаотично разбросаны по всей области. Вывод о формальном подходе ФАС ранее уже делался в работе [Shastitko, 2018].

Таким образом, вероятность ошибок I рода в решениях ФАС довольно высока: при одних и тех же рыночных долях участников рынка можно рассматривать как коллективно доминирующих, так и как конкурентное окружение одного доминирующего субъекта. Одним из наиболее частых аргументов в споре становится возможная ошибка при определении рыночных долей участников рынка. Только в нескольких судебных актах арбитражные суды указывают: антимонопольный орган не анализирует реальные возможности участников рынка, способность заявителя единолично оказывать влияние на условия обращения товара на рынке не устанавливается.



Рис. 1. Распределение наблюдений выборки по судебным инстанциям
Источник: составлено автором.

Для 26% случаев из выборки позиции разных судебных инстанций по делу расходятся, решение суда первой инстанции отменяется более высокой инстанцией. Апелляционная инстанция отменяет решение суда первой инстанции в 14% случаях. Суд округа пересматривает судебные акты апелляционного суда в 25% случаях. Высший суд (ВАС или ВС) не соглашается с постановлениями суда округа в 7% случаях. В территориальном разрезе можно отметить более высокую долю отмен в Северо-Кавказском судебном округе.

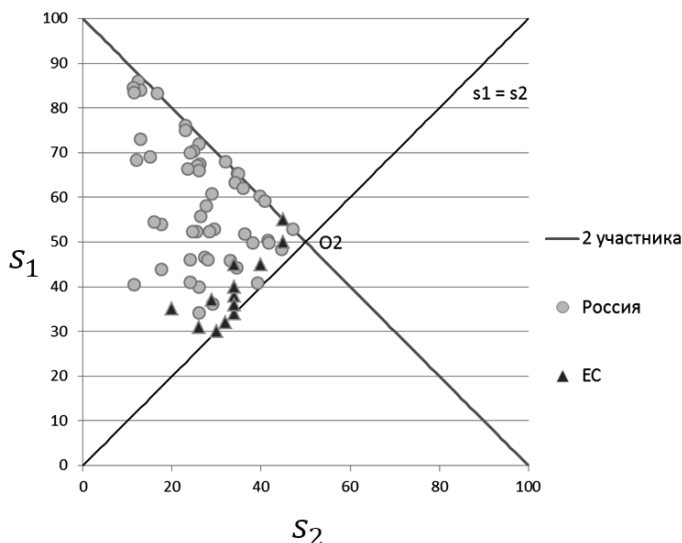


Рис. 2. Рынки, на которых выявлялось коллективное доминирование в практике антимонопольных органов ЕС и России

Источник: составлено автором с использованием [Davies et al., 2010].

Примечание: доля первого по размеру участника рынка относительно доли второго участника: решения о коллективном доминировании двух крупнейших участников рынка, принятые антимонопольными органами России (круги, 2007–2017 гг., 52 рынка) и Директората ЕС по конкуренции (треугольники, 1990–2004 гг., 15 рынков).

В большинстве судебных дел компаниям и ИП предъявляется коллективное доминирование только на одном рынке (64 дела), дел с двумя рынками — 21, с тремя и более — 25. Наибольшее количество наблюдений приходится на Московский, Северо-Кавказский и Волго-Вятский судебные округа. В разбивке по отдельным судам лидирует Арбитражный суд города Москвы, наблюдений по Крымскому полуострову нет.

Злоупотребление коллективным доминированием чаще всего выявляется в секторе нефтепродуктов (табл. 1). Именно решения по нефтепро-

дуктовым рынкам рассматривались в Президиуме Высшего Арбитражного суда в деле нефтяных компаний против ФАС в 2010–2011 гг. Дело «ТНК-ВР» и других ВИНК вызвало неоднозначную реакцию в экспертном сообществе [Мигитко, 2011; Юсупова, Киселева, 2015]. Оно должно было оказать существенное влияние на правоприменительную практику: Высший суд подтвердил решение антимонопольного органа о доказанности факта коллективного доминирования. При этом уровень отмен решений судов первой инстанции во втором периоде снизился.

Если коллективное доминирование на рынках нефтепродуктов, воздушных перевозок, связи, ЖКХ и электроэнергетики выявлялось УФАС в различных регионах страны, то по другим отраслям активность антимонопольных органов была существенно ниже и ограничивалась одним-двумя территориальными управлениями. Наибольшая доля пересмотров решений судов первой инстанции пришлась на нефтепродуктовые рынки. Наименее устойчивы (чаще отменяются) судебные решения для рынков нефтепродуктов и в период 2007–2010 гг. Устойчивость судебного акта суда первой инстанции коррелирована в высокой степени с числом инстанций и с повторным рассмотрением дела, что достаточно очевидно: при повторном рассмотрении дела судебный акт отменяется, а число инстанций растет (табл. 1). В среднем уровень отмен при удовлетворении и отказе удовлетворения иска совпадает (около 28,5%), иски удовлетворяются для 57% наблюдений. После 2011 г. решения об удовлетворении иска отменялись значительно реже.

Таблица 1

Описательный анализ наблюдений выборки

Переменная	Число наблюдений	Среднее значение	Корреляция с отменой решения суда
Число коллективно доминирующих участников рынка	242	2,9	–0,01
Сумма долей коллективно доминирующих участников рынка	206	84% в среднем	+0,12*
Разница долей первого и второго по порядку участников	160	19% в среднем	–0,06
Средняя доля коллективно доминирующих участников рынка	206	31% в среднем	+0,14**
Доля крупнейшего коллективно доминирующего субъекта	164	44% в среднем	+0,05
Доля наименьшего коллективно доминирующего субъекта	162	19% в среднем	+0,22***

Переменная	Число наблюдений	Среднее значение	Корреляция с отменой решения суда
Годовая выручка участника коллективного доминирования	245	9,1 млрд руб. (после экспоненцирования)	−0,13**
Принадлежность к отрасли нефтепродуктов	245	41%	+0,37***
Географический охват рынка	245	65% — локальный рынок	−0,11*
Судья «нового призыва», впервые назначенный с 2002 г.	245	67%	−0,30***
Пол судьи мужской	245	37%	−0,17***
Северо-Кавказский округ	245	17%	+0,43***
Опыт истца в судебных делах с участием ФАС два и более процессов	245	53%	−0,28***
Истца представлял адвокат из рейтинга Топ-300 Право	245	9%	+0,21***
Дело рассматривалось в 2007–2010 гг.	245	40%	+0,39***
Коллективное доминирование подтверждено судами	245	60%	+0,20***
Иск удовлетворен, и решение ФАС признано незаконным по итогам процесса	245	68%	+0,34***
Иск удовлетворен, и решение ФАС признано незаконным в первой инстанции	245	57%	+0,01
Решение суда первой инстанции отменено	245	29%	

*** — значимость на уровне 1%, ** — на уровне 5%, * — на уровне 10%.

Источник: составлено автором.

Характеристики, связанные с отменой судебного акта, можно условно разделить на две группы: экономические (рынок: количество коллективно доминирующих участников, их размер, доли и др.) и правовые (такие как опыт участников, их юристов, принятое судом решение, действующие правовые нормы, позиция и аргументы сторон). Но далеко не все собранные судебные акты и тексты решений антимонопольных органов доступны или отличаются полнотой (излишнее цитирование статей нормативных документов в ущерб описанию и оценке конкретных обстоятельств). Для проверки гипотез строится модель оценки вероятности отмены ре-

шения судами первой инстанции (табл. 2), где зависимая переменная является бинарной и принимает числовое значение 1, если решение было отменено судом более высокой инстанции по результатам обжалования, и 0, если решение было оставлено в силе.

Оценка проводится методами пробит-регрессии, для интерпретации результатов моделей рассчитываются предельные эффекты. Все переменные, за исключением логарифма выручки, отвечающего за размер предприятия, и количества участников рынка, бинарные. Использование также метода OLS и инструментальной переменной не влияет на выводы, интервальные оценки коэффициентов совпадают. В качестве инструмента для переменной выявления коллективного доминирования в ходе судебного процесса используется факт отмены решения ФАС в первой инстанции. Так как в нашей выборке присутствует смещение в сторону дел в Северо-Кавказском судебном округе и дел, в которых рассматривается различное число рынков, то проводится перевзвешивание. В качестве маркера опыта судьи используется год первого назначения арбитражным судьей: до 2001 г. и с 2002 г., когда была проведена судебная реформа, по аналогии с [Волков, 2015]. В противовес «новому призыву» назначенные ранее судьи на момент рассмотрения дела имели по выборке больше как опыт работы (на восемь лет) и ведомственных наград (на 35%), так и более высокий квалификационный класс.

Принятие руководящей судебной практики ВАС в 2010–2011 гг. действительно способствовало существенному снижению отмены решений судов первой инстанции. Хотя именно рынки бензинов и дизеля были рассмотрены Президиумом ВАС, в секторе нефтепродуктов более высокая доля пересмотров сохраняется во втором периоде.

Предельные эффекты для количественных характеристик рынка являются статистически значимыми: увеличение суммарной доли участников коллективного доминирования на 10% приводит к увеличению вероятности отмены решения суда первой инстанции в среднем на 4,7%. Если разность долей первого и второго по порядку участников рынка возрастает на 10%, то вероятность отмены снижается на 4,2%. Также вероятность отмены снижается в среднем на 10% при увеличении числа коллективно доминирующих участников рынка на 1. В делах, рассматриваемых с 2011 г., вероятность отмены решения меньше на 20%, а для рынков, не относящихся к нефтепродуктовым, — на 7%. Количественные характеристики рынка существенно влияют на качество судебного решения и его отмену. Таким образом, гипотеза H1 не принимается. Большое число коллективно доминирующих участников снижает вероятность отмены. Что касается судебных дел с большими суммарными долями участников рынка, то это может быть связано с неправильным проведением анализа ФАС, которая «завышает» доли на рынке, включая в анализ только некоторые

хозяйствующие субъекты, неправильно определяя объем рынка, не проводя иные стадии составления своего аналитического отчета. Гипотеза Н2 принимается: факт подтверждения коллективного доминирования судом не влияет на отмену его решения. Гипотеза Н3 не принимается: решения более молодых и менее опытных судей отменяются почти так же часто, как и более опытных.

Таблица 2

Регрессионный анализ наблюдений выборки

	Метод пробит-регрессии	Метод пробит-регрессии с инструментальной переменной	Метод инструментальных переменных	Метод пробит-регрессии с инструментальной переменной	Метод пробит-регрессии с инструментальной переменной
Отмена решения судьи первой инстанции	0, если решение осталось в силе 1, если решение было отменено				
Количество коллективно доминирующих субъектов	−0,10***	−0,07***	−0,11**	−0,04*	0,009
Сумма долей коллективно доминирующих субъектов	+0,47***	+0,34***	+0,45**	+0,25*	
Разница долей первого и второго участников рынка	−0,42**	−0,33***	−0,52***		
Выручка логарифмиро- ванная	0,004	0,003	0,001	0,022**	0,005
Сектор нефтепродуктов	+0,07	+0,05*	+0,10	+0,05*	+0,08**
Локальный рынок	−0,03	−0,03	−0,05	−0,11*	−0,05
Судья «нового призыва»	−0,07	−0,04	−0,03	−0,14**	−0,02
Пол судьи мужской	+0,15*	−0,12*	+0,11	+0,06	+0,01
Северо-Кавказский округ	+0,10	+0,08	+0,05	0,26***	+0,31***
Опыт истца в судебных делах с участием ФАС два и более процессов	−0,01	+0,02	−0,03	−0,04	−0,03**
Истца представлял адвокат из рейтинга «Право.ru-300»	+0,23*	+0,15	+0,08	+0,13	−0,007
Дело рассматривалось в 2007–2010 гг.	+0,20**	+0,20***	+0,19	+0,14*	+0,07
Коллективное доминирова- ние подтверждено судами	−0,09	+0,02	+0,06	−0,01	+0,07
Число наблюдений	160	160	160	206	242

*** — значимость на уровне 1%, ** — на уровне 5%, * — на уровне 10%.

Источник: составлено автором.

Для использованных методов оценивания предсказательная сила модели (ROC-area) одинакова по критерию χ^2 на уровне значимости 5%. Площадь под ROC-кривой (кривой ошибок) AUC показывает зависимость верных предсказаний отмен решения суда от доли ложных предсказаний: модели предсказывают значительно лучше простого угадывания (около 84% против 50% случайного гадания). Вместе с тем тестирование модели на других подвыборках и с другими весами не меняет ее выводы.

Тенденции отечественного правоприменения

Доктрина коллективного доминирования применяется в России антимонопольным органом и судами на постоянной основе. Однако единообразной практики по применению коллективного доминирования как УФАС, так и судами не сложилось. Фактически в России норма применяется иначе, чем в ЕС, где нет такого разброса рыночных долей доминирующих компаний. Максимальное количество дел продолжает рассматриваться в сфере нефтепродуктов, причем в большинстве российских регионов судебная практика по коллективному доминированию отсутствует, в ряде случаев УФАС заводит дела о коллективном доминировании предприятий малого бизнеса.

Статистически значимое влияние на отмену решения суда в вышестоящей инстанции оказывают следующие факторы:

- количество коллективно доминирующих участников рынка,
- суммарная доля коллективно доминирующих участников рынка,
- превышение доли первого участника над долей второго,
- оспаривание решения ФАС в 2007–2010 гг.,
- установление коллективного доминирования на рынках нефтепродуктов.

С 2011 г. устойчивость решений повысилась в связи с руководящей судебной практикой Высшего Арбитражного суда РФ. На примере коллективного доминирования видно, что решения высшей инстанции формируют стандарты правоприменения.

Тем не менее преобладающим остается уклон в сторону количественного анализа (в первую очередь оценка долей доминирующих участников и их суммарной доли) в противовес качественному, господствует формальный подход к анализу. Экономические характеристики рынка трактуются судами по-разному, и наибольшие затруднения вызывают нефтепродуктовые рынки и рынки, на которых доли участников сильно различаются. Количественные признаки коллективного доминирования влияют на вероятность пересмотра неоднозначно: в случае компаний с более высокой рыночной долей не проще, а сложнее выносить решения. То есть количественный критерий недостаточно надежно разделяет случаи наличия коллективного доминирования и его отсутствия. Выводы экономических

моделей слишком сложно перевести в правовые нормы, что приводит к высокой вероятности ошибок как I, так и II рода.

Выводы

Концепция коллективного доминирования на рынках активно развивается и адаптируется к правоприменению антимонопольными органами и судами. Практика исходит из необходимости многостороннего анализа коллективного доминирования. Хотя молчаливый сговор изучается в экономической теории уже почти столетие, доктрина коллективного доминирования используется часто некорректно, опыт ее использования ограничен. Количественный анализ молчаливого сговора сталкивается с невозможностью полной идентификации моделей стратегического взаимодействия на олигопольных рынках. Если в ЕС господствует более осторожный подход, то российские правоприменители исходят из более формализованных норм национального законодательства и широко применяют данный инструмент на олигопольных рынках.

Внедрение концепции коллективного доминирования в российское конкурентное право оказывает влияние на работу антимонопольного органа. Почти в половине регионов РФ было установлено коллективное доминирование на тех или иных рынках, судами осуществлена проверка законности и обоснованности претензий. При этом в судебском корпусе нет единой точки зрения на стандарты доказывания коллективного доминирующего положения. Поведенческий анализ встречается крайне редко, большинство судей лишь проверяют соответствие решений ФАС необходимым условиям, указанным в законе. Гипотеза, что суды разных инстанций имеют единую трактовку экономических характеристик, не принимается. Эмпирический анализ показывает, что на качество решений судов существенно влияют постановления Президиума ВАС 2010–2011 гг., а также отраслевая принадлежность участников рынка. Проблемной также остается большая разница между рыночными долями участников и разброс количества участников коллективного доминирования, нормы закона допускают высокий риск ошибок I и II рода при недостаточно сформировавшейся практике. При этом опыт судей первой инстанции не оказывает существенного влияния на вероятность отмены решения.

Следовательно, установление коллективного доминирования в России остается достаточно сложным и спорным с точки зрения экономического анализа. Хотя суды не оказывают предпочтения сторонам дела, решения разных инстанций носят противоречивый и преимущественно поверхностный характер. Значительная часть судей даже не считают необходимым подробно разбирать аналитические отчеты ФАС России в своих решениях. В то же самое время руководство ФАС продолжает дорабатывать концепцию совместного доминирования и требует учи-

тивать при анализе большое число характеристик. Поэтому адекватная проверка такого сложного анализа вряд ли может быть осуществлена в судебном порядке.

Список литературы

1. Федеральный закон «О защите конкуренции» от 26.07.2006 № 135-ФЗ // СПС «КонсультантПлюс».
2. *Авдашева С. Б., Шаститко А. Е.* Модернизация антимонопольной политики в России: экономический анализ предлагаемых изменений конкурентного законодательства // Вопросы экономики. — 2005. — № 5. — С. 100–116.
3. *Волков В.* и др. Российские суды: социологическое исследование профес-сии. — М.: Норма. — 2015. — 271 с.
4. *Горейко Н. А.* Норма о коллективном доминировании в российской анти-монопольной практике // Современная конкуренция. — 2011. — № 6(30). — С. 33–49.
5. *Горейко Н. А.* и др. Экономический анализ в применении норм антимоно-польного законодательства: Эмпирические оценки и пути развития / под ред. Н. С. Павловой. — М.: МАКС Пресс, 2014. — 216 с.
6. Картотека арбитражных дел. Электронное правосудие. URL: <https://kad.arbitr.ru>
7. *Мизитко О.* Коллективное доминирование — недоказанность и недосказан-ность // Конкуренция и право. — 2010. — № 1. — С. 8–14.
8. *Сидорова Е. Е., Голованова С. В., Авдашева С. Б.* Как измерить качество су-дебных решений? Кейс арбитражных судов // Прикладная эконометрика. — 2019. — Т. 54. — С. 126–143.
9. *Тироль Ж.* Рынки и рыночная власть: Теория организации промышленно-сти / пер. с англ. — СПб.: Экономическая школа, 1996.
10. *Шаститко А. Е.* Коллективное доминирование на рынке: экономика и пра-во.— М.: МАКС Пресс. — 2011. — 76 с.
11. *Юсупова Г. Ф., Киселева О. Н.* Был ли молчаливый сговор? (Еще раз о моно-польно высоких ценах российских нефтяных компаний) // Экономическая политика. — 2015. — Т. 10. — № 4. — С. 178–195.
12. *Bresnahan T. F.* The oligopoly solution concept is identified // Economics Letters. — 1982. — Vol. 10. — Issue 1–2. — P. 87–92.
13. *Cabral Luis M. B.* Introduction to Industrial Organization. — The MIT Press, Cambridge. — Massachusetts, 2001.
14. *Carree M., Günster A., Schinkel M. P.* European antitrust policy 1957–2004: an analysis of commission decisions // Review of Industrial Organization. — 2010. — Vol. 36. — Issue 2. — P. 97–131.
15. *Davies S., Olczak M., Coles H.* Tacit collusion, firm asymmetries and numbers: evidence from EC merger cases // International Journal of Industrial Organization. — 2011. — Vol. 29. — Issue 2. — P. 221–231.
16. *Gual J., Mas N.* Industry characteristics and anti-competitive behavior: evidence from the European Commission’s decisions // Review of Industrial Organization. — 2011. — Vol. 39. — Issue 3. — P. 207–230.
17. *Joskow P. L.* Transaction Cost Economics, Antitrust Rules and Remedies // Journal of Law, Economics and Organization. — 2002. — Vol. 18. — No. 1. — P. 95–116.

18. *Holmes J. R.* Collective dominance and oligopoly control in European competition law: Dealing with persistent oligopoly in markets such as telecommunications. Monash University. Thesis. — 2017. — 282 p.
19. *Ivaldi M., Jullien B., Rey P., Seabright P., Tirole J.* The economics of tacit collusion. Final report for DG competition. — European Commission, 2003.
20. *Mezzanotte F. E.* Using Abuse of Collective Dominance in Article 102 TFEU to Fight Tacit Collusion: The Problem of Proof and Inferential Error // *World Competition*. — 2010. — Vol. 33. — Issue 1. — P. 77–102.
21. *Novshek W.* Cournot Equilibrium with Free Entry // *Review of Economic Studies*. — 1980. — XLVII. — P. 473–486.
22. *Shastitko Anastasia.* Empirical assessment of the role of economic analysis in the Russian antitrust: Why is economic analysis used? // *European Journal of Law and Economics*. — 2018. — Vol. 45. — Issue 2. — P. 313–330.
23. *Skrzypacz A., Hopenhayn H.* Tacit collusion in repeated auctions. // *Journal of Economic Theory*. — 2004. — Vol. 114. — Issue 1. — P. 153–169.
24. *Wisnumurti P.* Collective Dominance: Its Interpretation and Assessment after Airtour in Merger Control // SSRN. — October 15, 2016. — 44 p.

The List of References in Cyrillic Transliterated into Latin Alphabet

1. Federalnyj zakon “O zashhite konkurencii” ot 26.07.2006 № 135-FZ // SPS «Kon-sultantPljus».
2. *Avdasheva S., Shastitko A.* Modernization of Antimonopoly Policy in Russia (Eco-nomic Analysis of Proposed Changes in the Competition Law) // *Voprosy Ekono-miki*. — 2005. — Issue 5. — P. 100–116.
3. *Goreyko N. A. and others* (red. Pavlova N. S.) *Jekonomicheskij analiz v primenenii norm antimonopol'nogo zakonodatel'stva: Jempiricheskie ocenki i puti razvitiya*. — M.: MAKs Press. — 2014. — 216 p.
4. *Goreyko N. A.* The collective dominance in Russian antitrust practice // *Journal of Modern Competition*. — 2011. — No 6(30). — P. 33–49.
5. Kartoteka arbitrazhnyh del. Elektronnoe pravosudie. URL: <https://kad.arbitr.ru>
6. *Migitko O.* Collective dominance: Unable to prove it, unable to explain it // *Compe-tition and Law*. — 2010. — No 1. — P. 8–14.
7. *Shastitko A.* Kollektivnoe dominirovanie na rynke: jekonomika i pravo. — M.: MAKs Press, 2011. — 76 p.
8. *Sidorova E., Golovanova S., Avdasheva S.* How to measure the quality of court deci-sions? A case of commercial courts // *Applied Econometrics*. — 2019. — Vol. 54. — P. 126–143.
9. *Tirole J.* Rynki i rynochnaja vlast: Teorija organizacii promyshlennosti / tr. from English. — SPb.: Ekonomicheskaja shkola, 1996.
10. *Volkov V. and others.* Rossijskie sudi: sociologicheskoe issledovanie professii. — M.: Norma, 2015. — 271 p.
11. *Yusupova G., Kiseleva O.* Whether There Was a Tacit Collusion? (Once Again about Monopoly High Prices of Russian Oil Companies) // *Ekonomicheskaya Politika*. — 2015. — Vol. 10. — Issue 4. — P. 178–195.