

А.П. Тенишев

Начальник Управления по борьбе с картелями ФАС России

М.А. Хамуков

Заместитель начальника Управления по борьбе с картелями ФАС России

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.

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 от 26.07.2006 № 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 и, 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 (с внесением в Приказ ФАС России от 28.04.2010 № 220 «Об утверждении порядка проведения анализа состояния конкуренции на товарном рынке», далее – Приказ ФАС России № 220) стало обязательной процедурой при рассмотрении дел о картелях и иных антиконкурентных соглашениях. Этот анализ проводится с определенными особенностями и должен 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 и 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.

Вместе с этим, 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 минтай, 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 нарушении АМЗ 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. Целью анализа было подтверждение факта реализации договоренностей участниками картеля. В частности, путем экономического анализа было 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 минтай 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 гексахлорпарацетилена. 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 продаж 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 «Гроссери», 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 продаж 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 – обществу 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 анализа при доказывании картелей (сговоров) на торгах.

Четвертый пример – 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.

Пятый пример – картель на торгах по поставке мясопродуктов 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 методов, 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 были 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). В данном деле документальные доказательства не содержали достаточного фактического материала, который относится к предмету расследования. Таким образом, комиссия построила свое решение на основе анализа поведения компаний. Выступавшие в Европейском суде в качестве экспертов экономисты, поставили под сомнение экономические исследования Европейской Комиссии: рассматриваемое поведение с таким же успехом могло быть нормальным (единообразным) приспособлением к условиям рынка, а это дает основания 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 самое большое препятствие в использовании данных, полученных с использованием экономического анализа является, это 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. Таким образом, 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.

Источники

1. Федеральный закон от 26.07.2006 N 135-ФЗ «О защите конкуренции».
2. Приказ ФАС России от 28.04.2010 № 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». По общей редакцией А.Ю. Кинева// Дело. 2015.
10. Cimenteries CBR and others v Commission 2000 , p. 1088/ Wood Pulp ECJ 1993, para 71