

РОЛЬ ЭКОНОМИЧЕСКОГО АНАЛИЗА ПРИ ДОКАЗЫВАНИИ КАРТЕЛЕЙ



Тенишев Андрей Петрович родился в 1967 году.
В 1991 году окончил Красноярский государственный университет по специальности «правоведение».
1990–2003 гг. — служил в органах прокуратуры.
2003–2008 гг. — депутат Саяногорского городского Совета депутатов, депутат Верховного Совета Республики Хакасия.
С 2010 года работает в Федеральной антимонопольной службе России. С июля 2013 года — начальник Управления по борьбе с картелями ФАС России.
E-mail: tenishev@fas.gov.ru



Хамуков Мухамед Анатольевич родился в 1982 году.
Окончил Российский государственный социальный университет Министерства труда и социального развития, Кабардино-Балкарский государственный университет.
2005–2010 гг. — работал в муниципальных органах власти Московской области.
2010–2011 гг. — Председатель Контрольно-счетной палаты городского округа Черноголовка Московской области.
С 2011 года работает в Федеральной антимонопольной службе России. В настоящее время — заместитель начальника Управления ФАС России.
Аспирант Государственного научно-исследовательского института системного анализа Счетной палаты Российской Федерации.
E-mail: khamukov@mail.ru

Статья посвящена значению экономического анализа при доказывании картелей. Описаны предмет и специфика доказывания, а также возможности применения экономических методов при доказывании в зависимости от разновидностей картелей. Приведены примеры практического применения экономического анализа при доказывании картелей.

Ключевые слова: картель, антиконкурентные соглашения, сговор на торгах, экономический анализ, экономические методы доказывания.

The article is devoted to the importance of economic analysis in proving cartels. Describes the subject and the specifics of proof of cartels, as well as the possibility of applying economic methods in obtaining evidence, depending on the types of cartels. Provides examples of practical use of economic analysis in proving cartels.

Keywords: cartels, anti-competitive agreements, bid rigging, economic analysis, economic methods of proof.

Картель — форма монополистического объединения хозяйствующих субъектов-конкурентов, результатом которого является их взаимовыгодное сотрудничество вместо ожидаемого потребителями соперничества между ними. Такие соглашения имеют очевидные негативные эффекты для социального благополучия, являются мощным ограничителем рыночной конкуренции, приводят или могут привести к опасным для экономики последствиям: установлению или поддержанию цен (тарифов, скидок, надбавок);

повышению, снижению или поддержанию цен на торгах; разделу товарного рынка; сокращению или прекращению производства; отказу от заключения договоров с определёнными продавцами или покупателями.

Доказывание картелей представляет собой весьма трудоёмкий и сложный процесс, требующий высоких профессиональных знаний в области экономики и юриспруденции и применения различных методов при доказывании признаков нарушения антимонопольного законодательства.

Предмет доказывания по делам о картелях вытекает из положений Федерального закона №135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – **Закон о защите конкуренции**) [1]. Обязательному доказыванию по делам о картелях подлежат: наличие устного или письменного соглашения, предмет соглашения – товар (товары), в отношении которого заключено соглашение; территория действия соглашения; состав участников соглашения; возможность наступления либо наличие последствий, указанных в ч.1 ст. 11 Закона о защите конкуренции; в случае сговоров на торгах – предмет торгов. При наступлении последствий антиконкурентного соглашения доказыванию подлежит причинно-следственная связь между соглашением и наступившими последствиями.

В рамках антимонопольного разбирательства российским законодательством предусмотрена презумпция невиновности, в соответствии с которой хозяйствующий субъект, его должностные лица считаются невиновными, пока в установленном порядке не будет доказано наличие картеля и виновность участников. Бремя доказывания по антимонопольным и административным делам, а также в арбитражном процессе лежит на антимонопольном органе.

Все доказательства должны быть проверены на относимость к рассматриваемым обстоятельствам и предмету доказывания, на допустимость использования соответствующих доказательств, а также на их достоверность и достаточность. Как правило, доказательства по делам о картелях проходят двойную проверку: при рассмотрении дела о нарушении антимонопольного законодательства Комиссией ФАС России, в случае обжалования при рассмотрении дела в арбитражном суде.

По сложившейся практике при рассмотрении дел о картелях антимонопольный орган всегда проводил и проводит исследование рассматриваемого рынка в объеме, достаточном для доказывания противоправных действий. С 2015 года проведение формализованного анализа состояния конкурентной среды после внесения изменений в Приказ ФАС России от 28.04.2010 г. №220 «Об утверждении порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке» (далее – **Приказ №220**) стало обязательной процедурой при рас-

смотрении дел о картелях и иных антиконкурентных соглашениях.

Проведение такого анализа характеризуется определенными особенностями и должно включать следующие этапы:

- определение временного интервала исследования товарного рынка;
- определение продуктовых границ товарного рынка, которое производится исходя из предмета соглашения хозяйствующих субъектов;
- определение (с учётом материалов дела о нарушении антимонопольного законодательства, в том числе территорий, определенных в соглашении хозяйствующих субъектов, в котором усматриваются признаки нарушения антимонопольного законодательства) географических границ товарного рынка;
- установление факта наличия конкурентных отношений между участниками соглашения [2].

Кроме этого, в практике российского антимонопольного органа одним из способов доказывания картелей все чаще выступает экономический анализ всех обстоятельств и материалов дела, который, как правило, по масштабности исследований значительно шире формализованного анализа состояния конкурентной среды. Экономический анализ может показать невозможность сложившейся на рынке ситуации в обычных рыночных условиях (т.е. в отсутствии антиконкурентного соглашения), а также доказать или опровергнуть наличие возможных вредных последствий соглашения. Решение о привлечении к ответственности за создание картеля может быть вынесено на основании совокупности доказательств, прямых и (или) косвенных, в том числе и полученных путём экономического анализа данных.

С точки зрения специфики исследования доказательств, возможности использования экономических методов доказывания, картели можно разделить на две группы.

Первая группа. Это картели на товарных рынках. В случае, когда картели на товарных рынках привели к последствиям, указанным в пп.1, 3, 4 или 5 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции, экономический анализ применим к доказыванию того, наступили ли последствия в виде поддержания цен, раздела рынка, сокращения/прекращения производства товара или отказа от заключения договоров.

Антиконкурентные соглашения не во всех случаях приводят к запрещенным Законом о защите конкуренции последствиям. Для доказывания таких картелей необходимы прямые доказательства либо их совокупность, из которых очевиден предмет рассматриваемого соглашения. При таком случае контрольному органу с использованием экономических методов необходимо доказать, что соглашение не привело к запрещенным последствиям.

Кроме этого, для доказывания картелей на товарных рынках с определенной долей осторожности и в совокупности с другими доказательствами экономический анализ может быть применим к доказыванию иных элементов предмета доказывания. Например, времени существования картеля или его географического охвата.

Вторая группа. Это картели (сговоры) на торгах, которые могут быть доказаны как прямыми доказательствами, так и достаточной совокупностью косвенных доказательств. Результаты экономического анализа могут быть применимы в качестве одного из косвенных доказательств, опровергающих, например, доводы ответчиков по делу о нарушении антимонопольного законодательства о невозможности снижения цены на торгах.

С учетом предложенного распределения можно сформулировать общее правило для доказывания картелей на товарных рынках: необходимы доказательства соглашения, по каждому из которых, либо их совокупности, можно сделать однозначный вывод о наличии картеля. В качестве доказательств могут выступать признания участников картеля, письменные соглашения, протоколы встреч, показания свидетелей, переписка участников картеля и/или результаты оперативных мероприятий.

Рассмотрим специфику доказывания картелей на примере дел, расследованных антимонопольным органом.

Первый пример – «минтаевый картель». В 2006 году дальневосточные предприятия, добывающие минтаю, организовали картель по установлению цен, регулированию объемов добычи минтая и реализации продукции из него. К созданию и деятельности картеля имели отношение иностранные (КНР) предприятия. Для руководства деятельностью картеля была создана Ассоциация добытчиков минтая (АДМ). Виновными в нару-

шении АДМ были признаны 26 компаний. АДМ была признана виновной в незаконной координации экономической деятельности хозяйствующих субъектов. Расследование было начато по поручению Правительства РФ одновременно с расследованием нарушения законодательства о стратегических инвестициях. Основными доказательствами по делу являлись материалы, полученные в ходе совместных с ФСБ РФ внезапных проверок. Рассмотрение дела и решения Правкомиссии по иностранным инвестициям привели к распаду картеля и крупнейшему переделу российского рынка добычи биоресурсов.

В этом деле для доказывания картеля экономический анализ играл существенную роль. Цель анализа – подтверждение факта реализации договоренностей участниками картеля. В частности, путем экономического анализа был установлен ежегодный рост экспорта продукции в 2007–2010 гг., выразившийся в увеличении экспортных продаж в 1,5 раза. Было установлено, что после вступления хозяйствующих субъектов в картель доля их экспортных продаж увеличивалась. Рост объемов поставок минтая и продуктов его переработки на экспорт приводил к тому, что адекватного увеличения объемов реализации данных рыбопродуктов на российском рынке не было.

Сравнительный анализ ежегодно выделяемых квот на минтаю и объемов реализации минтая и продуктов его переработки членами АДМ на территории РФ и на экспорт за период 2006–2010 гг. выявил, что увеличение квот влекло лишь к увеличению экспорта. Потребности российских потребителей в минтае и продуктах его переработки обеспечивались не в полном объеме, что приводило к дефициту данного товара и росту цен [3].

Второй пример – это картель на рынке гепсола. Гепсол – многофункциональный модификатор для резиновых смесей на основе гексахлорпарааксилы. Применяется в шинной и резинотехнической промышленности. В Российской Федерации только два производителя данного товара. ФАС России было рассмотрено дело в отношении ООО «Скоропусковский синтез» и ООО «Химкомплект» о нарушении п.п. 1, 3 ч. 1 ст. 11 Закона о защите конкуренции – заключение и реализация соглашения, которое привело к установлению и поддержанию цен, а также разделу товарного рынка гепсола по объему

продажи и составу покупателей на территории Российской Федерации [4]. Выводы о наличии картеля были сделаны антимонопольным органом и поддержаны судом на основании совокупности прямых и косвенных доказательств, полученных в ходе внеплановых проверок хозяйствующих субъектов: документов, писем, таблиц с ценами, хозяйственных договоров, объяснений должностных лиц.

Кроме этого, был проведен экономический анализ, показавший неизменность состава покупателей на протяжении более чем трех лет, закрепленных за каждым продавцом, а также объемов поставляемого товара. Вместе с этим, хотя цены увеличивались синхронно, в данном случае они несущественно различались. Участники картеля, чтобы не вызвать подозрений антимонопольного органа, договорились удерживать разницу в ценах от 0,2% до 2,6% и без прямых свидетельств доказать этот картель было бы невозможно.

Третий пример — соляной картель (соль пищевая). ФАС России вынесла решение о нарушении пункта 3 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции. Основным доказательством в деле о картеле на рынке пищевой соли являлось письменное антиконкурентное соглашение между ООО «Гроссеры», ЗАО «ТДС», ООО «Велес Групп», ООО «Соль Брянска» и ООО «ТДС Ростов», полученное антимонопольным органом в ходе проверочных мероприятий [5]. Предметом соглашения являлся раздел товарного рынка оптовых поставок пищевой соли по территориальному принципу, объему продажи товаров, ассортименту реализуемых товаров и составу покупателей в географических границах Российской Федерации.

Был проведен экономический анализ, который показал, что данное соглашение его участниками не исполнялось. Результаты этого анализа повлияли на квалификацию содеянного — обществам вменено соглашение, которое могло привести к разделу товарного рынка, в связи с чем вопрос об уголовной ответственности участников соглашения не ставился. Кроме этого, отсутствие запрещенных законом последствий было учтено при определении размера административного штрафа для участников картеля.

Далее рассмотрим особенности и практику применения экономического анали-

за при доказывании картелей (сговоров) на торгах.

Картель на торгах по содержанию (строительству и ремонту) автомобильной дороги М-54 «Енисей». ФАС России вынесено решение о нарушении пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции в отношении ООО «Восток», ООО «Дороги Сибири», ООО «Дорстройпроект», ОАО «ДЭП 363» и ОАО «ДЭП 364» [6]. В период 2011-2014 гг. при проведении 6 аукционов на право заключения государственных контрактов по содержанию (строительству и ремонту) автомобильной дороги М-54 «Енисей» от Красноярска до границы с Монголией участники торгов договорились о поддержании максимально высоких цен. Снижение начальной цены было не более 0,5% от начальной цены во всех 6 аукционах.

Основными доказательствами сговора выступили следующие обстоятельства: ценовые предложения конкурентов (исчисляемые сотнями миллионов рублей); победивший нанимал «уступившего ему победу» на субподряд, либо приобретал у него материалы для строительства (ремонта и обслуживания) дорог, арендовал дорожную технику; конкуренты предоставляли друг другу денежные средства (займы) на обеспечение заявок для участия в торгах.

В ходе рассмотрения дела антимонопольный орган проанализировал иные аукционы, заявки на участие в которых подавались также и компаниями, не являвшихся участниками картеля (добросовестные участники). На таких торгах снижение начальной цены составляло от 20% до 44%. При этом государственные контракты были качественно и в срок исполнены победителями.

Картель на торгах по поставке мясopодуктов для нужд Министерства обороны Российской Федерации. ФАС России вынесла решение в отношении ряда крупнейших российских мясокомбинатов о нарушении пункта 2 части 1 статьи 11 Закона о защите конкуренции — сговор с целью поддержания цен на торгах [7].

Основными доказательствами по делу выступили следующие обстоятельства: минимальное снижение цены; раздел лотов между участниками торгов; единообразное поведение участников картеля в ходе торгов; экспертиза по оценке поведения участников аукционов с использованием математических ме-

тодов, которая сделала вывод о том, что такой результат торгов без полной информированности каждого участника о поведении и намерениях всех участников невозможен. Для опровержения доводов ответчиков об экономической нецелесообразности понижения цены в ходе торгов был проведен экономический анализ хозяйственной деятельности каждого предприятия, участвовавшего в торгах. В частности, была проверена затратная часть исполнения контрактов, дана оценка рентабельности и прочим факторам. И доводы ответчиков не подтвердились.

В качестве примера зарубежной практики можно рассмотреть дело о «Древесной целлюлозе» (Европейская комиссия). Здесь документальные доказательства не содержали достаточного фактического материала, который относится к предмету расследования. Комиссия построила свое решение на основе анализа поведения компаний. Экономисты, выступавшие в Европейском суде в качестве экспертов, поставили под сомнение экономические исследования Европейской Комиссии. Рассматриваемое поведение с таким же успехом могло быть нормальным (единообразным) приспособлением к условиям рынка, а это дает основание не принимать во внимание доказательства согласованных действий как свидетельства фрагментарные и не имеющие большой ценности. В результате дело было проиграно в суде.

Авторы настоящей статьи полагают, что самым большим препятствием в использовании данных, полученных с использованием экономического анализа, является возможность неоднозначного толкования полученных результатов. Обычно эти данные могут

быть расценены как свидетельство сговора компаний, параллельного поведения или случайного стечения обстоятельств. При этом последствия каждого из перечисленных выводов для подозреваемых компаний будут совершенно разными.

Таким образом, в основу вывода о нарушении антимонопольного законодательства может быть положена только совокупность доказательств, среди которых могут быть и данные, полученные методами экономического анализа. Закон обязывает нас крайне тщательно подходить к доказыванию картелей. Правильность такого подхода подтверждается авторитетными экспертными мнениями [8] и многочисленной судебной практикой в Российской Федерации [9] и в Европейском союзе [10].

В заключение необходимо отметить, что в соответствии с требованиями 4-го антимонопольного пакета, который вступил в силу в 2016 году, при рассмотрении дел о нарушении антимонопольного законодательства антимонопольный орган должен проводить анализ состояния конкуренции в объеме, необходимом для принятия решения о наличии или отсутствии нарушения антимонопольного законодательства, по признакам которого возбуждено дело. Анализ рынка стал обязательным для всех категорий дел. Антимонопольному органу необходимо будет привести Приказ ФАС России №220 в соответствие Закону о защите конкуренции. Необходимо определить особенности проведения анализа для различных категорий дел с целью получения достаточных результатов для принятия решения о наличии, либо отсутствии нарушения антимонопольного законодательства.

Литература:

1. Федеральный закон от 26.07.2006 г. №135-ФЗ «О защите конкуренции».
2. Приказ ФАС России от 28.04.2010 г. №220 «Об утверждении порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке».
3. <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-po-borbe-s-kartelyami/1-11-98-12>.
4. <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-po-borbe-s-kartelyami/1-11-142-11-dee27793-859d-4a89-90cc-660ee9250400>.
5. <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-po-borbe-s-kartelyami/1-00-37-00-22-13>.
6. <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-po-borbe-s-kartelyami/ka-52665-14>.
7. <http://solutions.fas.gov.ru/ca/upravlenie-po-borbe-s-kartelyami/1-11-143-11-54ef759e-34d2-49d1-bf8c-e7bc37923b3d>.
8. Fernando Castillo de la Torre, «Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases», Brussels, 2009.
9. «Картели и другие антиконкурентные соглашения. Комментарии судебной практики». Под общей редакцией А.Ю. Кинева // Дело. 2015.
10. *Cimenteries CBR and others v Commission* 2000 , p. 1088/ *Wood Pulp ECJ* 1993, para 71.