

ОТРАСЛЕВАЯ И РЕГИОНАЛЬНАЯ ЭКОНОМИКА

А. В. Макаров¹,
НИУ ВШЭ (Москва, Россия)

ДЕЛА ОБ АНТИКОНКУРЕНТНЫХ СОГЛАШЕНИЯХ (2008–2010): РИСКИ ОШИБОК ПЕРВОГО РОДА²

В данной статье анализируется судебная практика в России за 2008–2010 г. в области ограничивающих конкуренцию соглашений (горизонтальных, вертикальных, прочих), а также согласованных действий на основе базы данных арбитражных судов по искам, оспаривающим решения ФАС (Федеральной антимонопольной службы). В базу решений вошли 242 дела по оспариванию обвинений ФАС в рамках статьи 11 Закона «О защите конкуренции», в том числе 139 горизонтальных соглашений, 103 иных соглашения (вертикальных, конгломератных, смешанных). На основе собранной базы данных проанализирована правоприменительная практика в России и сложившиеся особенности интерпретации антимонопольного законодательства. Выделены рынки и типы соглашений, оказавшиеся в сфере внимания регулятора, и особенности правоприменения в этих сферах, а также проанализированы возникающие проблемы информента в контексте рисков ошибок 1 и 2-го рода, в том числе проблема безусловности запретов на соглашения (PER SE vs RULE OF REASON), проблема стандартов доказательств, проблема согласованности и единообразия правоприменения и т.д.

Ключевые слова: антимонопольная политика, сговор, ВОС, картель, судебная практика.

ANTICOMPETITIVE AGREEMENTS (2008–2010): ERRORS OF 1 TYPE IN RUSSIAN ENFORCEMENT

This article analyzes the antitrust enforcement practice in Russia (2008–2010) in the area of competition restricting agreements (horizontal and vertical). The

¹ Макаров Андрей Владимирович, младший научный сотрудник ИАПР ВШЭ, аспирант факультета экономики; e-mail: andreymakarovh@mail.ru

² Статья подготовлена в рамках проекта ЦФИ НИУ ВШЭ ТЗ-1 «Оценка эффектов конкурентной политики». Автор выражает огромную благодарность профессору С. Б. Авдашевой за помощь в подготовке статьи, ценные рекомендации и замечания.

analysis is based on courts decisions database (litigations with the Russian competition authority - FAS). Database contains 242 cases, including 139 horizontal agreements, 103 vertical and mixed agreements. On the basis of this database we have analyzed important features of the interpretation and implementation of the competition law in Russian practice, priority areas of the enforcement. We considered the antitrust policy taking into account the risks of errors of 1 and 2 types, including the problem of the flexibility of prohibitions (PER SE vs RULE OF REASON), standards of proof, consistency of enforcement, etc.

Key words: antitrust policy, collusion, vertical agreements, arbitrage practice.

Введение

Российское законодательство в области борьбы с антиконкурентными соглашениями прошло большой путь трансформации, причем как в контексте формулировки правовых норм и разрешенных/запрещенных экономических действий, так и в плане санкций за отдельные виды нарушений. (Подробнее про трансформацию см.: [Авдашева и др., 2011; Авдашева, Шаститко, 2011; Макаров, 2014].)

В то же время анализ сложившейся практики показывает, что во многих юрисдикциях правоприменение даже весьма схожих норм может сильно различаться. В частности — использование принципов PER SE (абсолютный запрет определенных типов соглашений) и ROR (Rule of reason, взвешенный подход, запрет соглашений с учетом их последствий для общественного благосостояния), дифференцированность подхода к соглашениям разных типов (от Hardcore-картелей до эксклюзивного дилерства), стандарты доказательств и т.д.) [Makarov, 2014].

Таким образом, огромную роль в антимонопольной политике играет не только нормативная база, но и судебная практика, которая в конечном роде выполняет важнейшие функции антитраста:

- интерпретацию и конкретизацию норм законодательства;
- проработку практики соотнесения норм законодательства с реально наблюдаемым поведением агентов на рынке;
- устранение последствий ошибок 1-го рода со стороны регулятора при рассмотрении жалоб на его решения.

Кроме того, именно опыт правоприменения показывает, какие нормы антитраста и применительно к каким экономическим отношениям реализуются на практике, а какие имеют сугубо эпизодический, кейсовый характер (хорошим примером служит формально существующая уголовная ответственность за сговор [Кинев, 2012], которая присутствует в российском праве многие годы, но применялась в исключительно малом количестве дел).

В рамках данной статьи было проведено исследование судебных разбирательств в системе арбитражных судов со следующими целями:

- анализ принципа вмешательства (PER SE или ROR) который на практике сложился в российском инфорсменте (в том числе для отдельных видов соглашений);
- выявление основных причин возможных ошибок 1-го рода со стороны регулятора, то есть анализ дел, по которым обвиненная компания добивалась признания незаконным решения регулятора. При этом в данной статье под ошибками 1-го рода в первую очередь подразумеваются дела, по которым суд в итоге отменил решение ФАС и признал компанию невиновной в нарушении статьи 11 Закона «О защите конкуренции»¹;
- анализ того, какие аргументы становятся основанием для принятия судом решения о законности действия/бездействия ФАС, в частности вопросы использования косвенных улик, отступление от использования Порядка 220 и т.д.;
- анализ секторов экономики и типов соглашений, которые наиболее часто фигурируют в судебных рассмотрениях, и как отличается практика применительно к ним;
- анализ успешности оспаривания решений ФАС и факторов этой успешности.

Статья построена следующим образом. Сначала рассматривается проблема ошибок 1 и 2-го рода в данной сфере. Во второй части дается краткая характеристика созданной базы данных. В третьей — анализируется полученная статистика применительно к разным рынкам (типам соглашений). В четвертой части выделяется четыре наиболее важных источника ошибок первого рода и приводятся примеры реализации этих рисков в рассмотренных судебных делах.

Цена ошибок 1 и 2-го рода при анализе ограничивающих конкуренцию соглашений

В правоприменительной практике по делам об антиконкурентных соглашениях одинаково опасными являются ошибки как 1, так

¹ Таким образом, на данном этапе статья не ставит задачу анализа судебных ошибок, расценивая отмену решений ФАС судами как свидетельство устранения ошибки первого рода, принимая решение суда последней инстанции за «объективное» по данным делам. Анализ ошибок со стороны вынесения решений судами является весьма перспективным направлением для дальнейшего исследования.

и 2-го рода, которые в первом случае приводят к наказанию невиновной компании, а во втором — означают, что ограничивший конкуренцию участник смог избежать заслуженных санкций [Шаститко, 2013; Joskow, 2002]. Если вероятность ошибок существенна, то в конечном итоге это может привести к полной дезорганизации антимонопольной политики, когда правовые нормы перестают быть регулятором экономических отношений из-за разрушенных стимулов им следовать.

Риски ошибки со стороны регулятора могут существенно снижаться в случае обеспечения тщательного судебного разбирательства, с высокими стандартами доказательств и достаточным уровнем использования экономического анализа при оценке обсуждаемых соглашений. При этом существенной ошибкой является склонность анализировать только структуру рынка, а не стратегическое поведение компаний [Авдашева, Шаститко, 2011].

Можно выделить источники ошибок первого рода, которые широко обсуждаются, в том числе и в контексте российской практики. Во-первых, регулятор может неправильно интерпретировать действия компаний и неверно соотносить их с запрещенными законодательством действиями. Классическим примером является широко обсуждаемая проблема — как разграничить умышленные согласованные действия компаний-конкурентов и синхронные действия компаний, вызванные объективными причинами [Авдашева, 2011; Ivaldi et al., 2003]. Второй важнейшей проблемой является оптимальная жесткость запрета соглашений (PER SE vs ROR), а именно необходимость оценки не только формы поведения компаний, но и последствий такого поведения. При этом при поиске баланса строгости запретов мы приходим и к балансу между неизбежными рисками ошибок 1 и 2-го рода [Дзагурова, 2012]. Особенно это актуально для вертикальных ограничивающих соглашений (далее — ВС или VOC), история инфорсмента в отношении их в России специфична — до 2005 г. мы практически не видим дел такого типа, далее же сложилась практика априорного рассмотрения ВС как направленных на ограничение конкуренции при игнорировании иных, проконкурентных, мотивов [Авдашева, Дзагурова, 2010].

Необходимо выделить соглашения, которые исходя из формы могли привести к неблагоприятным последствиям, но фактически не привели к ним или, даже более того, привели к проконкурентным или общественно полезным эффектам. Ключевую роль в снижении вероятности ошибок 1 и 2-го рода при рассмотрении дела играет применение тщательного экономического анализа и высоких стандартов доказательств.

В данной статье будут рассмотрены основные причины ошибок первого рода в российской антимонопольной политике на основе обобщения и систематизации судебной практики, в частности на основе анализа судебных прецедентов, когда компании смогли успешно оспорить обвинения ФАС в нарушении статьи 11 Закона «О защите конкуренции».

Характеристика базы данных

Для анализа практики информсента по проблеме ограничивающих конкуренцию соглашений были отобраны дела по оспариванию решений ФАС (ее региональных управлений) об обвинении компаний в нарушении статьи 11 Закона «О защите конкуренции» (соглашения или согласованные действия) в системе арбитражных судов, на основании сайта «Электронное правосудие» (kad.arbitr.ru). По каждому судебному делу, номер которого будет указан в дальнейшем, более подробную информацию можно получить на данном сайте. Были отобраны дела за 2008–2010 гг., по всем этим делам уже сложно ожидать пересмотра вступивших в силу судебных решений. При этом были рассмотрены судебные кейсы до 2011 г., то есть до реформы законодательства в сфере согласованных действий, направленной на конкретизацию права в этой сфере. В последующей статье автор планирует показать, что реформа 2011 г. сыграла позитивную роль и способствовала повышению стандартов доказательств по делам о согласованных действиях, в то же время, к сожалению, многие проблемы, которые будут показаны далее, остаются актуальными до сих пор.

База данных по судебным делам об антиконкурентных соглашениях и согласованных действиях для данной статьи была составлена на основе базы по оспариванию решений ФАС России, подготовленной Лабораторией антимонопольной и конкурентной политики ИАПР ВШЭ под руководством С. Б. Авдашевой (подробнее про базу данных и ее анализ см.: [Avdasheva et al., 2015]).

В результате было рассмотрено 242 судебных дела, в рамках которых оспаривались обвинительные решения ФАС России. В данной статье были рассмотрены дела по оспариванию обвинений ФАС в адрес компаний в контексте нарушения статьи 11 Закона «О защите конкуренции», при этом в выборке для дальнейшего анализа были оставлены только дела, которые можно считать условно классическими случаями антиконкурентных соглашений (согласованных действий) с исключением особых случаев (например, связан-

ных с защитой интеллектуальных прав). В результате в базу вошли 139 дел по горизонтальным соглашениям, 103 иных соглашения (в основном вертикальных, также сюда входят ряд конгломератных соглашений, в частности по взаимодействию страховых компаний с банковскими и иными организациями)¹.

Судебная практика в России 2008–2010 гг. Рынки и результативность оспаривания

По итогам анализа сформированной базы данных можно сделать следующие выводы.

В арбитражных судах Федеральная антимонопольная служба выиграла 135 дел против 107 проигранных (рис. 1). При этом мы относим к категориям выигрышей ФАС дела, где регулятор в последней инстанции выиграл пусть частично, но по ключевым вопросам (например, суд снизил размер штрафа, но все же признал факт нарушения статьи 11 закона).

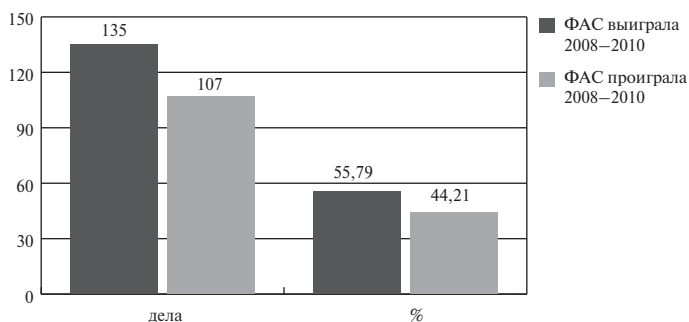


Рис. 1. Количество и процент выигранных ФАС дел (2008–2010)

Источник: составлено и рассчитано автором.

Наверное, можно назвать немного неожиданным то, что компании не оказались существенно более успешными в оспаривании вертикальных и конгломератных соглашений (2-я группа соглашений) (рис. 2). С точки зрения экономической теории и опыта запад-

¹ Следует оговорить, что в ряде случаев несколько судебных дел из базы могли касаться одной проблемы, поскольку несколько обвиненных компаний могли подавать независимые иски по отмене решения регулятора о признании их виновными. Вместе с тем, поскольку по делам такого рода нет условной практики преюдиции и каждое дело рассматривалось судом независимо, то такие случаи были включены в базу.

ных стран как раз в случае вертикальных соглашений куда проще доказать и обосновать проконкурентные эффекты и пользу для общественного благосостояния, которые могут помочь снять претензии антимонопольного органа (см. например: [Sokol, 2014; Авдашева, 2010; Pittman, 1997; Popofsky, 2006; Verouden 2003; Crane, 2009]). Однако мы видим, что в России ситуация иная, и связано это, по всей видимости, с тем, что в стране сложился на практике режим PER SE, в том числе и для вертикальных соглашений, о чем будет отдельно сказано позднее.

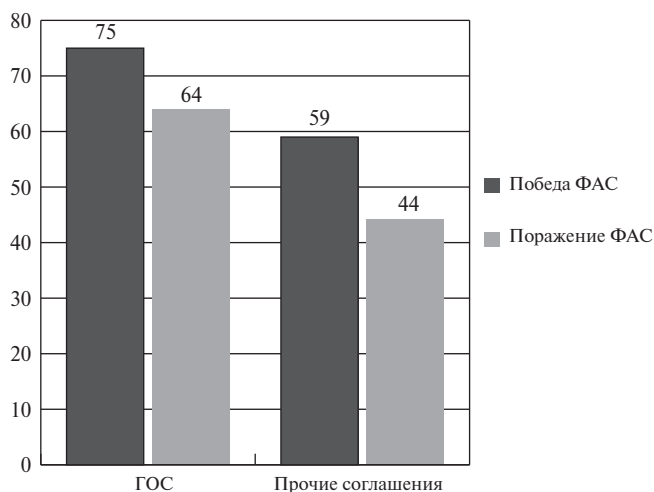


Рис. 2. Результаты оспаривания решений ФАС в зависимости от типа соглашений
 Источник: рассчитано автором.

Среднее количество рассмотрений одного дела составило 2,975 раза. На рис. 3 приведена разбивка дел по количеству раз, которые они рассматривались в судах. Традиционно предполагается, что возможны четыре инстанции, то есть первая, апелляционная и кассационная, а далее рассмотрение в Президиуме ВАС в порядке надзора. Вместе с тем распространены случаи возвращения вышестоящим судом дела на новое рассмотрение в прошлые инстанции, в итоге отдельные дела рассматривались в судах разных инстанций вплоть до 8–9 раз. Процент выигранных у ФАС дел несколько отличается в зависимости от числа рассмотрений (рис. 4).

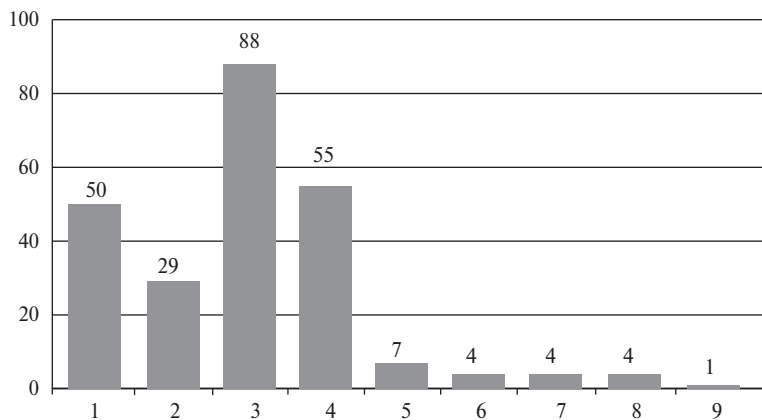


Рис. 3. Количество судебных рассмотрений дел по антиконкурентным соглашениям
Источник: рассчитано автором.

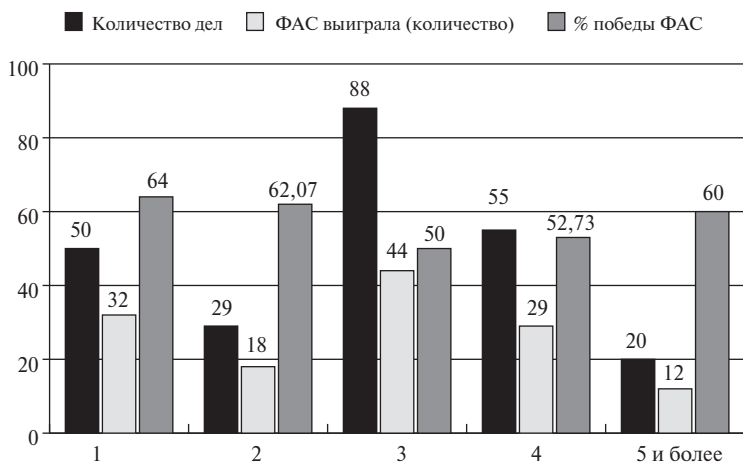


Рис. 4. Победа ФАС в арбитражных судах
в зависимости от количества судебных рассмотрений кейсов
Источник: рассчитано автором.

Фактически в российском инфорсменте в те годы сформировалось несколько приоритетных рынков, которые находятся под пристальным вниманием регулятора и антимонопольные расследования на которых не носят эпизодического характера. Более подробная статистика приведена на рис. 5.

Рассмотренные дела по рынкам

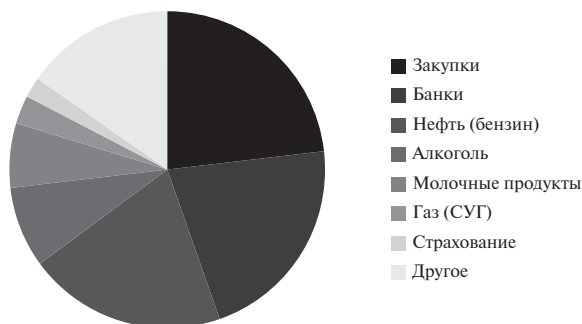


Рис. 5. Рассмотренные кейсы по рынкам (отраслям экономики)

Источник: рассчитано автором.

Среди горизонтальных соглашений это в первую очередь государственные закупки (включая закупки разного рода бюджетных учреждений), согласованные действия (сговор) на рынке бензина — 47 дел (два дела относятся к категории ВОС), также семь схожих дел по продаже газа, СУГа (сжиженного углеводородного газа), 11 дел произошло на алкогольном рынке, часто связанных с попытками местных производителей алкоголя проводить согласованную политику с целью вытеснить или не допустить на рынок поставщиков из других регионов.

В сфере прочих соглашений также образуется лишь четыре значимых с точки зрения масштабов инфорсменты рынка. Это в первую очередь конгломератное взаимодействие страховых компаний с банковским кредитованием (группа дел по банковским организациям — 52 дела)¹ либо с иными экономическими агентами, например транспортными компаниями (страхование — пять дел), в ходе которых потребителю либо навязывалось приобретение ненужных ему услуг (в частности, страхования), либо ограничивалось право выбрать самостоятельно для заключения договора компанию (страховую) в случаях, предусмотренных законодательством.

Помимо этого можно выделить ВОС — дела на рынках молочной продукции (13 дел) и алкогольной продукции (9 дел). Что каса-

¹ Также сюда относится и пара эпизодических дел по иным банковским договорам о сотрудничестве, которые фактически приводили к такого же рода последствиям, например дело А06-1580/2009 о сотрудничестве банка и строительной фирмы, которое приводило к навязыванию контрагентам фирмы размещения средств в данном банке.

ется алкоголя, то восемь из девяти кейсов составили иски компании «Балтика», которая успешно оспорила разного рода решения ФАС, обвинившей ее в согласованных действиях с различными ресторанами, барами путем заключения маркетинговых договоров.

На молочном рынке мы видим разные типы соглашений. Группу дел по дилерским договорам между производителями (в частности, дела «ЮНИМИЛК», например, дела А70-4690/2009, А70-5044/2009) и распространителями, а также, например, дело по резервированию полок под определенную продукцию (А48-1211/08) или поддержанию низких закупочных цен у сельскохозяйственных производителей (А65-3151/2010) и т.д.

Интересно также посмотреть, насколько отличается статистика в зависимости от рынка. На рис. 6–9 представлена статистика успешности оспаривания решений ФАС по основным сферам экономической деятельности.



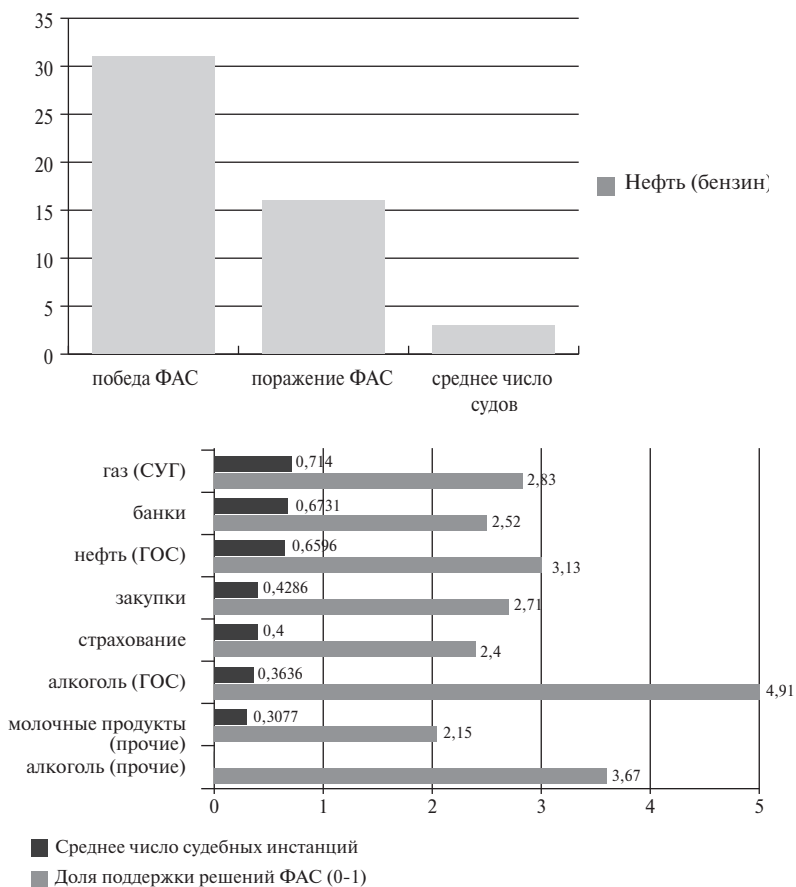


Рис. 6–9. Статистика успешности оспаривания решений ФАС в зависимости от рынка

Источник: рассчитано автором.

Таким образом, с некоторой осторожностью с учетом различного количества кейсов по отраслям можно отметить, что в практике российского инфорсmenta сложились различные закономерности в успешности компаний по оспариванию обвинений ФАС в зависимости от отрасли и специфики экономических отношений.

С точки зрения количества пройденных судебных инстанций наибольшее количество отмечено в сфере алкоголя — в среднем 4,91 заседания по ГОС и 3,67 по ВС. Относительно низкое количество

обжалований отмечается по делам о навязанных страховых услугах (2,4), в том числе при заключении банковских договоров кредитования и т.д. (2,52).

Наибольшего успеха в выигрыше дел ФАС традиционно добивается в делах по согласованным действиям на рынках бензина и СУГа, а также в сфере навязывания определенных страховых договоров. Существенно выше процент проигранных дел в сфере закупок, еще большего успеха в оспаривании решений ФАС достигли компании на рынках алкоголя и молочных продуктов. Важную роль в отраслевой дифференциации сыграли и различные стандарты доказательств, о чем будет сказано позднее.

Риски ошибок 1-го рода

По результатам исследования правоприменительной практики можно выделить следующие основные причины возникновения существенных рисков ошибок.

Основные причины рисков ошибок 1-го рода
<i>Отказ от использования принципа ROR</i> <i>Уклон в квалификацию правонарушения в терминах согласованных действий</i> <i>Проблема определения границ рынка</i> <i>(Не)использование Порядка 220</i>

Отказ от использования принципа ROR

Что касается баланса в использовании принципов PER SE и ROR в сложившихся реалиях, то, с одной стороны, мы видим практически отсутствие аргументации в терминах экономической оценки положительного влияния соглашения на общественное благосостояние. В том числе и в контексте статьи 13 Закона «О защите конкуренции», а именно:

- *совершенствование производства, реализации товаров или стимулирование технического, экономического прогресса либо повышение конкурентоспособности товаров российского производства на мировом товарном рынке;*
- *получение покупателями преимуществ (выгод), соразмерных преимуществам (выгодам), полученным хозяйствующими субъектами в результате действий (бездействия), соглашений и согласованных действий, сделок.*

Это связано как с некоторой жесткостью оговоренных условий (кроме того, статья 13, которая, по сути, оставляет место подходу ROR, в России распространяется не на все типы соглашений), так и с отсутствием чекой методологии расчета и доказательств наступления указанных последствий, в результате чего мы редко встречаем попытки компаний аргументировать свою позицию со ссылкой на статью 13 и тем более фактически не встречаем использование данных аргументов при вынесении решения.

Мы видим эпизодические случаи использования компаниями логики статьи 13, то есть предоставления аргументов об экономической эффективности, буквально пара дел. Например, тезис о повышении конкурентоспособности (дело «Ингосстраха», А76-15422/2009). Или тезис об успешном развитии компаний за счет заключенного соглашения (дело «Инмарко», А33-1952/2010). Или тезис об обеспечении гарантии качества и безопасности для потребителей в группе дел по разделу кемеровского алкогольного рынка (см., например, А27-18920/2009).

Но нельзя сказать, чтобы суд, принимая решение, проводил серьезный анализ последствий для общественного благосостояния, скорее суд анализирует правовую допустимость совершенных действий и доказанность самого факта совершения действия, а не его последствий. Так, по делу «РЕСО-Гарантии» А70-2074/2010 суд прямо отметил, что соглашение, может быть, и улучшило положение клиентов в плане надежности услуг, но сделал вывод, что *позитивные эффекты не должны достигаться за счет нарушения закона*¹, тем самым фактически подчеркивая безусловный запрет на предусмотренные законом соглашения.

Можно говорить о сложившихся абсолютных запретах PER SE при реализации соглашений, при этом часто этот тезис (о безусловности запрета) встречается прямо в решениях суда. В результате, если аргументы об общественных выгодах не рассматриваются по существу, это подрывает стимулы компаний по их предоставлению и резко снижает роль экономического анализа в принятии решений.

¹ Банк же указывал, что независимые компании часто пользуются некомпетентностью клиентов в области страхования и предлагают им полисы компаний, находящихся на грани банкротства или уже обанкротившихся, несуществующих, не имеющих лицензию на осуществление страховой деятельности и т.д., в связи с чем в целях защиты интересов клиента банк в соответствии с условиями договора требует предварительного согласования страховой компании.

В то же время, если говорить про ВОС, то здесь суды иногда все же относятся к соглашениям компаний более мягко, компаниям в логике оценки последствий соглашения удается доказать, что сам факт заключения соглашения не может считаться нарушением законодательства, если ФАС не показала последствий и фактического ограничения конкуренции и (или) ущерба. Например, это касается той же группы дел по компании «ЮНИМИЛК» (типичное дело — А62-85/2008) или «Балтика» (типичное дело — А45-15643/2009).

Один из аргументов, к которому прибегали обвиненные компании, — то, что заключенное соглашение фактически не применялось. Иногда суды поддерживали этот аргумент. При оправдании компаний по разделу алкогольного рынка в Кемерове (см., например, А27-18919/2009) одним из аргументов стало как раз то, что соглашение не было полностью реализовано, компании указывали, что не *заключили* соглашение, а только лишь *ознакомились* с ним, как с предложенной идеей, а ознакомление не могло вызвать ограничение конкуренции. Такого же рода аргументация часто возникала и по делам о страховых услугах, скажем, в деле А71-13343/2009 представители «Росбанка» указывали на то, что предусмотренное ограничение прав ипотечных заемщиков на свободный выбор страховых услуг на практике не всегда применялось. В аналогичном деле А55-17258/2010 компании удалось оспорить решение ФАС на основании того, что, несмотря на наличие договора между банком и страховой компанией, в практике не было прецедентов, чтобы гражданину с иной страховой было отказано в оформлении кредита. В делах компании «ЮНИМИЛК» (см., например, А70-5045/2009) суд также считал, что поскольку заключенное соглашение на практике не применялось, значит, оно фактически и не могло привести к обсуждаемым отрицательным последствиям. В то же время в ряде случаев суды, даже признавая неисполнение соглашения, указывали, что закон запрещает не только соглашения, которые привели, но и которые *могли привести* к ограничению конкуренции, а значит, само намерение, выразившееся в подготовке потенциально антиконкурентных соглашений, уже является основанием. Кроме того, стоит отметить и случаи, когда само соглашение формально оказывалось, может быть, и не столь опасным для конкуренции, но его реализация на практике приводила к нарушению законных прав контрагентов. Например, по делу о дилерских соглашениях А40-50033/10 «ТехноНИКОЛЬ» суд установил, что сами по себе дилерские соглашения не содержат наиболее спорных пунктов, однако они фактически были дополнены рассылкой писем. Так, по делу о компании

«Джонсон и Джонсон» (А76-15244/2010) суды первых двух инстанций отметили, что внутренняя документация компании не содержит прямых указаний о дискриминации каких-либо контрагентов и требований об отказах в поставках, однако суд третьей инстанции счел, что важнее не формально прописанная процедура, но ее реализация на практике, в ходе которой он отметил конкретные факты дискриминации.

Таким образом, практика по вопросу об уровне исполнения соглашений складывалась достаточно противоречиво.

Квалификация правонарушения в терминах согласованных действий

Другой важной особенностью стало то, что обвинение в согласованных действиях фактически вытеснило из практики обвинение в сговоре. Данная ситуация, с одной стороны, понятна, поскольку сложно получить прямые доказательства сговора, переговоров и т.д. Если говорить о расследованиях по закупкам, то мы имеем в принципе какие-то единичные случаи, когда были зафиксированы переговоры участников (например, можно привести дело А76-10362/2010 или дело А60-2435/2010). Другой важной уликой являются случаи, когда можно доказать, что участвующие в аукционе компании имеют родственные или коммерческие связи, или в дальнейшем были заключены договора субподряда, которые обеспечили компаниям выгоду от неучастия в аукционе (хороший пример — дело А76-15247/2010). Бывали и случаи, когда компаниям удавалось опровергнуть выдвинутые обвинения, показав некоторые существенные доводы в пользу того, что они не смогли принять участие в аукционе по объективным причинам. Например, это могло произойти в силу отсутствия необходимых товаров на момент проведения аукциона (А76-13622/2010) или по причине того, что незадолго до этого компания уже выиграла другой аукцион, что сделало экономически нецелесообразным участвовать в новой государственной закупке (как, например, в деле А56-18591/2010). Есть и немного необычный случай, когда компании не смогли принять участие в аукционе по причине отсутствия достоверной информации о времени его проведения (А69-607/2010).

Однако вместе с тем в значительном числе дел такого рода не удалось получить ни доказательств того, что действия компаний были каким-либо образом координированы, ни того, что неучастие компаний в аукционе имело под собой какие-либо существенные объ-

ективные причины. Фактически единственное, что остается у суда и регулятора — это наблюдаемое пассивное участие компаний в аукционе, когда значительное число участников либо просто не приходят на сам аукцион, либо приходят и не выдвигают предложений по снижению цены закупки. Суду остается либо использовать презумпцию невинности (обозначив, что законом не предусмотрена обязанность компаний понижать цену), либо же согласиться с правовой позицией Высшего арбитражного суда, выраженной им в постановлении Президиума от 21.04.2009 № 15956/08, о том что нормы Закона «О защите конкуренции» не могут быть истолкованы как исключающие возможность антимонопольного органа доказать наличие согласованных действий через их объективированный результат. При этом в практике стран ЕС и США такой подход, по сути, неприемлем, там проводится жесткое разграничение между совершением согласованных действий (при доказанных фактах обмена информацией) и объективной зависимостью участников рынка друг от друга и от схожих рыночных условий [Авдашева, 2011].

Но большинство дел по участию в закупках (и в целом по согласованным действиям) разрешаются или в ту, или иную сторону как раз в таких случаях, то есть при имеющихся минимальных доказательствах (хорошим примером является дело А76-14962/2010) через объективный результат, выразившийся в низком или нулевом снижении цены аукциона. В результате неизбежно возникают риски ошибок 1 и 2-го рода, когда пассивное участие в аукционах, которое в действительности может иметь весьма различные основания, может с одинаковой степенью уверенности трактоваться и в пользу оправдания, и в пользу обвинения компании.

Объективным препятствием здесь является сложность для сотрудников ФАС получить доказательства, которые могли бы доказать факт антиконкурентной кооперации. Так, например, в деле А71-453/2010 сотрудник ФАС попробовал стать клиентом банковской организации, чтобы доказать факт навязывания ему нарушающего закон страхового договора, но ФАС отвергла данное доказательство, сочтя что такого рода действия попадают под определение оперативно-разыскной деятельности, а такого рода деятельность регулятора законом не разрешена.

Достаточно противоречивая практика сложилась при рассмотрении проблемы горизонтальных согласованных действий и по рынкам нефти или СУГа. В ряде случаев действительно отмечается пристальное внимание ФАС и судебных органов к структуре издержек. Скажем, существенные различия в закупочных ценах при одинако-

вой розничной цене являются сильным аргументом в пользу факта согласованных действий (см., например, А49-795/2010) или стран-ные и нетипичные для рынка дисбалансы в сравнительном установлении цен (А63-12178/2008). Другим важным аргументом, как отмечает суд, например, в деле А33-12094/2009 является отсутствие в компании внутренних документов и правил по ценообразованию, в таких случаях сложно объяснить параллелизм цен с точки зрения объективных экономических процессов внутри фирмы. Таким образом, если сравнивать дела по нефтяной отрасли и государственным закупкам, то в торговле бензином у суда объективно найдется больше данных и логических доводов, позволяющих сделать вывод о нерыночном поведении компании. Вероятно, в том числе и поэтому в делах о бензине (или СУГе) мы видим существенно больший процент побед регулятора в суде, чем в случае с государственными закупками. В то же время следует учитывать и то, что рынок бензина традиционно воспринимается как предмет особого внимания со стороны органов государственной власти.

В то же время существует проблема, когда кейсы с наличием очевидной компании — ценового лидера и небольшими последователями рассматриваются с точки зрения логики согласованных действий. Есть примеры того, когда компаниям удалось обосновать, что факт согласованных действий должен быть доказан взаимной заинтересованностью, ведь иначе нужно говорить о стратегии ценового лидерства на рынке и реакции на действия контрагентов, которые не укладываются в логику нарушения (например, дела А69-113/2009, А42-5795/2009 или А34-3924/2010). И в таких случаях ориентация на объективированный результат без учета стратегий компаний является сильнейшим риском ошибки 1-го рода.

Вместе с тем в контексте согласованных действий образовалась и другая проблема, отчасти имеющая терминологический характер: использование термина «согласованные действия» для запрещения вертикальных и конгломератных соглашений о сотрудничестве. Это касается практически всех дел по взаимодействию банков и страховых компаний (например, дело А76-16182/2009), а также, например, дел по заключению компанией «Балтика» маркетинговых договоров о сотрудничестве с различными учреждениями питания, барами и т.д., предусматривающими обязанность того или иного бара закрепить определенную долю «Балтики» в предлагаемом ассортименте в обмен на значительные финансовые бонусы при кооперации (см., например, А45-15640/2009, А45-13960/2009).

Данная практика выглядит отчасти неожиданной с точки зрения духа Закона «О защите конкуренции». Согласованные действия предполагали, что конкурирующие фирмы (в новой статье 11.1, введенной в Федеральный закон, прямо прописано, что эти действия совершают конкуренты), не заключая формальных соглашений и не ведя переговоров, на практике все же придерживались одинаковой рыночной стратегии, в результате чего на рынке при отсутствии объективных причин складывалась неблагоприятная для общественного благосостояния ситуация. Классическими делами по согласованным действиям с этой точки зрения являются дела по нефтяным компаниям, которые синхронно могли завышать цену на бензин. То есть классические согласованные действия предполагают реализацию антиконкурентного поведения без его формального оформления (в отличие от картеля, где происходит формализация договоренностей).

И с этой точки зрения рассмотрение вертикальных и конгломератных соглашений, оформленных в виде маркетинговых договоров или договоров о сотрудничестве между компаниями, функционирующими на принципиально разных рынках в контексте согласованных действий, противоречит основной идее термина. Безусловно, и данные сделки могли приводить к неблагоприятным последствиям, однако такого рода квалификация обвинения, изначально ориентированная на совсем другой тип экономических отношений, также могла породить существенные риски ошибок 1 и 2-го рода. Так, например, по делу А60-43255/2009 суд отметил, что подобного рода соглашения могут рассматриваться как ограничивающие конкуренцию, однако не нашел оснований для обвинения именно в терминах согласованных действий.

Проблема определения границ рынка

Достаточно часто вставали в судах вопросы, связанные с определением географических и продуктовых границ рынка. Что касается географических границ рынка, то мы видим хорошие примеры достаточно вдумчивого анализа этих границ с использованием Теста гипотетического монополиста (SSNIP) и анализом возможности покупателей заменять товар с учетом транспортных издержек и т.д. В то же время, например, дело «Лукойл» — «Югнефтепродукт» (А32-21980/2008), в рамках которого суд счел, что географические границы рынка должны быть фактически априори совпадающими с границами муниципальных образований, без каких-либо экономических обоснований и учета возможности по-

купателя переключиться на нового поставщика. С точки зрения Порядка 220 и экономической теории такой вывод часто может быть некорректным, что приводит к завышению рыночных долей участников и может повлечь нарушение их прав и повышенные санкции. Характерно в этой связи, например, дело А47-5499/2009, когда компания «Лукойл» в итоге сумела оспорить решение ФАС, показав, что у нее не могло быть стимулов по проведению согласованных действий в конкретном муниципальном образовании, поскольку ценовая политика компании определяется исходя из совершенно иных реальных границ рынка, на котором «Лукойл» представлен. А по делу А65-14117/2009 суд и вовсе счел, что ФАС не имела права автоматически определять границы рынка в терминах муниципальных образований, а необходимо было проводить тот самый опрос покупателей (SSNIP).

Что касается продуктовых границ рынка, то здесь также мы видим примеры ошибок 1-го рода при неправильной интерпретации товарных групп. Например, по делу об аэропорте «Кольцово» (дело А60-3944/2008), когда антиконкурентными были признаны различные договоры на хранение и заправку — обслуживание керосиновым топливом, несмотря на достаточно логичную аргументацию компаний, что это в целом два различных рынка с различными участниками и структурой издержек и требовать равенства цен на них является неуместным. С точки зрения границ рынка достаточно спорным выглядит, например, дело по рынку сыра компании «Можгасыр» (А71-13063/2008), когда географическими границами рынка признали регион рассмотрения дела УФАС, а продуктовыми границами рынка — собственно сыры только самого обвиненного производителя.

В целом стоит отметить, что именно тезис о некорректном определении границ рынка становился весьма существенным доводом при оспаривании и признании незаконным решения ФАС, причем по самым разным вопросам, от рынка авиатоплива (А53-8118/09) до мороженого (А33-1952/2010). В качестве важного довода неверные границы рынка стали основанием для судебного рассмотрения и по описанным выше делам по вертикальным соглашениям «ЮНИМИЛК» (см., например, А70-5044/2009) или «Балтики» (например, дело А45-13961/2009). В таких случаях, как в деле «Балтики», с точки зрения экономической теории неопределение границ рынка и правда фактически делает невозможным определение степени антиконкурентности соглашения, с учетом рисков вытеснения конкурентов с рынка.

(Не)использование Порядка 220

Неоднозначная практика сложилась с использованием Порядка 220 (Приказ ФАС России №220 «Об утверждении порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке»), который формально не имеет обязательного характера по делам о сговоре (согласованных действиях), однако предлагает тщательную подготовку анализа рынка. Попытки компаний апеллировать к тому, что ФАС при выдвижении обвинений не использовала данный порядок и предложенную им методологию, в ряде случаев встречались с пониманием в суде (например, дело «Балтики», А45-13964/2009), в других же случаях суд обосновывал необязательность использования и точного следования порядку, а фактически и необязательность полноценного анализа рынка. Так, например, по делу «ЮНИМИЛК» А79-109/2009 суд пришел к выводу, что поскольку рассматриваемые вертикальные соглашения подлежат безусловному запрету, то соблюдение Порядка 220 и всех этапов анализа, в нем прописанных, не является обязательным. В целом можно сказать, что необходимость следования Порядку 220 не зафиксирована в рамках судебной практики, само по себе нарушение процедуры не становится основанием для признания решения ФАС недействительным, особенно при выводе о запрещенности соглашения PER SE. Абсолютизировать Порядок 220 не стоит, но, с другой стороны, отказ от него способен опять же спровоцировать риски ошибок 1-го рода, когда регулятор не оценивает сам рынок и рыночные доли участников, что не позволяет понять, насколько действия экономического агента оказались существенными и повлекли ли они реальное ограничение конкуренции, вытеснение новичков, особенно это актуально для ВОС в сфере торговли или взаимодействия банков и страховых компаний и т.д.

И также для разграничения согласованных действий и модели ценового лидерства на рынках бензина или СУГа совершенно необходимо проводить масштабный анализ рынка и его границ в соответствии с Порядком 220, поскольку критическое значение приобретает вопрос рыночных долей.

Заключение

В данной статье проведен анализ особенностей и проблем правоприменительной практики в России по судебным делам об ограничивающих конкуренцию соглашениях (горизонтальных, вертикальных, конгломератных) за период 2008—2010 гг.

В результате были получены статистические данные, касающиеся практики оспаривания решений ФАС по антимонопольным делам данной категории. Компании бывают достаточно успешны в признании ненормативных правовых актов недействительными (44% дел), большинство дел доходят в рассмотрении либо до кассационной инстанции, либо до стадии надзора.

При этом на практике сложились рынки (сферы экономических отношений), на которые приходится значительная доля всех судебных рассмотрений, и можно сделать вывод, что они находятся под серьезным вниманием регулятора. В сфере горизонтальных соглашений особо выделяются госзакупки, а также розничная торговля бензином и СУГом, а также алкогольная продукция. В сфере соглашений других типов особо выделяются дела, связанные со страховыми компаниями (в их взаимодействии с банковскими, транспортными и иными учреждениями), а также рынки молочной и алкогольной продукции. При этом наиболее часто суды поддерживали ФАС в делах о рынках бензина и СУГа, а также на страховом рынке, реже — по государственным закупкам, наименьшего успеха регулятор добивался по иным делам о ВОС, что связано и с различной практикой стандартов доказательств по разного рода делам.

Анализ показал существующие в практике российского инфорс-мента особенности, порождающие дополнительные риски ошибок первого и второго рода, в том числе:

- в России фактически сформировался режим запрета PER SE, как в случае горизонтальных соглашений, так и иных, аргументация о возможных положительных эффектах соглашения, в том числе в духе статьи 13 Закона «О защите конкуренции», преимущественно не рассматривается по существу. Это дестимулирует компании в плане представления аргументов в свою защиту и снижает роль экономического анализа при разрешении споров по такого рода делам;
- отчасти отсутствие механизма использования принципа ROR при оправдании действий компаний в рамках судебного рассмотрения оказалось фактически компенсировано доводами об отсутствии реальной реализации достигнутых соглашений и неверном определении границ рынка. Вместе с тем трактовка и этих положений конкурентного законодательства оказалась весьма далека от единообразия;
- по делам о согласованных действиях сложилась практика предъявления обвинения при достаточно слабых прямых уликах, на основании анализа объективированного результа-

та (в частности, относительно синхронного повышения цен, массового неучастия в подаче заявок на аукционе). Таким образом, можно говорить о проблемах низких стандартов доказательств в делах такого рода;

- в российской правоприменительной практике абсолютно доминировала квалификация обвинения в согласованных действиях, в том числе неожиданно и для вертикальных соглашений, включая маркетинговые договоры, что в совокупности с куда более низкими стандартами доказательств по делам такого рода также способствовало рискам ошибок первого рода;
- рассмотрение соглашений, особенно ВОС, как априори запрещенных PER SE приводило к массовому неиспользованию Порядка 220. Данный порядок не является формально обязательным, но отказ от предусмотренных в нем процедур в ряде случаев приводил к существенным ошибкам в анализе воспринимаемого рынка, его географических и продуктовых границ, что помогало компаниям оспаривать решения ФАС, с одной стороны, и могло приводить к ошибкам как 1-го, так и 2-го рода, в том числе в связи с явно некорректными оценками рыночных долей и рыночной власти — с другой;
- помимо этого по делам о согласованных действиях (в частности, на рынке бензина) несоблюдение Порядка 220 усугубляло проблему того, что сложившаяся на рынке объективная ситуация ценового лидерства с наличием крупной ВИНК трактовалась как умышленные согласованные действия, исходя из объективированного результата в виде высоких и схожих цен.

Список литературы

1. *Авдашева С. Б., Дзагурова Н. Б.* Вертикальные ограничивающие контракты и их интерпретация в антимонопольном законодательстве // Вопросы экономики. 2010. № 5.
2. *Авдашева С. Б., Дзагурова Н. Б., Крючкова П. В., Юсупова Г. Ф.* Развитие и применение антимонопольного законодательства в России: по пути достижений и заблуждений / Науч. ред.: С. Б. Авдашева. 2-е изд., перераб. М.: Издательский дом НИУ ВШЭ, 2011.
3. *Авдашева С. Б., Шаститко А.* Экономический анализ в делах о нарушении Закона «О защите конкуренции» // Вопросы экономики. 2011. № 2.

4. *Авдашева С. Б.* Незаконность молчаливого сговора в российском анти-монопольном законодательстве: могут ли экономисты быть полезны при выработке юридических норм? // Вопросы экономики. 2011. № 5.
5. *Дзагурова Н. Б.* Неоднозначность торга между ошибками I и II рода в регулировании вертикальных ограничивающих соглашений // В кн.: XII Международная научная конференция по проблемам развития экономики и общества. В четырех книгах. Книга 4. // Отв. ред.: Е. Г. Ясин. Кн. 4. М.: Издательский дом НИУ ВШЭ, 2012.
6. *Кинёв А. Ю.* Картель — тайная монополия: сборник статей и интервью. М., 2012. URL: http://www.hmao.fas.gov.ru/sites/hmao.f.isfb.ru/files/analytic/2013/03/05/kniga._kartel_-_taynaya_monopoliya.pdf
7. *Макаров А.* Трансформации антимонопольной политики в сфере борьбы со сговором в странах переходной экономики: Россия, Украина, Казахстан // Современная конкуренция. 2014. № 2 (44).
8. *Шаститко А.* Экономические эффекты ошибок в правоприменении и правоустановлении. М.: Издательский дом «Дело» РАНХиГС, 2013.
9. *Avdasheva S. B., Tsytsulina D. V., Svetlana V. Golovanova, Yelena E. Sidorova.* Discovering the Miracle of Large Numbers of Investigations in Russia: the Role of Competition Authority Incentives / Working papers by NRU Higher School of Economics. Series PA «Public Administration». 2015. № 26.
10. *Crane D. A.* Optimizing Private Antitrust Enforcement (September 17, 2009). Vanderbilt Law Review, Forthcoming; University of Michigan Public Law Working Paper No. 164; U of Michigan Law & Economics, Olin Working Paper No. 09-021. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1474956>
11. *Joskow P. L.* Transaction Cost Economics, Antitrust Rules and Remedies // J. of Law, Econ. and Organization. 2002. Vol. 18. № 1.
12. *Ivaldi M., Jullien B., Rey P., Seabright P., Tirole J.* The Economics of Tacit Collusion // IDEI. Report prepared for the European Competition Commission. Toulouse, 2003. URL: ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf
13. *Makarov A.* Comparative Analysis Of Antitrust Policy Against Collusion In Some Transition Economies: Challenges For Effectiveness // Working papers by NRU Higher School of Economics. Series PA «Public Administration». 2014. No. 20.
14. *Sokol D. D.* The Transformation of Vertical Restraints: Per Se Illegality, the Rule of Reason and Per Se Legality// Antitrust Law Journal. 2014. Vol. 79. No. 3.
15. *Pittman R.* Competition Law in Central and Eastern Europe: Five Years Later // Working Papers from U.S. Department of Justice — Antitrust Division. 1997.
16. *Popofsky M.* Defining Exclusionary Conduct: Section 2, the Rule of Reason, and... the Rule of Reason, and the Unifying Principle Underlying Antitrust Rules // Antitrust Law Journal. 2006. Vol. 73. No. 2.
17. *Verouden V.* Vertical Agreements and Article 81(1) EC: The Evolving Role of Economic Analysis // Antitrust Law Journal. 2003. Vol. 71. No. 2.

The List of References in Cyrillic Transliterated into Latin Alphabet

1. *Avdasheva S. B., Dzagurova N. B.* Vertikal'nye ogranichivajushhie kontrakty i ih interpretacija v antimonopol'nom zakonodatel'stve // *Voprosy jekonomiki*. 2010. № 5.
2. *Avdasheva S. B., Dzagurova N. B., Krjuchkova P. V., Jusupova G. F.* Razvitie i primenenie antimonopol'nogo zakonodatel'stva v Rossii: po puti dostizhenij i zabluzhdenij / Nauch. red.: S. B. Avdasheva. 2-e izd., pererab. M.: Izdatel'skij dom NIU VShJe, 2011.
3. *Avdasheva S. B., Shastitko A.* Jekonomicheskij analiz v delah o narushenii zakona «O zashhite konkurencii» // *Voprosy jekonomiki*. 2011. № 2.
4. *Avdasheva S. B.* Nezakonnost' molchalivogo sgovora v rossijskom antimonopol'nom zakonodatel'stve: mogu li jekonomisty byt' polezny pri vyrabotke juridicheskikh norm? // *Voprosy jekonomiki*. 2011. № 5.
5. *Dzagurova N. B.* Neodnoznachnost' torga mezhdu oshibkami I i II roda v regulirovanii vertikal'nyh ogranichivajushhih soglashenij // V kn.: XII Mezhdunarodnaja nauchnaja konferencija po problemam razvitija jekonomiki i obshhestva. V chetyreh knigah. Kniga 4 // Otв. red.: E. G. Jasin. Kn. 4. M.: Izdatel'skij dom NIU VShJe, 2012.
6. *Kiniov A. Ju.* Kartel' — tajnaja monopolija: sbornik statej i interv'ju. M., 2012. URL: http://www.hmao.fas.gov.ru/sites/hmao.f.isfb.ru/files/analytic/2013/03/05/kniga_kartel_-_tajnaya_monopoliya.pdf
7. *Makarov A.* Transformacii antimonopol'noj politiki v sfere bor'by so sgovorom v stranah perehodnoj jekonomiki: Rossija, Ukraina, Kazahstan // *Sovremennaja konkurencija*. 2014. № 2 (44).
8. *Shastitko A.* Jekonomicheskie jeffekty oshibok v pravoprimenenii i pravoustanovlenii. M.: Izdatel'skij dom «Delo» RANHiGS, 2013.