

*А. ШАСТИТКО,
доктор экономических наук,
генеральный директор Фонда
«Бюро экономического анализа»,
профессор экономического факультета
МГУ имени М. В. Ломоносова*

ЭКОНОМИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ОСЛАБЛЕНИЯ НАКАЗАНИЯ ЗА НАРУШЕНИЕ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Данная статья содержит объяснение оснований, а также оценку возможностей, рисков и ожидаемых результатов программы ослабления наказания за одно из наиболее серьезных нарушений антимонопольного законодательства — участие в сговоре — в обмен на сотрудничество с антимонопольными органами (leniency program). В ее российской версии, представленной на данный момент несколькими строчками в КоАП РФ, речь идет об освобождении от административной ответственности первого участника сговора из числа раскрывших информацию о нем.

Однако не во всех случаях и не везде эти программы позволяют полностью освободить от ответственности нарушителя антимонопольного законодательства — участника сговора. Вот почему речь идет, конечно, не о полном освобождении от ответственности, а об ослаблении наказания, тем более что освобождение от административной ответственности еще не означает освобождения от ответственности гражданской в части возмещения нанесенного ущерба. Различие состоит лишь в том, что ожидаемые издержки нарушителя в плане применения к нему мер административной ответственности — штрафа — сопряжены с установлением факта нарушения, тогда как для гражданской ответственности дополнительным обстоятельством, усложняющим применение соответствующих норм, является необходимость количественной оценки нанесенного ущерба.

Изменения в антимонопольном законодательстве в части применения санкций

Сговоры между участниками рынка — одна из наиболее опасных форм ограничения конкуренции, негативно влияющая на стимулы

и, как следствие, на производственную деятельность, эффективность размещения ресурсов, связанных с практикой фиксирования цен и раздела рынка. Согласно некоторым оценкам, выгоды от фиксирования цен как одной из форм сговора составляют 10% продажной цены¹, в то время как в других исследованиях приводятся еще большие цифры. В частности, медианное значение надбавки картеля над конкурентной ценой составляет 25%, а для картеля, включающего международных участников, — 32%. Аналогичная надбавка для картеля, действующего на внутреннем рынке, равна 18%. В период своего расцвета картели ус-танавливают надбавки, вдвое превышающие медианные величины².

Не случайно данная форма монополистической деятельности квалифицируется как одно из наиболее серьезных нарушений антимонопольного законодательства и запрещается как таковая, то есть к подобным соглашениям между участниками рынка неприменимо правило разумности (*rule of reason*). Поэтому, согласно Федеральному закону № 45-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях», утвержденному Президентом Российской Федерации 9 апреля 2007 г. и вступившему в силу в середине мая, предполагается существенное ужесточение наказания за нарушение антимонопольного законодательства.

В первую очередь это касается введения оборотных штрафов за злоупотребление доминирующим положением и участие в сговорах. В отличие от прежних административных штрафов, максимальный размер которых составлял 500 тыс. руб., величина оборотного штрафа может достигать до 15% оборота по товару (товарной группе), производство и реализация которого осуществлялись в рамках сговора, что при прочих равных условиях заметно повышает ожидаемые издержки нарушения антимонопольного законодательства.

Вместе с тем новый закон вносит в статью 14.32 пункт об условиях освобождения от административной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства в форме участия в сговоре, что является смысловым ядром программы ослабления наказания. В их числе:

- заявление в Федеральную антимонопольную службу о факте сговора и его участниках или совершения недопустимых по российскому антимонопольному законодательству согласованных действий;
- предоставление информации о сговоре или согласованных действиях;
- отказ от участия в сговоре или осуществления согласованных действий.

Основная цель ослабления (или освобождения от) наказания за нарушение антимонопольного законодательства — улучшение

¹ US Sentencing Guidelines (2R1.1, Application note 3) // www.uscc.gov/2006guid/gl2006.pdf.

² Connor J. M., Helmers C. G. Statistics on Modern Private International Cartels, 1990–2005, AAI (www.antitrustinstitute.org.recent2/567.pdf); Connor J., Lande R. How High Do Cartel Raise Prices? Implications for Reforms of Sentencing Guidelines // American Antitrust Institute Working Paper 04-01. April 2005 (www.antitrustinstitute.org/recent2/342.pdf); Connor J. M. Price-fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence // Staff Paper 04–17. Purdue University. 2005 (http://www.agecon.purdue.edu/staff/connor/papers/PRICE%20FIXING_OVERCHARGES_FULL_TEXT_8-20-05.pdf).

соблюдения его норм³. Такого рода программы существуют в странах как с развитой, так и с развивающейся рыночной экономикой (Австралия, Бразилия, Великобритания, Венгрия, Канада, Кипр, Латвия, США, Япония и др.)

Изменения в системе санкций за нарушение антимонопольного законодательства — важнейшее условие обеспечения результативности данной программы, поскольку в противном случае хозяйствующие субъекты в своих решениях могли бы вообще не учитывать ожидаемые издержки нарушений установленных правил конкуренции. Вместе с тем перечисленные условия, создавая необходимые рамки, не являются достаточными. Чтобы указанный пункт статьи заработал, нужно решить немало теоретических и практических вопросов, наиболее существенные из которых будут рассмотрены ниже.

Важно также отметить одну особенность формулировки статьи 14.32, в соответствии с которой возможность освобождения от ответственности распространяется на участника не только сговора, но и согласованных действий. С нашей точки зрения, данная норма может быть применена только к сговору, в то время как правомерность приложения ее к согласованным действиям вызывает большие сомнения (особенно в части возможностей злоупотребления правом как способа недобросовестной конкуренции). Возможность согласованных действий (или молчаливого сговора) — настоящее проклятие антимонопольных органов, поскольку в этом случае никакие свидетельства не служат достаточным основанием для фальсификации гипотезы об отсутствии указанных действий, как и для верификации их наличия⁴. Вот почему далее будет рассматриваться исключительно вопрос об ослаблении наказания за участие в сговоре.

Экономические основы программы ослабления наказания за нарушение антимонопольного законодательства

Экономический смысл программы ослабления наказания за нарушение антимонопольного законодательства (ПОН) состоит в том, чтобы уменьшить стимулы к формированию новых сговоров и создать стимулы для разрушения действующих посредством повышения вероятности их раскрытия. Вместе с тем необходимо избегать резкого увеличения расходов государственного бюджета на финансирование деятельности антимонопольных органов по проведению расследований и самостоятельному добыванию информации о фактах сговора между участниками рынка⁵.

³ См., например: Anti-cartel Enforcement Manual. Ch. 2: Drafting and Implementing an Effective Leniency Program / International Competition Network. Cartel Working Group. Subgroup 2: Enforcement Techniques. April 2006. P. 3 (http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/conference_5th_capetown_2006/FINALFormattedChapter2-modres.pdf).

⁴ Более подробно см.: *Авдашева С. Б., Шаститко А. Е., Калмычкова Е. Н.* Экономические основы антимонопольной политики: российская практика в контексте мирового опыта [лекционные и методические материалы] // Экономический журнал ГУ—ВШЭ. 2007. Т. 11, № 2. С. 234—269.

⁵ Особенности дизайна российской системы применения антимонопольного законодательства заключаются в использовании механизма межведомственного взаимодействия ФАС и МВД России для проведения оперативно-разыскных мероприятий.

Иными словами, ПОН используется в первую очередь потому, что антимонопольные органы обладают ограниченными ресурсами и несовершенными технологиями добывания достаточных свидетельств о существовании сговоров на товарных рынках. В то же время, если вероятность обнаружения и раскрытия сговора силами антимонопольных органов настолько мала, что ею можно пренебречь, введение ПОН не достигнет цели по той же причине, что и в ситуации с мягкими штрафными санкциями⁶.

Причем даже если антимонопольные органы наблюдают сговор на том или ином товарном рынке, это еще не является достаточным основанием для его пресечения, поскольку факт его наличия, как правило, придется доказывать в суде. Однако соблюдение стандартов доказательства может быть сопряжено с очень высокими издержками, что отчасти объясняет, почему количество дел по выявлению нарушений норм антимонопольного законодательства, запрещающих сговор, сравнительно невелико.

В частности, в России, согласно отчетным данным ФАС⁷, доля дел по соответствующим статьям применявшихся до 26 октября 2006 г. законов «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» и «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг» составляла около 1% от общего количества возбужденных дел. В 2006 г. общее количество возбужденных дел по признакам монополистической деятельности, антиконкурентных действий органов власти, недобросовестной конкуренции, нарушений, выявленных в ходе контроля экономической концентрации, и административной ответственности (например, за непредоставление информации) превысило 7,4 тыс., тогда как количество дел по сговорам составило всего 124 (66 — на товарных рынках и 58 — на рынке финансовых услуг)⁸.

Применительно к сговорам именно обладание прямыми, а не косвенными свидетельствами существования запрещенных антимонопольным законом соглашений (в отличие от неявного, или молчаливого, сговора, правовым коррелятом которого в антимонопольном законодательстве считаются согласованные действия) является важнейшим условием обеспечения действенности антимонопольного принуждения, направленного на недопущение и пресечение соглашений, ограничивающих конкуренцию.

Сговор возникает не из-за патологической склонности его участников к нарушению закона, а потому, что это может обеспечить больший ожидаемый чистый выигрыш, чем соблюдение установленных в законе правил конкуренции. Вместе с тем данный выигрыш определяется не только величиной дополнительной прибыли, которая может быть получена в результате сговора, но и теми ожидаемыми издержками, которые возникают в связи с созданием картеля и вследствие установленных в антимонопольном законодательстве санкций, а также ненулевой вероятностью выявления факта нарушения. С этой

⁶ Anti-cartel Enforcement Manual. Ch. 2.

⁷ См.: Сборник отчетных данных о работе антимонопольных органов по контролю соблюдения антимонопольного законодательства и законодательства о рекламе за 2006 год. М.: Федеральная антимонопольная служба России, 2007.

⁸ Представленные данные должны быть скорректированы в сторону снижения, поскольку в них могут быть включены как вертикальные соглашения, так и согласованные действия, которые являются другими формами нарушений антимонопольного законодательства.

точки зрения ПОН направлена на повышение указанных издержек нарушителей антимонопольного законодательства, запрещающего соглашения, ограничивающие конкуренцию (в первую очередь раздел рынка и создание картеля с целью поддержания цен выше конкурентных), в ходе их стратегического взаимодействия друг с другом и с антимонопольными органами.

В экономической теории нет простого и однозначного решения вопроса о том, насколько легко происходят организация сговора и его поддержание. В частности, исследователи, использующие инструментарий новой институциональной экономической теории, полемизируя со сторонниками так называемой «негостеприимной традиции» в отношении нестандартных форм контрактации, в рамках которой и происходит ограничение конкуренции при сохранении самостоятельности хозяйствующих субъектов⁹, отмечали, что сложности создания и поддержания картелей значительно недооценивались¹⁰. Хотя такой подход и позволяет несколько более оптимистично относиться к данным ФАС России о количестве дел по сговорам, он не дает достаточных оснований для снятия с повестки дня вопроса о необходимости создания (пусть и довольно дорогостоящей) системы борьбы с картелями¹¹.

В терминах теории игр главная идея ПОН состоит в том, чтобы воспроизвести условия одноходовой игры «дилемма заключенных» и соответственно ее результат, который должен сводиться к отказу от участия в сговоре или к выбору участниками сговора сотрудничества с антимонопольными органами. Для рационально действующих субъектов рынка, которые пока еще не стали участниками сговора, фактически это должно означать отказ от создания картеля. Далее значение ПОН будет рассматриваться в контексте выбора, который совершают участники сговора.

Приведем пример. В качестве точки отсчета можно рассмотреть одноходовую игру «дилемма заключенных» на рынке¹², где действуют две одинаковые фирмы, конкурирующие по Бертранию и производящие товар в условиях постоянной отдачи от масштаба. Каждая из фирм может устанавливать цену или на монопольном, или на конкурентном уровне. Текущая ценность общей величины прибыли будет равна $\frac{\pi_M}{(1-\delta)}$, половину которой получает каждая фирма. В данном случае предполагается,

⁹ Так называемые гибридные формы институциональных соглашений. Более подробно см.: Шаститко А. Е. Экономическая теория организаций. М.: Инфра-М, 2007. С. 126–184.

¹⁰ В числе таких исследователей — О. Уильямсон, один из наиболее известных представителей новой институциональной экономической теории. См., например: Уильямсон О. Экономические институты капитализма. СПб.: Лениздат, 1996. С. 601.

¹¹ Отметим, что количество дел может быть связано и с масштабами нарушений, определяемыми достоверностью угрозы применения санкций (так называемый сдерживающий эффект механизма правоприменения). Чем достовернее угроза (при довольно высоком уровне санкций), тем меньше стимулов для нарушения закона. Однако данный аргумент неприменим к российской практике ввиду существовавшей до принятия изменений в КоАП системы санкций.

¹² Одноходовость игры означает, что у фирм нет возможности наказать своего партнера за некооперативное поведение (в данном случае — установление конкурентной цены). Кроме того, предполагается, что каждый из игроков не обладает информацией о поведении в прошлом своего контрагента в аналогичных ситуациях, так что формирование ожиданий на основе прошлого опыта невозможно. Фирмы не могут обмениваться информацией до осуществления выбора (либо это технически невозможно, либо запретительно высоки издержки коммуникации). Наконец, не существует возможности выплаты компенсаций одним игроком другому.

что ни одна из них не имеет возможности получить и дать достоверное обязательство¹³ относительно уровня цены продажи до того, как товар произведен. Вариант выбора «конкурентная цена» здесь означает отказ от (или недостижение) договоренностей по цене¹⁴. Вместе с тем даже незначительное снижение цены относительно монополярной позволяет одной из фирм полностью захватить рынок.

Тогда если одна из фирм все же придерживается стратегии установления монополярной цены, она не только теряет в данном периоде свой рынок, но и несет потери, равные kC , хотя цена в этом случае совсем не обязательно должна соответствовать равновесной цене, устанавливаемой на конкурентном рынке. Коэффициент k показывает долю неперемещаемых расходов в общей величине издержек. При $k > 0$ результат в точности соответствует условиям двусторонней игры «дилемма заключенных», так как рациональным для каждого из участников будет снижение цены относительно монополярной (или цены сговора), что отвечает условиям равновесия по Нэшу, но не условиям Парето-оптимальности для данных участников игры.

Согласно условиям игры и структуре платежной матрицы, данные фирмы должны устанавливать цены на уровне, определяемом их средними экономическими издержками, что соответствует цене, формируемой в рамках конкуренции.

		Фирма В	
		Монополярная цена	Конкурентная цена
Фирма А	Монополярная цена	$\frac{\pi_M}{2(1-\delta)}$; $\frac{\pi_M}{2(1-\delta)}$	$-kC$; $\frac{\delta\pi_M}{(1-\delta)}$
	Конкурентная цена	$\frac{\delta\pi_M}{(1-\delta)}$; $-kC$	0; 0

Однако, как известно, в играх со сравнительно небольшим числом участников (а также достаточно высокой степенью однородности, например, по рыночной доле, структуре издержек и т. п.), широкими возможностями коммуникации, а также неопределенным моментом окончания возникают условия для формирования кооперативных стратегий¹⁵, в соответствии с которыми фирмы уже не обладают сильными стимулами взаимодействовать на рынке посредством ценовой и неценовой конкуренции. Один из вариантов кооперативного поведения — картель, в рамках которого де-факто каждый участник рынка на стороне предложения обменивает свободу выбора цены и объема производства на гарантии участия в отраслевой прибыли, полученной посредством ограничения отраслевого объема выпуска и установления более высоких, чем конкурентные, цен.

Если бы отсутствовал более широкий контекст данной игры, то равновесие в ней можно было бы рассматривать как эффективное (соответствующее критерию Парето-оптимальности) без дополнительных оговорок. Однако сговоры ведут также к существенным потерям в благосостоянии на стороне контрагентов (потребителей) и возникновению чистых потерь благосостояния и издержек, связанных с формированием и поддержанием сговора.

¹³ О проблеме достоверных обязательств более подробно см.: Шаститко А. Достоверные обязательства в контрактных отношениях // Вопросы экономики. 2006. № 4.

¹⁴ Сразу отметим, что такое допущение существенно упрощает реальную картину, поскольку в многоходовых играх стратегии несоизмеримо более многообразны.

¹⁵ Более подробно см.: Авдашева С. Б., Шаститко А. Е., Калмычкова Е. Н. Указ. соч.

С этой точки зрения антимонопольное законодательство и антимонопольное регулирование (которое до этого момента не учитывалось в объяснении структуры игры) направлены на решение задачи ослабления стимулов к кооперативному поведению, рассмотренному выше. Как известно, для применения санкций необходимо: установить факт нарушения законодательства, выявить нарушителя, обосновать степень его вины, обеспечить применение санкций¹⁶.

Фундаментальной в данном случае является информационная проблема, поскольку в готовом виде информация о факте сговора антимонопольным органам не доступна. Указанная проблема может быть решена с помощью комбинированного использования трех видов источников:

- самостоятельная разработка и применение антимонопольным органом техники добывания прямых улик о фактах сговора;
- использование информации, доступной контрагентам (конкурентам) участников сговора;
- использование информации, которой располагают сами участники сговоров.

Основные проблемы низкой эффективности первого варианта связаны с отмеченной ранее ограниченностью ресурсов, находящихся в распоряжении антимонопольного органа. Причем мы имеем в виду не только его небольшой численный состав (общая численность сотрудников антимонопольных органов в России, которые одновременно должны выполнять и другие контрольно-надзорные функции¹⁷, составляет около 2200 человек — специалистов территориальных органов и центрального аппарата¹⁸), но и не всегда адекватные уровню сложности дел о сговорах навыки и технологии, применяемые работниками антимонопольных органов для добывания необходимой информации.

Рассчитывать только на второй источник информации о сговоре в лице контрагентов его участников (а также конкурентов — хозяйствующих субъектов, не являющихся участниками сговора) нет достаточных оснований по двум причинам:

- наличие проблемы безбилетника (если группа контрагентов достаточно большая и однородная с точки зрения распределения дополнительных издержек);
- контрагенты (как и конкуренты) могут не обладать прямыми свидетельствами о факте сговора.

О том, что в части пресечения сговора не стоит сильно полагаться на потребителей, свидетельствует сравнительно низкая доля (по сравнению с другим «классическим» видом нарушений — злоупотреблением доминирующим положением) дел, которые возбуждаются не по инициативе антимонопольных органов (на основании заявлений), — менее

¹⁶ См.: Тамбовцев В. Л. Экономическая теория контрольно-надзорной деятельности государства // Вопросы экономики. 2004. № 4.

¹⁷ Такие, например, как недопущение и пресечение недобросовестной конкуренции, злоупотреблений доминирующим положением, антиконкурентных действий властей, контроль соблюдения рекламного законодательства, законодательства о госзакупках и др.

¹⁸ О результатах и основных направлениях деятельности Федеральной антимонопольной службы на 2008–2010 годы: [доклад]. М.: Федеральная антимонопольная служба России, 2007. С. 3.

35%, тогда как применительно к злоупотреблению доминирующим положением их более 85%¹⁹.

Если первая причина не так часто служит препятствием для использования информации со стороны контрагентов участников сговоров, то вторая — практически всегда. В свою очередь, это обстоятельство снижает вероятность выявления нарушения и наказания нарушителя антимонопольного закона. С точки зрения принятия решений низкая вероятность применения наказания обесценивает даже очень жесткие (в абсолютном выражении) штрафные санкции.

Рассмотрим далее пример с двумя фирмами, каждая из которых получает дисконтированный ожидаемый чистый выигрыш:

$$NPV_M = \frac{(1-\rho)\pi_M}{2(1-\delta)} - \rho F,$$

где ρ — вероятность санкций за нарушение антимонопольного законодательства (с учетом их ожидаемого применения в случае самостоятельного обнаружения антимонопольным органом сговора без сотрудничества со стороны фирм — его участников). В данном случае мы не проводим различий между вероятностью выявления сговора (доказательства факта его существования) и введением санкций²⁰. Применительно к нормам, установленным в КоАП РФ, $F = nP_{t-1}Q_{t-1}$, где $1\% < n < 15\%$, а $P_{t-1}Q_{t-1}$ — выручка от реализации соответствующего товара за предшествующий год.

Итак, если одна из фирм первой заявит о сговоре, то она перестает получать монопольную прибыль (выполняет условие отказа от дальнейшего участия в сговоре, как указано в ст. 14.32 КоАП), но вместе с тем освобождается от ответственности за нарушение антимонопольного законодательства, тогда как другая несет всю ее полноту (предполагается, что для нее устанавливается максимально возможный размер санкций). Иными словами, здесь применяются следующие допущения:

— административная ответственность первому сознавшемуся снижается на 100%, а второму участнику (даже если он сознался) — на 0% (в ряде юрисдикций для второй фирмы величина скидки может быть существенно больше 0, особенно если учесть, что и участников картеля может быть значительно больше двух);

— вероятность подачи частных исков в отношении участника ПОН равна нулю (для большей реалистичности данную предпосылку в дальнейшем следует ослабить, что зависит от особенностей юрисдикции, в рамках которой осуществляется антимонопольное регулирование).

Если обе фирмы (независимо друг от друга) решают сотрудничать с антимонопольным органом, то освобождается от ответственности только тот, кто первым заявил о картеле, а не тот, кто решил в принципе сотрудничать (в этом случае вероятность освобождения каждого из участников картеля — 0,5²¹). Таким образом, в платежной матрице ожидаемый выигрыш в случае набора стратегий (сотрудничать; сотрудничать) для каждой из фирм будет составлять ровно половину от выигрыша в наборах стратегий:

- (не сотрудничать; сотрудничать) для фирмы А;
- (сотрудничать; не сотрудничать) для фирмы В.

¹⁹ См.: Сборник отчетных данных о работе антимонопольных органов по контролю соблюдения антимонопольного законодательства и законодательства о рекламе за 2006 год.

²⁰ Применение норм антимонопольного законодательства в России показывает, что величина уплаченных штрафов за его нарушение значительно ниже суммы наложенных штрафов.

²¹ Данная предпосылка означает, что ни у одной из фирм нет преимущества в доступе к ПОН. Ее ослабление, выражающееся в неодинаковом распределении вероятностей между двумя (а в более сложном случае — n участниками сговора), может отражать изъяды в применении принципа главенства закона и/или различия в степени информированности и уровне квалификации лиц, готовящих и принимающих решения в рамках каждой фирмы.

Фактически это равносильно не полному освобождению от ответственности, а дисконтированию — уменьшению размера штрафа на 50% (субъективное искажение вероятности, как и ожидаемых издержек, не учитывается).

		Фирма В	
		Не сотрудничать + соблюдать соглашение	Сотрудничать + нарушать соглашение
Фирма А	Не сотрудничать + соблюдать соглашение	$\frac{(1-\rho)\pi_M}{2(1-\delta)} - \rho F; \frac{(1-\rho)\pi_M}{2(1-\delta)} - \rho F$	$\frac{\pi_M}{2} - \rho F; \frac{\pi_M}{2}$
	Сотрудничать + нарушать соглашение	$\frac{\pi_M}{2}; \frac{\pi_M}{2} - \rho F$	$\frac{\pi_M - \rho F}{2}; \frac{\pi_M - \rho F}{2}$

В данной игре предполагается, что освобождается от ответственности одна из фирм, которая первой заявила о факте сговора, предоставив необходимую информацию антимонопольному органу и отказавшись в том же периоде от получения монопольной прибыли. Нарушение соглашения выражается в незначительном, но заметном для потребителей снижении цены, как в предыдущем примере. Отметим, что ожидаемый дисконт находится в обратном отношении к количеству участников сговора.

В представленной ниже матрице стратегии фирм А и В являются смешанными, где q и p соответственно — вероятности кооперативного поведения фирм А и В в отношении друг друга.

			Фирма В	
			Не сотрудничать	Сотрудничать
			q	$1 - q$
Фирма А	Не сотрудничать	p	$\frac{(1-\rho)\pi_M}{2(1-\delta)} - \rho F; \frac{(1-\rho)\pi_M}{2(1-\delta)} - \rho F$	$\frac{\pi_M}{2} - \rho F; \frac{\pi_M}{2}$
	Сотрудничать	$1 - p$	$\frac{\pi_M}{2}; \frac{\pi_M}{2} - \rho F$	$\frac{\pi_M - \rho F}{2}; \frac{\pi_M - \rho F}{2}$

Условия сотрудничества фирмы А с антимонопольными органами и нарушения картельного соглашения определяются ограничением:

$$q\left(\frac{(1-\rho)\pi_M}{2(1-\delta)} - \rho F\right) + (1-q)\left(\frac{\pi_M}{2} - \rho F\right) \leq q\frac{\pi_M}{2} + (1-q)\frac{\pi_M - \rho F}{2}$$

или

$$q \leq \frac{1}{\frac{\pi_M(\delta - \rho)}{\rho F(1-\delta)} - 1}$$

Чем выше монопольная прибыль и норма дисконтирования, ниже вероятность обнаружения картеля самостоятельными усилиями антимонопольных органов и санкции за сговор, тем ниже пороговое значение вероятности кооперативного поведения участника рынка в плане поддержания сговора.

Аналогичным образом определяются условия сотрудничества второй фирмы с антимонопольными органами и нарушения картельного

соглашения. Одновременно представленная логика применима к объяснению решения, которое может принять действующий на рынке хозяйствующий субъект относительно участия или неучастия в сговоре.

В данной игре характеристики смешанной стратегии даны экзогенно. Однако в принципе вероятности сотрудничества или несотрудничества могут зависеть от характеристик антимонопольного принуждения без применения ПОН, что, безусловно, требует дополнительных исследований с целью опровержения гипотезы о влиянии ПОН на вероятность создания (поддержания) картеля.

Проектирование программы: основные развилки и возможные риски

Как было показано выше, фактически ПОН предполагает: дифференциацию штрафных санкций за участие в сговоре; разработку процедур документирования согласия (установление приоритета по принципу «first come — first served») участника сговора сотрудничать с антимонопольными органами (включая выступление в качестве свидетеля в суде); установление временных рамок участия в ПОН в зависимости от стадии расследования в отношении данного сговора; защиту участников ПОН от возможных акций возмездия со стороны других участников сговора. Рассмотрим указанные компоненты дизайна программы более подробно.

Дифференциация штрафных санкций посредством ослабления наказания первого (а в ряде случаев — второго по времени подачи заявления) сообщившего о сговоре может касаться только административной либо также гражданской и уголовной ответственности. В качестве одного из вариантов возможно полное освобождение от административной ответственности первого и частичное (с дисконтом, например, в 30 или 50%) — второго заявителя. Плюсом данного варианта является возможность получения более полной информации и в конечном счете — более сильной позиции обвинения в суде (в части свидетелей обвинения). В то же время расширение круга участников ПОН в обмен на сотрудничество с антимонопольными органами фактически может означать снижение ожидаемых издержек нарушения законодательства. Безусловно, данный вопрос заслуживает более детального изучения.

Второй компонент имеет прямое отношение к решению вопроса о том, кто все-таки оказался первым из двух (или более) фирм — участников сговора: достаточно ли для установления приоритета устного заявления уполномоченного лица? В этой связи важно понять, кто может выступать в такого рода делах от имени компании (если не считать адвокатов, которые, как правило, представляют интересы этого уполномоченного лица): генеральный директор и/или законный представитель его интересов; член совета директоров и/или его законный представитель? С точки зрения экономической логики наказание должно понести в первую очередь не просто информированное лицо, а то, которое от имени компании имеет право принимать

решение (участвовать в принятии решения)²². Если в рамках одного хозяйствующего субъекта (одной экономической фирмы) решение принимало несколько человек, то отдельный вопрос — освобождаются ли от ответственности хозяйствующий субъект в целом и остальные участники процесса принятия решений? Возможно ли коллективное заявление, если оно будет сделано лицами, представляющими один и тот же хозяйствующий субъект? Кто в этом случае будет участником программы защиты свидетелей? Отметим, что, например, в США существуют корпоративные и индивидуальные программы ослабления ответственности за нарушение антимонопольного законодательства.

Урегулирование названных процедурных вопросов исключительно важно для формирования стимулов, препятствующих недобросовестному использованию инсайдерской информации ответственными сотрудниками антимонопольных органов ввиду высокой нормы искушения (соотношения возможного гонорара за «услугу» и величины официального денежного содержания сотрудника ведомства).

Второй и третий компоненты предполагают также решение вопроса о моменте, до которого участники сговора могут раскрыть информацию и пойти на сотрудничество с антимонопольными органами. Может ли это произойти после того, как антимонопольным органам стало известно о признаках наличия сговора, но до того, как предъявлены обвинения (иск) их участникам? На первый взгляд, логичным представляется решение об ограничении периода подачи заявки на участие в ПОН моментом возбуждения дела со стороны антимонопольных органов²³. Однако результаты некоторых исследований показывают, что ожидаемая результативность подобного варианта будет хуже, чем в случае, когда возможность участия в ПОН сохраняется и после возбуждения дела²⁴.

Поскольку разрушение сговора может лишить его участников дополнительной прибыли, исчисляемой многими десятками или даже сотнями миллионов рублей в год, то очень важен вопрос о защите участников ПОН от возможных акций возмездия со стороны других участников сговора, или, иными словами, недопущении продолжения «игры» после того, как один из ее участников сознался.

Строго говоря, возможность принятия решения об участии в сговоре и далее о сотрудничестве с антимонопольными органами может зависеть от ожидаемой величины санкций с учетом вероятности начала антимонопольного расследования и обнаружения факта сговора. Очевидно, ожидаемая величина санкций у участника сговора не может быть меньше, чем в случае принятия решения об участии в нем.

Разработка и применение ПОН потребуют решения еще целого ряда теоретических и прикладных вопросов.

²² В противном случае возникают ошибки первого и второго рода по Джоскоу: освобождение от наказания виновных и наказание невиновных. См., например: *Joskow P. L. Transaction Cost Economics, Antitrust Rules and Remedies // Journal of Law, Economics and Organization. 2002. Vol. 18, No 1. P. 95–116.*

²³ Именно на таком принципе построена, например, программа ослабления ответственности в США (см.: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lencorp.htm> и <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0092.htm>).

²⁴ *Motta M. Competition Policy: Theory and Practice. New York: Cambridge University Press, 2004. P. 201–202.*

1. Какой процент дисконта достаточен для того, чтобы побудить участников сговора использовать возможности программы ПОН? Если принимается решение о двух (и более) участниках сговора, которым разрешается участвовать в программе, каким должно быть различие в нормах дисконта? Зависит ли это от общего количества участников сговора?

2. Как регламентируется решение вопроса об освобождении от ответственности или ослаблении наказания, если один и тот же хозяйствующий субъект является участником нескольких сговоров?

3. Как обстоит дело с уголовной ответственностью? Должно ли участие в ПОН освобождать от частных исков? Бремя административной ответственности распространяется как на физических, так и на юридических лиц, тогда как уголовная ответственность — это «привилегия» физических лиц. Следует ли освобождать от уголовной ответственности лиц, которые принимали участие в решениях, связанных со сговором, являются высшими менеджерами компании, подавшей заявку на участие в ПОН, но активного содействия в расследовании дела о сговоре не оказывали?

4. Какие злоупотребления правами могут возникнуть в связи с ПОН? В частности, не будет ли она использоваться в качестве инструмента конкурентной борьбы, когда один хозяйствующий субъект, провоцируя другого (других) на заключение сговора, затем первым передает информацию о нем в антимонопольные органы, одновременно нарушая условия сговора?

5. В какой мере результативность ПОН зависит от специфики структуры товарного рынка, например, в плане неравномерности распределения рыночных долей, барьеров входа на рынок, а также уровня невозвратных издержек? Некоторые исследования показывают, что названные характеристики могут негативно повлиять на результативность ПОН, как и информирование о картелях, которые уже распались или не приносят большой выгоды его участникам, но могут быть использованы в качестве инструмента конкурентной борьбы. Учитывая данные о взаимосвязи уровня надбавки к цене в сопоставимых условиях конкуренции и стадии жизненного цикла картеля, ожидаемая результативность ПОН также может зависеть от степени его зрелости²⁵.

* * *

Программа ослабления наказания — важный элемент антимонопольного регулирования. Вместе с тем результативность ее применения во многом определяется тем, в какой мере удастся избежать ошибок на стадии разработки ее дизайна. Вот почему выявление максимально широкого круга подлежащих детальному изучению вопросов, а также рисков, связанных с реализацией данной программы, представляется крайне актуальным.

²⁵ См., например: *Leliefeld D., Motchenkova E.* To Protect in Order to Serve: Adverse Effect of Leniency Programs in View of Industry Asymmetry // TILEC Discussion Paper No 2007-007; *Goppelsroeder M., Schinkel M. P., Tuinstra J.* Corporate Leniency Programs in the Cartel Lifecycle: Cleaning out the Closet. December 2006 (<http://www.cms.uva.nl/acle/object.cfm/objectid=31F46446-A031-4CB2-9AE5DDCABF776265>).