

Влияние интерпретации антимонопольного законодательства на признание фирм вступившими в молчаливый сговор

Александр Владимирович Княгинин (e-mail: aknyagin@nifi.ru), лаборант-исследователь Центра перспективного финансового планирования, макроэкономического анализа и статистики финансов Научно-исследовательского финансового института (г. Москва)

Аннотация

Исследование посвящено оценке влияния интерпретации норм антимонопольного права на решение суда о соответствии поведения фирм молчаливому сговору. В первой части работы молчаливый сговор рассматривается в качестве экономической модели, после чего описывается подход к его регулированию на практике в российском законодательстве. Далее проведен анализ содержания по выборке судебных дел, в которых в молчаливом сговоре были заподозрены фирмы розничного топливного рынка, в результате чего определены основные эффекты интерпретации норм на решение суда. Делается вывод, что сформулированные в законе термины при определенных обстоятельствах делают исход дела зависящим от субъективного мнения суда по поводу их интерпретации, а также порождают ряд других систематических непредусмотренных в законе эффектов, которые могут приводить к снижению общественного благосостояния.

Ключевые слова:

молчаливый сговор, антимонопольное законодательство, топливный рынок, общественное благосостояние, ошибки I и II рода

JEL: K21, L41

Молчаливый сговор входит в число запрещенных в Российской Федерации форм ограничения конкуренции, и потому антимонопольное законодательство должно включать в себя нормы, согласно которым можно было бы признать фирмы участвовавшими в этом правонарушении. При этом молчаливый сговор не оставляет прямых улик, так как представляет собой такой тип скоординированного поведения фирм, которому не предшествует заключение каких-либо договоренностей в устной или письменной форме. Таким образом, разработка норм, в соответствии с которыми фирмы должны признаваться вступившими в молчаливый сговор, требует опоры на экономическую теорию.

Так как разработка подобных норм — достаточно сложный процесс, а в распоряжении у органов антимонопольного регулирования и судебной системы находятся только косвенные улики, все решения при расследовании молчаливого сговора будут являться оценочными и потому будут сопряжены с ошибками. Применительно к антимонопольному праву можно говорить об ошибках I и II рода в правоустановлении и правоприменении [1, с. 61]. Ошибками I рода в правоустановлении будут являться лишние ограничения, не способствующие достижению целей антимонопольной политики, а ошибками II рода — слишком мягкие ограничения или вовсе их отсутствие в случае, когда они необходимы. В правоприменении ошибка I рода — это наказание невиновного (чрезмерное наказание нарушителя) или же неверное применение ограничений, а ошибка II рода — отсутствие наказания нарушителя (недостаточно строгое наказание) или отсутствие применения ограничений там, где они должны быть согласно закону.

Целью антимонопольной политики можно считать рост общественного благосостояния, которое, как известно, зависит положительно от экономической эффективности и справедливости. При этом ошибки, допускаемые на этапах правоустановления и правоприменения, могут как отдалять антимонопольную политику от достижения поставленных задач (ошибки II рода), так и порождать случаи несправедливости и экономической неэффективности (ошибки I рода). И то и другое сократит рост общественного благосостояния. Введение и применение норм антимонопольного законодательства будет оправданно только в том случае, если рост общественного благосостояния с учетом последствий ошибок превысит стоимость издержек правоприменения. Это подразумевает и то, что устранение выявленной ошибки будет иметь смысл только тогда, когда рост общественного благосостояния после исправления этой ошибки будет превышать рост стоимости издержек правоприменения, которым может сопровождаться устранение ошибки.

На размер издержек правоприменения оказывают прямое влияние решения на этапе правоустановления, но фактический размер издержек все же определяется на этапе правоприменения, поэтому законодатель вынужден полагаться на вероятностные суждения, определяя содержание нормы, с которой эти издержки будут связаны. Тем не менее законодателю доступно некоторое знание о том, что повлечет за собой рост или снижение издержек правоприменения. К примеру, очевидно, что введение большего количества условий, необходимых для признания фирм вступившими в молчаливый сговор, увеличит издержки правоприменения, но сократит вероятность ошибок I рода в правоприменении. В то же время сведение вероятностей ошибок I и II рода к нулю потребовало бы таких издержек правоприменения, стоимость которых можно считать стремящейся к бесконечности, а потому в принципе недостижимо. Можно заключить, что нормам, обеспечивающим максимальный рост общественного благосостояния, будет соответствовать некоторый баланс между вероятностями ошибок I и II рода и издержками на правоприменение.

Цель этой работы — показать, что систематические ошибки в правоприменении в отношении молчаливого сговора могут возникать по причине неверной интерпретации судебными органами норм, разработанных с опорой на экономическую науку. Систематический характер подобных ошибок указывает на то, что их появление не учитывается законодателем при разработке норм (или не учитывается в должной мере), потому как иначе были бы внедрены более точные пояснения норм, благодаря которым у судов был бы единый подход к их интерпретации, не позволяющий ошибкам в ней быть регулярными. Если законодатель значительно недооценивает вероятности ошибок I и II рода, то это означает, что баланс между вероятностями ошибок и издержками на правоприменение не соблюдается, и в таком случае нормы не обеспечивают максимально возможный рост общественного благосостояния.

С целью выявления подобных неверных интерпретаций и их последствий для исхода дела было проанализировано более 50 документов, в которых изложены решения арбитражных судов касательно отмены или оставления в силе решения территориальных управлений ФАС (далее — УФАС). Выборку сформировали фирмы рынка розничной продажи топлива, так как именно этот рынок служит объектом пристального внимания антимонопольных органов и к тому же располагает к заключению молчаливого сговора за счет прозрачности цен.

МОЛЧАЛИВЫЙ СГОВОР: ТЕОРИЯ

Под сговором понимается ситуация, когда фирмы координируют свои действия, чтобы достичь максимальных уровней прибыли. Предполагается, что благосостояние общества в совокупности при этом снижается: потребительский излишек сокращается, развитие отрасли в отсутствие конкуренции замедляется, а ограничение конкуренции может привести к ущемлению фирм, не вступавших в сговор. Как правило, сговор выражается

в поддержании цен и распределения предложения между фирмами, но в зависимости от особенностей рынка скоординированные действия могут также принимать форму стандартизации товаров, единой схемы ценообразования и фиксирования цен и качества дополнительных услуг [2, с. 6–7].

Согласно народной теореме¹ поддержание сговора возможно, если фирмы будут учитывать будущие потоки прибылей от поддержания сговора и те будут превышать прибыль при выборе конкурентной стратегии. Устойчивым кооперативное равновесие делает наличие у фирм триггер-стратегий: фирмы выбирают кооперативную стратегию, если в предыдущем периоде все фирмы выбрали кооперативную стратегию, и выбирают стратегию-наказание, которая обеспечивает участникам рынка минимальную норму прибыли, если хотя бы одна из фирм выбрала в предыдущем периоде конкурентную стратегию. Стратегия-наказание подбирается так, чтобы выигрыш от последовательного выбора кооперативной стратегии превышал выигрыш от разового переманивания доли рынка у других фирм и дальнейшего конкурентного равновесия.

Изначально координация действий фирм была отождествлена со вступлением в картель и заключением договора об ограничении конкуренции, и потому по закону преследовалось именно наличие тайных соглашений между фирмами. Тем не менее на данный момент существует консенсус в том, что далеко не всегда координация действий требует встреч и заключения соглашений в устной или письменной форме: если известно, что все фирмы желают максимизировать свою прибыль, а также что существует такой набор стратегий фирм, который максимизирует прибыль отрасли, распределяя ее между фирмами соответственно принимаемому всеми стандарту, то фирмы станут координировать свои действия даже в отсутствие фактических договоренностей [3]. Подобную модель скоординированного поведения принято называть молчаливым сговором, и есть основания полагать, что фирмы будут предпочитать молчаливый сговор явному на рынках с небольшим количеством симметричных участников [4, с. 20].

Молчаливый сговор, в отличие от эксплицитного, не создает прямых улик, которые бы имели бесспорную доказательную силу в суде, и поэтому единственный способ, которым возможно доказать существование молчаливого сговора, — это сбор достаточного количества косвенных уликов. Хотя представители антимонопольной службы не могут знать, действительно ли поведение фирм является скоординированным, рассмотрение совокупности косвенных признаков сговора может оказаться достаточным для того, чтобы с высокой вероятностью вынести верное заключение о наличии молчаливого сговора.

МОЛЧАЛИВЫЙ СГОВОР: РОССИЙСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

В российском антимонопольном законодательстве сговор, которому предшествовала договоренность между представителями фирм, называется «соглашением», а молчаливый сговор — «согласованными действиями». Эти формы сговора имеют одинаковый правовой статус: они признаются незаконными при выполнении условий, перечисленных в ст. 11 Закона о защите конкуренции, но допустимы при выполнении условий из ст. 13. Подобный подход изначально был основан на законодательстве Европейского союза и в корне отличается от отношения к молчаливому сговору в США. Сознательный параллелизм не нарушает Акта Шермана, и хотя американские суды понимают, что подобная практика вредит потребителям, они не считают возможным для рациональных олигополистов избежать ее и не видят способа пресечь это, не порождая больше вреда, чем пользы [5, с. 596]. В то же время, хотя законодательство Евросоюза ближе к российскому

¹ В теории игр народная теорема гласит, что если игроки достаточно терпеливы (дисконт-фактор достаточно велик), то любой достижимый и индивидуально рациональный профиль выигрышей может являться равновесием по Нэшу.

и в целом принято считать, что молчаливый сговор в Евросоюзе преследуется антимонопольным правом, законы, которые однозначно бы запрещали молчаливый сговор, в европейском законодательстве отсутствуют. Дело заключается в том, что меры по предотвращению молчаливого сговора принимаются при контроле слияний, а ст. 101 (запрещающая сговор) и ст. 102 (запрещающая коллективное доминирование) Договора о функционировании Европейского союза молчаливый сговор как практику напрямую не запрещают [6, с. 48]. Таким образом, использование судебного опыта США и Евросоюза для оценки применения антимонопольного права при доказывании молчаливого сговора в России представляется затруднительным.

В российском законодательстве молчаливый сговор может преследоваться как напрямую, так и косвенно: через доказывание коллективного доминирования с последующим доказыванием наличия монопольно высокой цены. Косвенный способ далее не будет обсуждаться в данной статье, так как он не требует доказывания координации стратегий фирм и задействует скорее бухгалтерский, нежели экономический подход [7, с. 99]. Прямой же способ доказывания молчаливого сговора предполагает в первую очередь доказывание соответствия действий фирм-конкурентов определению согласованных действий, представленных в ст. 8 Закона о защите конкуренции². В редакции Закона о защите конкуренции (далее также — Закон) от 29.07.2017 согласованными действиями хозяйствующих субъектов признавались их действия на товарном рынке, удовлетворяющие совокупности следующих условий:

1) результат таких действий соответствует интересам каждого из указанных хозяйствующих субъектов;

2) действия заранее известны каждому из участвующих в них хозяйствующих субъектов в связи с публичным заявлением одного из них о совершении таких действий;

3) действия каждого из указанных хозяйствующих субъектов вызваны действиями иных хозяйствующих субъектов, участвующих в согласованных действиях, и не являются следствием обстоятельств, в равной мере влияющих на все хозяйствующие субъекты на соответствующем товарном рынке. Такими обстоятельствами, в частности, могут быть изменение регулируемых тарифов, изменение цен на сырье, используемое для производства товара, изменение цен на товар на мировых товарных рынках, существенное изменение спроса на товар в течение не менее чем один год или в течение срока существования соответствующего товарного рынка, если этот срок составляет менее чем один год³.

Действия, связанные с выполнением соглашения, то есть имеющие место при вступлении в явный сговор, к согласованным действиям не относятся. Согласованные действия при этом не запрещены как таковые: судом должно быть установлено, что они приводят к каким-либо из последствий, перечисленных в ст. 11.1 Закона о защите конкуренции, и не улучшают благосостояние общества.

Все три условия, как будет далее продемонстрировано, могут трактоваться достаточно широко, но третье условие также получило уточнение, содержащееся в Постановлении пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации № 30 от 30.06.2008 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства». Наиболее практически применимым и потому популярным в арбитражных судах (как показал анализ текстов решений) является следующий фрагмент постановления: «...о согласованности действий, в числе прочих обстоятельств, может свидетельствовать тот факт, что они совершены различными участниками рынка

² Федеральный закон № 135-ФЗ от 26.07.2006 (ред. от 29.07.2017) «О защите конкуренции» / Собрание законодательства РФ. 31.07.2006. № 31 (1 ч.), ст. 3434.

³ Там же.

относительно единообразно и синхронно при отсутствии на то объективных причин»⁴. Термин «объективная причина» здесь не имеет очевидного значения, но исходя из практики применения данного постановления, можно установить, что под объективными причинами подразумевается то же, что и под «Обстоятельствами, в равной мере влияющими на все хозяйствующие субъекты», упомянутыми в ст. 8 Закона о защите конкуренции.

Первые два пункта из ст. 8 Закона были введены в редакции, принятой 06.12.2011 и вступившей в действие 06.01.2012, а прежде вместо них использовалось следующее условие: «...результат таких действий соответствует интересам каждого из указанных хозяйствующих субъектов только при условии, что их действия заранее известны каждому из них»⁵. В отличие от двух условий из современной редакции закона этот пункт не просто описывает некоторые из признаков молчаливого сговора, но упрощенно формулирует сам концепт кооперативного равновесия. Соответственно, любые действия, для которых это условие выполнялось, должны были быть признаны согласованными, если было известно, что фирмы не заключали соглашений.

Тем не менее, сколь бы четко ни было сформулировано теоретическое определение, оно не будет содержать в себе критериев, в соответствии с которыми возможно было бы соотнести с ним практические наблюдения. Даже если в результате эконометрического анализа выяснилось, что поведение фирм не согласуется с моделью конкуренции, то это может свидетельствовать в том числе и о том, что поведение фирм происходит в соответствии с моделью, не включенной в класс исследуемых моделей [8, с. 217]. В таком случае после обнаружения несоответствия поведения фирм модели конкуренции необходимо провести исследование на соответствие поведения фирм модели сговора. Следовательно, в полноценные критерии, основанные на экономической теории, было бы необходимо внести набор используемых моделей, не говоря уже о допущениях, принимаемых при эконометрическом анализе.

Таким образом, в делах, в которых применялась предыдущая версия ст. 8 Закона о защите конкуренции, суды имели куда больше пространства для интерпретации, но сама формулировка более корректно описывала молчаливый сговор, чем введенные в более поздних редакциях признаки. Как минимум очевидно, что соответствие результата действий фирм их интересам и осведомленность о действиях других участников рынка могут наблюдаться и при конкуренции. Помимо доказательства соответствия поведения фирм этим условиям, чтобы квалифицировать действия как согласованные, суд также должен подтвердить оценку УФАС границ рынка, в котором оперируют фирмы, и их долей на нем, и трактовать содержащиеся в Законе и постановлении понятия «в равной степени влияющие» (или «объективные»), «единообразные» и «синхронные».

АНТИМОНОПОЛЬНАЯ ПРАКТИКА

Рынком, в отношении участников которого было инициировано большое количество дел по подозрению в молчаливом сговоре, является рынок розничной продажи топлива. Цены на топливном рынке размещаются на стелах, что дает фирмам возможность отслеживать ценообразование друг друга, а значит, делает рынок прозрачным и молчаливый сговор возможным. Изначально выборка кейсов содержала исключительно дела, в которых применялась последняя версия ст. 8 Закона о защите конкуренции, но по причине крайне малого размера выборка была расширена с целью включения также и части дел,

⁴ Постановление пленума ВАС РФ № 30 от 30.06.2008 (ред. от 14.10.2010) «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства» // Вестник ВАС РФ. 2008. № 8, август.

⁵ Федеральный закон № 135-ФЗ от 26.07.2006 (ред. от 18.07.2011) «О защите конкуренции» / Собрание законодательства РФ. 31.07.2006. № 31 (1 ч.), ст. 3434.

в которых суды руководствовались предыдущей версией ст. 8. Как итог, в выборку попали дела фирм топливного рынка, инициированные по ст. 11 Закона о защите конкуренции, судопроизводство по которым прекратилось не ранее 01.01.2010. Тексты документов, имеющих отношение к делам, были получены с интернет-ресурса «Судебные и нормативные акты РФ» (URL: <http://sudact.ru/>) путем поиска по ключевым словам.

В 48 случаях фирмы обвинялись именно в параллельном ценообразовании, описанном в ст. 8 упомянутого закона. Исключение составили дела А03-11779/2011 (введение ограничений), А53-10394/2011 (приобретение топлива по завышенным ценам) и А65-6321/2014 (раздел покупателей). В восьми из этих 48 дел применялась современная версия ст. 8 Закона, в остальных 40 — предыдущая, при этом хронологически последнее дело в выборке было инициировано в 2015 г., так как дел за последние два года обнаружено не было. В связи с этим необходимо сделать несколько замечаний о пригодности выборки для цели исследования. Прежде всего ФАС не ведет публичную статистику по инициированным делам, поэтому само по себе сокращение числа судебных дел в последние годы не дает никакой информации о причинах этого явления. Судебный процесс инициируют фирмы путем подачи жалобы на УФАС, и потому причиной может выступать как снижение преследования фирм топливного рынка антимонопольными органами по причине смены внутренних приоритетов, так и снижение стимулов фирм к обжалованию решений УФАС. Можно было бы также предположить, что, следуя новой норме, УФАС более не могут привлекать многие из фирм к ответственности, благодаря чему сокращается число ошибок I рода, но анализ текстов судебных решений показал, что если положительный эффект от внесения изменений в ст. 8 Закона и есть, то он имеет ограниченную силу из-за сохранившегося широкого пространства для интерпретаций. Что важнее, наибольшая неясность в интерпретации, имеющая ключевое значение для появления ошибок I и II рода, проистекает из третьего условия, оставшегося неизменным в ст. 8 (то есть одинакового для всех 48 дел).

Из 48 кейсов, в которых фирмы топливного рынка были заподозрены в молчаливом сговоре, в 18 случаях решение УФАС было отменено. При этом в одном случае первоначальное решение суда первой инстанции об отмене решения УФАС было отменено апелляционным судом (А49-795/2010), и в трех случаях требования фирм были удовлетворены только судами высших инстанций (А63-2439/2011, А65-23766/2010 и А69-2779/2011). Анализ текстов судебных решений продемонстрировал, что существовали различные причины отмены решения УФАС. В одном деле, как правило, приводилось несколько факторов, исходя из которых суд пришел к тому или иному решению, и общая тенденция была такова, что факторы не интерпретировались независимо: если суд обнаруживал явное подтверждение невиновности фирм, то те обстоятельства дела, которые сами по себе не генерируют однозначного подтверждения, также были интерпретированы в пользу фирм. В таблицу ниже вошли только те причины, которые однозначно имели решающее значение хотя бы в одном кейсе, при этом в одном деле можно было выделить несколько подобных причин.

Таблица 1

Выборочная частота причин отмены решения УФАС

Причина отмены решения УФАС	Доля дел, %
Ошибки в решении УФАС	33
Единое ценообразование ВИНК на разных рынках	33
Несоответствие поведения фирм критерию «синхронности»	17
Несоответствие поведения фирм критерию «единообразия»	22
Признание изменения издержек объективным фактором	72

Источники: <http://sudact.ru/>, расчеты автора.

Первая причина в данной таблице — это ошибки в решениях УФАС (например, в отношении оценки границ рынка). В число кейсов, в которых фирмы, по мнению суда, были несправедливо обвинены, в том числе из-за ошибок УФАС при вынесении своих решений, входят всего шесть дел (А08-765/2010, А03-9473/2015, А34-3924/2010, А73-3112/2013, А75-7921/2012, А76-14463/2010).

Остальные причины относятся к несоответствию поведения обвиненных фирм критериям, содержащимся в Законе о защите конкуренции. Первая причина из этого класса имела место исключительно в случае участия в деле вертикально интегрированных нефтяных компаний и заключалась в том, что ВИНК проводили единую ценовую политику на различных географических рынках. Если фирма изменяла цены не только на рынке, на котором она заподозрена в молчаливом сговоре с конкурентами, но и на рынках, на которых прочие заподозренные в сговоре фирмы не присутствуют, то ее действия явно не могут быть объяснены действиями хозяйствующих субъектов одного отдельного рынка. Всего из 18 дел, закончившихся удовлетворением требований фирм, ВИНК фигурировали в девяти, и в шести из них суд отказался считать фирмы вступившими в молчаливый сговор именно по этой причине. Тот факт, что данная причина иногда оказывалась решающей, говорит о том, что ВИНК имеют преимущество перед обыкновенными фирмами розничной торговли, даже если их поведение на отдельном рынке идентично.

Последние три причины имеют отношение к различной трактовке понятий, представленных в законе. Уже обсужденные выше термины «синхронные», «единообразные» и «в равной степени влияющие» не имеют четких определений и потому создают пространство, в котором суд может действовать по своему усмотрению. Исходя из анализа документов в выборке, можно определить, что в большинстве случаев синхронными считались действия, между которыми произошло порядка одного-трех дней, хотя, к примеру, в деле А32-44622/2011 утверждается, что разница в один день не свидетельствует о синхронности. Всего в трех делах отсутствие синхронности послужило одной из решающих причин удовлетворения требований фирм по отмене решения УФАС.

Термин «единообразный» вызывает куда больше вопросов. Теория подсказывает, что если сговор достигается путем фиксирования цен, то цены должны либо установиться на одном уровне, либо вырасти в единой пропорции, если в равновесии они разные. В ином случае произойдет перераспределение долей рынка, и тогда фирмы применят стратегию-наказание, и вновь установится конкурентное равновесие. Но среди дел, представленных в выборке, цены далеко не всегда совпадали или росли в единой пропорции (А32-14488/2011, А32-44622/2011, А32-46701/2009, А49-4101/2009 и проч.) При этом изменение цен на 0,5 или 1 руб. при различных исходных ценах в одних случаях полагалось единообразным изменением (А32-14488/2011), а в других — нет (А32-44622/2011). С экономической точки зрения если на рынке дуополии фирма с более высокой ценой поднимет цену на 1 руб., тогда как фирма с более низкой ценой также поднимет цену на 1 руб., то отношение цены первой фирмы к цене второй фирмы сократится, и первая фирма сможет привлечь к себе часть покупателей второй фирмы, что должно будет привести к выбору второй фирмой стратегии-наказания. Отсутствие единообразия упоминается в качестве причины отмены решения УФАС в четырех решениях (в двух из них — вместе с синхронностью).

Нельзя не обратить внимания на то, что формально единообразным может быть не только повышение цен, но и понижение. Из 30 кейсов, завершившихся оставлением решения УФАС в силе, в трех цены только понижались (А07-876/2010, А19-15030/2009, А27-25717/2009), и как минимум в пяти среди всех 48 кейсов цены показывали и положительную, и отрицательную динамику. Действительно, падение цены при сговоре может иметь место при выборе фирмами стратегий-наказаний. Отличать подобную ситуацию от обычной ценовой войны будет отсутствие экономических предпосылок, а также

последующее возвращение цены на высокий уровень в результате восстановления кооперативного равновесия. Однако из текстов судебных решений можно сделать вывод, что суд руководствовался следующим предположением: хозяйствующий субъект, зная, что некие обстоятельства должны привести к снижению цены на определенную величину, решает снизить цену на меньшую величину, тем самым подав сигнал остальным фирмам поступить аналогично. Но в таком случае у всех фирм заранее должны быть достаточно конкретные представления о том, какой уровень цены установится в результате конкуренции, что вызывает сомнения. В теории было бы сложно определить, по каким критериям подобные ситуации можно отличать от ценовой конкуренции.

Наименее очевидным представляется то, что означает «влиять в равной степени». Исходя из приведенных УФАС аргументов, можно установить, что неявной гипотезой, которую принимает ФАС, является независимость цен, хотя в экономической теории зависимость цен как раз таки и является признаком рынка. Установление цен на одном уровне может свидетельствовать как о сговоре, так и о практически совершенной конкуренции, но это не учитывалось в аргументах УФАС.

К примеру, в деле А49-795/2010 УФАС утверждает, что «вероятность случайного совпадения цен и дат их установления не может превышать величину, равную 0,000000003 %, т. е. один случай из трех миллиардов трехсот миллионов». Закон предполагает существование объективных причин, которые будут объяснять параллельное ценообразование в отсутствие сговора, но если следовать логике ФАС, на практике подобные факторы встречаться не могут: даты и объемы закупок у каждой из фирм разные, и потому разными будут и их предельные издержки. А так как ФАС предполагает, что фирмы должны устанавливать цены на уровне собственных издержек плюс некоторого постоянного процента прибыли, то рост закупочных цен в этой парадигме теоретически не может оказаться фактором, повлиявшим на все фирмы в равной степени.

Соответственно, если суд согласен с такой позицией, то любой случай синхронного и единообразного ценообразования будет расцениваться как молчаливый сговор, только если не будет наблюдаться двух вышеописанных ситуаций: явных ошибок в решениях УФАС или единой ценовой политики ВИНК на разных географических рынках. Подобный подход буквально воспринимает понятие равного влияния, но он вычеркивает возможность того, что на прозрачном олигополистическом рынке фирмы будут опираться на цены конкурентов и не будут назначать цены по методу «издержки плюс». Особенно это актуально на топливном рынке, где за счет запасов фирмы могут подстраивать цены постепенно, а наличие крупных фирм предполагает возможность барометрического ценового лидерства, при котором лидирующая фирма, по мнению прочих участников рынка, в своем ценообразовании отражает состояние рынка. Если фирма-лидер имеет некоторые информационные преимущества, то ее действия могут раскрывать эту информацию конкурентам, и тогда оптимальной реакцией для конкурентов будет следовать за лидером [9, с. 486].

Другой подход предполагает, что такие общие тренды, как рост закупочных цен, можно считать влияющими на все фирмы в равной степени. Тогда, если фирмы повышают розничные цены на бензин на фоне общего для рынка роста оптовых цен, то установление цены на едином уровне при разных предельных издержках не будет являться признаком молчаливого сговора. Среди 48 дел в 38 динамика закупочных цен упоминается фирмами как фактор, повлекший повышение цен на рынке, при этом в 25 делах суд не посчитал изменение оптовых цен объективным фактором и оставил в силе решение УФАС, а в 13 делах суд посчитал, что рост закупочных цен влияет на фирмы в равной степени, и отменил решение УФАС.

Первые два положения (первое положение в устаревшей версии) ст. 8 Закона о защите конкуренции, посвященные соответствию действий фирм их интересам и знанию

о действиях конкурентов, трактовались судами настолько свободно, что нельзя точно сказать, являлись ли выводы об этих положениях решающими в каких-либо случаях. Как правило, если суд оставлял решение УФАС в силе, то осведомленность фирм о ценах конкурентов принималась без специальных доказательств: фирмы всегда могли узнать цены друг друга благодаря принятому на розничном топливном рынке публичному объявлению цен. С другой стороны, среди оправдательных случаев есть дела, в которых суд рассматривал приказы об установлении цен и делал вывод, что фирмы назначили цены, еще не зная о действиях конкурентов (например, дело А63-2439/2011). В то же время подобное поведение (синхронное независимое установление цен) уже было бы сложно объяснить как результат установления конкурентного равновесия в олигополии.

Формулировка «результат таких действий соответствует интересам каждого из указанных хозяйствующих субъектов» порождает еще большее поле для интерпретаций. В базовой микроэкономической постановке задачи интерес фирмы ассоциирован с прибылью, но в других подходах возможны и иные цели: формирование клиентуры, максимизация дохода, максимизация темпов роста, реализация ценностей [10, с. 18–20]. Какими бы интересы фирмы ни были, очевидно, что та всегда будет им следовать, и только в состоянии сговора действия фирмы могут со стороны выглядеть как не соответствующие ее интересам. В такой интерпретации ст. 8 Закона явно противоречит экономической теории, а потому следует заключить, что в действительности это условие нужно интерпретировать не как условие *ex ante* на действия фирм, а как условие *ex post* на результат взаимодействия: молчаливый сговор должен был сопровождаться ростом прибыли, а иначе он не был бы поддержан как кооперативное равновесие.

В этом отношении новая версия ст. 8 обладает преимуществом перед предыдущей, так как согласно той, ни УФАС, ни суду не было необходимо доказывать выгодность сговора *ex post*. Если имел место рост прибыли фирм, то доказать согласованность действий было можно, если было известно, что фирмы не выбрали бы эти стратегии, не зная о действиях друг друга. Однако отсутствие роста прибыли фактически освобождало суд от необходимости доказывать это положение, чтобы признать действия фирм согласованными: в законе ничего не сказано о том, должны ли действия фирм считаться несогласованными, если результат действий их интересам не соответствовал.

Этот вывод подтверждается исследованием судебных решений: в кейсах, в которых действовала предыдущая версия ст. 8, факт того, что фирмы несли убытки или не сталкивались с ростом прибыли даже в результате предполагаемого вступления в сговор, отвергался как нерелевантный. Так, в деле А03-16854/2011 утверждалось, что «факт получения прибыли не имеет правового значения, поскольку согласованные действия хозяйствующих субъектов формально подпадают под безусловный запрет». В оправдательных решениях иногда было упомянуто отсутствие сверхприбыли, но всегда как дополнение к описанным выше причинам. На основании этого можно было бы утверждать, что новая версия ст. 8 должна была снизить вероятность ошибок I рода, исключив из рассмотрения случаи, когда фирмы после повышения цен не сталкивались с ростом прибыли.

Тем не менее такой вывод был бы верен лишь в том случае, если бы результат, соответствующий интересам фирм, всегда однозначно трактовался как рост прибыли, но это условие далеко не всегда выполнялось вне зависимости от версии ст. 8. Например, в деле А43-11757/2010 в качестве доказательства того, что результат действий соответствовал интересам фирм, было использовано увеличение выручки фирм. Подобный аргумент принципиально отличается от ассоциирования интересов фирм с прибылью, потому как рост цен в любом случае будет приводить к росту выручки, даже если издержки возросли в еще большей степени. В делах А63-444/2008 и А63-2439/2011 интерпретация интересов фирмы имеет еще более расплывчатый характер: неизменность уровня убытков

после роста цен была расценена судом первой инстанции как доказательство того, что действия фирм не были вызваны объективными причинами (если бы фирмы повышали цены не ради ограничения конкуренции, а ради выхода на уровень безубыточности, то, по мнению суда, убытки бы в результате сократились).

ВЫВОДЫ

В последние годы число судебных дел по молчаливому сговору на топливных рынках сократилось, но сами источники ошибок I и II рода в правоприменении сохранились, а потому сохранилась и опасность роста этих ошибок в случае нового этапа борьбы с молчаливым сговором — как на топливном рынке, так и на любых других. Исследование показало, что присутствие в тексте закона расплывчатых определений делает исход дела зависящим от субъективных мнений УФАС и суда, которые могут прямо противоречить выводам, к которым приводит экономическая теория. Так, в 38 из 48 рассматриваемых дел фирмы, доказывая свою невиновность, указывали на соответствие динамики розничных цен динамике оптовых, и в трети случаев суд признал такой аргумент валидным и отменил решение УФАС, в остальных же случаях — наоборот. Весьма сомнительно, что подобная степень случайности учитывалась разработчиками норм при оценке вероятностей ошибок I и II рода. Следовательно, влияние существующих норм на общественное благосостояние может быть куда ниже предположенного, если не отрицательным. Чтобы исправить это, необходимо скорректировать и прояснить с опорой на экономическую теорию термины, вызывающие эту случайность.

Среди прочих отрицательных или спорных эффектов, порождаемых интерпретацией терминов закона, присутствует тот факт, что признаются вступившими в молчаливый сговор фирмы, на протяжении всего периода только опускавшие цены. С экономической позиции подобная практика не имеет научного подтверждения, потому как ни УФАС, ни суды не располагают данными о теоретическом значении, до которого должна была спуститься цена в отсутствие сговора. Также в скоординированном поведении обвиняются фирмы, постепенно повышающие цены на равную величину, но в разной пропорции от самого значения цены, что не соответствует теоретическим моделям сговора.

В некоторых случаях при прочих равных избежать санкций со стороны УФАС удастся только ВИНК, то есть компаниям с самой большой рыночной властью, деятельность которых в теории должна в первую очередь регулироваться антимонопольным законодательством. В таком случае положительное влияние норм как на экономическую эффективность, так и на справедливость может быть ниже ожидаемого. В некоторых кейсах (например, дела А34-1339/2011, А43-11757/2010) ВИНК вообще не подозревается в сговоре и объявляется ценовым лидером, потому как считается, что вступление в сговор не несет для нее значительных выгод, а сговариваются лишь не крупные фирмы-последователи.

Наконец, важно отметить, что крайне малую роль в процессе признания фирмы виновной играет доказывание наличия повышенной прибыли и отрицательных последствий, которые влекут за собой согласованные действия. Прибыль далеко не всегда напрямую ассоциировалась с интересами фирм, а отрицательные последствия согласованных действий принимались как всегда имеющие место. Если положения закона, призванные сократить вероятности ошибок I и II рода, теряют свое влияние на ход судебного процесса, реальное число ошибок должно возрасти, и значит, нормы окажутся еще дальше от оптимальных. На практике даже новая версия ст. 8 Закона о защите конкуренции не оказывала должного влияния на значение этих положений в ходе судебного процесса.

Библиография

1. Шаститко А. Е. Эффекты издержек правоустановления и правоприменения / Верховенство права как фактор экономики. Под ред. Е. В. Новиковой, А. Г. Федотова, А. В. Розенцвайга, М. А. Субботина. М.: Мысль, 2013. С. 61–94.
2. Harrington J. E. How Do Cartels Operate? // *Foundations and Trends in Microeconomics*. 2006. Vol. 2 (1). P. 1–105.
3. Green E. J., Marshall R. C., Marx L. M. Tacit Collusion in Oligopoly / *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*. Vol. 2. Oxford University Press, 2013. URL: <http://dx.doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199388592.013.0019>.
4. Garrod L., Olczak M. Explicit vs tacit collusion: The effects of firm numbers and asymmetries // *International Journal of Industrial Organization*. 2018. Vol. 56. P. 1–25. URL: <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2017.10.006>.
5. Page W. H. Tacit Agreement under Section 1 of the Sherman Act // *Antitrust Law Journal*. 2017. Vol. 81 (2). P. 593–639.
6. Petit N. The Oligopoly Problem in EU Competition law / *Handbook in European Competition Law*, 2013.
7. Авдашева С. Б. Незаконность молчаливого сговора в российском антимонопольном законодательстве: могут ли экономисты быть полезны при выработке юридических норм? // *Вопросы экономики*. 2011. № 5. С. 87–102.
8. Harrington J. E. Detecting Cartels / *Handbook in Antitrust Economics*. MIT Press, 2008. P. 213–258.
9. Andreoli-Versbach P., Franck J.-U. Econometric Evidence to Target Tacit Collusion in Oligopolistic Markets // *Journal of Competition Law & Economics*. 2015. Vol. 11 (2). P. 463–492. DOI: 10.1093/joclec/nhv011.
10. Ояма К. Модель фирмы, основанная на реализации ценностей // Научно-исследовательский финансовый институт. Финансовый журнал. 2012. № 2. С. 17–24.

A. V. Kniagin

Impact of the Antitrust Legislation Interpretation on the Declaration of Firms to be Guilty of Tacit Collusion

Author's affiliation:

Aleksandr V. Kniagin (e-mail: aknyagin@nifi.ru), ORCID 0000-0002-5406-2958, Financial Research Institute, Moscow 127006, Russian Federation

Abstract

The study is devoted to the assessment of the impact of the antitrust laws interpretation on the conviction of tacit collusion. In the first part of the article tacit collusion is explained in terms of game theory and economic theory and then a general approach to proving firms to be guilty of tacit collusion in Russian antitrust legislation is presented. The main part of the work includes analysis of 48 cases content, in which firms of Russian retail fuel market argued in court that they were not guilty of tacit collusion. Based on this analysis, main effects of the antitrust laws interpretation on the conviction of tacit collusion were identified. Author concludes that under certain circumstances the concepts adopted in the Russian legislation make the outcome of the trial depending on the court's opinion on the interpretation of these concepts and generate a number of unintended systematic effects that may lead to a decrease in public welfare.

Keywords:

tacit collusion, antitrust law, fuel market, public welfare, type I and type II errors

JEL: K21, L41

References

1. Shastitko A. E. Effects of Costs of Law Enactment and Law Enforcement. In: *The Rule of Law as an Economic Factor*. Ed. by E. V. Novikova, A. G. Fedotov, A. V. Rozencvajg, M. A. Subbotin. Moscow: Mysl' Publ., 2013, pp. 61–94.
2. Harrington J. E. How Do Cartels Operate? *Foundations and Trends in Microeconomics*, 2006, vol. 2 (1), pp. 1–105.
3. Green E. J., Marshall R. C., Marx L. M. Tacit Collusion in Oligopoly. *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, vol. 2. Oxford University Press, 2013. Available at: <http://dx.doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199388592.013.0019>.

4. Garrod L., Olczak M. Explicit vs tacit collusion: The effects of firm numbers and asymmetries. *International Journal of Industrial Organization*, 2018, vol. 56, pp. 1–25. Available at: <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2017.10.006>.
5. Page W. H. Tacit Agreement under Section 1 of the Sherman Act. *Antitrust Law Journal*, 2017, vol. 81 (2), pp. 593–639.
6. Petit N. The Oligopoly Problem in EU Competition law. *Handbook in European Competition Law*, 2013.
7. Avdasheva S. B. Illegality of Tacit Collusion in Russian Antitrust Legislation: Could Economists Be Useful to Generate Legal Rules? *Voprosy ekonomiki*, 2011, no. 5, pp. 87–102.
8. Harrington J. E. Detecting Cartels. In: *Handbook in Antitrust Economics* MIT Press, 2008, pp. 213–258.
9. Andreoli-Versbach P., Franck J.-U. Econometric Evidence to Target Tacit Collusion in Oligopolistic Markets. *Journal of Competition Law & Economics*, 2015, vol. 11 (2), pp. 463–492. DOI: 10.1093/joclec/nhv011.
10. Oyama K. Values Realization Model of the Firm. *Finansovyj zhurnal – Financial Journal*, 2012, no. 2, pp. 17–24.