

Стал бы он оборачиваться?



Вадим НОВИКОВ,

старший научный сотрудник
РАНХиГС при Президенте РФ

В 2010 г. ФАС России возбудила 128 антимонопольных дел по признакам согласованных действий на рынках продовольственных товаров. Это количество существенно превосходит показатели развитых стран, что может объясняться как особо высокой склонностью российских компаний к сговорам, так и особо низкими стандартами доказательства в подобных делах. Разумеется, не исключено и сочетание этих факторов.

Определить, какая из этих версий верна и можно ли надеяться на снижение цен в результате действий ФАС России, невозможно без обсуждения того, как в принципе можно отличить поведение конкурентов от поведения сотрудничающих фирм.

О сложностях квалификации согласованных действий

Зачастую верное суждение об обстоятельствах дела зависит от способности понять, какое поведение будет естественным в тех или иных конкретных обстоятельствах.

Шерлок Холмс однажды раскрыл преступление благодаря тому, что знал: если из конюшни уведут лошадь и собака не лает, то это странно, когда ее уводит чужак, и естественно, когда уводит хорошо знакомый собаке человек¹.

Другим примером подобного умения служит описанный П. Сергеевичем молодой адвокат, полагавший, что подсудимый, который, будучи пьян, сорвал шапку с потерпевшего, а до того разбил на базаре витрину и опрокинул лоток, по всей видимости, сорвал шапку из озорства, а не с целью присвоения, и потому должен быть судим не за грабеж, а лишь за нарушение тишины и спокойствия².

¹ См. Конан Дойл А. Рассказы о Шерлоке Холмсе.

² См. Сергеев П. Уголовная защита. М.: Издательство Юрайт. 2009. С. 19.

Квалификация согласованных действий в антимонопольных делах *целиком* сводится к этому умению.

Обратимся к определению согласованных действий в ст. 8 Закона «О защите конкуренции»:

Согласованными действиями хозяйствующих субъектов являются действия хозяйствующих субъектов на товарном рынке, удовлетворяющие совокупности следующих условий:

- 1) *результат таких действий соответствует интересам каждого из указанных хозяйствующих субъектов только при условии, что их действия заранее известны каждому из них;*
- 2) *действия каждого из указанных хозяйствующих субъектов вызваны действиями иных хозяйствующих субъектов и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на все хозяйствующие субъекты на соответствующем товарном рынке.*

Из определения следует, что речь идет о действиях, которые никто не стал бы совершать, если бы не знал, что все остальные участники этих действий поступят так же. Пример чего-то похожего на то, о чем идет речь в определении, дает строчка из песни Максима Леонидова:

«Я оглянулся посмотреть, не оглянулась ли она, чтоб посмотреть, не оглянулся ли я».

Представим, суду известно: на протяжении относительно короткого промежутка времени два человека обернулись. Но как узнать, являются ли эти действия согласованными?

Для этого нужно положительно ответить на каждый из трех групп вопросов.

1. Было ли знание? (Знал ли он, что она обернется? Знала ли она, что обернется он?)
2. Было ли знание одной из причин для действия? (Было ли то, что он знал, что она оглянется одной из причин того, почему оглянулся он сам? Было ли то, что она знала, что он оглянется одной из причин того, почему оглянулась она?)
3. Было ли знание *решающей* причиной для действия? (Оглянулся бы он, если бы думал, что она не оглянется (даже если на деле он был уверен, что она оглянется)? Оглянулась бы она, если бы думала, что он не оглянется

(даже если на деле она была уверена, что он оглянется)?)

Ключевой, третий, вопрос требует того умения определять естественное, сообразное обстоятельствам поведение, о котором уже шла речь.

Нужно выяснить, какие действия будут в его и в ее интересах в случаях наличия либо отсутствия известности о действиях друг друга.

Ответ на такие вопросы сложен не только для внешних наблюдателей – он наверняка будет сложен и для самих участников событий.

И легко понять почему: знания, которые здесь требуются, более тонки, чем знания о довольно общих чертах поведения, которыми воспользовались Шерлок Холмс и молодой защитник.

В том, что Закон о защите конкуренции требует от правоприменителей такого рода знаний, есть некоторый парадокс.

Рыночная конкуренция существует именно потому, что неизвестно, какие именно деловые решения являются наилучшими, или, точнее, неизвестно, кому именно это известно³.

Если бы неудачность деловых решений была известна заранее, кто бы сознательно пошел на убытки?

³ «Полезно помнить, что когда мы используем конкуренцию, это может быть оправдано только тем, что мы не знаем основных обстоятельств, которые определяют поведение конкурентов... Было бы очевидным абсурдом содействовать состязанию, если бы мы заранее знали, кто должен быть победителем» (Hayek F.A. Competition as a Discovery Procedure // The Quarterly Journal of Austrian Economics. 2002. Vol. 5 № 3 (статья доступна в сети Интернет по адресу: https://mises.org/journals/qjae/pdf/qjae5_3_3.pdf).

Об отсутствии знаний о правильных действиях конкурентов говорит и американский судья Фрэнк Истербрук: «Во многих смыслах полезно считать рыночное поведение случайным. Фирмы испытывают десятки практик. Большинство из них проваливаются, и фирмы вынуждены пробовать другие или уходить. Другие практики что-то приносят потребителям — сокращая издержки или повышая качество — и таким образом выживают. В конкурентной борьбе выживают фирмы, применяющие лучшие практики. Ошибки погребаются. Почему конкретные практики срабатывают? Фирмы, их избравшие, могут знать причину или не знать ее. Они могут описать, «что» они делают, но более сложно описать «почему». На этот вопрос сможет ответить только тот, кто обладает весьма полным знанием о рыночном процессе, а также временем и данными, необходимыми для оценки. Иногда ответить на него не может никто». (Истербрук Ф. Пределы антимонопольного правоприменения // Экономическая политика. 2010. №5–6.).

Если бы выигравшие в конкуренции фирмы были известны заранее, кто бы соглашался создавать разорившиеся?

При этом наличие на рынке множества прибыльных фирм и приносящих прибыль товаров с разной ценой и качеством свидетельствует о том, что нередко одновременно существует не одно, а несколько правильных («естественных») решений.

Получается, что если бы знания, которые необходимы для достоверного выявления согласованных действий, были нам доступны, не было бы ни конкуренции, ни, как следствие, Закона о защите конкуренции и его положений о согласованных действиях. В то же время существование нормы о согласованных действиях свидетельствует о наличии конкуренции и, как следствие, об отсутствии необходимых для применения этой нормы достоверных знаний.

Сказанное, конечно, не означает, что невозможен разумный, основанный на правилах логики и опыте – том, что в испаноязычной юриспруденции называется здоровым критицизмом (*sana critica*), – вывод о согласованности действий.

Речь о том, что в этом вопросе соблюсти высокий стандарт доказывания наподобие стандарта «вне разумных сомнений» едва ли возможно. Тем не менее, экономическая теория может указать на факторы, учет которых повышает вероятность того, что сделанный вывод окажется верным. Одни из них относятся к структуре рынка, другие – к характеристикам поведения компаний.

Анализ структуры рынка

Прежде всего необходимо разобраться, являются ли успешные, т.е. ведущие к прибыли, согласованные действия в предложенных обстоятельствах в принципе возможными или, как минимум, вероятными.

Проверить возможность успешных согласованных действий на рынке требует не только здравый смысл, но также Закон о защите конкуренции и практика его применения.

1. Согласно ст. 8 Закона о защите конкуренции согласованными считаются действия хозяйствующего субъекта, которые были бы невы-

Практика Верховного суда США

В американской антимонопольной юриспруденции необходимость подобного анализа была закреплена Верховным судом США в деле *Matsushita v. Zenith Radio Corp.* (1986)¹.

Обсуждая предполагаемый случай более чем 20-летнего сговора с целью поддержания заниженных цен – того, что рациональные фирмы наверняка не стали бы делать, – суд постановил, что «если фактический контекст делает утверждения... неправдоподобными, т.е. утверждениями, которые не имеют экономического смысла... должны [быть] предоставлены более убедительные подтверждения в поддержку своих утверждений, чем было бы в противном случае».

Отсюда верно и обратное: в ситуациях, когда сговор наиболее рационален и рыночные данные позволяют с достаточной точностью предположить возможные параметры такого сговора, суд может обойтись меньшим количеством доказательств.

Этот вывод Верховного суда США отражает универсальный принцип, который применим ко всем аспектам жизненного опыта: больше доказательств требуется для получения вывода, что случилось нечто нерациональное или необычное, чем в случае, когда речь идет о чем-то обыденном и рациональном².

¹ <http://supreme.justia.com/us/475/574/case.html>

² *Hovenkamp H. The Antitrust Enterprise. Cambridge; Massachusetts, Harvard University Press, 2005. P. 134.*

годны без аналогичных действий других хозяйствующих субъектов.

Следовательно, нужно установить, что взаимозависимость данных хозяйствующих субъектов такова, что они могут данные действия друг друга из невыгодных сделать выгодными.

2. Согласно ст. 11 Закона о защите конкуренции запрету подлежат не вообще согласованные действия, а такие, которые «приводят или могут привести» к ряду указанных в законе последствий, например к установлению или поддержанию цен.

Следовательно, нужно определить, когда действия в состоянии привести к таким последствиям.

3. ВАС РФ говорит, что требующийся законом вывод об осведомленности компаний о действиях друг друга может быть сделан исходя из «общего положения дел на товарном рынке, которое предопределяет предсказуемость такого [согласованного] поведения как групповой модели» (Постановление Президиума ВАС РФ от 21 апреля 2009 г. № 15956/08 по делу № А65-3185/2008-СА1-23).

Следовательно, нужно знать, когда положение дел на рынке «предопределяет» такую предсказуемость.

В экономической литературе соблюдение всех этих трех условий тесно увязывается с наличием олигополистического рынка, где концентрация высока и одновременно высоки барьеры для входа на такой рынок.

Неслучайно, что после повышения стандартов доказывания по делам о согласованных действиях антимонопольные органы ЕС стали применять для тех же целей дела о злоупотреблении коллективным доминированием (легальный эквивалент «олигополии»).

Каковы же критерии установления коллективно-го доминирования?

Немецкий антимонопольный закон (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) говорит о ситуациях, когда доля трех крупнейших компаний превышает 50% или доля пяти (и менее) компаний превышает 66,6%. Российский закон признает коллективное доминирование, если доля трех крупнейших компаний превышает 50% или доля пяти (и менее) компаний превышает 70%.

Еще один количественный критерий дают положения Закона о защите конкуренции относительно определения индивидуального доминирующего положения, т.е. такого положения, которое дает компании возможность в одностороннем порядке повышать цену.

Разумно утверждать, что если все подозреваемые в согласованных действиях участники рынка вместе взятые даже в случае объединения не создали бы компанию с доминирующим положением, то у них тем более нет возможности поднимать цену без объединения в ситуации, когда интересы зачастую разнородны и у каждого потенциального участника согласованных действий есть стимулы тайно отклониться от выполнения договоренностей.

При этом согласно Закону о защите конкуренции презумпция доминирования возникает, если доля компании выше 50%.

Из этого можно сделать вывод, что если доля трех крупнейших компаний на рынке или доля предполагаемых участников согласованных действий меньше 50%, то согласованные действия на этом рынке или между данными компаниями маловероятны.

Пример такой ситуации дают антимонопольные дела по признакам согласованных действий на рынке гречневой крупы в г. Казань и г. Набережные Челны, которые возбуждены против торговых сетей. По данным Росстата, доля всех торговых сетей в Республике Татарстан составляет 35%, а на основе данных агентства INFOLine видно, что доля ответчиков в каждом из городов составляет не более 15%. В этой ситуации можно утверждать, что успешные согласованные действия едва ли возможны.

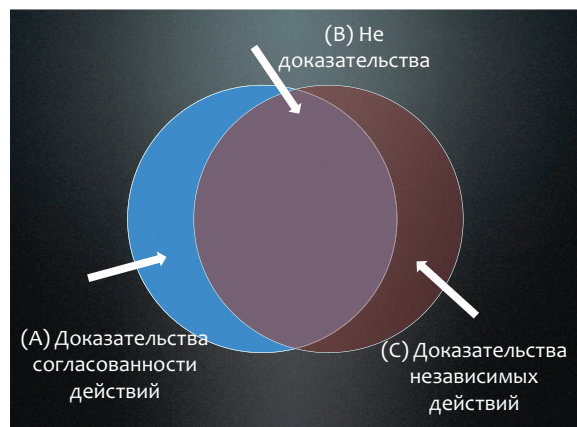
Список факторов, которые важны для установления возможности согласованных действий, не исчерпывается показателями концентрации и барьеров входа. Есть и другие принципиально важные факторы, скажем, относительное сходство долей конкурирующих компаний и возможность участников рынка делать тайные друг от друга скидки для своих покупателей. Полный экономический анализ возможности согласованных действий строится на основе подхода «консенсус-выявление-наказание» (Consensus-Detection-Punishment Paradigm) и состоит в ответе на три группы вопросов: 1) могут ли участни-

ки согласованных действий прийти к согласию («консенсусу») относительно общей ценовой политики; 2) могут ли они выявлять нарушения общей ценовой политики; 3) есть ли способ наказать «штрейкбрехеров» за нарушения⁴.

Анализ поведения компаний

Другой тип экономического анализа, который необходим в делах о согласованных действиях, состоит в анализе поведения компаний – их ценообразования, объемов продаж и других ключевых показателей.

Какие признаки могут быть свидетельствами согласованности действий? **На рисунке** синий круг обозначает характеристики поведения компаний, которые присущи им при согласованных действиях, а красный – их поведение при независимых действиях. Пересечение этих кругов – область (В) – указывает на естественное поведение, которое совместимо с обоими объяснениями и, как следствие, не является доказательством ни одного из них. Доказательства же следует искать в областях (А) и (С).



Рассмотрим в свете этого такую характеристику действий хозяйствующих субъектов, как их «единообразие и синхронность», о которой говорится в Постановлении Пленума ВАС РФ от 30 июня 2008 г. № 30

⁴ Обзор этих факторов можно найти в работе: Ivaldi M., Jullien B., Rey P., Seabright P., Tirole J. The Economics of Tacit Collusion. IDEI, Toulouse. Report prepared for the European Competition Commission, 2003. Интернет-адрес: http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf; а также в: Decker C. Economics and the Enforcement of European Competition Law. Edward Elgar, 2009.

(«о согласованности действий... может свидетельствовать тот факт, что они совершены единообразно и синхронно при отсутствии на то объективных причин»).

В сфере ценообразования для оценки единообразия и синхронности иногда используется коэффициент корреляции, и эта корреляция цен в случае согласованных действий наверняка будет сильна.

Но проблема в том, что в соответствии с экономическим «законом одной цены» на конкурентном рынке существует тенденция к единству цен, в частности на совершенно-конкурентном рынке все цены на один товар всегда одинаковы (с поправкой на транспортные и подобные расходы), и, следовательно, корреляция будет равна 1. Как следствие, высокая положительная корреляция – доказательство типа (В), т.е. не доказательство вовсе.

Внимание – гречка!

Возьмем пример из практики.

В деле против продавцов гречневой крупы в Республике Марий Эл в качестве одного из решающих доказательств ФАС России использовала высокую – 0,91 – корреляцию цен между ООО «Мегапол» и ООО «Универсал»⁵.

В то же время между средней ценой гречневой крупы в Республике Марий Эл на протяжении 2010 г. и средней ценой взаимозаменяемого товара, пшена, в Томской области наблюдается ровно та же самая высокая корреляция – 0,91.

Если эта корреляция столь высока в случае с ценами на разные товары, которые продаются в двух удаленных друг от друга и существенно отличающихся по социально-экономическим параметрам регионах, то этот же показатель нельзя считать необычно высоким, когда речь идет о продаже одного и того же товара в одном и том же регионе.

⁵ Решение Марийского УФАС России по делу № 03-47/42. Доступно по Интернет-адресу: <http://mari-el.fas.gov.ru/news.php?id=1224>

Означает ли это, что расчет коэффициента корреляции бесполезен? Ни в коем случае. Низкая положительная корреляция и тем более отрицательная корреляция (чем больше цена одной компании, тем меньше цена другой) являются доказательствами типа (С), т.к. говорят против предположения о том, что действия компаний согласованы друг с другом⁶.

Как поясняется в справочнике Американской ассоциации юристов «Доказательство сговоров согласно федеральным антимонопольным законам»⁷, «сознательный параллелизм» (американский аналог «единообразия и синхронности») является не достаточным признаком согласованных действий, а *необходимым*. Его отсутствие говорит больше, чем его присутствие.

При этом, как подчеркивается в Модельной инструкции для жюри Американской ассоциации юристов, сходное «поведение может быть ничем большим, как результатом независимых решений в ответ на идентичные или сходные рыночные условия»⁸.

Этот взгляд в принципе присущ и российскому антимонопольному правоприменению. Согласно Закону о защите конкуренции действия на основе «обстоятельств, в равной мере влияющих на все хозяйствующие субъекты» исключают наличие согласованных действий, и о том же говорится в Постановлении ВАС РФ в оговорке «при отсутствии на то объективных причин».

Дьявол, как обычно, в деталях.

С точки зрения экономической теории изменения цены предопределяются изменениями спроса и предложения. **Однако ФАС России трактует положения Закона о защите конкуренции** («такими обстоятельствами, в частности, могут быть... существенное изменение спроса на товар в течение не

менее чем одного года») в том смысле, что **только лишь изменение спроса в течение не менее чем одного года может быть сочтено объективной причиной, исключающей согласованные действия.**

Такая интерпретация этой нормы крайне неудачна – она способствует наказанию компаний за нормальное конкурентное поведение, – хотя и не лишена некоторых оснований в тексте закона.

Однако эта интерпретация не представляла бы особой проблемы, если бы ФАС России не упускала из виду, что изменение спроса также является фактором, который влияет на то, результат каких действий будет в интересах хозяйствующего субъекта.

Не так важно, является ли повышение спроса в течение одного месяца объективным «обстоятельством» в смысле второй части определения согласованных действий, так как оно все равно делает оправданным повышение цены на основе первой части этого определения.

Итак, вследствие первой части определения согласованных действий закон требует учитывать *все* изменения спроса и предложения и вообще того, что изменяет прибыльность различных действий компаний. Но как это сделать?

Скажем, как определить, какой рост цены будет естественным при данном росте спроса?⁹

Поиск ответа на этот вопрос может пойти по одному из двух путей.

Первый путь состоит в детальном анализе положения отдельных фирм, которое могло бы показать, скажем, что при новом уровне спроса максимизирующая прибыль компании цена товара на 10% выше старой. Если рост цен существенно не отличается от этой величины, то он, по всей видимости, целиком объясняется изменением спроса, а не другими факторами, включая предполагаемый сговор.

Второй путь состоит в поиске рынков, которые были бы сходны с исследуемым, но не затронуты каким-либо сговором.

⁶ Такого рода ситуация наблюдается в отношении среднемесячной наценки компаний, которые обвиняют в согласованных действиях на рынке гречневой крупы в Набережных Челнах. Так, наценки двух ответчиков – ООО «Оптовик» и ООО «ТД «Камилла» – по большей части связаны отрицательной корреляцией с наценками ЗАО «ТД Перекресток», ЗАО «Тандер» и ООО «Бахетле-1». Это является аргументом против того, что все эти компании осуществляли согласованные друг с другом действия.

⁷ Proof of Conspiracy under Federal Antitrust Laws. American Bar Association. 2010. P. 65.

⁸ Proof of Conspiracy under Federal Antitrust Laws. American Bar Association. 2010. P. 269.

⁹ Более подробное обсуждение поведенческих маркеров сговоров можно найти в работе: Harrington, J.E. Jr. Detecting Cartels / P. Buccirossi (ed.). Handbook in Antitrust Economics. MIT Press, 2006. P. 213–258.

Если в аналогичных обстоятельствах в отсутствие сговора компании на сходном рынке повысили цену на 10%, то из этого можно заключить, что и на исследуемом рынке такое же повышение следует трактовать как естественное конкурентное поведение.

* * *

Идентификация согласованных действий на основе Закона о защите конкуренции целиком состоит в умении определять, какое поведение будет в интересах компании при тех или иных предпосылках. Это вопрос, ответ на который арбитражные суды и ФАС России по большей части даже не ищут, однако для

добросовестного правоприменителя он является серьезным вызовом. Будь мы в состоянии надежно отвечать на такие вопросы, конкуренция была бы излишней, как и законы в ее защиту. Как следствие, достоверный – вне разумных сомнений – вывод о согласованности действий сделать едва ли возможно. И все же применение экономического анализа в состоянии повысить надежность вывода – *in regione caecorum rex est luscus*¹⁰.

¹⁰ «В стране слепых одноглазый – король» (лат.). – Примеч. ред.

We are the right move for you!

IWM

» **ОФИСНЫЕ ПЕРЕЕЗДЫ ЛЮБОЙ СЛОЖНОСТИ И МАСШТАБА**

» **ПЕРЕВОЗКА СЕЙФОВ, БАНКОМАТОВ, СЕРВЕРОВ.
ТАКЕЛАЖНЫЕ РАБОТЫ**

» **ПЕРЕВОЗКА ЛИЧНЫХ ВЕЩЕЙ СОТРУДНИКОВ КОМПАНИЙ
И ЧАСТНЫХ ЛИЦ**

» **МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПЕРЕВОЗКИ ЛИЧНОГО ИМУЩЕСТВА**

» **ПЕРЕВОЗКА КУЛЬТУРНЫХ ЦЕННОСТЕЙ**

» **ЭКСПОРТНОЕ/ИМПОРТНОЕ ТАМОЖЕННОЕ ОФОРМЛЕНИЕ**

» **ХРАНЕНИЕ АРХИВОВ И ИМУЩЕСТВА**

» Domestic & International Movers

www.iwm.ru

121059, Москва,
Бережковская набережная, 20/3
тел. +7 (495) 937-94-54
e-mail: sales@iwm.ru

191040, Санкт-Петербург,
ул. Генерала Хрулёва, 7
тел. +7 (812) 393-70-54
факс +7 (812) 309-12-12

693000, Южно-Сахалинск,
ул. Карла Маркса, 16
тел.: +7 (4242) 742-290,
+7 (4242) 723-137