

КАРТЕЛЬ: ОРГАНИЗАЦИЯ, СТИМУЛЫ, ПОЛИТИКА ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ

А. Е. ШАСТИТКО

Экономический факультет МГУ

Необходимость и результативность противодействия картелям связана как с внешней, так и с внутренней экономикой картелей, особенно с механизмами, обеспечивающими соблюдение условий сговора и адаптацию его участников к изменяющимся обстоятельствам. Показано, что корректная идентификация картеля — это не только важная, но и далеко не всегда простая задача, решение которой требует применения инструментария современной экономической теории в целях снижения рисков ошибок в правоприменении. Картели могут быть представлены в терминах гибридных институциональных соглашений, которым соответствуют неполные контракты. Упрощенный подход к квалификации горизонтальных связей между участниками рынка в качестве картелей сопряжен со значительными рисками ошибок I рода и, соответственно, с возможным негативным влиянием на условия конкуренции, благотворную для общественного благосостояния кооперацию, а также на возможности поиска компаниями конкурентных преимуществ, связанных с созданием ценности. В числе потенциальных источников возникновения ошибок I рода — правовые стандарты квалификации соглашения между участниками, стандарты доказательства в части установления фактов нарушения антимонопольных запретов и виновных, а также степени их вины; особенности административной системы, работающей «по жалобам», обсуждение условий уголовного преследования вне пакета взаимосвязанных изменений («четвертый антимонопольный пакет»). Противодействие картелям, как правило, сопровождается программами смягчения наказания, поэтому в работе показано, как выбранный вариант программы смягчения наказания (корпоративной и индивидуальной) может препятствовать достижению целей сдерживания картелирования рынков — в том числе с точки зрения настройки стимулов менеджеров, ухудшения условий конкуренции.

Ключевые слова: картель, гибридное институциональное соглашение, ошибки I и II рода, корпоративное управление, программа смягчения наказания, стимулы менеджеров.

Статья подготовлена в рамках проектов ЦФИ НИУ ВШЭ (2013 г.) и Центра исследований конкуренции экономического регулирования РАНХ и ГС при Президенте РФ (2013 г.). Автор выражает признательность ординарным профессорам НИУ ВШЭ С. Б. Авдашевой и О. А. Третьяк, участникам круглого стола «Изменения в статью 178 Уголовного кодекса Российской Федерации: новые подходы и новые риски» (22 мая 2013 г., Москва), а также анонимным рецензентам за критические замечания и предложения. Все ошибки и неточности — ответственность автора.

© А. Е. Шаститко, 2013

Картель как соглашение между участниками рынка — конкурентами, которое касается фиксации цен и/или раздела рынка, относится к категории запрещенных согласно букве закона, т. е. *per se*.¹ Это означает, что для квалификации действий участников рынка как нарушения правил конкуренции и применения к ним санкций достаточно, чтобы был установлен факт соглашения между конкурентами, которое соответствовало бы признакам картеля. В России подтверждение факта создания картеля является основанием для возбуждения не только административных, но и уголовных дел, санкции по которым обычно сильнее воздействуют на стимулы объектов их применения. Однако помимо развилки в части применения того или иного вида санкций в политике по противодействию картелям есть еще ряд развилки, выбор на каждой из которых может оказать влияние не только на действенность применения норм, но и в конечном счете на сдерживание монополистической деятельности, состояние конкуренции на товарных рынках, конкурентоспособность российских производителей на внешних рынках. В числе таких развилки — сама по себе квалификация эпизодов взаимодействия между конкурентами на рынке как сговора, применяемые стандарты

¹ Согласно действующей (по состоянию на ноябрь 2013 г.) редакции ч. 1 ст. 11 закона «О защите конкуренции» признаются картелем и запрещаются соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, т. е. между хозяйствующими субъектами, осуществляющими продажу товаров на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или *могут привести* к: (1) установлению или поддержанию цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок; (2) повышению, снижению или поддержанию цен на торгах; (3) разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков); (4) сокращению или прекращению производства товаров; (5) отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками).

доказательства в связи с особенностями функционирования административной системы в области антитраста, формирования стимулов должностных лиц компаний с учетом специфики российской практики корпоративного управления и различных аспектов дизайна, а также применения программ деятельного раскаяния.

У автора этих строк нет уверенности в том, какие именно формулировки будут в конечном счете приняты в рамках «четвертого» или, возможно, последующих антимонопольных пакетов.² Однако более или менее уверенно можно говорить о том, какие аспекты противодействия картелям необходимо принимать во внимание для того, чтобы не допустить возникновения масштабного «эффекта кобры»³.

В свете предлагаемых изменений в ст. 178 УК РФ⁴, ставших поводом для написания данной статьи, обращают на себя внимание как минимум три взаимосвязанных вопроса, которые рассматриваются в последующих разделах. В первом разделе в рамках обсуждения проблематики внутренней и внешней экономики картеля продемон-

² Рассмотрение эффектов практически непрерывных, начиная с 2005 г., подготовки и обсуждений изменений в закон «О защите конкуренции» и связанных с ним нормативных правовых актов выходит за пределы данной статьи, но, безусловно, заслуживает внимания в части влияния на эффекты сдерживания монополистической деятельности.

³ Напомним, что «эффект кобры» сводится к возникновению в долгосрочной перспективе результатов, которые прямо противоположны намерениям, в то время как краткосрочные результаты могут этим намерениям соответствовать. В этом отношении данная статья отражает развитие идей, которые ранее были представлены в [Шаститко, 2013в].

⁴ Ранее данная статья УК РФ относилась к числу так называемых «спящих». Так, согласно перепроверенным данным [Кинев, 2012, с. 178–181], за период с 2002 по первую половину 2011 г. по ст. 178 было вынесено 8 приговоров, 15 человек были осуждены, в том числе 14 — к реальным срокам лишения свободы. Однако это касалось компаний малого бизнеса или ИП [Кинев, 2012, с. 181–189].

стрированы возможности анализа картеля как гибридной формы институционального соглашения. Это позволяет дать более полное представление не только о подходах к расследованию дел о картелях, но и обозначить взаимосвязь предложенного подхода с проблематикой ошибок I и II рода в правоприменении⁵ на примере российского антитраста, что является предметом анализа во втором разделе. При этом учитывается не только дизайн самих норм, напрямую связанных с противодействием картелям, но и более общие свойства российской модели антитраста как одной из доступных (и реализуемых) структурных альтернатив.

Подход к изучению картелей как гибридов, так же как и отмечаемые источники ошибок в правоприменении, позволяют сформулировать ряд предположений относительно влияния норм на стимулы и поведение менеджеров компаний — объектов антимонопольного принуждения. Это особенно актуально в связи с программой освобождения от наказания за нарушение антимонопольного законодательства, являющейся неотъемлемой частью политики противодействия картелям (об этом см. третий раздел). В заключении сформулированы основные выводы.

Применяемая методология построена на использовании хорошо зарекомендовавших себя подходов в теории транзакционных издержек. Они используются в качестве основы для объяснения стимулов менеджеров в рамках взаимосвязей корпоративного управления и механизмов адаптации компаний — участников сговора к изменяющимся условиям для исследования горизонтальных и вертикальных аспектов создания и функционирования картелей в свете политики по противодействию сговорам с использованием программы смягчения наказания.

⁵ Напомним, что ошибки I рода — это наказание не нарушавшего правила или избыточное наказание нарушителя, тогда как ошибки II рода — это ненаказание или чрезмерно мягкое наказание нарушителя.

1. ВНЕШНЯЯ И ВНУТРЕННЯЯ ЭКОНОМИКА КАРТЕЛЯ

1.1. Современный контекст политики противодействия картелям в свете их внешней экономики

В настоящее время нормы ст. 178 УК РФ «Ответственность за недопущение, ограничение или устранение конкуренции» предполагают в качестве оснований для привлечения к уголовной ответственности недопущение, ограничение или устранение конкуренции путем заключения хозяйствующими субъектами-конкурентами ограничивающего конкуренцию соглашения (картеля), неоднократного злоупотребления доминирующим положением, выразившимся в установлении и/или поддержании монопольно высокой или монопольно низкой цены товара, необоснованном отказе или уклонении от заключения договора, ограничении доступа на рынок, если эти действия причинили крупный ущерб гражданам, организациям или государству либо повлекли извлечение дохода в крупном размере.⁶ Предлагаемые в рамках «четвертого антимонопольного пакета» изменения в ст. 178 УК РФ мотивированы тем, что для привлечения к уголовной ответственности — в первую очередь речь идет о должностных лицах компаний⁷ — нет необходимости устанавливать факт ограничения конкуренции, вполне достаточно установить факт создания картеля.

В первом приближении такой подход выглядит как приведение в соответствие норм ст. 178 УК РФ с подходом, реализованным в ч. 1 ст. 11 закона «О защите

⁶ Далее мы покажем, что даже если для принятия решения о привлечении к уголовной ответственности необходима оценка нанесенного ущерба или незаконно полученного дохода в крупном размере, указанные условия все равно нельзя считать решающими при оценке возможных последствий с точки зрения настройки стимулов и ожидаемых результатов применения существующих правил.

⁷ В дальнейшем в целях упрощения мы будем говорить о менеджерах компании.

конкуренции», запрещающей картели безотносительно оценки эффектов.⁸ В международной практике экономического анализа картелей, когда говорят об эффектах, в первую очередь имеют в виду количественную оценку потерь и выгод всех участников рынка. При этом предполагается, что причинно-следственная связь между действиями продавцов, являющихся участниками картельного соглашения, и ограничениями конкуренции *четко доказана*. В российской практике под эффектами часто — и даже чаще всего — понимается само по себе ограничение конкуренции. В такой трактовке получается, что соглашение, обладающее некоторыми признаками, может признаваться незаконным, даже если оно не ведет к ограничению конкуренции. В свою очередь, формулировки норм закона, касающиеся собственно квалификации различных эпизодов взаимодействия между участниками рынка, также приобретают самостоятельное значение в свете ожидаемых эффектов правоприменения. Собственно, указанные обстоятельства и являются источниками ошибок I рода в преследовании картелей на российских товарных рынках, оказывая искажающее влияние на стимулы российских менеджеров (об этом более подробно речь пойдет во втором разделе). Такое влияние может быть усилено программой деятельного раскаяния как неотъемлемой части политики противодействия картелям во всех юрисдикциях с развитыми институтами антимонопольного принуждения (подробнее об этом — в третьем разделе).

Картели запрещены в связи с тем вредом, который они наносят эффективности использования ресурсов (в статике и ди-

намике), а также покупателям (потребителям), если они — картели продавцов. Негативные последствия картеля по сравнению с сопоставимыми условиями конкуренции выражаются (см., напр.: [Connor, 2007; Connor, Helmers, 2007; Connor, Lande, 2005]) в:

- более высоких ценах;
- меньшем объеме сделок в натуральном выражении;
- меньшем суммарном выигрыше покупателей (потребителей);
- более высоких прибылях продавцов;
- чистых потерях благосостояния (суммарный выигрыш покупателей и продавцов);
- торможении нововведений (динамический аспект) в виде снижения издержек и/или улучшения полезных свойств товаров.

Возможность возникновения чистых общественных выигрышей от картеля, если представить себе такую гипотетическую ситуацию, — большая редкость. Поэтому законодательно решено, что нет необходимости применять правило взвешенного подхода (*rule of reason*), которое требует значительно больших ресурсов для администрирования, чем наложение запретов согласно букве закона. Именно в рамках применения правила взвешенного подхода экономический анализ, позволяющий сопоставлять отрицательные и положительные эффекты той или иной коммерческой практики, оказывается наиболее востребованным. Однако, и это принципиально важный момент, запрет коммерческой практики согласно букве закона не дает оснований опираться исключительно на юридическую технику в решении вопроса об установлении факта нарушения, не говоря уже об определении наказания в виде штрафа или лишения свободы. В этой связи нельзя смешивать проблематику экономического анализа эффектов картеля собственно с экономическим анализом, применяемым в связи с обеспечением ответственности антимонопольного запрета на картели. Более того, в настоящее время

⁸ В связи с различиями между концепциями картеля как явного сговора и картеля как согласованных действий (ближайшим аналогом последней в экономической теории является теория молчаливого сговора) необходимо отметить, что их последствия могут быть одними и теми же, но для согласованных действий речь идет исключительно об уже наступивших последствиях.

даже вопрос о запрете картелей согласно букве закона начал подвергаться сомнению, причем со стороны не исследователей, а национальных антимонопольных ведомств (правда, только в свете проблемы устойчивого развития⁹). Это делает тем более актуальным вопрос о понимании природы картелей (см., напр.: [Netherlands Authority..., 2013]). В этой связи нельзя не упомянуть ситуацию, когда производство товаров может быть связано с отрицательными внешними эффектами, что, свою очередь, делает приемлемым ограничение объема выпуска. В таком случае вопрос уже в том, каким способом это достигается — в результате государственного регулирования или саморегулирования? И можно ли считать, что саморегулирование по определению неприемлемо?

Множество исследований, посвященных вопросам противодействия картелям, направлено прежде всего на разработку инструментов выявления картеля, которая укладывается в следующую схему. Сначала оценивается поведение предварительно выбранных индикаторов-маркеров (например, жесткость цен картеля [Jiménez, Perdiguero, 2011], размер спреда на фондовом рынке [Christie, Schultz, 1995]¹⁰, уровень параллелизма в поведении продавцов¹¹),

⁹ Единого определения того, что такое устойчивое развитие, нет. Однако его общий смысл отражает следующая формулировка: развитие, связанное с удовлетворением потребностей ныне живущих поколений потребителей без ущерба для возможностей удовлетворения потребностей будущих поколений.

¹⁰ Первоначально некоторые маркеры могут быть выявлены непреднамеренно в результате академических исследований. Однако последствия этого могут оказаться далеко «не академически». В приведенном примере с [Christie, Schultz, 1995] — миллиард долларов в качестве компенсации нанесенного ущерба.

¹¹ Отметим, что в самом по себе параллелизме, который может выражаться, например, в синхронном или почти одновременном повышении цен, ничего противозаконного нет. Однако такой феномен может привлечь внимание антимонопольного органа, который будет выяснять, вызвано ли такое изменение внешними обстоя-

а затем — подготовка и проведение «рейда на рассвете» с целью получения прямых улики. Это — проблематика внешней экономики картеля, затрагивающая и вопросы об изменении цены после обнаружения картеля, когда его участники хотят снизить размер штрафных санкций [Erutku, 2012].

В свою очередь, некоторые другие работы хотя и посвящены внутренней экономике картеля, тем не менее акцентируются на вопросах его функционирования на основе готовой предпосылки, что исследуемое взаимодействие между фирмами — картель [Huutinen, Steen, Toivanen, 2012; 2013]. Наконец, ряд исследователей обращают внимание на то, что квалификация в качестве картеля взаимодействия между небольшим количеством участников рынка только на основании того, что доли рынка стабильны и осуществляется прямой обмен коммерческой информацией, может не иметь достаточных на то оснований [Mesnard, 2009].¹²

Безусловно, вопрос о выявлении обстоятельств нарушения требований ч. 1 ст. 11 закона «О защите конкуренции» имеет также прямое отношение к определению продуктовых и географических границ рынка, его участников, а также объемов реализации фирм. Это необходимо хотя бы для того, чтобы: (а) установить состав нарушителей, а точнее, проверить (дополнить) прямые улики о составе картеля или обнаружитьотягчающее (возможно) обстоятельство — участие в картеле на нескольких рынках; (б) определить размер штрафов, принимая во внимание, что российское законодательство предполагает

тельствами или стратегическим взаимодействием между участниками рынка. И не основано ли это стратегическое взаимодействие на явных договоренностях об установлении цен и разделе рынка [Zhang, Zhang, 2012, p. 71; Шаститко, 2011б, с. 44].

¹² В отличие от предлагаемого в настоящей статье подхода автор работы [Mesnard, 2009] апеллирует к возможностям объяснения установленных фактов на основе конкуренции по Курно.

применение санкций, которые рассчитываются в процентах от оборота на рынке, где было выявлено нарушение. В России такие оценки, как известно, вырабатываются на основе экономического анализа, предусмотренного Приказом ФАС России № 220 от 28.04.2010 г. В соответствии с данным приказом определяется порядок анализа конкуренции на товарном рынке. Согласно формирующейся в России практике рассмотрения дел о картелях предлагается определять границы рынка исходя из предмета соглашения, который определен самими участниками картеля.¹³

Однако главное не эти обстоятельства. В конце концов, не так важно, насколько точно определены границы рынка (хотя и этот вопрос имеет значение, в частности, если применяется пороговое значение суммарной доли рынка, например в 10%, в пределах которой участники соглашения не подвергаются преследованию, т. е. действует правило «безопасной гавани» даже для горизонтальных соглашений). Существующие на данный момент условия возникновения уголовной ответственности в плане размеров ущерба и предложения по их корректировке делают этот вопрос второстепенным.¹⁴

¹³ В частности, таково решение Арбитражного суда Москвы по делу № А40-24308/12139-226, в рамках которого рассматривается иск множества компаний хлорщелочной подотрасли химической промышленности к ФАС России о признании недействительными решения и предписания, согласно которым устанавливался факт сговора на рынке жидкой каустической соды, и предъявляются требования по устранению нарушений.

¹⁴ Согласно пунктам 1 и 2 Примечания к ст. 178 УК РФ доходом в крупном размере признается доход, сумма которого превышает 5 млн руб., а доходом в особо крупном размере — сумма которого свыше 25 млн руб.; крупный ущерб — от 1 млн руб., а особо крупный — от 3 млн руб. В законопроекте, рассматривавшемся в 2013 г. в Государственной думе во втором чтении, предлагалось признать крупным доход в размере 10 млн руб., особо крупным — 40 млн руб., а для ущерба — соответственно 3 млн и 10 млн руб. Следует

1.2. Внутренняя экономика картеля: горизонтальные гибриды

Проблематика внутренней экономики картеля должна рассматриваться с применением подходов экономической теории, главным образом теории транзакционных издержек [Уильямсон, 1996]. Действительно ли легко создать картель, как это предполагалось в исследованиях полвека назад [Уильямсон, 1996, с. 601]? Насколько легко обеспечить функционирование, поддержание картеля? Если это на самом деле непростой процесс, то, во-первых, должны оставаться следы подобной деятельности и, во-вторых, она вряд ли может быть такой распространенной, как это может показаться в свете предпосылок привычных моделей картеля. Такой подход отчасти перекликается с изучением проблем конкуренции и антимонопольной политики представителями австрийской школы в экономической теории. Однако, в отличие от чрезмерно жестких выводов о невозможности картелирования вне связи с ограничивающими конкуренцию действиями государства¹⁵, в данной статье картель рассматривается в качестве одной из реализуемых дискретных структурных аль-

отметить, что сами по себе суммы даже для небольшого по масштабам бизнеса невелики, особенно в части размеров ущерба. Действительно, если представить себе компанию с оборотом в 1 млрд руб., которая завысила в результате участия в сговоре цену на 10% по сравнению с ценой в условиях конкуренции, размер ущерба, даже с учетом возможных корректировок объемов в натуральном выражении, может составить величину, многократно превышающую пороговый уровень особо крупного ущерба. Таким образом, даже если это условие применять к соглашениям, квалифицированным как сговор, то единственный позитивный результат — отсеивание случаев с участием компаний с заведомо небольшим оборотом и, соответственно, незначительными размерами оцениваемого ущерба или незаконно полученного дохода.

¹⁵ По сути, данный подход предложен в работах Мюррея Росбада [Rothbard, 2009, p. 651] — одного из ведущих представителей австрийской школы экономических исследований.

тернатив взаимодействия между конкурентами без *обязательного* использования предпосылки об избыточном государственном вмешательстве.

Картель как горизонтальное соглашение — это не «пустая болтовня» (shear talks). Как правило, это разновидность гибридного институционального соглашения¹⁶. Напомним, что гибриды — долгосрочные контрактные отношения, сохраняющие автономность сторон (конечные права остаются у сторон соглашения), но предполагающие создание трансакционно-специфических мер предосторожности, препятствующих оппортунистическому поведению участников и помогающих коллективно адаптироваться к изменяющимся обстоятельствам [Шаститко, 2010, с. 765]. В соответствии с подходом, предложенным К. Менаром [Menard, 2004], все формы гибридных институциональных соглашений характеризуются тремя группами специфических свойств: (1) способами объединения ресурсов; (2) механизмами контрактации; (3) механизмами конкуренции. В свою очередь, способы объединения ресурсов определяются: (1) специфическим механизмом отбора контрагентов (в данном случае это не только принадлежность к

¹⁶ Конечно, вряд ли имеет смысл создавать в виде картеля экономическую фирму, так как в самой ее основе оказывается заложен элемент неустойчивости в действенной правовой системе, так как такая экономическая фирма изначально незаконна. Другое дело, что вопрос о том, где именно в конкретной ситуации (или даже в классе ситуаций) проходит демаркационная линия между «еще не фирмой» и «уже фирмой», по сей день является дискуссионным для исследователей, несмотря на выработанные в последние десятилетия концепции, связанные с правом на остаточный доход, конечными правами, правами контроля, иерархией как механизмом управления трансакциями [Уильямсон, 1996; Харт, 2001]. Кроме того, эволюция картеля вполне может привести к ситуации, когда в результате поиска более действенных механизмов поддержания соглашения происходит дрейф от тех разновидностей гибридов, которые тяготеют к ценовым механизмам управления трансакциями, к тем, которые ближе к иерархическому способу организации.

одному рынку, но и способность совместно влиять на общие условия обращения на товарном рынке, т. е. относительный размер); (2) совместным планированием (включая такие параметры, как цены, объемы, распределение поставок между покупателями, стандарты, правила взаимодействия с контрагентами и т. п.); (3) наличием специализированной системы раскрытия информации (возможности взаимного мониторинга поведения участников картеля с учетом особенностей видов деятельности, контрагентов и оценки рисков антимонопольного преследования). Картели прямо связаны с отказом от конкуренции, однако механизм конкуренции все же остается, но в части: (1) применения санкций (например, снижения цен); (2) изобретения способов обхода условий картельного соглашения в целях перераспределения прибыли в свою пользу. Именно указанные характеристики могут рассматриваться в качестве источников конкурентных преимуществ участников картеля. Однако, и это принципиально важный момент, далеко не все способы извлечения конкурентных преимуществ допустимы, что тесно связано с особенностями картелей как гибридов.

Картель как гибридное институциональное соглашение обладает рядом важных свойств:

- а) является горизонтальным соглашением (не путать с контрактом/договором), так как существует между участниками одной стороны рынка¹⁷, которые могут дополняться иными аспектами взаимодействия с тем же или другим составом действующих лиц (вертикальные соглашения) либо существовать и самостоятельно;
- б) если число его участников более двух, то дееспособное соглашение, скорее всего,

¹⁷ В отличие от вертикальных ограничивающих контрактов (в российском законодательстве — вертикальных соглашений), исторически первыми оказавшимися в центре внимания исследователей, применявших инструментарий теории трансакционных издержек.

- будет многосторонним (в отличие от множества двусторонних соглашений);
- в) как правило, нелегален по причине отказа от конкуренции с другими участниками рынка (отказ от конкуренции как предмет соглашения, в отличие от правовых рамок принуждения к конкуренции);
 - г) хотя и ограничивает возможности каждого из участников, однако предполагает сохранение их самостоятельности (конечные права и право на остаточный доход);
 - д) предполагает наличие механизмов принуждения и адаптации, которые создаются самими участниками, но в то же время могут функционировать относительно независимо от них (при условии, что участников больше двух).

В таком контексте признание хозяйствующего субъекта в участии в сговоре, особенно учитывая перспективу применения санкций, сопряженных с лишением свободы, необходимо проверять на предмет: (1) самооговора; (2) непонимания смысла терминов «картель» или «сговор» (в случае если они использовались в коммуникации между участниками рынка)¹⁸; (3) стремления смягчить (избежать) наказание (с учетом требований программы ослабления наказания). При этом указанные аспекты сами по себе вряд ли могут быть достаточным основанием для установления факта картеля, хотя в качестве точки отсчета в антимонопольном расследовании (или при изменении его направления) — вполне.

¹⁸ Безусловно, данное обстоятельство не имеет значения в зрелой системе антимонопольного контроля, для которой вполне может быть применим принцип «незнание закона не освобождает от ответственности», при этом «красная линия», очерчивающая множество недопустимых вариантов взаимодействия между продавцами, определена более или менее отчетливо. В противном случае буквальное и безоговорочное применение данного принципа может быть осложнено ошибками I рода (см., напр.: [Zhang, Zhang, 2012, p. 54; Huang, Zhang, 2010]).

Картель — это не только обещания хозяйствующих субъектов друг другу по поводу цен, квот или политики в отношении контрагентов и не входящих в картель конкурентов, но и механизмы, обеспечивающие их соблюдение, включая принуждение. Если предположить, что целью каждого участника картеля является максимизация прибыли, то основанием для создания механизма принуждения выступает несовпадение условий максимизации коллективной прибыли с условиями максимизации индивидуальной прибыли. Иными словами, механизм принуждения направлен на пресечение «безбилетничества» участников картеля, которое может выражаться в тайном снижении цен, нарушении индивидуальных квот, повышении качества при сохранении цены. Однако, поскольку в роли такого механизма нельзя использовать правовую систему, приходится создавать *ad hoc* специальный механизм.

Механизм, обеспечивающий жизнеспособность картеля, как и практически любого соглашения, состоит из двух компонентов — применения санкций к нарушителям и адаптации к изменяющимся обстоятельствам [Шаститко, 2010, с. 189–193]. В данной статье варианты соотношения между этими компонентами подробно не рассматриваются, хотя в ряде случаев это может иметь большое значение при расстановке акцентов в расследовании деятельности картелей: в частности, механизмы адаптации могут не только дополнять, но и в определенной мере замещать механизм применения санкций [Genesove, Mullin, 2001]. Отчасти это связано с тем, что если детализированные и кодифицированные правила, регламентирующие деятельность участников картеля, вполне могут стать доступны антимонопольным органам в рамках расследования, то механизмы адаптации сложнее выявлять и не менее сложно интерпретировать. Однако для исследования вопроса о соотношении механизмов принуждения и адаптации как минимум необходимо распола-

гать детальной информацией о различных видах картелей как гибридных институциональных соглашений, в разной степени приближенных по характеристикам к иерархии и механизму цен.

Система санкций за нарушение условий соглашения — от угрозы физического воздействия на лиц, принимающих решения в компании, до корректировки рыночного поведения, — в том числе в форме ценовой войны, является способом создания издержек для нарушителей условий сговора и влияет на баланс ожидаемых выгод и издержек участия в картеле. Причем выбор санкций во многом зависит и от их действенности, и от цены, которую необходимо заплатить: в виде либо снижения цен, либо возможного раскрытия преступления (в случае применения угроз или насилия). Однако здесь, так же как и для любого другого механизма, обеспечивающего соблюдение соглашения, необходимо выполнение ряда условий адресного наказания нарушителя. В первую очередь это система мониторинга действий участников картеля, позволяющая: (а) идентифицировать действия участников картеля и/или (б) установить наличие признаков нарушения соглашения; (в) выявить нарушителя (нарушителей); (г) оценить действия каждого из участников картеля на предмет соответствия договоренностям.

Кроме того, одним из вопросов институциональной технологии обеспечения работоспособности картеля является выбор формы санкции в отношении нарушителя, так как безотносительно издержек мониторинга сами по себе санкции могут различаться по издержкам для тех, кто эти санкции применяет, а не только по издержкам, которые несут нарушители правил картеля в результате применения санкций со стороны других участников или координатора¹⁹. Данный аспект особо важен в

¹⁹ Возможно возникновение ситуации, которая нашла отражение и в российском законе «О защите конкуренции», когда функции принуждения и адаптации частично переданы субъекту (организации), не являющемуся участником рынка. Как

ситуации, когда требуется согласование действий двух и более участников картеля, а распределение рыночных долей таково, что решение «проблемы безбилетника» не обеспечивается фактом существования компании, которая своими действиями может оказывать влияние на общие условия обращения на рынке (доминирование на рынке).²⁰

Между тем именно наблюдение за поведением в свете различных институциональных деталей создания и функционирования картеля, взаимодействия членом картеля с потребителями, конкурентами, не входящими в картель, может стать важным источником формирования набора полезных *маркеров сговора*, которые неприменимы к случаям согласованных действий (аналога молчаливого сговора) ввиду различий поддерживающих механизмов. В частности, это связано с настройкой механизма мониторинга соблюдения условий соглашений не по критерию рыночной доли (что может быть обусловлено слишком высокими информационными издержками), а по набору покупателей, которым реализуется товар каждым из участников картеля [Harrington, Skrzypacz, 2007].

В условиях изменяющейся среды взаимодействия участников картеля достигнутое соглашение формулируется так, чтобы: (1) в нем была заложена зона терпимости, допускающая изменение контролируемых параметров в определенных пределах, и/или (2) имелась возможность корректировки условий *ex post* в случае, если

вариант, это могут быть отраслевые ассоциации, которые осуществляют координацию деятельности участников рынка по созданию и поддержанию картеля.

²⁰ Опираясь на анализ конкретных случаев раскрытых картелей, Харрингтон — один из немногих исследователей, чьи работы посвящены практическим вопросам организации, функционирования и выявления картеля в отличие, например, от круга вопросов функционирования отрасли в случае наличия картеля, — указал в том числе и на упомянутый способ принуждения в обход решению проблемы коллективных действий [Harrington, 2006, p. 63–64].

какие-либо изменения заранее предвидеть не удалось.

Фактически последнее означает, что само по себе картельное соглашение может быть *ex ante* неполным и, соответственно, для обеспечения его действенности и устойчивости необходимо создание области допустимых значений контролируемых параметров (ОДЗКП) и/или адаптации к изменяющимся обстоятельствам. К числу таких ОДЗКП можно отнести, например, интервал между целевой и минимально допустимой ценой [Harrington, 2006, p. 8], когда договоренности ориентированы на достижение целевой цены, но продажа по ценам ниже целевой, но не ниже минимальной, не приводит к включению механизмов применения санкций за отклонение от целевой цены.

В свою очередь, механизм адаптации предполагает как минимум наличие коммуникации, а в более общем плане — повторных переговоров (по поводу перераспределения квот, изменения цен и т. п.) как способа корректировки поведения в результате внешних шоков, а также альтернативы ценовой войне или выкупу части объемов у другого члена картеля как способа поддержания соглашения [Harrington, 2006, p. 61–62]. Однако сами по себе обмены между продавцами товара (предположительно в одних продуктовых границах) не могут рассматриваться в качестве достаточного основания для квалификации данных действий как способа поддержания сговора, так как экономический смысл таких сделок может быть иным. В этой связи нельзя не упомянуть общую оценку Коузом истоков негостеприимной традиции в антитрасте:

Важным результатом чрезмерного внимания к проблеме монополии стало то, что когда экономист обнаруживал что-либо (того или иного сорта деловую практику), чего он не понимал, он искал объяснение в монополии. А поскольку мы очень невежественны в этой области, число непонимаемых явлений деловой жизни оказывается довольно значительным,

а объяснение с помощью монополии — частым [Коуз, 1993, с. 63].

В качестве примера можно привести феномен товарообменов между нефтяными компаниями в США и Канаде, которые допускали различные варианты интерпретации — как исключительно антиконкурентные, так и со смешанными эффектами [Уильямсон, 1996, с. 320–328]. Другой случай, который, вероятно, еще ждет своего теоретического осмысления, — продолжающееся дело о сговоре более чем двух десятков компаний на рынке жидкой каустической соды, возбужденное российским антимонопольным органом около двух лет назад.²¹

1.3. Картель как неполный контракт

Применение к анализу внутренней экономики картеля подхода, предложенного Уильямсоном (см., напр.: [Williamson, 1996; Шаститко, 2003; 2010]) для исследования неполных контрактов, показывает, что обозначенные выше вопросы организации и поддержания картеля лишь верхушка айсберга. Работы, посвященные вопросам внутренней организации картеля, подтверждают данную точку зрения [Harrington, 2006; 2008; Nytyinen, Steen, Toivanen, 2012; 2013]. Рассмотрим более подробно перечень аспектов, связанных с *картелем как неполным контрактом* и, соответственно, со спецификой процесса контрактации.

1. Взаимодействие между участниками картеля происходит в условиях, которые могут быть определены как структурная неопределенность [Langlois, 1986]. Фактически это означает наличие трудностей в установлении полного набора специфицированных *ex ante* вероятных событий, которые должны быть учтены при планировании взаимодействия между компа-

²¹ Информацию по данному делу с изложением позиции антимонопольного органа можно найти в [Артемьев, Цариковский, Кинев, 2013, с. 37–38, 58–80].

ниями — участниками картеля, не говоря уже об уровне их вероятности. Соответственно, наборы вероятных событий для каждого участника картеля могут не совпадать. Следовательно, и вес каждого из возможных событий будет разным.

2. Даже если множество вероятных событий определено и одинаково для заинтересованных сторон, могут возникать сложности с их спецификацией каждым из действующих лиц в терминах ключевых характеристик, понимание которых необходимо для оценки на предмет соответствия фактическим событиям.

3. Если каждый из участников картеля и в состоянии специфицировать любое из возможных событий, то это еще не означает, что они будут специфицированы одинаково. Данный аспект напрямую относится к проблеме коммуникации. Соответственно, исходное понимание того или иного события вполне может быть различным, если не предпринимать усилий для выработки конвенций. В свою очередь, такие усилия не могут не быть связаны с обменом информацией, включая встречи должностных лиц компаний — участников картеля, в том числе и виртуальные. Данный вопрос является предметом обсуждения в экономической литературе (см., напр.: [Genesove, Mullin, 2001]).

4. Решение проблемы подобия множества вероятных событий и их спецификации еще не означает ответа на комплекс вопросов, связанных с неполнотой контрактов между участниками картеля. Это связано с тем, что такое решение автоматически не предполагает унифицированного набора скоординированных действий для каждого участника картеля в зависимости от того или иного вероятного события.

5. Даже при условии положительного решения вопросов, обозначенных в первых четырех пунктах, возникает проблема коммуникации *ex post*, на которую исследователи проблем сговора обращают пристальное внимание. Прежде всего это относится к идентификации наступившего события как одного из специфицирован-

ных *ex ante*. И в этом случае возникает спрос на специальные системы коммуникации среди участников картеля. Появляется задача оценки соблюдения достигнутых соглашений посредством мониторинга, в том числе в рамках встреч участников картеля с частотой, согласно [Harrington, 2006, p. 75], раз в полгода, месяц и даже каждые две-три недели (в зависимости от конкретного случая картеля). Некоторые исследователи указывают на случаи еженедельных встреч [Genesove, Mullin, 2001] на примере сахарного картеля США в 20–30-е гг. XX в.

6. Возникает зеркальная проблема, обозначенная в п. 4: необходимо выявить, выполнены ли участниками картеля именно те действия, которые были определены заранее достигнутыми договоренностями.

7. Неполнота соглашения становится более серьезной проблемой, если принять во внимание не только ограниченность рациональности заинтересованных сторон, но и возможность оппортунистического поведения, которое в условиях информационной асимметрии создает дополнительные сложности в решении вопросов, обозначенных в первых шести пунктах. Причем оппортунизм может проявляться в отношении как одного из участников картеля, так и всех его участников (в зависимости от того, каким образом нарушены, например, условия раздела рынка).

8. Суды как механизм разрешения спора, возникающего между участниками картеля, недоступны, что требует поиска их действенного функционального заместителя.

Вопросы, связанные с обеспечением устойчивости контракта в силу его *ex ante* неполноты, как показывают некоторые исследователи, для картелей в случае их нелегальности оказываются еще более актуальными — в силу стремления снизить вероятность выявления и верификации [Kvaløy, Olsen, 2009].

В качестве примера можно привести ситуацию, в которой участники картеля договорились о продаже некоторого товара

по цене P , но один из производителей стал предлагать покупателям товар более высокого качества по той же цене или по цене, которая не компенсирует повышения качества товара. Результатом может стать разрушение картеля. Аналогичная ситуация может возникнуть, когда цена основного товара остается неизменной, тогда как расходы на смежные услуги, например транспорт, фактически учитываются в цене, что равносильно ее тайному снижению. Однако сказанное не означает, что картельное соглашение невозможно спроектировать так, чтобы данная возможность была учтена. Пример картеля производителей графитовых электродов, приведенный Харрингтоном, показывает, что такое поведение одного из производителей может быть предотвращено или пресечено посредством введения стандартов производимой продукции и предварительного раскрытия информации о планируемых нововведениях [Harrington, 2006, p. 10], что как раз характерно для специальной системы раскрытия информации.

Таким образом, обсуждение внутренней экономики картеля дает основание предположить, что создание и особенно поддержание картеля довольно сложная задача, требующая значительных усилий и изобретательности от его участников. В свою очередь, понимание данного обстоятельства дает основание считать, что получение необходимых прямых улик — важнейший элемент воссоздания картины нарушения закона и способ избежать ошибок I рода в результате различных вариантов «объективного вменения» участникам рынка тех нарушений, которых они не совершали. Способность избежать ошибок I рода — это также путь к сохранению для участников рынка более широких возможностей экспериментирования с различными формами экономической организации как источниками конкурентных преимуществ и развития благотворной для общественного благосостояния кооперации.

2. ОШИБКИ В ПРИМЕНЕНИИ НОРМ О ЗАПРЕТЕ КАРТЕЛЕЙ

Итак, картель безоговорочно запрещен как таковой (хотя этот тезис начинают подвергать сомнению не только представители австрийского направления в экономической теории). Для привлечения к административной ответственности участников картеля не требуется оценивать эффекты в виде цен, объемов, нанесенного потребителям ущерба, незаконно полученного дохода. Ключевое значение для установления наличия/отсутствия основания для вывода о составе преступления и привлечения к ответственности, в том числе и к уголовной, имеют вопросы, связанные с внутренней экономикой картеля. Отметим, что сама ответственность должна формироваться на основе презумпции нецелесообразности применения наказания в виде лишения свободы, создающего чистый вычет из общественного благосостояния. Некорректная интерпретация фактов при характеристике связей между участниками рынка в терминах картеля является основанием для возникновения ошибок I рода.

Почему ошибки I и II рода имеют значение? Они де-факто повышают издержки предпринимательской деятельности, ослабляют сдерживающие эффекты норм, запрещающих те или иные действия, в том числе и в результате переноса предпринимательской деятельности в менее рискованные сферы (через смену отрасли или юрисдикции) либо вовсе ее прекращения. Ослабление сдерживающего эффекта санкций, и это относится в первую очередь к ошибкам I рода, можно обнаружить, например, наблюдая за процессами выхода с рынка предпринимателей, занимающихся законными видами хозяйственной деятельности, прекращения деятельности компаний [Garoupa, Rizolli, 2012; Joskow, 2002; Авдашева, Крючкова, 2013; Манн, Райт, 2011; Новиков, 2010; Шаститко, 2011а; 2013а].

Иными словами, негативный эффект проявляется в ухудшении не столько сдерживающих функций правовой системы,

сколько условий производительной кооперации, конкуренции как процесса открытия новых возможностей использования известных ресурсов, а также создания новых ресурсов.²²

Среди возможных источников ошибок I рода в применении норм ст. 178 УК РФ можно отметить:

- формулировки ст. 4 закона «О защите конкуренции» в части определения понятия «соглашение» (сингулярное соглашение vs. композитное соглашение);
- сложившиеся стандарты доказательства в части установления фактов и виновных;
- особенности административной системы, работающей «по жалобам» [Avdashcheva, Kruychkova, 2013];
- обсуждение вопросов преследования картелей вне пакета взаимосвязанных изменений в антимонопольное законодательство.

Рассмотрим каждый из указанных источников более подробно.

2.1. Издержки «сшивания» фрагментов

Согласно п. 18 ст. 4 закона «О защите конкуренции» соглашением считается договоренность в письменной форме, содержащаяся в документе или нескольких документах, либо договоренность в устной форме.

Вопрос о квалификации действий участников рынка как сговора был бы почти тривиальным, если бы можно было в качестве общего случая обнаружить документ, в котором были бы отражены не только стороны, обязательства сторон, но и механизмы принуждения к соблюдению соглашения и корректировки его условий (адаптации к изменяющимся обстоя-

тельствам). Гораздо более сложная ситуация возникает, если соглашение является не сингулярным (как в упомянутом выше случае), а композитным, включающим ряд документов и, вполне возможно, ряд устных договоренностей. Строго говоря, такая ситуация вполне может соответствовать свойствам гибридного институционального соглашения как некоторого набора договоров, заключенных последовательно или «внахлест» и дополненных неформальными обязательствами (притом что само соглашение незаконно).

При каких условиях указанное множество договоренностей может быть признано эквивалентом сингулярного соглашения (а если и не эквивалентом, то обладающим такими свойствами), что дает достаточные основания для выводов о наличии соглашения? В этой связи важно обратить внимание на второй пункт предложенного перечня источников ошибок I рода — сложившиеся стандарты доказательства в части установления фактов и виновных.

Следует отметить, что, несмотря на признание картеля в качестве наиболее опасной формы монополистической практики, международный опыт противодействия сговорам характеризуется значительным разнообразием. Это касается как состава правонарушения, которое квалифицируется как уголовное (в Великобритании — фиксирование цен, в Австрии и Германии — сговор на торгах), так и видов санкций, которые в одних странах могут составлять от пяти лет тюремного заключения максимум (например, в Бельгии) до десяти лет (в США), а в других далеко не всегда даже потенциально являются уголовными. В некоторых случаях уголовные санкции законом предусмотрены, но не применяются (Франция, Кипр, Словакия) [Thepot, 2011, p. 223–224]. Вероятно, такой подход к выстраиванию системы противодействия картелям построен на широко распространенной презумпции нецелесообразности применения уголовного преследования, а также учитывает сложности, связанные с идентификацией соглашений как картельных.

²² Это положение имеет принципиальное значение как для исследований в рамках австрийской традиции в экономической теории, так и для менеджериальных концепций, объясняющих источники и процесс формирования конкурентных преимуществ (см., напр.: [Hayek, 2002; Katkalo, Pitelis, Teece, 2010; Loasby, 2010]).

В качестве иллюстрации поставленной проблемы можно привести недавнее дело ФАС России против всех российских компаний, которые производят трубы большого диаметра (ТБД). Основная претензия антимонопольного органа, который опирался в том числе на изучение утвержденных графиков поставок ТБД для строительства различных участков газопроводов, контролируемых группой ОАО «Газпром», заключалась в разделе данного рынка (п. 3 ч. 1 ст. 11 закона «О защите конкуренции»). При этом одна из основных проблем при подтверждении гипотезы о сговоре состояла в том, что согласовывал данный график (а при ближайшем рассмотрении — был инициатором его разработки) ключевой потребителем — группа ОАО «Газпром». Такая ситуация не укладывается в логику квалификации такого рода соглашений как картельных. Кроме того, время возникновения данного соглашения для квалификации его как картельного также было не вполне «удачным»: оно практически совпало со становлением в России новой подотрасли — производства труб большого диаметра. Однако в данном случае для производителей ТБД дело закончилось благополучно — оно было закрыто, а претензии со стороны антимонопольного органа были сняты. Тем не менее, как показали дальнейшие события, вопрос закупок ТБД для реализации проектов ОАО «Газпром» остается в фокусе внимания ФАС России, о чем свидетельствует новое дело, открытое весной 2013 г., уже с другими участниками и, предположительно, с иным составом предполагаемых правонарушений.

2.2. Условия установления и соблюдения стандартов доказательств

Существуют разные варианты соотношения между стандартами доказательств в арбитражном и уголовном процессах. Один вариант основан на унификации требований к установлению фактов и установлению виновных, что является следствием

решения методологического вопроса о строго истинных суждениях. С экономической точки зрения, например, факты, установленные в арбитражном процессе, должны быть использованы как основание решения в уголовном. Однако уголовный процесс, как правило, сопряжен со значительно более жесткими санкциями, чем арбитражный. Если суждения, которые выносятся по поводу установления фактов и признания лица нарушившим требования законодательства, не соответствуют принципу «объективности» истины в смысле отсутствия каких-либо сомнений в самом факте и совершении нарушения именно указанным лицом, то такой стандарт доказательства и связанная с ней презумпция могут быть источником ошибки I рода.

Указанное обстоятельство тем более важно в свете вопроса, обозначенного Харрингтоном [Harrington, 2009]: действительно ли стимулы (действия) антимонопольного органа в части противодействия картелям соответствуют условиям минимизации нормы картелирования в экономике с учетом того обстоятельства, что оценивается только видимая часть — количество разоблаченных и привлеченных к ответственности картелей? В свою очередь, такая постановка вопроса с учетом рассматриваемой далее специфики административного режима в российском анти-трасте позволяет сформулировать вопрос о достаточности уровня независимости антимонопольного органа для обеспечения действенности антимонопольного сдерживания и, как результат, защиты конкуренции, что, как свидетельствуют результаты некоторых исследований, тесно связано с общим состоянием институтов в стране [Ma, 2010].

В этой связи заслуживает внимания оценка, данная одним из известных юристов, сформулировавших свою позицию по вопросу о сопряженности арбитражных и уголовных процессов (что также имеет прямое отношение к проблеме уголовного преследования картелей):

В уголовном... судопроизводстве все более распространенный характер стали приобретать заведение в коррупционных целях уголовных дел на предпринимателей, их обвинение и последующее осуждение по статьям о мошенничестве, присвоении и легализации (отмывании) полученных преступным путем денежных средств и иного имущества. При этом органы следствия и суды абсолютно игнорировали вступившие в законную силу решения арбитражных судов, признававших во всех инстанциях сделки, вменяемые затем в качестве преступных, полностью законными [Резник, 2013, с. 555].

Эта позиция свидетельствует о еще более серьезных проблемах в данной сфере и вписывается в общую логику оценки эффективности антитраста, представленную в упомянутой выше работе [Ma, 2010].

Вопросы применяемых стандартов доказательства для случая картелей поднимаются в судебной практике. В частности, согласно решению суда первой инстанции по делу о картеле на рынке каустической соды, принятому в декабре 2012 г.²³, достаточность доказательств в каждом конкретном случае должна определяться индивидуально на основании оценки всей совокупности факторов. По мнению суда, это означает, что доказывание наличия и фактической реализации антиконкурентного соглашения между хозяйствующими субъектами осуществляется на основе всестороннего изучения и оценки всех обстоятельств дела. Кроме того, это предполагает анализ всей совокупности доказательств, в том числе фактов встреч конкурентов, переписки, результатов проверок, анализа поведения обществ в рамках предпринимательской деятельности, с учетом принципов разумности и обоснованности. В качестве базы для доказательства факта сговора

²³ Следует отметить, что рассмотрение указанного дела не завершено. Согласно решению кассационной инстанции — Федерального арбитражного суда Московского округа — в августе 2013 г. оно было направлено на новое рассмотрение.

на рынке каустической соды был приведен перечень материалов, который только по ОАО «Единая торговая компания» — одному из 22 истцов по рассматриваемому делу — составил 33 пункта.²⁴

Безусловно, исследование такого массива материалов требует формирования концептуальных рамок, в пределах которых можно было бы давать оценку каждому из документов в отдельности и всем им в совокупности на основе понимания специфики сферы, в которой, по мнению антимонопольного органа и судов двух инстанций, существовал сговор. В числе таких факторов: (1) строгая взаимодополняемость двух основных продуктов — каустической соды и хлора — по основному ресурсу (соляному раствору) почти на 100% объемов производимого продукта; (2) высокая степень опасности продуктов, особенно хлора (срок хранения — не более трех суток); (3) значительные различия в динамике спроса на указанные продукты; (4) размещение производственной базы и предприятий потребителей по территории России. В данном деле одним из фундаментальных был и остается вопрос о том, как объяснить систематические различия в экспортных и внутренних ценах на каустическую соду в рамках или за пределами гипотезы об антиконкурентном соглашении.

Возвращаясь к вопросу о запрете картеля согласно букве закона (*per se*), важно обратить внимание на то, что такой запрет не означает отсутствия набора условий, существование которых должно быть установлено для корректной правовой квалификации. Таким образом, есть основания вести речь о поиске компромисса между принципом и реалиями для такого применения указанного правила, которое снижало бы риски «ложноположительного срабатывания».²⁵

²⁴ См. с. 15–17 решения Арбитражного суда Москвы по делу № А40-24308/12139-226.

²⁵ В этой связи интересной является постановка вопроса о соотношении правила разумности и запрета согласно букве закона в [Zhang, Zhang, 2012, p. 58].

2.3. Режим работы административной системы

Гораздо более сложной является ситуация, когда антимонопольные органы, с одной стороны, и органы внутренних дел/органы следствия, с другой стороны, могут формировать свою доказательную базу по одному и тому же делу, открытому по признакам нарушения ч. 1 ст. 11 закона «О защите конкуренции». В этой связи принципиальное значение для обеспечения действенности нормы с точки зрения предупреждения сговоров имеет обеспечение принципа соответствия между строгостью требований к доказательной базе и строгостью наказания. Условно говоря, если для установления факта нарушения и определения нарушителя в административном деле можно было бы ограничиться вероятностью в 80%, то достаточным основанием для применения уголовного наказания является вероятность в 99% (по аналогии с эконометрическими тестами, оценивающими надежность связей между переменными). Причем это важно не только для оценки последствий/результатов действий, которые рассматриваются в терминах сговора, но и для оценки самих действий, так как одни и те же результаты (в том числе комбинация «цены — объемы») могут быть получены разными способами, не все из которых являются законными [Zhang, Zhang, 2012, p. 63–64].

Важно отметить в качестве предмета отдельного исследования факторы возникновения ошибок правоприменения, которые характерны для административного процесса, и аналогичные факторы в применении уголовного законодательства.

Один из вариантов решения данной проблемы — административная преюдиция: решение арбитражного суда об установлении факта сговора и его участников является основанием для принятия решения о возбуждении уголовного дела в отношении соответствующих должностных лиц. При этом, однако, необходимы гарантии того, что именно в рамках административного

разбирательства будут соблюдены необходимые стандарты. Предпосылки для этого есть: именно антимонопольный орган располагает (или должен располагать) специалистами, которые должны установить, на каком именно рынке и кто вступил в сговор, каковы условия сговора и каким образом можно оценить действенность механизма, обеспечивающего его соблюдение. Однако в таком случае вопрос о статусе доследования при передаче дела из антимонопольных органов приобретает самостоятельное значение: это формальная процедура или действительно проверка гипотезы виновности (но без необходимого привлечения к уголовной ответственности) с использованием более жестких стандартов доказательства?

Выполнение условия более жестких требований к стандартам доказательства в России находится под вопросом ввиду особенностей работы административной системы в части обеспечения соблюдения требований антимонопольного законодательства. В первую очередь речь идет о необходимости реагирования ФАС России на многочисленные жалобы юридических и физических лиц. В ситуации широкой компетенции антимонопольного органа по разным направлениям контроля, а также стремления работников антимонопольного органа избежать рисков проверок уже в отношении их самих в случае доказательства или даже предположения о необоснованном отклонении жалобы, с учетом ограниченных возможностей фильтрации жалоб, это создает благоприятные условия для возбуждения дела, а также формального (поверхностного) анализа обстоятельств дела и принятия по нему решения [Авдашева, Крючкова, 2013].

2.4. Смежные вопросы корректировки антимонопольного законодательства

Поскольку параллельно с изменениями в ст. 178 УК РФ обсуждается множество других изменений, то наряду с уже суще-

ствующими нормами важным вопросом является оценка возможных последствий таких нововведений. В первую очередь следует отметить два предлагаемых изменения: регламентированные торговые практики (предлагаемая новая редакция ч. 4 ст. 10 закона «О защите конкуренции») и отмена исключений для результатов интеллектуальной деятельности (действующие ч. 4 ст. 10 и ч. 9 ст. 11 того же закона).

Регламентированные торговые практики. В настоящее время регламентированные торговые практики разрабатываются в основном в свете профилактики нарушений по ст. 10 (злоупотребление доминирующим положением). Поэтому для компаний, которые на внутреннем рынке хотя и занимают доминирующее положение, но конкурируют с другими компаниями (в том числе в составе коллективно доминирующих хозяйствующих субъектов), а также конкурируют на внешних рынках, возникают дополнительные риски, связанные с инициацией согласованных действий или сговора. В ряде случаев это связано с раскрытием информации о схемах ценообразования для неопределенного круга лиц, что не соответствует лучшей зарубежной практике, в большей степени ориентированной на разработку корпоративных политик по соблюдению требований антимонопольного законодательства. В частности, исследование, проведенное Харрингтоном, показывает, что если члены картеля производили дифференцированные продукты, то в качестве предмета соглашения использовались не цены как таковые, а схемы ценообразования [Harrington, 2006, p. 10–12].

Как свидетельствует российский опыт применения регламентированных торговых практик, такие подходы уже реализуются участниками рынка (например, торговая практика ОАО «Уралкалий», согласованная с ФАС России в рамках выполнения поведенческого предписания как условия одобрения сделки экономической концентрации по приобретению ОАО «Сильви-

нит») [Радченко и др., 2013].²⁶ В этом случае, как это ни парадоксально, возможен вариант легализации элемента механизма поддержания картеля через утверждение в антимонопольном ведомстве формулы ценообразования, что является возможным основанием воспроизводства ошибок II рода. Картели стремятся обеспечить контроль и над неценовыми аспектами взаимодействия своих членов с контрагентами. Следует особо отметить, что аналогичная картина складывается и для регламентированных торговых практик. Безусловно, данное предположение требует проверки по мере накопления опыта их применения. Однако исторический опыт сахарного картеля на базе «Института сахара» (Sugar Institute) показывает, что картель вполне может существовать на основе унификации правил взаимоотношений с контрагентами, когда задача фиксации цен не выглядит такой уже нереальной [Genesove, Mullin, 2001, p. 380].

Принимая во внимание усилия ФАС России, направленные на продвижение регламентированных торговых практик (а не корпоративных политик по соблюдению требований антимонопольного законодательства), и одновременно усилия по активизации правоприменения ст. 178 УК РФ, вполне вероятно появление «антимонопольных ножниц» для компаний-олигополистов. Фактически это обстоятельство равносильно значительному повышению антимонопольных рисков как в части вероятности возбуждения дел в отношении участников рынка, так и применительно к возможным размерам санкций в результате изменений в ст. 14.32 КоАП РФ в 2007 г.: применение к нарушителям

²⁶ В отличие от инструментов, с помощью которых участники картеля справляются с дифференциацией продукта, вопрос о том, какое значение с точки зрения возможности формирования и поддержания сговора имеет дифференциация продуктов (не только горизонтальная, но и вертикальная), остается до сих пор дискуссионным (см.: [Chang, 1991; Huytinen, Steen, Toivanen, 2012; Ross, 1992; Thomadsen, Rhee, 2007]).

оборотных штрафов — до 15% годового оборота компании на соответствующем рынке. Если не обеспечить возможность четкого разграничения (или по крайней мере понятного его алгоритма) множества допустимых и недопустимых способов взаимодействия между конкурентами, стимулы поиска допустимых конкурентных преимуществ путем экспериментирования будут значительно ослаблены.

Отмена исключений для результатов интеллектуальной деятельности. В части антимонопольных исключений для результатов интеллектуальной деятельности в случае их устранения (в настоящее время эти исключения содержатся в ч. 9 ст. 11 закона «О защите конкуренции») в первую очередь необходимо обращать внимание на возможные злоупотребления участниками рынка правом на защиту конкуренции. Эта проблема является весьма острой, поскольку пока нет оснований делать оптимистичные прогнозы о перспективах правила взвешенного подхода в российском правоприменении. Данный подход требует высоких стандартов экономического анализа и глубокого понимания содержания отношений между участниками рынка. Именно на этих принципах строится правоприменительная практика США и ЕС.²⁷ В свою очередь, в Китае новый антимонопольный закон, вступивший в силу в 2008 г., содержит положения, которые, с одной стороны, указывают на неприменимость его норм к действиям компаний по использованию прав интеллектуальной собственности, а с другой — допускают действия в отношении злоупотребляющих этими правами. Важно, однако, то, что для внесения ясности в данный вопрос одно из китайских антимонопольных ведомств разрабатывает руководство по возможному применению антимонопольных запретов к сфере использования прав интеллектуальной собственности [Fels, 2012, p. 15–16].

²⁷ Более подробно о сути проблем, связанных с изъятием исключений для результатов интеллектуальной деятельности, см. [Шаститко, 2013б].

Проведенный выше анализ свидетельствует о существовании значительных возможностей для улучшения ситуации в сфере применения уголовной ответственности за участие в сговоре, которое не сводится к набору простых действий, направленных на ужесточение или, наоборот, смягчение режима применения данной статьи, поскольку ни то, ни другое само по себе не обеспечивает создания сильных стимулов для поиска допустимых конкурентных преимуществ.

3. СТИМУЛЫ ПРИСОЕДИНЕНИЯ К ПРОГРАММЕ ОСВОБОЖДЕНИЯ ОТ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА УЧАСТИЕ В СГОВОРЕ

3.1. О программе смягчения наказания за нарушение антимонопольного законодательства

Деятельное раскаяние всегда было основанием для смягчения наказания. Данный принцип позволяет, при прочих равных условиях, добыть необходимые улики компетентным органам (в данном случае — ФАС и МВД) и снизить издержки на сдерживание преступлений, не снижая при этом сам уровень сдерживания. Однако следует помнить о почти универсальном принципе в проектировании институтов (правил и обеспечивающих их соблюдение механизмов) — “no free lunch” («нет бесплатного обеда»). Тем более когда речь идет о системе отношений, связанных с управлением поведением исполнителя (собственники — менеджеры).

При появлении нового инструмента для решения поставленной задачи вполне возможно возникновение и каких-то побочных эффектов, которые необходимо идентифицировать и оценить их значимость (по крайней мере выяснить, не являются ли они по своим масштабам эффектами того же порядка, что и желаемые, но только с противоположным зна-

ком²⁸). Действительно, если должностное лицо будет заранее (т. е. даже до совершения правонарушения) учитывать возможность воспользоваться программой смягчения наказания за правонарушение, то не окажет ли ожидаемое ослабление наказания в результате раскаяния негативный эффект на уровень сдерживания? Не будет ли такая ситуация способствовать разрушению части действующих картелей и одновременному снижению препятствий для создания новых картелей, с более изощренными поддерживающими механизмами?

Каким образом соотносится раскаяние как переосмысление и переоценка собственных действий с теми действиями, которые рассматриваются компетентными органами как проявление такого раскаяния (предоставление информации следствию, иные формы сотрудничества со следствием, выступление в суде как свидетеля обвинения, компенсация ущерба или реализация иного способа заглаживания вины)? Результатом осознания данной проблемы стало формирование в экономической литературе в течение последних 10–15 лет целого направления исследований по вопросам ослабления наказания за нарушение норм антимонопольного законодательства. В этой связи необходимо отметить такие классические работы, как [Motta, Polo, 2003; Ghebrihiwet, Motchenkova, 2010], рассматривающие вопросы выбора структурной альтернативы данной программы, в том числе с учетом возможных ошибок в правоприменении, а также работу [Harrington, 2013], в которой вычленяются эффекты наказания и опережения, влияющие на результативность данной программы.

Как известно, в рамках реформы системы санкций за нарушение требований российского антимонопольного законодательства в 2006–2007 гг. были также приняты элементы программы освобождения от

административной ответственности (Примечание к ст. 14.32 КоАП РФ), содержанию и эффектам применения которой посвящен ряд работ российских авторов [Павлова, 2011; 2012; Шаститко, 2007; Avdasheva, Shastitko, 2011]. Однако позже в связи с попытками активизировать правоприменение по ст. 178 УК РФ возник вопрос о том, в какой мере освобождение от административной ответственности является основанием освобождения от уголовной и гражданской ответственности. Кроме того, такая постановка вопроса выявила еще одно измерение проблемы обеспечения действенности программы смягчения наказания в свете настройки стимулов должностных лиц — стык корпоративной и индивидуальной программ. В этом случае различаются два типа отношений: горизонтальные — между компаниями — и вертикальные — в рамках каждой из компаний, участвующих в картеле, а именно отношения между собственниками и менеджерами как ядро корпоративного управления [Festerling, 2005; Thepot, 2011, p. 221]. Таким образом, в более общем плане речь идет о точках соприкосновения антимонопольной политики и корпоративного управления.

Рассмотрим указанные аспекты программы смягчения наказания более подробно.

3.2. Антимонопольная политика и корпоративное управление

Данная проблематика связана в первую очередь с классическим вопросом настройки стимулов исполнителей (менеджеров, как информированной стороны). Цель — настроить стимулы таким образом, чтобы снять проблему субъективного риска — отлынивания в виде недостаточного количества и качества усилий, направленных на повышение эффективности работы компании. В случае привязки вознаграждения менеджеров компании к размерам прибыли и отсутствия иных элементов системы ограничений указанная характеристика контракта может привести к появлению

²⁸ Фактически это общий принцип избегания «эффекта кобры» в экономической политике.

стимулов увеличения прибыли посредством сговора. В этом случае, работая на показатель — величину прибыли, менеджер сохраняет возможности отлынивания, по крайней мере если масштабы усилий по повышению эффективности компании оказываются более значительными, чем вступление в сговор и его поддержание (при прочих равных условиях). С данной точки зрения отсутствие такого метода стимулирования, как это ни парадоксально, снижая внутреннюю эффективность, могло бы обеспечить режим конкуренции в отношениях между компаниями [Aubert, 2009, p. 3]. Однако введение индивидуальной ответственности, а сила уголовной ответственности главным образом в этом и состоит, позволяет, при прочих равных условиях, решить часть проблем субъективного риска, дисциплинируя менеджеров в части направления усилий на повышение эффективности, а не на выстраивание сговора [Thepot, 2011, p. 230].

Однако в рамках корректировки содержания ст. 178 УК РФ был предложен принцип, согласно которому должностное лицо — а именно в отношении него возбуждается уголовное дело — должно не только сотрудничать со следствием, предоставляя информацию о картеле, но и компенсировать нанесенный ущерб или иным образом загладить свою вину.²⁹

Указанное требование, как представляется, не может не сказаться негативным образом на вероятности совершения ошибки II рода. Это объясняется тем, что ослабляются стимулы обращаться за освобождением от уголовного наказания в условиях ограниченных возможностей антимоно-

польного органа своими силами выявлять картели, собирая доказательную базу. Это обстоятельство связано с тем, что цена обращения за правом участия в программе для отдельного лица оказывается за пределами — ведь речь идет об ущербе, нанесенном действиями компании, а также о получении ею незаконного дохода, выплачивать который должно лицо, принимающее решения (менеджер), а не компания (собственник). Возможно, такая схема могла бы работать, если должностное лицо одновременно выступало бы претендентом на остаточный доход и обладателем конечных прав, т. е. владельцем компании. Однако такое сочетание условий наиболее вероятно для небольших компаний, а в более широком плане — для компаний с неразделенным управлением и собственностью.

В данном контексте дизайн программы может обеспечить «консервирующий эффект» особенностей российской системы корпоративного управления, которая, как известно, характеризуется:

- высокой концентрацией собственности (в том числе в связи с применением блокирующих пакетов — «25% + 1 акция», что означает возможность получения полного контроля только в случае обладания 75% акций и более, в отличие от ситуации в Европе с классическими «50% + 1 акция» и тем более в США — менее 15%) [Григорьев, 2011, с. 70];
- ограниченным обособлением управления от собственности [Долгопятова, 2007];
- и, как можно предположить, распространением практики «притворно скрытых собственников» (известной с 90-х гг. прошлого века) [Григорьев, 2005] и «зиц-председателей».

Такой вариант программы смягчения наказания, наряду с источниками ошибок I рода, может привести к разнообразным эффектам, в том числе резкому подорожанию услуг менеджеров компаний, отвечающих, в частности, за вопросы сбыта, ценообразования, ввиду появления премии за риски антимонопольного преследова-

²⁹ В соответствии с п. 3 Примечания к ст. 178 УК РФ лицо, совершившее преступление, освобождается от уголовной ответственности, если оно способствовало раскрытию этого преступления, возместило ущерб или иным образом загладило причиненный вред и если в его действиях не содержится иного состава преступления (например, в виде участия еще в одном картеле на другом рынке, информацию о котором данное лицо не предоставило).

ния. Это может быть связано с усилением стремления менеджеров избежать риска такого преследования с уголовной перспективой, повышением ожидаемых издержек практически любых решений в формате текущего управления компанией. Кроме того, возможно замещение усилий, направленных на повышение эффективности, усилиями по соблюдению требований норм антимонопольного законодательства или, как вариант, ослабление ранее обозначившейся в России (до кризиса 2008 г.) тенденции отделения собственности от управления и в конечном счете — увеличение издержек функционирования легальных форм бизнеса в России.

3.3. Изъязыны дизайна программы ослабления наказания за нарушение антимонопольного законодательства

В числе особенно актуальных можно также отметить вопрос о «синхронизации» программ смягчения наказания в КоАП и УК РФ в свете оценок состояния дел с применением преюдиций, представленных в [Резник, 2013]. Сложившаяся ситуация в этой сфере, в совокупности с упомянутыми проблемами субъективного риска во взаимоотношениях менеджеров компаний и собственников по вопросу участия/неучастия в сговоре, не только влияет на стимулы менеджеров и, соответственно, на сдерживающий эффект программы в целом. Она также может усиливать позитивный эффект программы за счет предоставления возможности отдельному должностному лицу получить доступ к смягчению наказания независимо от компании, в которой он работает или работал ранее [Thepot, 2011, p. 234].

Для компаний (и, соответственно, их собственников) наиболее значимой является корпоративная программа. Ее элементы представлены в КоАП РФ (Примечание к ст. 14.32), так как именно она позволяет избежать административных штрафов, которые могут достигать 15% от годового оборота на рынке, на котором выявлено

нарушение. В свою очередь, для должностных лиц компаний (менеджеров) наиболее чувствительным является применение именно ст. 178 УК РФ. Соответственно, если освобождение от административной ответственности компании не взаимовязано³⁰ с освобождением от уголовной ответственности конкретных должностных лиц и должностное лицо, сотрудничающее с антимонопольными органами, при этом не получает освобождения от уголовного наказания, то эффект программы будет незначительным.

Кроме того, предложенный компромисс в виде выбора компенсации ущерба или иного способа заглаживания вины, при прочих равных условиях, создает благоприятную почву для административной коррупции. Если определение способа заглаживания вины *ex ante* не регламентировано и остается на административное усмотрение, то возможны два эффекта — либо возвращение к ситуации компенсационной схемы со слабыми стимулами участвовать в программе смягчения наказания, либо сохранение стимулов, но при значительных возможностях коррупционной составляющей (вплоть до применения заранее установленной «тарифной сетки»). В качестве одного из возможных вариантов поиска компромисса выступает привязка предельных размеров санкций к величине компенсационного пакета соответствующего должностного лица.

Проведение настройки программы ослабления наказания в сфере антитраста имеет значение не только само по себе (как имеющее антикартельный эффект), но и как важный пример разработки программы деятельного раскаяния, применимой для других отраслей законодательства в свете поиска наилучшего из возможных сочетаний ошибок I и II рода.

³⁰ Взаимовязанность как характеристика соотношения между двумя частями программы смягчения наказания используется для того, чтобы указать на отсутствие автоматического освобождения от наказания.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В отношении картелей редко обсуждается вопрос о применении правила взвешенного подхода в отличие от запрета согласно букве закона. Вместе с тем это обстоятельство не дает оснований считать, что для экономического анализа, выходящего за рамки изучения эффектов соглашений, ограничивающих конкуренцию, нет места. В значительной мере это обусловлено необходимостью ослабления множества предпосылок — как явных, так и в еще большей степени имплицитных, — которые в исследованиях, посвященных проблематике создания и поддержания картелей, оставались без внимания. Такая ситуация формировала избыточно упрощенную картину и создавала благоприятную почву в первую очередь для ошибок I рода. Кроме того, реализация самого принципа запрета согласно букве закона в чистом виде проблематична ввиду необходимости установления факта соблюдения ряда условий, требующихся для квалификации взаимодействия участников рынка в терминах картеля.

Одним из принципиальных как в теоретическом, так и практическом плане вопросов является определение оснований правовой квалификации различных эпизодов взаимодействия между участниками рынка как картеля. Для этого особое значение имеют результаты экономического анализа взаимодействия между продавцами, выступающие в качестве основания

для установления и/или подтверждения юридических фактов.

В этой связи перспективным является исследование картелей как гибридных форм институциональных соглашений, в которых коллективная адаптация не только совмещается с сохранением распределенных конечных прав и прав на остаточный доход в условиях неполных контрактов, но и выступает как частичный заменитель санкций, основанных на четкой и детальной спецификации правил функционирования картеля. Такой подход позволяет отличить работоспособный картель от фикции, а также полезный гибрид — от опасного для конкуренции и обеспечения динамической эффективности. Он позволяет внести большую ясность в определение множества допустимого для поиска фирмами конкурентных преимуществ.

Риски ошибок I и II рода могут быть ослаблены или усилены в результате применения программы освобождения от уголовного наказания отдельных физических лиц, если она (не) синхронизирована с освобождением от административного наказания в первую очередь юридического лица, так же как (не) синхронизированы индивидуальные и корпоративные программы с учетом особенностей корпоративного управления. Можно ожидать, что программа ослабления наказания в нынешнем виде скорее усугубляет проблемы обеспечения эффективного раскрытия существующих и сдерживания создания новых картелей.

ЛИТЕРАТУРА

- Авдашева С. Б., Крючкова П. В. 2013. Почему издержки на контроль растут, а законы соблюдаются все хуже: экономический анализ применения административного права в России. *ЭКО* (4): 119–133.
- Артемьев И. Ю., Цариковский А. Ю., Кинев А. Ю. 2013. *От «спичек» до «соли». Борьба с картелями. (Лучшие практики 2008–2013)*. М.

- Григорьев Л. М. 2005. Проблемы собственности: от перестройки до передела. В кн.: *Пути России: двадцать лет перемен*. М.: МВШСЭН.
- Григорьев Л. М. 2011. Собственность и контроль — 20 лет спустя. *ЭКО* (7): 60–73.
- Долгопятова Т. Г. 2007. Эмпирический анализ корпоративного контроля в российских компаниях: когда крупные акционеры от-

- ходят от исполнительного управления? *Российский журнал менеджмента* 5 (3): 27–52.
- Кинев А. Ю. 2012. *Картель — тайная монополия: сборник статей и интервью*. М.: Федеральная антимонопольная служба России.
- Коуз Р. 1993. Экономика организации отрасли: Программа исследований. В: Коуз Р. *Фирма, рынок и право*. Пер. с англ. М.: «Дело ЛТД» при участии изд-ва «Саллаху»; 54–69.
- Манн Дж. А., Райт Дж. Д. 2011. Инновации и пределы антимонопольной политики. *Экономическая политика* (1): 83–101.
- Новиков В. В. 2010. Перекрутили гайки: российский антитраст в конце своего первого двадцатилетия. *Экономическая политика* (2): 82–86.
- Павлова Н. С. 2011. Программа ослабления наказания как инструмент снижения издержек выявления сговора. *Научные исследования экономического факультета. Электронный журнал* 3 (2): 190–210.
- Павлова Н. С. 2012. Направления совершенствования программы освобождения от ответственности как инструмента антимонопольного регулирования. *Вестник Московского гос. ун-та. Серия Экономика* (1): 66–73.
- Радченко Т. А., Авдашева С. Б., Курдин А. А., Шаститко А. Е. 2013. *Практика и возможные последствия антимонопольной регламентации торговой политики частной компании*. М.: МАКС Пресс.
- Резник Г. М. 2013. Преюдиция в системе обеспечения верховенства права. В: Новикова Е. В., Федотов А. Г., Розенцвайг А. В., Субботин М. А. (ред.). *Верховенство права как фактор экономики. Международная коллективная монография*. М.: Мысль; 552–563.
- Уильямсон О. 1996. *Экономические институты капитализма. Фирмы, рынки, отношенческая контрактация*. Пер. с англ. СПб.: Лениздат.
- Харт О. Д. 2001. Неполные контракты и теория фирмы. В: Уильямсон О., Уинтер С. (ред.). *Природа фирмы*. Пер. с англ. М.: Дело; 206–236.
- Шаститко А. Е. 2003. *Новая институциональная экономическая теория: особенности предмета и метода*. М.: Теис.
- Шаститко А. Е. 2007. Экономические аспекты ослабления наказания за нарушение антимонопольного законодательства. *Вопросы экономики* (8): 68–78.
- Шаститко А. Е. 2010. *Новая институциональная экономическая теория*. 4-е изд. М.: Теис.
- Шаститко А. Е. 2011а. Ошибки I и II рода в экономических обменах с участием третьей стороны-гаранта. *Журнал Новой экономической ассоциации* (10): 125–148.
- Шаститко А. Е. 2011б. *Коллективное доминирование на рынке: экономика и право*. М.: МАКС Пресс.
- Шаститко А. Е. 2013а. *Экономические эффекты ошибок в правоприменении и правоустановлении*. М.: Дело.
- Шаститко А. Е. 2013б. Надо ли защищать конкуренцию от интеллектуальной собственности? *Вопросы экономики* (8): 60–82.
- Шаститко А. Е. 2013в. Статья 178 УК РФ: версия N. *Конкуренция и право* (4): 33–39.
- Aubert C. 2009. *Managerial Effort Incentives and Market Collusion*. Toulouse School of Economics Working Paper Series, 09-127, December.
- Avdasheva S., Kruchkova P. 2013. 'Reactive' Model of Antitrust Enforcement: When Private Interests Run the Actions of Executive Authority (Case of Russia). The Paper presented for the 11th Annual International Industrial Organization Conference. <http://editorialexpress.com/conference/ИОС2013/program/ИОС2013.html#97>
- Avdasheva S., Shastitko A. 2011. Introduction of leniency programs for cartel participants: The Russian case. *Antitrust Chronicle* 8 (2): 1–12.
- Chang M. H. 1991. The effects of product differentiation on collusive pricing. *International Journal of Industrial Organization* 9 (3): 453–469.
- Christie W., Schultz P. H. 1995. Are NASDAQ spreads determined by competition or implicit

- collusion? *Journal of Economic Perspectives* **9** (3): 199–208.
- Connor J. 2007. Price-fixing overcharges: Legal and economic evidence. *Research in Law and Economics* **22**: 59–153.
- Connor J., Helmers C. 2007. *Statistics on Modern Private International Cartels, 1990–2005*. Working Paper. American Antitrust Institute.
- Connor J., Lande R. 2005. *How High Do Cartels Raise Prices? Implications for Reform of the Antitrust Sentencing Guidelines*. Working Paper. American Antitrust Institute.
- Erutku C. 2012. Testing post-cartel pricing during litigation. *Economic Letters* **116** (3): 339–342.
- Fels A. 2012. China's antimonopoly law 2008: An overview. *Review of Industrial Organization* **41** (1–2): 7–30.
- Festerling Ph. 2005. *Cartel Prosecution and Leniency Programs: Corporate versus Individual Leniency*. Department of Economics, University of Aarhus, Denmark. Working Paper.
- Garoupa N., Rizolli M. 2012. Wrongful conviction do lower deterrence. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* **168** (2): 224–231.
- Genesove D., Mullin W. P. 2001. Rules, communication, and collusion: Narrative evidence from the Sugar Institute case. *American Economic Review* **91** (3): 379–398.
- Ghebrihiwet N., Motchenkova E. 2010. *Leniency Programs in the Presence of Judicial Errors*. Discussion Paper 2010-030. Tilburg University, Tilburg Law and Economic Center.
- Harrington J.E. 2006. How do cartels operate? *Foundations and Trends in Microeconomics* **2** (1): 1–105.
- Harrington J.E. 2008. Detecting cartels. In: Buccirossi P. (ed.). *Handbook in Antitrust Economics*. MIT Press: Boston, MA; 213–258.
- Harrington J.E. 2009. *When Does a Self-Serving Antitrust Authority Act in Society's Best Interests?* Economics Working Paper Archive from The Johns Hopkins University, Department of Economics. <http://econ.jhu.edu/wp-content/uploads/pdf/papers/WP549.pdf>
- Harrington J. E. 2013. Corporate leniency programs when firms have private information: The push of prosecution and the pull of pre-emption. *Journal of Industrial Economics* **61** (1): 1–27.
- Harrington J. E., Skrzypacz A. 2007. Collusion under monitoring of sales. *RAND Journal of Economics* **38** (2): 314–331.
- Hayek F. A. 2002. Competition as a discovery procedure. *The Quarterly Journal of Austrian Economics* **5** (3): 9–23.
- Huang Y., Zhang Z. 2010. Study on frontier issues and the future road of regulation over monopolistic agreements in China. In: Faure M., Zhang X. (eds.). *Competition Policy and Regulation: Recent Developments in China, the US and Europe*. Edward Elgar Publishing: Cheltenham; 45–53.
- Hyytinen A., Steen F., Toivanen O. 2012. *Anatomy of Cartel Contracts*. Institutt for Samfunnsøkonomi, Discussion Paper, December.
- Hyytinen A., Steen F., Toivanen O. 2013. *Anatomy of Cartel Contracts*. KU Leuven, Discussion Paper, November. https://lirias.kuleuven.be/bitstream/123456789/425079/1/MSI_1313.pdf
- Jiménez J. L., Perdiguero J. 2011. *Does Rigidity of Prices Hide Collusion?* Working Paper 2011/20.
- Joskow P. 2002. Transaction cost economics, antitrust rules, and remedies. *Journal of Law, Economics and Organization* **18** (1): 95–116.
- Katkalo V. S., Pitelis Ch. N., Teece D. J. 2010. Introduction: On the nature and scope of dynamic capabilities. *Industrial and Corporate Change* **19** (4): 1175–1186.
- Kvaløy O., Olsen T. E. 2009. Endogenous verifiability and relational contracting. *American Economic Review* **99** (5): 2193–2208.
- Langlois R. N. 1986. Coherence and flexibility: Social institutions in a world of radical uncertainty. In: Kirzner I. M. (ed.). *Subjectivism, Intelligibility and Economic Understanding*. New York University Press: N. Y.; 171–191.

- Loasby B.J. 2010. Capabilities and strategy: Problems and prospects. *Industrial and Corporate Change* 19 (4): 1301–1306.
- Ma T.-C. 2010. Competition authority independence, antitrust effectiveness, and institutions. *International Review of Law and Economics* 30 (3): 226–235.
- Menard C. 2004. The economics of hybrid organizations. *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 160 (3): 1–32.
- Mesnard L. de. 2009. Is the French mobile phone cartel really a cartel? *International Journal of Production Economics* 122 (2): 663–677.
- Motta M., Polo M. 2003. Leniency programs and cartel prosecution. *International Journal of Industrial Organization* 21 (3): 347–379.
- Netherlands Authority for Consumer & Markets. 2013. *ACM Position Paper Competition & Sustainability*.
- Ross T. 1992. Cartel stability and product differentiation. *International Journal of Industrial Organization* 10 (1): 1–13.
- Rothbard M. 2009. *Man, Economic and State. A Treatise on Economic Principles*. Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama.
- Thepot F. 2011. Leniency and individual liability: Opening the black box of the cartel. *The Competition Law Review* 7 (2): 221–240.
- Thomadsen R., Rhee K.-E. 2007. Costly collusion in differentiated industries. *Marketing Science* 26 (5): 660–665.
- Williamson O.E. 1996. *Mechanisms of Governance*. Oxford University Press: N.Y.
- Zhang X., Zhang V.Z. 2012. New wine into old wineskins: Recent developments in China's competition policy against monopolistic/collusive agreements. *Review of Industrial Organization* 41 (1–2): 53–75.

Латинская транслитерация литературы, набранной на кириллице
The List of References in Cyrillic Transliterated into Latin Alphabet

- Avdasheva S.B., Kryuchkova P.V. 2013. Pochemu izderzhki na kontrol' rastut, a zakony soblyudayutsya vse khuzhe: ekonomicheskij analiz primeneniya administrativnogo prava v Rossii. *EKO* (4): 119–133.
- Artem'ev I. Yu., Tsarikovskij A. Yu., Kinev A. Yu. 2013. *Ot «spichek» do «soli». Bor'ba s kartelyami. (Luchshie praktiki 2008–2013)*. Moskva.
- Grigor'ev L.M. 2005. Problemy sobstvennosti: ot perestrojki do peredela. V kn.: *Puti Rossii: dvadtsat' let peremen*. M.: MVSHSEN.
- Grigor'ev L.M. 2011. Sobstvennost' i kontrol' — 20 let spustya. *EKO* (7): 60–73.
- Dolgopyatova T.G. 2007. Empiricheskij analiz korporativnogo kontrolya v rossijskikh kompaniyakh: kogda krupnye aktsionery otkhodyat ot ispolnitel'nogo upravleniya? *Rossijskij zhurnal menedzhmenta* 5 (3): 27–52.
- Kinev A. Yu. 2012. *Kartel' — tajnaya monopoliya: sbornik statej i interv'yu*. M.: Federal'naya antimonopol'naya sluzhba Rossii.
- Coase R. 1993. Ekonomika organizatsii otrasli: Programma issledovanij. V: Coase R. *Firma, rynek i pravo*. Per. s angl. M.: «Delo LTD» pri uchastii izd-va «Catallaxy»; 54–69.
- Manne G., Wright J. 2011. Innovatsii i predely antimonopol'noj politiki. Per. s angl. *Ekonomicheskaya politika* (1): 83–101.
- Novikov V.V. 2010. Perekrutili gajki: rossijskij antitrast v kontse svoego pervogo dvadtsatiletiya. *Ekonomicheskaya politika* (2): 82–86.
- Pavlova N.S. 2011. Programma oslableniya nakazaniya kak instrument snizheniya izderzhkek vyyavleniya sgovora. *Nauchnye issledovaniya ekonomicheskogo fakul'teta. Elektronnyj zhurnal* 3 (2): 190–210.
- Pavlova N.S. 2012. Napravleniya sovershenstvovaniya programmy osvobozhdeniya ot otvetstvennosti kak instrumenta antimonopol'nogo regulirovaniya. *Vestnik MGU. Seriya «Ekonomika»* (1): 66–73.
- Radchenko T.A., Avdasheva S.B., Kurdin A.A., Shastitko A.E. 2013. *Praktika i vozmozhnye posledstviya antimonopol'noj reglamentatsii torgovoj politiki chastnoj kompanii*. M.: MAKS Press.

- Reznik G.M. 2013. Preyuditsiya v sisteme obespecheniya verkhovenstva prava. V.: Novikova E.V., Fedotov A.G., Rozentsvajg A.V., Subbotin M.A. (red.). *Verkhovenstvo prava kak faktor ekonomiki. Mezhdunarodnaya kollektivnaya monografiya*. M.: Mysl'; 552–563.
- Williamson O. 1996. *Ekonomicheskie instituty kapitalizma. Firmy, rynki, otnoshencheskaya kontraktatsiya*. Per. s angl. SPb.: Lenizdat.
- Hart O. 2001. Nepolnye kontrakty i teoriya firmy. V: Williamson O., Winter S. (red.). *Priroda firmy*. Per. s angl. M.: Delo; 206–236.
- Shastitko A.E. 2003. *Novaya institutsional'naya ekonomicheskaya teoriya: osobennosti predmeta i metoda*. M.: Teis.
- Shastitko A.E. 2007. Ekonomicheskie aspekty oslableniya nakazaniya za narushenie anti-monopol'nogo zakonodatel'stva. *Voprosy ekonomiki* (8): 68–78.
- Shastitko A.E. 2010. *Novaya institutsional'naya ekonomicheskaya teoriya*. 4-e izd. M.: Teis.
- Shastitko A.E. 2011a. Oshibki I i II roda v ekonomicheskikh obmenakh s uchastiem tret'ej storony-garanta. *Zhurnal Novoy ekonomicheskoy assotsiatsii* (10): 125–148.
- Shastitko A.E. 2011b. *Kollektivnoe dominirovanie na rynke: ekonomika i pravo*. M.: MAKS Press.
- Shastitko A.E. 2013a. *Ekonomicheskie efekty oshibok v pravoprimenenii i pravoustanovlenii*. M.: Delo.
- Shastitko A.E. 2013b. Nado li zashhishhat' konkurenciyu ot intellektual'noj sobstvennosti? *Voprosy ekonomiki* (8): 60–82.
- Shastitko A.E. 2013v. Stat'ya 178 UK RF: versiya N. *Konkurenciya i pravo* (4): 33–39.

*Статья поступила в редакцию
25 июня 2013 г.*