

ТОРГОВАЯ ПРАКТИКА КОМПАНИИ

как политика по соблюдению требований антимонопольного законодательства



Андрей Шаститко

д. э. н., профессор,
директор центра исследований конкуренции
и экономического регулирования
РАНХиГС при Президенте РФ,
член НП «Содействие развитию
конкуренции»

В ПОСЛЕДНИЕ НЕСКОЛЬКО ЛЕТ В РОССИИ НАБИРАЕТ СИЛУ ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ НОРМ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА, СВЯЗАННАЯ С РАЗРАБОТКОЙ КОМПАНИЯМИ ПРАВИЛ ТОРГОВЫХ ПРАКТИК. ЭТО КАСАЕТСЯ КАК КОНТРОЛЯ СДЕЛОК ЭКОНОМИЧЕСКОЙ КОНЦЕНТРАЦИИ (НАПРИМЕР, В СЛУЧАЕ С ОАО «УРАЛКАЛИЙ»), ТАК И ВЫПОЛНЕНИЯ ПРЕДПИСАНИЙ ФАС РОССИИ ПО УСТРАНЕНИЮ НАРУШЕНИЙ НОРМ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА, ЗАПРЕЩАЮЩИХ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ДОМИНИРУЮЩИМ ПОЛОЖЕНИЕМ (В ЧАСТНОСТИ, ООО «НОВО-НОРДИСК» И АК «АЛРОСА»).

Ситуация

Существует мнение, что правила торговых практик – это российская версия корпоративных политик по соблюдению требований антимонопольного законодательства. К каким проблемам может привести подобное отождествление?

В какой мере правила торговой практики, в том числе разработанной в соответствии с предписаниями антимонопольного органа, обеспечивают выполнение конкретной компанией антимонопольных норм?

Являются ли такие правила гарантией того, что при неукоснительном следовании им к компании не могут быть применены инструменты воздействия со стороны государства на основе обвинений в нарушении требований антимонопольного законодательства?

Отражением все возрастающего стремления хозяйствующих субъектов к разработке и применению правил торговых практик служит попытка ФАС России в рамках обсуждения «третьего антимонопольного пакета» осенью 2011 г. внести в ч. 4 ст. 10 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – Закон о конкуренции) изменение, которое позволило бы более жестко регламентировать процесс разработки и содержательного наполнения подобных правил. Однако сделано это было крайне неудачно: по умолчанию предполагалось изъять исключения, связанные с использованием результатов интеллектуальной деятельности. Причем эта регламентация относилась к участникам сделок экономической концентрации и нарушителям ст. 10 Закона.

Строго говоря, правила торговой практики есть в любой компании, поскольку она регулярно взаимодействует с контрагентами – покупателями и продавцами. Так или иначе, должностным лицам приходится решать, вступать или нет в договорные отношения, какими принципами руководствоваться, выстраивая отношения с контрагентами. Даже если в самой компании нет специальных документов и формализованных процедур, отражающих процесс взаимодействия с указанными контрагентами, методами экономического анализа можно выявить сложившиеся шаблоны поведения и интерпретировать их в терминах неявных правил, которым следуют должностные лица при выборе контрагентов, прекращении отношений с ними, формировании условий договоров и их выполнении. Это касается и установления де-факто степени дискреции должностных лиц компании, для чего может быть использована концепция неявных правил.

Для защиты конкуренции наибольший интерес, естественно, представляют правила торговых практик, которые способны негативно повлиять на конкуренцию и, следовательно, должны быть скорректированы.

Такого рода корректировка и называется разработкой правил торговых практик в целях со-

блюдения требований антимонопольного законодательства. Но компании создают соответствующие правила не только для выполнения предписаний антимонопольного органа о прекращении нарушений антимонопольного законодательства или снижения рисков ограничения конкуренции в результате совершения сделки экономической концентрации. Для организаций, применяющих практику управления по «слабым сигналам» – на основе оценки рисков еще не наступивших событий, касающихся возможного (в т. ч. и непреднамеренного) нарушения антимонопольных норм, правила торговой практики могут стать способом связывания себя достоверными обязательствами относительно содержания и порядка взаимодействия с контрагентами с учетом антимонопольных норм. В этом смысле торговые практики действительно напоминают политику компаний по соблюдению требований антимонопольного законодательства.

В экономической теории разработаны критерии, которые позволяют квалифицировать те или иные обязательства как достоверные. Один из них – значительные издержки нарушения такого рода обязательств, которые известны контрагентам¹.

Условия разработки правил торговых практик значительно отличаются от отрасли к отрасли, от рынка к рынку. Однако они имеют гораздо большее значение для решения проблем, касающихся распределительных эффектов во взаимодействии между контрагентами на рынке как таковыми, чем координационных, которые как раз важнее для защиты конкуренции. Важно помнить, что простое в теории разграничение защиты конкуренции и защиты интересов отдельных участников рынка на практике оказывается значительно более сложным. Ведь координационные эффекты неизбежно дополняются распределительными.

¹ Шаститко А.Е. Новая институциональная экономическая теория. М.: Теис, 2010. С. 525–559.

В торговых практиках в фокусе внимания не находятся правила взаимодействия (а точнее невзаимодействия) с конкурентами, которые, пожалуй, наиболее важны для политики компаний в части соблюдения антимонопольных норм. Именно этот аспект упускается из поля зрения в случае отождествления регламентированных торговых практик и политики компаний по соблюдению требований антимонопольного законодательства.

Между тем такое отождествление чревато рисками если не обвинений в нарушении других требований антимонопольного законодательства, то ограничения конкуренции. Эти риски многократно усиливаются ввиду того, что сами по себе антимонопольные нормы носят оценочный характер, создавая проблемы, на которые в свое время обратил внимание Алан Гринспен: *«Мир антимонопольного регулирования напоминает Страну чудес: все вроде бы есть и в то же время не есть <...>. Это мир, в котором закон столь неоднозначен, что бизнесмены никоим образом не могут узнать, будет ли то или иное действие объявлено незаконным, до того как услышат вердикт судьи – постфактум»*¹.

В этой связи особое значение приобретают правила, которыми могли бы руководствоваться сотрудники компаний, чтобы избежать правомерного напоминания простого принципа «незнание закона не освобождает от ответственности».

В 2011 г. Управление по справедливой торговле (Office of Fair Trading) Великобритании выпустило рекомендации для компании по выстраиванию политики соблюдения требований антимонопольного законодательства². В числе рекомендуемых принципов:

1) использование дисциплинарных санкций в отношении сотрудников, виновных в нарушении антимонопольного законодательства;

2) согласование крупных сделок с юридической службой по вопросам соответствия антимонопольному законодательству;

3) пересмотр форм контрактов юридической службой с точки зрения соответствия антимонопольному законодательству;

4) обеспечение сотрудникам возможности консультаций по антимонопольным вопросам, которые в то же время не становятся барьерами для законных сделок;

5) обеспечение раскрытия информации сотрудниками о любых контактах с конкурентами;

6) введение требования к сотрудникам сообщать руководству о подозрениях в нарушении антимонопольного законодательства и обеспечение возможности сделать такое сообщение, в т. ч. анонимно;

7) введение правил обращения с коммерческой информацией, полученной от конкурентов.

Принципы 5 и 7 имеют непосредственное отношение к проблемам взаимоотношений с конкурентами, тогда как остальные могут быть истолкованы применительно как к злоупотреблениям доминирующим положением, так и к ограничивающим конкуренцию соглашениям. Важно отметить, что указанные принципы увязывают правила взаимодействия с другими участниками рынка с внутренними правилами, регламентирующими отношения между отдельными подразделениями и сотрудниками компании.

Соответственно, на тех рынках, где действует один хозяйствующих субъект или доля одного субъекта приближается к 100%, такого рода риски минимальны (по крайней мере, в краткосрочной перспективе). В первую очередь это рынки в условиях естественной монополии, где применяются так называемые публичные договоры, в которых находят отражение существенные условия, закрепленные законодательно. В случае корректного проектирования регламентированных требований в публичном договоре у субъектов естественной монополии значительно снижаются шансы использовать свое положение на рынке в ущерб контрагентам. Однако есть примеры рынков, где 100-процентная доля не связана с естественной монополией. Например, в России это рынок хлористого калия (после объединения «Сильвинита» с «Уралкалием») и первичного алюминия (после объединения СУАЛ с РУСАЛОМ и компанией «Гленкор»). Оставляя

¹ Гринспен А. Антимонопольное регулирование // Экономическая политика. 2007. № 3. С. 32.

² Office of Fair Trading (UK), Quick Guide to Competition Law Compliance. Protecting businesses and consumers from anti-competitive behaviour, 2011.

в стороне вопрос о корректности принятых решений, выскажем предположение: риски ограничения конкуренции в случае разработки и применения правил торговой практики минимальны с точностью до определения условий развития потенциальной конкуренции, которые тесно связаны с барьерами входа.

В свою очередь, регламентация торговых практик на рынках с небольшим количеством сопоставимых по размерам участников влечет дополнительные риски, которые способны привести к прямому конфликту между принципами разработки политики компании по соблюдению требований антимонопольного законодательства и регламентированными торговыми практиками, включая режим их раскрытия. Именно данный пункт является ключевым в понимании сложного соотношения вопросов торговой практики и политики компании по обеспечению соблюдения требований антимонопольного законодательства. Принудительное раскрытие информации о торговой практике неопределенному кругу лиц создает основной риск, формируя благоприятные предпосылки для согласованных действий, а в худшем случае – для сговоров. Насколько значим этот риск, зависит не только от структуры рынка, но и от того, какая именно информация подлежит раскрытию и станет известной конкурентам.

На первый взгляд, проблема решается довольно просто: можно обязать предоставлять информацию о торговой практике только контрагентам (в предложениях, сформулированных ФАС России, фактически, речь идет о продавцах). Тогда обеспечивается необходимый уровень открытости контрагентам при сохранении режима конфиденциальности для конкурентов.

Правила торговой практики – полезный инструмент повышения прозрачности компаний для контрагентов и тем самым снижения рисков злоупотреблений доминирующим положением в первую очередь в форме дискриминации. Однако его не следует путать с политикой компании по соблюдению требований антимонопольного законодательства. Последняя не только может быть шире, но и может исключить некоторые элементы правил торговых практик, на первый взгляд привлекательные как способ нивелирования рисков предъявления обвинений в нарушении требований ст. 10 Закона о конкуренции.

Изучение содержания корпоративных политик ряда зарубежных компаний по соблюдению требований антимонопольного законодательства показывает, что основное внимание уделяется вопросам предупреждения нарушений, соответствующих запретам, сформулированным в ст. 11 и 11.1 Закона о конкуренции.



Быть или не быть антикору в России?

Одна из проблем, которая требует дополнительного обсуждения, – не является ли масштабное продвижение идей регламентации правил торговых практик формой дрейфа российского антикору в сторону экономического регулирования, механизм действия которого принципиально отличается от антимонопольного контроля? Регламентация торговых практик – большая редкость в зарубежном антикору в отличие от разработки и применения компаниями политики по соблюдению требований антимонопольного законодательства. Вот почему вопрос о том, быть или не быть антикору в России (и если быть, то какому), – не праздный и тесно связан с перспективами практического решения вопроса о соотношении правил торговых практик и политики компаний по соблюдению требований антимонопольного законодательства.