

ОТРАСЛЕВАЯ И РЕГИОНАЛЬНАЯ ЭКОНОМИКА

А. В. Макаров¹,

Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики» (Москва, Россия)

АНТИКОНКУРЕНТНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ В РОССИЙСКИХ СУДАХ. ТЕНДЕНЦИЯ СНИЖЕНИЯ РИСКОВ ОШИБОК 1-ГО РОДА?

В данной статье проводится анализ проблемы применения антимонопольных запретов и интерпретации антимонопольного законодательства в российских судах в рамках рассмотрения дел об антиконкурентных соглашениях. Статья продолжает логику предыдущего исследования в этой сфере, в котором был проведен анализ судебных дел по оспариванию решений антимонопольного органа, инициированных в 2008–2010 гг. На основе новых данных по судебным делам за 2011–2015 гг. была сформирована база данных из 646 дел, проанализированы тенденции применения антимонопольных запретов соглашений и антимонопольного законодательства в суде. Показано, как менялась структура судебных дел с точки зрения рынков и типов соглашений, используемых стандартов доказательств. Показано, что в исследуемые годы в такого рода делах фактически не применялось правило взвешенного подхода, несмотря на законодательные возможности. Отмечены тенденции снижения рисков ошибок 1-го рода, в том числе для дел, связанных с государственными закупками, взаимодействием банковских и страховых организаций, также повышались требования к анализу рынка при применении антимонопольных запретов.

Ключевые слова: антимонопольная политика, антимонопольное законодательство, правило взвешенного подхода (ROR), сговор, государственные закупки, судебная практика.

ANTI-COMPETITIVE AGREEMENTS IN RUSSIAN COURTS

This article presents the analysis of implementation and interpretation of antitrust legislation in Russian courts, in the field of anti-competitive agreements cases. This article proceeds from the previous research which provided the analysis of the court decision database of litigations with the Russian competition authority (the FAS) initiated in 2008–2010. In this research (which covers court cases of 2011–2015) we provide the database of 646 court decisions and examine the tendencies of applying antitrust prohibitions and legislation in courts.

¹ Макаров Андрей Владимирович, преподаватель факультета экономических наук;
e-mail: andreymakarovh@mail.ru

We show how the database structure varies from the point of view of main markets and types of agreements, taking into account the standards of proof. The analysis reveals that the Rule of reason (ROR) approach was not actually applied in courts, despite legislative possibilities. Type 1 errors risks tends to decrease, especially in public procurement cases, cases of banks and insurance companies cooperation. Requirements in the field of market analysis in decision-making are also increasing.

Key words: antitrust policy, antitrust legislation, Rule of reason, collusion, public procurement, arbitrage practice.

Введение

Проблема пресечения ограничивающих конкуренцию соглашений между компаниями является одной из ключевых в деятельности антимонопольного органа, в том числе и для Федеральной антимонопольной службы (ФАС) России. При этом эффективность антимонопольной политики может зависеть не только и не столько от антимонопольного законодательства, сколько от практики правоприменения, от особенностей интерпретации законодательства и применения антимонопольных запретов в судебных инстанциях. В последние десятилетия существует мировая тенденция некоторой унификации антимонопольного законодательства на основе опыта зрелых юрисдикций (США, опыт Европейской комиссии), так и российское антимонопольное законодательство в результате постепенной трансформации в значительной степени оказалось близко к европейским правовым нормам [Шаститко и др., 2010; Макаров, 2014]. Однако схожесть законодательства не означает полную унификацию правоприменения антимонопольных норм и запретов, здесь страны могут сохранять значительную специфику. Исследователи российской практики показывали особенности и проблемы в правоприменении антимонопольного законодательства [Авдашева и др., 2011; Авдашева, Шаститко, 2011]. В рамках предыдущего исследования в сфере судебной практики, посвященного инициированным в 2008–2010 гг. судебным делам [Макаров, 2016], было показано несколько ключевых особенностей практики применения антимонопольных запретов в России:

- 1) суды по антимонопольным делам происходили весьма конкурентно, одно дело могло рассматриваться в 8–9 инстанциях, при этом компании смогли успешно оспорить 44,21% решений Федеральной антимонопольной службы, что может свидетельствовать о высоких рисках ошибок 1-го рода, т.е. о систематических обвинениях со стороны регулятора в адрес компаний, действия которых, по мнению суда, не нанесли вреда общественному благосостоянию;

- 2) было показано, что в судебной практике выделяется несколько приоритетных рынков (типов соглашений), которые оказались предметом контроля со стороны регулятора, именно с этими рынками оказались связанными большинство судебных разбирательств, были проанализированы стандарты доказательств применительно к соглашениям на различных рынках;
- 3) лишь отчасти подтвердилась гипотеза, что компаниям будет легче оспорить решения в сфере вертикальных соглашений, для которых наличие отрицательных эффектов для общественного благосостояния является более спорным и менее вероятным. Связано это оказалось и с тенденцией применения безусловных (*per se*) запретов, в том числе и для вертикальных соглашений;
- 4) на основе анализа базы данных были выделены четыре ключевые причины рисков ошибок 1-го рода в применении антимонопольных запретов — ограниченность использования правила взвешенного подхода, широкая вариативность в определении продуктовых и географических границ рынка, уклон в квалификацию обвинения в категории согласованных действий при слабых стандартах доказательств, нарушение методологии исследования рынка¹.

В рамках данной статьи на основе новых данных судебных дел за 2011–2015 гг. предлагается:

- проанализировать, как за последующие годы менялась практика применения антимонопольных запретов и интерпретации антимонопольного законодательства в суде, в том числе для отдельных рынков и типов соглашений;
- проанализировать изменение структуры дел, какие рынки (типы соглашений) чаще оказывались под пристальным контролем регулятора в последующие годы;
- обозначить тенденции изменения рисков ошибок 1-го рода, проанализировать, каким образом решались (или не решались) основные проблемы применения антимонопольных запретов, выявленные в рамках предыдущего исследования.

В первой части статьи рассмотрена статистика применения антимонопольных запретов в судах за исследованные годы, проанализированы рынки и типы соглашений, которые рассматривались в ходе обжалования решений ФАС. Во второй части обсуждаются основные риски ошибок первого рода, каким образом эти риски снижались или могли быть снижены в ходе совершенствования применения антимонопольных запретов в сфере соглашений и согласованных действий.

¹ Часто не применялся или применялся некорректно приказ ФАС России от 28.04.2010 № 220 «Об утверждении порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке».

Рассмотрение дел в сфере антиконкурентных соглашений в судах

Для исследования применения антимонопольного законодательства в системе арбитражных судов России была составлена оригинальная база данных, подготовленная с использованием сведений о судебном оспаривании решений ФАС России. В составленную автором базу данных вошли 646 судебных дел, инициированных в 2008–2015 гг., которые были связаны с оспариванием обвинений ФАС в совершении антиконкурентных соглашений и согласованных действий (ст. 11 и 11.1 Закона «О защите конкуренции»). В базу данных вошли в принципе все дела по соответствующим статьям за исследуемый период, как и ранее [Макаров, 2016], исключались те дела, которые не относятся непосредственно к антимонопольной проблематике (а связаны, например, с защитой интеллектуальных прав).

Для большей наглядности и анализа динамики база данных была разделена на три временных промежутка: дела, инициированные в судах в 2008–2010 гг., 2011–2012 гг., 2013–2015 гг. По итогам анализа сформированной базы данных можно сделать следующие выводы. Истцам удалось выиграть у ФАС 39,3% дел (см. рис. 1). При этом относились к категориям проигрышей ФАС дела, где истец выиграл пусть и частично, но по ключевым вопросам иска.

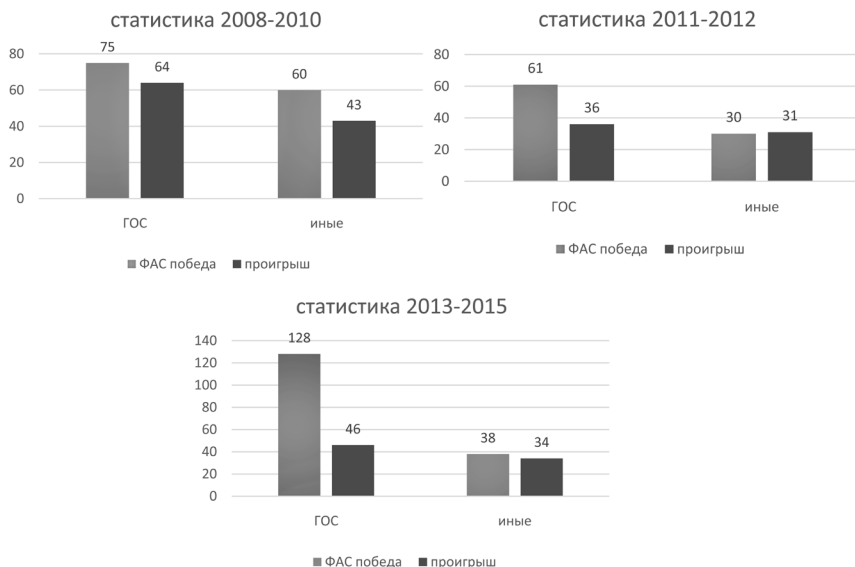


Рис. 1. Результаты оспаривания решений ФАС в зависимости от типа соглашений

Источник: расчет автора.

При этом можно отметить, что в период 2011–2015 гг. несколько изменилась статистика применительно к вертикальным соглашениям, компании стали более успешно оспаривать решения и предписания ФАС по такого рода соглашениям по сравнению с горизонтальными.

Далее показано распределение дел по количеству пройденных судебных инстанций (рис. 2).

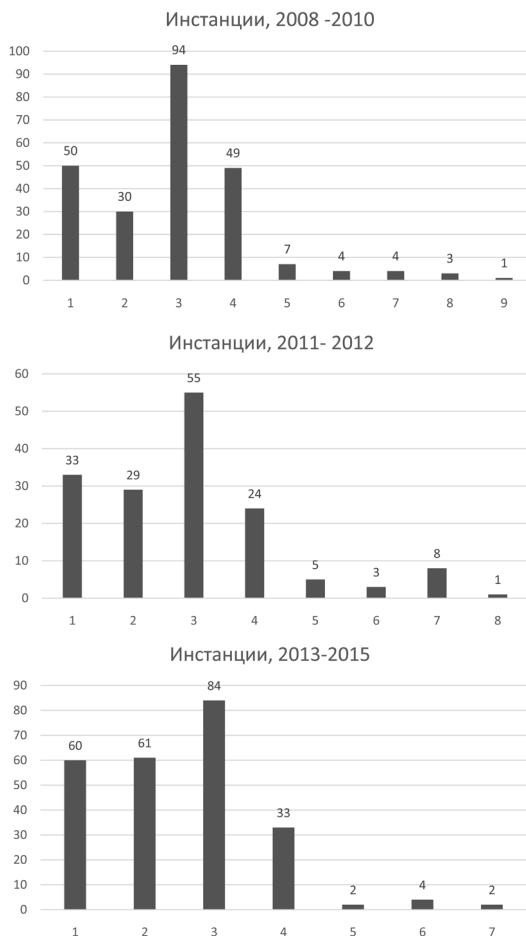


Рис. 2. Дела, распределенные по количеству их рассмотрений в судебных инстанциях

Среднее количество рассмотрений одного дела составило 2,76 раза. На рис. 2 приведена разбивка дел по количеству инстанций, в которых дела рассматривались в судах. Традиционно предполагается, что возможны четыре инстанции, т.е. первая, апелляционная и кассационная,

а далее рассмотрение в Президиуме Высшего Арбитражного Суда (сейчас — Верховного Суда) в порядке надзора. Вместе с тем в относительно редких случаях, но имели место случаи возвращения вышестоящим судом дела на новое рассмотрение в прошлые инстанции, в итоге отдельные дела рассматривались в судах разных инстанций вплоть до 9 раз. Интересно, что в итоге судебных апелляций оказались пересмотрены итоги 94 дел, или 14,55%, при этом 57,45% составили соответственно дела, где ФАС проиграла дело, но смогла добиться пересмотра и выиграть в вышестоящей инстанции, в 42,55% случаев удалось выиграть в вышестоящей инстанции фирмам. Таким образом, с одной стороны, судебные рассмотрения дел продолжают носить неформальный характер, суд происходит достаточно конкурентно, фирмы и регулятор активно используют право на оспаривание судебного решения (и состоялось более 640 процессов по оспариванию решений ФАС из около 3,2 тыс. решений ФАС по ст. 11 и 11.1 за этот период).

Можно сделать вывод, что в базе судебных решений сформировалось и сохраняются несколько приоритетных рынков, которые находились под пристальным вниманием регулятора и фигурировали в судебных тяжбах. Более подробная статистика приведена на рис. 3.

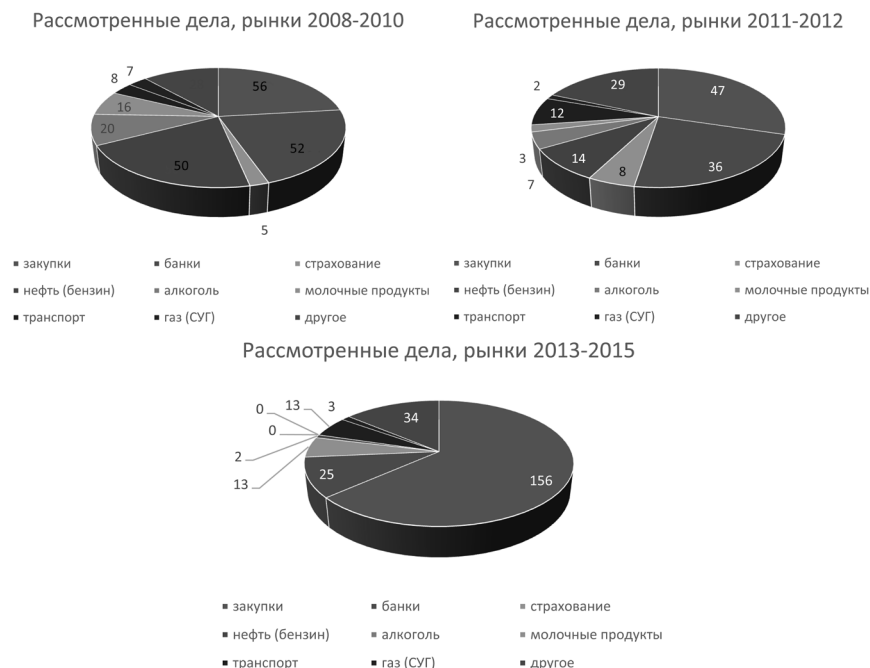


Рис. 3. Рассмотренные дела по рынкам (отраслям экономики), 2008–2015 гг.

В результате можно сделать следующие выводы о том, как менялась структура антимонопольных судебных дел о соглашениях и согласованных действиях в исследуемые периоды. Среди горизонтальных соглашений выделяются в первую очередь дела по государственным закупкам (включая закупки разного рода бюджетных учреждений). В целом дела, связанные с государственными закупками, играли все большую роль в структуре оспаривания и составили 23,14, 29,75 и 63,41% для трех исследуемых периодов, в последний период именно такого рода случаи стали доминировать в судах. В первые годы значительное количество дел составляли оспаривания решения ФАС в сфере согласованных действий (сговора) компаний по поддержанию цен на рынке бензина — 48 дел в первый период (два дела относятся к категории вертикальных, всего 20,66% в структуре оспаривания), но уже в 2011–2012 гг. имели место только 14 дел, в следующие годы — одно дело (и одно вертикальное соглашение). Также в базу вошли 12 аналогичных дел по согласованным действиям (сговору) по поддержанию цен на рынке СУГ (сжиженного углеводородного газа).

Среди иных (негоризонтальных соглашений) важную группу дел составили обвинения ФАС для случаев конгломератного взаимодействия страховых компаний с банками при кредитовании (группа дел по банковским организациям составила в итоге 113 дел, или около 17,5%), либо с иными экономическими агентами. Претензии ФАС в первом случае преимущественно были связаны с попытками навязывания страхования (и в конкретной страховой организации) при обращении за кредитом в банковское учреждение. Мы видим, что количество таких дел с годами уменьшалось. Связано это может быть и с повышением правовой определенности в пределах допустимости кооперации банков и страховых организаций при обслуживании клиентов, о чем будет подробнее рассказано в дальнейшем. Помимо этого, страховые компании становились объектом внимания ФАС и по иным поводам (группа «страхование», 4 ГОС и 22 иных соглашения), например, происходило навязывание страхования при покупке билетов, навязывание конкретной компании для техосмотра при транспортном страховании и т.д. В первые годы выделялись также дела, связанные с соглашениями на молочном и алкогольном рынках, интересно, что в 2013–2015 гг. данные рынки больше не фигурируют в базе судебных рассмотрений.

Достаточно разнородную группу составили дела в сфере транспорта (18 ГОС, 15 иных соглашений). Так, имели место дела по поддержанию цен на обучение в автомобильных школах (например, А27-13428/2009) или на услуги такси (А55-7387/2012) или благоприятствование конкретной службе такси, например, в аэропорту (А51-1350/2012), дела, связанные с ограничением конкуренции при продаже билетов автовокзала (А47-418/2014) и т.д.

На рис. 4 представлена статистика успешности оспаривания решений ФАС по основным сферам экономической деятельности.

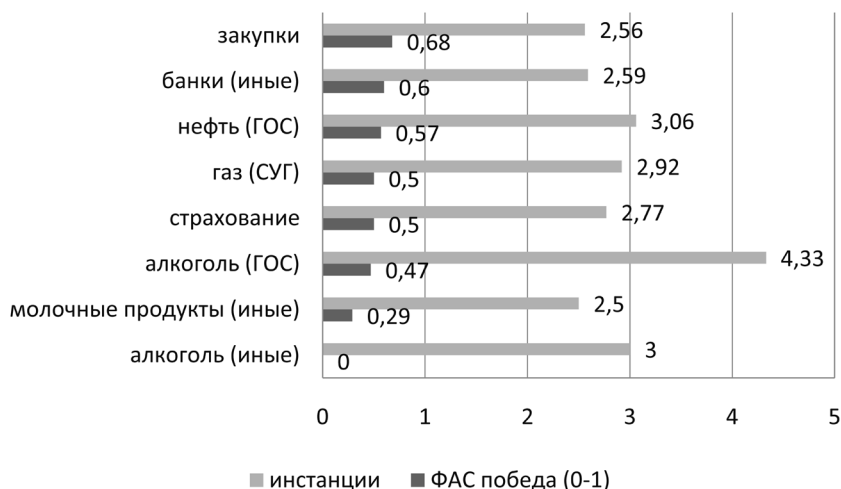


Рис. 4. Статистика успешности оспаривания решений ФАС в зависимости от рынка и среднее количество судебных инстанций, 2008–2015 гг.

Таким образом, с некоторой осторожностью можно отметить различную успешность компаний по оспариванию обвинений ФАС в зависимости от отрасли и специфики соглашения. С точки зрения количества судебных инстанций наибольшее количество отмечено в сфере алкоголя — в среднем 4,33 инстанции по горизонтальным и 3 по вертикальным соглашениям. Меньшее количество отмечается по делам о государственных закупках, при заключении банковских договоров со страхованием. Наибольшего успеха в выигрыше дел ФАС традиционно добивалась в делах в сфере государственных закупок (68%), в сфере навязывания страхования при оказании банковских услуг, на рынке бензина. Большого успеха в оспаривании решений ФАС достигли страховые компании, а также компании на рынках алкоголя и молочных продуктов. Схожие выводы показывает и рис. 5, наиболее часто менялись судебные решения именно по делам о рынках алкоголя и молочных продуктов, при этом менялись они часто именно в пользу компаний, т.е. решение в пользу ФАС, принятое в первой судебной инстанции, отменялось в дальнейшем с учетом позиций компаний. При этом для алкогольного рынка можно отметить, что все пересмотры вердиктов в судах по вертикальным соглашениям заключались в победу компаний (8 дел из 12), а для горизонтальных соглашений пересмотр приводил к поддержке решений ФАС (4 дела из 12).

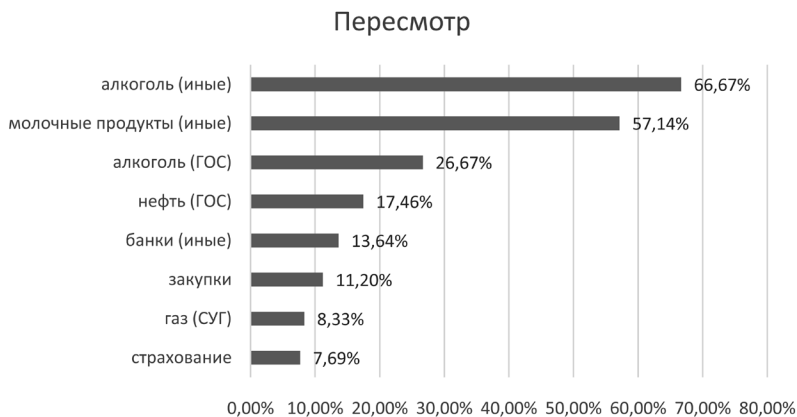


Рис. 5. Статистика пересмотра судебных решений. Процент дел, для которых изначальное судебное решение было изменено в вышестоящих инстанциях, 2008–2015 гг.

Тенденции применения антимонопольных запретов в судебной практике в контексте рисков ошибок 1-го рода

В рамках предыдущего исследования судебной практики антимонопольных запретов (за 2008–2010 гг. [Макаров, 2016]) были сформулированы ключевые возможные причины рисков ошибок 1-го рода, рассмотрим, насколько данные проблемы были актуальны в последующие годы.

Ограниченность применения взвешенного подхода. Российское антимонопольное законодательство в рамках ст. 13 Закона «О защите конкуренции» предусматривает возможность признания значительного количества антиконкурентных соглашений допустимыми в случае наличия положительных эффектов соглашения. При этом оговорены два стандартных условия для применения взвешенного подхода, которые соответствуют и нормам Европейского союза [Makarov, 2014]:

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

Таким образом, законодательство предусматривает возможность отойти от априорных и формальных запретов соглашений на основе юридической логики в сторону использования экономической логики, сопоставления

положительных и отрицательных последствий соглашений, с учетом требований соразмерности общественных и частных выигрышей. Другое дело, что возможности использования взвешенного подхода в законодательстве совершенно не означают активного применения данного подхода на практике. Взвешенный подход крайне редко применялся в России как антимонопольным органом (одно из немногих дел, где он был применен, было связано с ограничением конкуренции при формировании рынка труб большого диаметра [Shastitko et al., 2014]), так и в рамках применения антимонопольных запретов в суде [Авдашева, Макаров, 2017]. И в рамках законодательства, и в рамках правоприменения, в том числе и в судах, существует крайне высокая правовая неопределенность в возможности применения правила взвешенного подхода. Не сформировалось четких критериев, какие положительные эффекты соглашения могут считаться достаточными для оправдания в рамках взвешенного подхода, какого рода количественные оценки эффектов могут выступать достаточными доказательствами, каким образом гарантировать соразмерность общественных и частных выигрышей.

Проведенное новое исследование показало, что в судах взвешенный подход (и ст. 13 закона) продолжает применяться крайне редко. Так, за 2013–2015 гг. лишь в рамках **одного** дела компаниям удалось оспорить решение ФАС именно в рамках ст. 13. Расскажем о нем более подробно (табл. 1).

Таблица 1

**Применение взвешенного подхода и ст. 13 Закона
«О защите конкуренции» в суде, 2013–2015 гг.**

Дело	A40-75519/13
Истец	ОАО «Единая торговая компания» и другие компании
Обвинение	Рассматривался рынок соды, на котором производитель (который являлся фактически монополистом в сфере производства пищевой соды на территории РФ) использовал посредника ЕТК (Единая торговая компания), посредник организовал систему продажи питьевой соды по регионам, которая включала условия о минимальной цене перепродажи и т.д.
Количество инстанций	4 (30.01.2014 — 18.05.2015)
Аргументация в защиту компаний в контексте оценки эффектов соглашения	Компании оправданы как по совокупности формальных оснований (несоблюдение методики анализа рынка в соответствии с Порядком 220, не доказано, что рыночная доля ЕТК превышает 20%), так и в соответствии с логикой ст. 13, созданная система дистрибуции обеспечивала мониторинг рынка и доступность товара для всех потребителей, тем самым, по мнению суда, обеспечивалась и соразмерность общественных выигрышей
Итог дела	Компания выиграла в первой инстанции, решение далее подтверждено в трех инстанциях

Данное дело показывает, каким образом может быть применено и интерпретировано правило взвешенного подхода, оговоренное в законодательстве, в рамках судебного рассмотрения. С одной стороны, в данном деле важно отметить стремление учесть и отрицательные и положительные эффекты соглашения при принятии решения об антимонопольном запрете. С другой стороны, представляется, что проблема стандартов доказательств стоит весьма остро. Мы в данном примере видим, что повышение эффективности производства и соразмерность выгод потребителей трактуются в рамках ст. 13 в том числе в контексте территориальной доступности товара для потребителей. Можно согласиться с тем, что такой эффект соглашения является положительным, однако его учет представляется расширительным толкованием критериев, прописанных формально в законодательстве в ст. 13. С другой стороны, может возникнуть вопрос, который всегда является актуальным для такого рода дел — как доказать, что подобного рода положительные эффекты не могли быть достигнуты без применения ограничивающих конкуренцию мер, в частности без применения минимальных цен перепродажи? И мы видим, что дело было разрешено без количественных оценок выгод потребителей, равно как и без количественных оценок выигрышей фирм. Однако в ситуации отсутствия количественных оценок достаточно сложно говорить о соразмерности общественных и частных выигрышей, что формально требуется с точки зрения законодательства.

Таким образом, взвешенный подход продолжает применяться крайне редко, а примененные стандарты доказательств не позволяют снизить правовую неопределенность в правилах и случаях его применения, что может порождать ошибки 1-го рода и дестимулировать фирмы участвовать в кооперации с положительными эффектами. При этом, безусловно, проблемы ограниченности применения правила взвешенного подхода, ограниченности оценки эффектов соглашений не означают, что взвешенный подход рекомендуется распространить на все виды соглашений без учета рисков ошибок 2-го рода. Можно привести пример из более поздней практики, дело №А40-66893/14, в рамках которого две компании обвинялись в сговоре на торгах. Было зафиксировано участие во многих аукционах на базе одной инфраструктуры с одного IP-адреса, произошло минимальное снижение цены аукциона, владельцами являлись родственники. Казалось бы, дело являлось классическим сговором на торгах, скорее не требующим применения правила взвешенного подхода и длительного экономического анализа эффектов и последствий. Однако суд первой инстанции отменил решение ФАС в рамках ст. 13, отметив, что «...как следует из материалов дела, действия... не привели к устранению конкурента, не наложили на третьих лиц какие-либо ограничения, а привели к улучшению предоставления услуг на рынке жилищно-коммунальных услуг г. Москвы».

При этом в целом суд не конкретизировал, каким образом подобное участие в аукционах могло привести к улучшению предоставления услуг, а также каким образом гарантировалась соразмерность выгод потребителей, что требуется согласно нормам законодательства. В дальнейшем данное судебное решение было отменено и решение ФАС осталось в силе.

Данный пример показывает, что отсутствие правовой определенности в критериях применения правила взвешенного подхода может приводить не только к избыточной жесткости антимонопольных запретов и отказу от необходимой в ряде случаев оценки эффектов, но и к ошибкам 2-го рода. Применение правила взвешенного подхода, безусловно, не должно расширяться бесконечно, не должно превращаться в норму для соглашений любого типа, особенно для таких классических особо опасных соглашений, как сговор на торгах.

Методология анализа рынка. Дополнительные проблемы в рамках правоприменительной практики возникали в связи с ограниченным использованием ранее упомянутого Порядка 220. Данный порядок содержит подробную методологию для анализа рынка и действий фирм-участников. Тщательный анализ, проведенный в соответствии с ним, может смягчить риски ошибок 1-го рода, идентифицировать корректно продуктовые и географические границы рынка, поведение компаний. Однако до 2015 г. данный порядок не носил обязательного характера при рассмотрении антимонопольным делом, связанных с обвинениями в сговоре или согласованных действиях. Порядок носил рекомендательный характер для антимонопольного органа. В результате возникали негативные эффекты двух типов. С одной стороны, отказ от полноценного анализа рынка приводил к некорректному определению рыночных долей фирм, рискам ошибок при оценке их стратегии взаимодействия. В случае реализации на рынке модели ценового лидерства (что было актуально, например, для рынка бензина), игнорируя предложенную методологию анализа, можно было интерпретировать как сговор ситуацию с явным ценовым лидером и небольшими компаниями-последователями, которые ориентировались на цену лидера, не вступая с ним в никакие договоренности. С другой стороны, данная ситуация порождала и риски ошибок 2-го рода, иногда суд мог отменить решение ФАС по делу, полагая, что без соблюдения Порядка 220 и проведения полноценного анализа рынка неуместно говорить о доказанности сговора или согласованных действий. В ряде случаев это помогало компаниям успешно оспаривать решения ФАС, даже в тех случаях, когда регулятор собрал существенные доказательства вины участников, что можно оценивать как повышение рисков 2-го рода.

В последние годы ФАС все чаще стала использовать Порядок 220, отказ от предусмотренной в нем процедуры исследования рынка уже не так часто становился аргументом компаний в суде, с 2015 г. применение Порядка 220 и вовсе стало обязательным для такого рода дел. Разумеется,

само по себе его применение не может гарантировать отсутствие ошибок 1-го рода, но в любом случае переход к обязательному исследованию рынка для целей антимонопольной политики, оценку продуктовых и географических границ рынка, рыночных долей участников можно считать положительными с точки зрения повышения возможности оценки эффектов конкретных соглашений на общественное благосостояние.

Проблема стандартов доказательств в делах, связанных с государственными закупками. В рамках предыдущего исследования [Макаров, 2016] было показано, что значительные проблемы правоприменения антимонопольных запретов были связаны с делами в сфере государственных закупок. С одной стороны, несомненно, сговор на торгах относится к сфере особо опасных соглашений, в такого рода делах практически невозможно ожидать положительных эффектов, они рассматриваются в рамках логики *per se* запретов, так как эффекты являются сугубо отрицательными, позволяющими участнику аукциона выиграть государственный контракт с наилучшими условиями, например, с отсутствием снижения закупочной цены. В этой связи практически невозможно ожидать в этой области ошибок 1-го рода, связанных с недостаточным вниманием к положительным эффектам соглашения. Однако существенные риски ошибок возможны в контексте проблемы стандартов доказательств. В первые годы многие дела оказались связаны с обвинением компаний (участников аукциона) в сговоре или согласованных действиях при отсутствии каких-либо фактов переговоров участников или иных прямых улик, например договора субподряда. В результате антимонопольный орган и суды могли действовать в логике позиции Высшего Арбитражного Суда, постановления Президиума от 21.04.2009 № 15956/08, согласно которой нормы Закона «О защите конкуренции» не могут быть истолкованы как исключающие возможность антимонопольного органа доказать наличие согласованных действий через их объективированный результат. Складывалась достаточно противоречивая ситуация. С одной стороны, пассивное участие компаний в аукционе могло иметь совершенно разные причины, с другой стороны, в рамках концепции объективированного результата такое поведение могло интерпретироваться как сговор, и одного пассивного участия и отсутствия снижения цен могло быть достаточно для обвинения компаний при отсутствии прямых улик.

База данных показала, что в этой сфере произошли некоторые изменения. В последние годы в арбитражных судах мы все реже встречаем дела, когда обвинение в сговоре на торгах выдвигалось при отсутствии всяких доказательств на основе логики объективированного результата, все чаще дела разрешались на основе убедительных свидетельств виновности компаний, например использовались единые IP-адреса. В 2013–2015 гг. ситуация несколько изменилась и в другом контексте — значительное количество дел (78, т.е. 50% от дел, связанных с государственными закупками,

и более 31,7% от всех дел за период) оказались связанными с так называемой стратегией «таран». При этом в 2008–2011 гг. в судах такого рода дела фактически не рассматривались, первые несколько дел появились в 2012 г. В рамках стратегии «таран» несколько фирм начинают явно чрезмерную конкуренцию за попытку выиграть предмет аукциона, например цена аукциона может снизиться и на 45% (А71-7917/2015), и на 60% (дело А33-13227/2014). Таким образом, от участия в аукционе отсеиваются все добросовестные участники, которые не могут осуществить требуемые работы за столь низкую сумму оплаты и отказываются от конкурентной борьбы, полагая, что не выдерживают ценовую конкуренцию. Далее же компании, которые выиграли аукцион со столь низкой ценой, либо отказываются от выполнения контракта, либо оказывается, что они подали неполный комплект документов или по иным причинам не могут быть победителями аукциона. А победителем становится иная фирма (участница «тарана»), предложившая лишь незначительное снижение цены.

Столь активное применение фирмами данной стратегии, конечно, свидетельствует о проблемах организации аукционов — саму процедуру можно было бы изменить, например, не допуская на аукцион несколько фирм, имеющих одних владельцев, а особенно к тому же не имеющих возможности реализовать государственную закупку, например, в силу отсутствия необходимой лицензии. С другой стороны, в результате дела 2013–2015 гг., ориентированные на пресечение стратегии «таран», привели к тому, что в сфере государственных закупок уже не стояли так остро проблемы стандартов доказательств и опоры на объективированный результат, как это было характерно для 2008–2012 гг. При этом в 2013–2015 гг. начинают появляться дела не только против участников аукциона, но и против организаторов закупок (15 дел), все чаще ответственность начинают нести и лица, организовавшие аукцион таким образом, чтобы обеспечить победу конкретного участника.

Дела о взаимодействии банков и страховых компаний. В рамках предыдущего исследования было показано, что в рамках судебной практики выделялась важная группа дел, связанная со взаимодействием банковских и страховых организаций. Заемщики, которые обращались за кредитом в рамках такого рода дел, сталкивались с требованием приобрести страховку у конкретной страховой компании (или иногда у страховой компании из предложенного банком перечня). При этом судебная практика складывалась достаточно противоречиво [Макаров, 2016] — суды приходили к различным выводам, от полного запрета для банка в сфере навязывания страховой компании в рамках кредитования до полной свободы навязывания (с учетом свободы договора и возможности дальнейшего расторжения договора страхования). В последующие годы постепенно происходило повышение правовой определенности в пределах допустимости сотрудничества банков и страховых компаний. Так, по этому во-

просу были приняты: постановление Правительства Российской Федерации от 30.04.2009 № 386 «О случаях допустимости соглашений между кредитными и страховыми организациями», информационное письмо ФАС от 08.08.2011 № АК/41416 «По вопросу взаимодействия кредитных и страховых организаций», информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 13.09.2011 № 146 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с применением к банкам административной ответственности за нарушение законодательства о защите прав потребителей при заключении кредитных договоров».

В результате в 2013–2015 гг. можно говорить о смягчении данной проблемы — суды начали приходить к общему выводу, что банк не имеет права навязывать одну конкретную страховую компанию, включать ее услуги прямо в договор (особенно если заемщику фактически навязывается единая услуга, включающая кредит и страхование, исключающая разъяснения на этот счет), но банк имеет право разработать процедуру отбора страховых компаний и клиент соответственно имеет право застраховаться в компании из предложенного перечня или выбрать страховую компанию самостоятельно, если она удовлетворяет сформулированным банком критериям (см., например, дело А76-28555/2013). Также в целом суды соглашались, что банк имеет право предлагать кредит по более высокой ставке в случае отказа заемщика от страхования в компании, удовлетворяющей критериям банка (см., например, А40-144720/2014).

Заключение

В рамках данного исследования продолжается анализ практики применения антимонопольных запретов в сфере соглашений и согласованных действий, а также практики интерпретации антимонопольного законодательства в системе российских арбитражных судов. В рамках предыдущего исследования [Макаров, 2016], основанного на созданной базе данных судебных решений, охватывающей 2008–2010 гг., были продемонстрированы ключевые характеристики и проблемы правоприменения антимонопольного законодательства. В рамках данного исследования было проанализировано, каким образом в течение 2011–2015 гг. менялась судебная практика применения антимонопольных запретов с учетом показанных ранее существенных рисков ошибок 1-го рода, связанных со стандартами доказательств по антимонопольным делам. В результате проведенного исследования можно сделать следующие основные выводы:

1) компании продолжают активно использовать систему арбитражных судов для разрешения споров с регулятором, при этом суды происходят достаточно конкурентно. Было выделено три временных периода,

показано, что доля выигранных ФАС дел постепенно росла (55,79% — 57,59% — 67,48%), однако в значительном количестве случаев компаниям удается отменить решение ФАС, дела по-прежнему рассматриваются в значительном числе инстанций, при этом в 14,55% случаев судебный вердикт менялся в ходе апелляций (20,66, 13,29, 9,35% для трех периодов, т.е. вероятность пересмотра дела в суде сокращается). Снижение успешности компаний в оспаривании решений ФАС может быть интерпретировано и положительно, оно может быть связано и с процессом уменьшения рисков ошибок 1-го рода, и с изменением выборки (увеличивалась доля дел, связанных со сферой государственных закупок, при этом в такого рода делах можно отметить тенденцию повышения стандартов доказательств);

2) собранная база данных показала, что в структуре дел за исследуемый период произошли существенные изменения. Существенно увеличилось количество дел, связанных со сферой государственных закупок — 23,14, 29,75, 63,41% в исследуемые периоды. Сохранилось значительное количество дел, связанных с навязыванием страхования при банковском кредитовании или в других случаях. При этом существенно сокращалось количество дел, связанных с поддержанием цен на рынке бензина, в 2013–2015 гг. полностью исчезли из базы дела по рынкам алкогольной или молочной продукции, которые были заметны в предыдущие периоды и которые характеризовались высокими рисками ошибок 1-го рода и высоким процентом отмененных решений ФАС судами;

3) анализ базы данных показал, что в рамках дел, рассмотренных в судебных инстанциях, можно отметить тенденции снижения рисков ошибок 1-го рода.

- С одной стороны, за последующие годы не была решена проблема в использовании правила взвешенного подхода (ст. 13 Закона «О защите конкуренции»), т.е. практически не использовалась формальная возможность оправдания соглашений с учетом роли положительных эффектов кооперации фирм для общественного благосостояния. За последние три исследуемых года формально правило взвешенного подхода было использовано в судах всего два раза — дело Единой торговой компании (А40-75519/13) и дело сговора на торгах, в первой инстанции (А40-66893/14). Столь редкое применение правила взвешенного подхода, конечно, не могло сформировать правовую определенность в критериях оправдания ограничивающих конкуренцию соглашений с учетом их эффектов. В случае со сговором на торгах (А40-66893/14) применение правила взвешенного подхода носило избыточный характер, порождало риски ошибок 2-го рода, такого рода особо опасные соглашения в целом рекомендуется запрещать в рамках подхода *per se*. Дело Единой торговой компании скорее также порождает больше вопро-

сов, чем ответов, возможные положительные эффекты не были количественно доказаны в рамках судебного рассмотрения, при этом в целом не очевидно, насколько такого рода эффекты подпадают под критерии оправдания соглашения в рамках ст. 13 закона. Большая правовая неопределенность продолжает сохраняться и в контексте определения не просто выигрышей потребителей (общественных выигрышей), но и в контексте трактовки их соразмерности частным выигрышам фирм.

- С другой стороны, по целому ряду направлений можно отметить движение к повышению правовой определенности и снижению рисков ошибок 1-го рода. Так, можно отметить смягчение проблемы применения антимонопольных запретов регулятором при отсутствии анализа рынка, его продуктовых и географических границ, концентрации и рыночных долей фирм на данном рынке. Данная проблема была крайне актуальной в первые исследуемые годы, отказ от применения Порядка 220 (который предлагает тщательную методологию исследования рынка) приводил к типичным ошибкам 1-го рода, например интерпретации модели ценового лидерства на рынке как сговора. С другой стороны, отказ регулятора от применения Порядка 220 укреплял аргументацию компаний и мог приводить к повышению рисков ошибок и 2-го рода в рамках судебного оспаривания. В последующие годы данная проблема реже обсуждалась в судах, с 2015 г. применение Порядка 220 перестало быть рекомендательным для случаев сговора и согласованных действий, что может снизить риски ошибок 1-го рода в случае полноценного применения предложенной методологии.
- Позитивным трендом можно назвать и отход от обвинений в согласованных действиях на основе логики объективированного результата, т.е. обвинений на основе схожего поведения участников при отсутствии иных доказательств сговора, кооперации. Данная проблема была особо актуальна для дел в сфере государственных закупок, когда пассивное участие в аукционе могло в равной степени трактоваться и с точки зрения презумпции невиновности, и с точки зрения согласованных действий в рамках данного подхода. В последующие годы все чаще дела в сфере государственных закупок стали разрешаться на основе собранных прямых улик, что было связано на самом деле и с изменением стратегий фирм. Доминирование стратегии «таран» у участников аукционов приводило к возможности для регулятора использовать прямые улики и более убедительные свидетельства нарушения законодательства. При этом появилась существенная группа дел, где обвинение было выдвинуто не только против участников, но и против организаторов аукциона.

- В значительной мере смягчилась и проблема рисков ошибок 1 и 2-го рода при расследовании дел о кооперации банковских и страховых организаций. В первые исследуемые годы проблема стояла крайне остро — в судах рассматривалось значительное количество дел по данной тематике (так, в 2008–2010 гг. дела в банковской сфере составили более 21% от выборки), при этом фактически отсутствовало единое представление о пределах допустимости взаимосвязи предоставления банковских кредитов и оформления страхования. Суды принимали диаметрально противоположные решения — от фактически полного запрета предложения страхования при оформлении банковского кредита до полной свободы кооперации банков и страховых компаний. За прошедшие годы правовая определенность все же существенно выросла — было принято значительное число разъясняющих нормативных документов по данному вопросу, в суде формируется представление о том, как должна быть юридически корректно оформлена процедура рекомендаций страховых компаний со стороны банка при оформлении кредита.

Список литературы

1. *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.
2. *Авдашева С. Б., Макаров А. В.* Оценка эффектов при запрете антиконкурентных соглашений: решения арбитражных судов // Вопросы государственного и муниципального управления. — 2017. — № 3. — С. 51–71.
3. *Авдашева С. Б., Шаститко А. Е.* Экономический анализ в делах о нарушении закона «О защите конкуренции» // Вопросы экономики. — 2011. — № 2. — С. 122–139.
4. *Макаров А. В.* Трансформации антимонопольной политики в сфере борьбы со сговором в странах переходной экономики: Россия, Украина, Казахстан // Современная конкуренция. — 2014. — № 2 (44). — С. 39–59.
5. *Макаров А. В.* Дела об антиконкурентных соглашениях (2008–2010): риски ошибок первого рода // Вестник Московского университета. Серия 6: Экономика. — 2016. — № 1. — С. 84–107.
6. *Шаститко А. Е., Федулова А. А., Яковлева Е. Ю.* Регулирование вертикальных ограничений в России // Экономическая политика. — 2010. — № 5. — С. 42–61.
7. *Makarov A.* Comparative Analysis Of Antitrust Policy Against Collusion In Some Transition Economies: Challenges For Effectiveness — NRU Higher School of Economics, Series PA «Public Administration», 2014.
8. *Shastitko A., Golovanova S., Avdasheva S.* Investigation of collusion in procurement of one Russian large buyer // World Competition. — 2014. — Vol. 37. — Issue 2. — P. 235–247.

The List of References in Cyrillic Transliterated into Latin Alphabet

1. *Avdasheva S. B., Dzagurova N. B., Kryuchkova P. V., Yusupova 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 VShE', 2011.
2. *Avdasheva S. B., Makarov A. V.* Ocenka effektivov prizaprete antikonkurentny'x soglashenij: resheniya arbitrazhny'x sudov // Voprosy gosudarstvennogo i municipal'nogo upravleniya. — 2017. — № 3. — S. 51–71.
3. *Avdasheva S. B., Shastitko A. E.* Ekonomicheskij analiz v delax o narushenii zakona «O zashhite konkurencii» // Voprosy ekonomiki. — 2011. — № 2. — S. 122–139.
4. *Makarov A. V.* Transformacii antimonopol'noj politiki v sfere bor'by' so sgovorom v stranax perexodnoj ekonomiki: Rossiya, Ukraina, Kazaxstan // Sovremennaya konkurenciya. — 2014. — № 2 (44). — S. 39–59.
5. *Makarov A. V.* Dela ob antikonkurentny'x soglasheniyax (2008–2010): riski oshibok pervogo roda // Vestnik Moskovskogo universiteta. Seriya 6: Ekonomika. — 2016. — № 1. — S. 84–107.
6. *Shastitko A. E., Fedulova A. A., Yakovleva E. Yu.* Regulirovanie vertikal'ny'x ogranichenij v Rossii // Ekonomicheskaya politika. — 2010. — № 5. — S. 42–61.