

Сговор и согласованные действия

1 октября 2008 года в Институте современного развития состоялся «круглый стол» по теме «Сговор и согласованные действия», посвященный анализу российской практики борьбы с главными врагами конкуренции — соглашениями продавцов о ценах.

В кратком вступительном слове **Евгений Гонтмахер, член Правления Института современного развития**, отметил актуальность и, что не менее важно, дискуссионность темы обсуждения и призвал собравшихся активно представлять свои позиции, поскольку знаковой особенностью Института как площадки для обсуждения является высказывание различных точек зрения.



Евгений Гонтмахер,
член Правления Института
современного развития

Главные враги конкуренции



Андрей Шаститко,
генеральный директор фонда
«Бюро экономического анализа»

Открывая обсуждение, ведущий «круглого стола» **Андрей Шаститко, генеральный директор фонда «Бюро экономического анализа»**, отметил, что соглашения продавцов о ценах (картель и молчаливый сговор, соглашения

и согласованные действия) ограничивают конкуренцию и приводят к значительным потерям для покупателей. Попытки количественных оценок результатов ограничений конкуренции, представленные пока только в зарубежных исследованиях, показывают, что выгоды от фиксации цен, как одной из форм сговора, на зарубежных рынках составляют как минимум приблизительно 10% продажной цены, а медианные оценки доходят до 25%.

Естественно, такого рода действия являются одним из самых тяжелых нарушений антимонопольного законодательства, но вместе с тем, они оказываются и в числе наиболее трудно раскрываемых. Например, за прошедшее пятилетие в Евросоюзе было рассмотрено всего 32 дела картелей (правда, речь идет именно о международных картелях, потому что картелями в рамках национальных границ занимаются ведомства соответствующих

стран), но штрафы составили более 6 миллиардов евро.

В российском законодательстве, указал А. Шаститко, также есть статья 14.32 КоАП, где устанавливается административный штраф за соответствующие правонарушения до 15% от оборота на целевом рынке. Не менее важно, что предусматривается возможность освободиться от административной ответственности — так называемая «программа освобождения от наказания» (освобождения от ответственности) участников соглашений и согласованных действий.

Далее ведущий предложил собравшимся экспертам сконцентрироваться на трех основных вопросах: насколько активно Федеральная антимонопольная служба (ФАС) борется с соглашениями? Где проходит грань между соглашениями и согласованными действиями? Каковы основные проблемы применения программы освобождения от ответственности?

Фатальные изъяны законодательства...



Наталья Фонарева,
адвокат, в прошлом более 10 лет —
заместитель руководителя антимонопольного
ведомства

Наталья Фонарева, адвокат, в прошлом более 10 лет — заместитель руководителя антимонопольного ведомства, в своем выступлении указала на то, что проблема так называемых «согласованных действий» является одной из самых тяжелых проблем конкурентного права не только в России, но и во всем мире, а также напо-

нила, что приблизительно до 2004—2005 гг. у нас сложилась достаточно приемлемая практика, когда антимонопольные органы и арбитражные суды выработали единую правовую схему, понимая, по существу, под «согласованными действиями» действия параллельные, то есть, совершаемые без какого-либо предварительного согласования или сговора. Хотя сам термин «параллельные действия» никогда в российском законодательстве не существовал.

Однако после нескольких процессов металлургических компаний против ФАС сложившаяся практика развернулась «на 180 градусов» и московские арбитражные суды всех инстанций перестали воспринимать согласованное действие как по существу параллельное (когда хозяйствующие субъекты, не сговариваясь между собой, ведут одинаковую ограничивающую конкуренцию сбытовую политику).

Вместо этого суды стали трактовать согласованные действия как действия по реализации заключенного соглашения, что автоматически исключило из рассмотрения около 90—95% случаев антиконкурентной практики хозяйствующих субъектов. И данный подход (во многом благодаря лоббистским усилиям нескольких металлургических компаний) был закреплен в действующей редакцией Закона о защите конкуренции.

При буквальном прочтении соответствующей статьи (ст. 8) закона о конкуренции, отмечает Н. Фонарева, «согласованные действия» сведены к «действиям по заключению соглашения», а действия по организации этого соглашения, его реализации, прекращению и т.п. просто оказались вне формальных рамок регулирования и запрещения. А значит, действия, осуществляемые параллельным методом без заключения соглашения, сегодня выведены из-под действия закона, что уже привело к печальным последствиям.

Например, Н. Фонарева считает совершенно не случайным очередным ростом цен на продукцию топливно-энергетического комплекса, прежде всего, на топливо для автомобилей в конце 2006 года; рост тарифов в области проводной телефонной связи, в том числе, переход на повременную систему оплаты проводной связи в 2007 году; резкий рост цен на товары первой необходимости, прежде всего, пищевые продукты в конце 2007 — начале 2008 года.

Иными словами, сегодня закон работать не может, резюмировала свое выступление Н. Фонарева.

Иными словами, сегодня закон работать не может, резюмировала свое выступление Н. Фонарева.

...Или практические инструменты в руках регулятора...

Полемизуя с предыдущим выступлением, **заместитель руководителя Федеральной антимонопольной службы Андрей Кашеваров** предложил вниманию участников обсуждения несколько конкретных «кейсов» — рынка нефтепродуктов, рынка минеральных удобрений, рынка цемента, поставив вопрос, насколько динамика мировых цен влияет на динамику цен внутри страны.

По мнению А. Кашеварова мировая цена и ее рост имеют определяющее значение лишь на дефицитных для России рынках продукции. Например, дефицит на цементном рынке в 2007 году привел к росту цен, для борьбы с которым была обнулена импортная пошлина, товар был выведен на биржу. В результате в 2008 году в отличие от роста цен на все группы товаров и от двукратного роста в 2007 году, цена на цемент упала, причем в период сезонного спроса, на 30%. Обратная ситуация сложилась на рынке мине-

ральных удобрений, где тарифы на транспортировку и цены на основное сырье выросли примерно на 20—25%, а цена на конечную продукцию на 250%. Относительно последней ситуации необходимо ответить на вопрос: это сговор среди производителей комплексных минеральных удобрений или просто поведение, ориентированное на мировую цену?

Можно, отмечает А. Кашеваров, бесконечно долго вести дискуссии об адекватности поведения компаний на внутреннем рынке, о юридически точных формулировках различий между понятиями «соглашение» и «согласованные действия», однако «в жизни происходит именно так: сперва кто-то договорился, потом эти договоренности стали реализовываться. И зафиксированы они на бумаге или не зафиксированы, суть от этого для рынка и для потребителя не меняется». Такие явления характерны и для финансовых, и для товарных рынков.



Андрей Кашеваров,
заместитель руководителя Федеральной
антимонопольной службы

При этом законодательные инструменты (уже упоминавшиеся статьи закона

о защите конкуренции и КоАП) предоставили антимонопольному органу инструмент по раскрытию «соглашений» или «согласованных действий». Именно возможность освобождения от наказания, убежден А. Кашеваров, сейчас способствует изменению правил поведения на рынке. Это, в первую очередь, относится к финансовым рынкам,

поскольку для участников финансовых рынков чрезвычайно важна деловая репутация, а значит и риски разбирательства с регулятором. Фактически, подчеркивает А. Кашеваров, рынок не хочет терпеть риски, связанные с возможными наказаниями там, где возможен диалог, где возможно создание прозрачных правил игры.

Поэтому, считает А. Кашеваров, прежде чем обсудить предложения по изменению законодательства необходимо понять природу отношений, установить ограничения на отношения, определить способы обхода ограничений и средства раскрытия таких обходов. При этом речь идет о решении конкретных ситуаций, а не теоретическом споре.

...Которые используются без судебной практики...

Юлия Горячева, судья Высшего арбитражного суда Российской Федерации, в своем выступлении отметила, что ситуация с судебным рассмотрением дел по соглашениям и согласованным действиям уникальна. Высший арбитражный суд (ВАС) обратил свое внимание на эти нормы, даже несмотря на то, что они пока практически «не заработали»; Пленум ВАС принял постановление, призванное предупредить возможные сложности толкования арбитражными судами дел о сговорах, соглашениях и согласованных действиях.

Ю. Горячева отметила три основных положения данного постановления.

Во-первых, Высший арбитражный суд прямо указал арбитражным судам, что «согласованные действия» могут и не иметь документального подтверждения, а при принятии решений необходимо исходить из того, что это действия, которые были совершены синхронно, единообразно и в отсутствие обоснованных причин (что необычно для судов, работающих во всех отраслях кроме законодательства о конкуренции с конкретными документами, а не с «умозаключениями»).

Во-вторых, Высший арбитражный суд дал определение всем выявленным случаям, технологически допускающим различное толкование, таким образом, чтобы в максимальной степени противодействовать соглашениям и согласованным действиям.

В-третьих, Высший арбитражный суд предложил решение проблемы множественности участников, против которых выносятся санкции. При выявлении соглашений или согласованных действий принимается общее решение и выдается единое для всех предписание. Однако каждое лицо, указанное в предписании, может самостоятельно оспаривать выданное предписание, что ведет к нарушению единообразия судебной практики, когда одни и те же обстоятельства в делах участников одного соглашения трактуются по-разному. Чтобы исключить такую ситуацию Высший арбитражный суд указал, что когда решение и предписание выносятся в отношении нескольких лиц (в том числе по случаям сговора и согласованного действия), то к участию в деле привлекаются все эти лица. В этом случае состав лиц во всех делах будет единым, и по процессуальным правилам обстоятельства, установленные в одном деле, не доказываются вновь при рассмотрении следующих дел, что исключает возможность пересмотра одних и тех же обстоятельств путем последовательной подачи заявлений.

Однако, подчеркнула Ю. Горячева, судебная практика по применению данного законодательства минимальна. Например, проведенный анализ практики по 6 из 10 федеральных судов кассационной инстанции таких дел не выявил, а анализ практики судов апелляционной инстанции позволил установить два дела по согласованным действиям. При этом одно из них является классическим случаем,



Юлия Горячева,
судья Высшего арбитражного суда
Российской Федерации

который может быть включен во все учебники права, поскольку содержит все критерии согласованных действий, указанные в законодательстве. Второй же случай наоборот, является примером весьма спорной и нежелательной практики решения судебных споров, когда «согласованные действия» были квалифицированы некорректно.

Подводя итог, Ю. Горячева отметила, что по данному вопросу нужна положительная судебная практика, и ее почти полное отсутствие в течение двух лет после принятия законодательных норм свидетельствует не в их пользу.

... И в очень ограниченном составе

Продолжая обсуждение, профессор Государственного университета - Высшая школа экономики **Светлана Авдашева** предложила вернуться к оценке деятельности Федеральной антимонопольной службы по борьбе с соглашениями и согласованными действиями.

Отвечать на данный вопрос, по мнению С. Авдашевой, целесообразно с двух

позиций — конечного результата (т.е. предотвращения соглашений и согласованных действий) и результата непосредственного (т.е. выявления соглашений и согласованных действий).

С позиции конечного результата, отмечает С. Авдашева, ситуация неудовлетворительна, поскольку участники рынка не рассматривают обвинение в сговоре и соглашении в качестве дей-

ствительной угрозы своим действиям, как минимум на товарных рынках.

Для экономиста проблема обеспечения достоверности угрозы и предотвращения сговора сводится к вопросу о наличии действенных инструментов в распоряжении регулятора.

С. Авдашева, отметила, что с одной стороны, в антимонопольном законо-



Светлана Авдашева,
профессор Государственного университета -
Высшая школа экономики

дательстве появились новые инструменты, отсутствовавшие три года назад. Более того, ранее регулятор практически не имел рычагов влияния на участников рынка — в частности, набор возможных санкций сводился к штрафу до полумиллиона рублей и изъятию некой сложно вычисляемой «незаконно полученной» прибыли. Программа ослабления наказания как раз относится к числу новых инструментов регулятора, появившихся всего около года назад, что, возможно, объясняет отсутствие практики ее применения.

Однако с другой стороны, в антимонопольном законодательстве сохраняются существенные пробелы. Во-первых, весьма показательной проблемой, по мнению С. Авдашевой, является отсутствие четкого понимания (и у судов, и у участников рынка) критериев законности совершаемых действий или, иначе говоря, понимания того, какие действия законны, а какие нет. Например, из формулировок закона без дальнейших комментариев участникам рынка сложно понять, что запрещены в первую очередь соглашения о ценах и ведущие к ним, а не все соглашения.

Во-вторых, С. Авдашева обратила внимание на тот факт, что соглашение о ценах не обязательно ведет к ограничению конкуренции. Например, в том случае, когда рыночная доля участников соглашения ничтожно мала — 1–2% рынка.

В-третьих, отметила С. Авдашева, в силу сложности доказательств, предупреждения и наказания участников сговора, ФАС иногда инициирует введение новых правил, пытаясь привлечь к ответственности участников рынка, участвующих в сговоре, по другим статьям. Если Аль Капоне «посадили не за то, что он был главой мафиозного клана, а за то, что он всего лишь уклонялся от уплаты налогов, но для Аль Капоне не придумывали нового состава нелегальных действий», то в российском антимонопольном законодательстве и, особенно в последних поправках (т.н. «второй антимонопольный пакет»), существуют нормы (например «коллективное доминирование», «злоупотребление рыночной властью»), позволяющие карать за нарушение антимонопольного законодательства участников рынка, не ограничивающих конкуренцию.

В заключение С. Авдашева отметила, что среди используемых инструментов предотвращения соглашений практически отсутствуют инструменты «активной антимонопольной политики», работающие за счет воздействия на стимулы к заключению соглашений. Если упомянувшееся снижение импортных пошлин на цемент ликвидировало стимулы к заключению соглашений среди российских участников рынка, то в качестве обратного примера можно привести ситуацию на рынке розничной торговли, где вытеснение мелкооптовых рынков и альтернативных крупным сетям форматов торговли привело к формированию благоприятной среды для заключения соглашений несколькими оставшимися крупными участниками.

Именно в сфере активной антимонопольной политики существует серьезный резерв возможностей борьбы с соглашениями и согласованными действиями.

В свою очередь **Евгений Воеводин, руководитель некоммерческого партнерства «Содействие развитию конкуренции»**, согласившись с важностью появления у Федеральной антимонопольной службы обсуждаемых инструментов борьбы с соглашениями и согласованными действиями, подчеркнул серьезность проблемы отсутствия у участников рынка четкого понимания критериев законности или незаконности того или иного действия. В этом вопросе Е. Воеводин предложил воспользоваться практикой Европейского союза, предполагающей наличие руководств по разъяснению применимости тех или иных запретов и положений — например, руководства по применимости статьи 81 к «горизонтальным соглашениям», где объясняется, какие горизонтальные соглашения разрешены, а какие нет. Такое руководство имеет чрезвычайно важное значение для экономики, поскольку на любом рынке существует огромное количество горизонтальных соглашений, но далеко не все они противозаконны.

Евгений Воеводин,
руководитель некоммерческого партнерства
«Содействие развитию конкуренции»



В ходе последовавшей сессии вопросов и ответов, а также развернувшейся дискуссии участники «круглого стола», среди которых были практикующие юристы, представители бизнеса, сотрудники министерств и ведомств, экспертных и научных организаций, обсудили широкий круг вопросов по данной проблематике.

По результатам состоявшегося обсуждения Институтом современного развития был подготовлен перечень предложений по предупреждению соглашений и согласованных действий, направленный в заинтересованные министерства и ведомства.

Об Институте современного развития

Институт современного развития является научно-аналитическим центром, осуществляющим свою деятельность в сотрудничестве с ведущими российскими учеными и политическими экспертами. В Институте формируются предложения, разрабатываются документы, направленные на улучшение качества жизни граждан Российской Федерации путём модернизации российского общества.

Институт организует экспертные форумы по актуальным вопросам, затрагивающим гражданское общество в России, посредством прямого открытого конструктивного диалога. В рамках научно-исследовательской деятельности Института и по результатам экспертных обсуждений формулируются практические рекомендации для Президента и Правительства РФ, готовятся аналитические и информационные материалы, адресованные всей российской общественности.