

ЛПККП
ЛССР

**Лаборатория
Проблем конкуренции и
конкурентной политики**
119899, Москва, Воробьевы горы, Третий
корпус гуманитарных факультетов
www.lccp.econ.msu.ru

Бюллетень конкурентной политики

Выпуск №2
Февраль, 2012



Программы ослабления наказания: выбор между альтернативами

Автор:

Н.С.Павлова

Редактор:

А.Е.Шаститко

Аннотация

Раскрыто содержание основных элементов программы ослабления наказания за участие в картеле и объяснены основания для ее использования в антимонопольной политике. Приведено сравнение российской программы (в версии 2007 года, 2009 года и с учетом изменений «третьего антимонопольного пакета») с современными программами США и ЕС. Продемонстрированы основные «развилки» построения программ ослабления наказания. Приведены аргументы в пользу различных альтернатив возможного дизайна программы, а также обозначены связанные с каждой альтернативой риски.

При использовании, частичном или полном, материалов, изложенных в настоящем бюллетене, ссылка на Лабораторию Проблем конкуренции и конкурентной политики обязательна.

© Н.Павлова, 2012

© ЛПККП, 2012

Содержание

Введение	4
1. Программы ослабления наказания и их роль в антимонопольной политике	5
2. Примеры построения программ ослабления наказания: программы в США, ЕС и России	6
3. Теоретические аспекты дизайна программ ослабления наказания	10
Заключение.....	20
Литература	21
Summary	22

Введение

Создание и поддержание картеля является одним из наиболее серьезных нарушений антимонопольного законодательства. Эффект от данного нарушения в виде бремени дополнительных издержек может ощущаться широким кругом экономических агентов, не только фирмами, но и населением. В конечном итоге картели приводят к потерям в общественном благосостоянии, неэффективному использованию ресурсов, снижению стимулов к инновациям. В связи с этим, предотвращение и пресечение деятельности картельных соглашений позиционируется как приоритетное направление деятельности антимонопольных органов. В то же время, борьба с картелями связана для антимонопольного органа с достаточно высокими затратами по причине значительных издержек получения информации о тайных соглашениях между компаниями. Но, несмотря на социальную значимость проблемы, зачастую ресурсов антимонопольных органов оказывается недостаточно для обеспечения эффективной борьбы с картелями. В связи с этим, представляется важным поиск инструментов, которые бы позволили повысить эффективность в этой сфере антимонопольной политики.

Одним из таких инструментов является программа ослабления наказания за участие в сговоре. Программы ослабления наказания, или программы освобождения от ответственности, являются одной из сравнительно новых форм борьбы с картелями. Смысл программ ослабления наказания состоит в том, чтобы стимулировать членов картельного соглашения раскрывать антимонопольному органу информацию о своем участии в сговоре в обмен на снижение санкций, и одновременно предотвращать создание новых картелей, заставляя компании опасаться, что другие участники сговора могут «сдать» их в антимонопольный орган, чтобы получить освобождение. Вместе с тем, как показывает мировой опыт, введение лишь самой возможности получить снижение наказания в обмен на признание не гарантирует желаемого для общества результата, и конструирование эффективных программ ослабления наказания связано с решением множества теоретических и практических вопросов, освещению которых и будет посвящен настоящий бюллетень. В их числе:

- как программы ослабления наказания могут влиять на уровень сдерживания;
- в каких формах программы ослабления наказания воплощаются на практике;
- каковы альтернативные варианты построения программ ослабления наказания и в чем состоят преимущества и недостатки каждого из них с точки зрения сдерживания.

1. Программы ослабления наказания и их роль в антимонопольной политике

В мировой практике существуют программы ослабления наказания как в целом для компаний, участвующих в картеле (так называемые корпоративные программы), так и для сотрудников таких компаний (индивидуальные программы). Вопрос построения эффективных индивидуальных программ и их применения в сочетании и взаимодействии с корпоративными программами представляет собой отдельное поле для исследования, которое останется за рамками настоящего бюллетеня. Далее рассматриваются корпоративные программы ослабления наказания, участниками которых являются компании. Вместе с тем, поскольку оба вида программ тесно взаимосвязаны, некоторые вопросы освобождения физических лиц от наказания все же будут затронуты там, где это необходимо (в частности, когда нормы об освобождении от уголовной ответственности включены в корпоративную программу).

Программа ослабления наказания позволяет снизить размер вмененных участнику картеля санкций в обмен на выполнение им ряда условий. В первую очередь, к таким условиям относятся признание своей вины, прекращение участия в картеле и сотрудничество с антимонопольным органом во время расследования (предоставление имеющейся информации и т.д.). При этом каждая фирма при принятии решения о вступлении в картель теперь вынуждена учитывать, что ее контрагент может «настучать» на нее для получения амнистии. Данное обстоятельство позволяет создать внутри картеля ситуацию, аналогичную ситуации одноходовой игры «дилемма заключенного»¹. В итоге у экономических агентов снижаются стимулы к поддержанию сговора.

Как и в случае с другими правонарушениями, регулирование в сфере картелей преследует двойную цель: с одной стороны, пресекать деятельность уже существующих картелей, а, с другой стороны, предотвращать появление новых. Обе цели напрямую связаны с уровнем сдерживания в экономике. Уровень сдерживания, в свою очередь, зависит от двух величин: от тяжести наказания и от вероятности его наступления.

Каково воздействие программ ослабления наказания на уровень сдерживания? Даже в самом общем виде необходимо признать, что воздействие программы двояко. Побуждая участников картеля раскрывать информацию антимонопольному органу, она позволяет

¹ Подробнее см. [Шаститко, 2007]

снизить средние издержки раскрытия картелей на рынке и, соответственно, повысить вероятность наказания за данный вид правонарушений. Но в то же время стимулы сдаваться создаются за счет снижения тяжести наказания, хотя и только для сотрудничающих с антимонопольными органами компаний.

Результаты программы ослабления наказания будут зависеть от того, какой эффект окажется сильнее. Преобладание того или иного эффекта, в свою очередь, предопределяется прежде всего структурой внедряемой программы и порождаемыми ей стимулами для экономических агентов². С учетом противоречивости возникающих стимулов, вопрос о том, как сконструировать программу, которая позволяла бы добиться желаемого результата - дестабилизировать существующие картели и предотвратить появление новых — стал предметом многочисленных научных работ в области экономической теории преступления и наказания.

Вместе с тем, необходимо отметить, что (как и для случая любого другого института) для программы ослабления наказания не существует некой единой «оптимальной» формулы, которая обеспечивала бы ее стопроцентную эффективность вне зависимости от контекста ее создания и применения. Разрабатывая программу, мы можем выбирать из некоторого набора доступных нам альтернатив ее построения. При этом каждая такая альтернатива имеет свои преимущества и недостатки, и оптимальный выбор между ними будет зависеть от конкретных условий (правовых, экономических, культурных и др.), в которых данная программа будет создаваться и функционировать. С учетом этого, становится понятно, почему в мире не существует единой общепринятой версии программы ослабления наказания.

Для того чтобы задать координаты для обсуждения российской программы ослабления наказания, рассмотрим ее в сравнении с двумя версиями корпоративных программ, которые применяются в развитых странах, считаются относительно успешными и широко обсуждаются в литературе. Это программа в США и программа, функционирующая в ЕС.

2. Примеры построения программ ослабления наказания: программы в США, ЕС и России

Программа ослабления наказания была впервые внедрена в США в 1978 г. Она предусматривала возможность полного освобождения от ответственности для первой фирмы, признавшей в участии в картеле.

² О влиянии структуры рынка на результативность программы [Авдашева, Симанкова, 2009].

Вплоть до реформы 1993 г. программа была слабо эффективной: она приводила к открытию в среднем одного расследования в год и не помогла обнаружить ни одного международного картеля³. Но в 1993 г. в программу внесли ряд серьезных изменений:

- полное освобождение для первого обратившегося превратилось из возможного в гарантированное, при условии соблюдения им ряда достаточно прозрачных требований;

- появилась возможность сдаваться и получать полную амнистию уже после начала расследования;

- было введено ограничение на возможность получения амнистии теми фирмами, которые склонили других к участию в сговоре, либо являлись лидерами картеля.

В итоге после 1993 г. количество признаний возросло в двадцать раз, и благодаря программе удалось раскрыть десятки международных картелей⁴.

Программа ослабления наказания на уровне ЕС была введена в 1996 г., затем пересмотрена в 2002 г. и еще раз в 2006 г. Не останавливаясь подробно на эволюции составляющих ее норм, отметим, что современная версия европейской программы существенно отличается от американской. Европейская программа позволяет получать освобождение от наказания не только первому обратившемуся, но и последующим (хотя данное освобождение не полное и зависит в том числе от ценности предоставляемой информации). Кроме того, в рамках европейской программы существуют иные требования к объему сведений, которые необходимо представить в обмен на амнистию.

В то же время, российская программа освобождения от ответственности, введенная в 2007 г. и кардинально реформированная в 2009 г., имеет свои отличия как от (условно) «американской», так и от «европейской» модели.

Для удобства сопоставления, рассмотрим основные проблемы, возникающие при построении программ ослабления наказания, и варианты их решения, реализованные в современных версиях программ в США и ЕС, а также в двух версиях российской программы – 2007 г., 2009 г. и современной⁵ (таблица 1). Хотя «третий антимонопольный пакет» не внес изменений непосредственно в структуру программы по

³ Scott D Hammond, ‘Cornerstones of an Effective Leniency Program’, презентации я в рамках “ICN Workshop on Leniency Programs Sydney”, Австралия, 22-23 ноября 2004 г. <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/206611.htm>

⁴ Там же.

⁵ Подробнее о программе по итогам «второго антимонопольного пакета» по сравнению с программой в версии «первого антимонопольного пакета» [Shastitko, Avdasheva, 2011].

сравнению со «вторым антимонопольным пакетом» в 2009 г., однако в его рамках в Кодекс об административных правонарушениях были внесены нормы, относящиеся к смягчающим и отягчающим обстоятельствам создания картеля, что имеет отношение к вопросу ослабления наказания за сговор. Вместе с тем, основные из указанных обстоятельств уже учитывались при расчете штрафа в рамках «Методических рекомендаций по расчету величины штрафа, налагаемого на юридических лиц за совершение административных правонарушений, предусмотренных статьями 14.31 и 14.32 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях»⁶.

Не ставя перед собой цели провести подробный сравнительный анализ программ ослабления наказания в разных странах, ограничимся выделением некоторых фундаментальных различий в указанных версиях программы.

Таблица 1. Структура программ ослабления наказания в США, ЕС и РФ

	США	ЕС	РФ (2007 г.)	РФ (2009 г.)	РФ (2012 г.)
Полное или частичное освобождение	Только полное и только для первого участника*	Полное для первого, частичное для остальных	Полное для всех	Только полное и только для первого участника*	Только полное и только для первого участника*
Вознаграждение за признание	Нет	Нет	Нет	Нет	Нет
Когда возможно обращение за снижением санкций	И до, и после начала расследования	И до, и после начала расследования	Не оговорено	Не оговорено**	Не оговорено**
Возможность ослабления наказания более чем для одной фирмы	Нет*	Да, до 50%	Да, можно получить полную амнистию	Нет*	Нет*
Очередность заявок на участие в программе	Система маркеров	Система маркеров	Не оговорено	Не оговорено	Не оговорено

⁶ Письмо ФАС России от 11.12.2009 N ИА/44519 "О применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях" (вместе с "Методическими рекомендациями по расчету величины штрафа, налагаемого на юридических лиц за совершение административных правонарушений, предусмотренных статьями 14.31 и 14.32 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях")

Возможность освобождения компании, являвшейся лидером или организатором картеля	Нет	Лидер может, организатор – не может получить полное	Не оговорено	Не оговорено***	Не оговорено***
Особенности доступа в программу компаний, участвующих в двух и более картелях	Система «амнистия плюс» и «санкция плюс»	Не оговорено	Не оговорено	Не оговорено	Не оговорено
От какого вида ответственности освобождаются	Административная; уголовная для всех сотрудников, признавших свою вину в рамках корпоративного заявления; ограничение выплат по гражданским искам однократным размером ущерба вместо трехкратного	Административная	Административная	Административная	Административная
Когда прекращать участие в сговоре	Сразу после обнаружения нарушения, но возможно продление по согласованию с антимонопольным органом	Сразу с подачей заявки, но антимонопольный орган может потребовать продолжить участие	На момент подачи заявки участие должно быть прекращено	Амнистия предоставляется только в случае выполнения первым всех условий программы, среди которых – прекращение участия в сговоре	Амнистия предоставляется только в случае выполнения первым всех условий программы, среди которых – прекращение участия в сговоре
Требования к информации, представляемой в антимонопольный орган	На момент заявки у антимонопольного органа нет информации об этом картеле либо недостаточно улик, чтобы доказать вину компании	Информации достаточно для проведения проверки либо установления нарушения законодательства; возможно предоставление улик в гипотетической форме; дисконт зависит не только от очередности, но и от ценности информации	Не оговорено	Информации достаточно для установления нарушения	Информации достаточно для установления нарушения

Кто имеет право принимать информацию о сговоре	Заместитель помощника Генерального прокурора по уголовному правоприменению Министерства юстиции рассматривает все заявки, но подать заявку можно в региональные офисы в ряде городов или Национальный отдел уголовного правоприменения в г. Вашингтон	Сотрудники Генерального директората по конкуренции Европейской Комиссии	Начальник Управления по борьбе с картелями ФАС, уполномоченный заместитель руководителя ФАС; руководители территориальных органов (обязаны затем передать заявление в центральный аппарат)	Начальник Управления по борьбе с картелями ФАС, уполномоченный заместитель руководителя ФАС; руководители территориальных органов (обязаны затем передать заявление в центральный аппарат)	Начальник Управления по борьбе с картелями ФАС, уполномоченный заместитель руководителя ФАС; руководители территориальных органов (обязаны затем передать заявление в центральный аппарат)
--	---	---	--	--	--

**при назначении санкций учитываются смягчающие обстоятельства, однако данный дисконт предоставляется вне рамок программы освобождения от ответственности;*

***исходя из требований к информации, представляемой в антимонопольный орган в рамках программы, можно сделать вывод о том, что претендовать на амнистию возможно вплоть до момента установления события административного правонарушения;*

****является отягчающим обстоятельством при назначении штрафа, но ограничений на амнистию нет;*

Источники: составлено автором на основе US DoJ Corporate Leniency Policy (Issued August 10, 1993) <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>; Scott D. Hammond, Belinda A. Barnett "Frequently Asked Questions Regarding The Antitrust Division's Leniency Program And Model Leniency Letters" (November 18, 2008) <http://www.justice.gov/atr/public/criminal/239583.htm>; Commission notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases. Official Journal C 298, 8.12.2006, p. 17 [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC1208\(04\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC1208(04):EN:NOT), КоАП РФ (в ред. Федерального закона от 09.04.2007 N 45-ФЗ, Федерального закона от 17.07.2009 N 160-ФЗ, Федерального закона от 06.12.2011 N 404-ФЗ); Кинев А.Ю. Чистосердечное признание картелей // ЭЖ-Юрист, 2008, N 49; Shastitko A., Avdasheva S. [2011]. Introduction of Leniency Programs for Cartel Participants: The Russian Case // Antitrust Chronicle, vol. 8; материалы официального сайта ФАС России http://fas.gov.ru/fas-news/fas-news_32673.html

Как видим, в рамках разных версий программ сделан выбор в пользу различных вариантов решения определенного набора проблем. Возможным объяснениям причин осуществления выбора в пользу того или иного варианта посвящен следующий раздел.

3. Теоретические аспекты дизайна программ ослабления наказания

В чем смысл основных «развилок» в построении программ ослабления наказания и почему может быть сделан выбор в пользу той или иной альтернативы? Не претендуя на всеобъемлющий обзор литературы по данной тематике, постараемся описать основные доводы в пользу использования той или иной структурной альтернативы дизайна программы ослабления наказания.

1) Полное или частичное освобождение от ответственности?

С одной стороны, чем больший дисконт предоставляет программа, тем больше у нарушителей стимулов воспользоваться ей. Но в то же

время компания, вступающая в картель, принимает во внимание возможность позднее воспользоваться программой и получить амнистию, что снижает ожидаемый размер санкций за сговор и делает вступление в картель более выгодным.

Относительно предоставления полной или частичной амнистии большинство исследователей сходятся на том, что только перспектива получения полного освобождения способна побудить компанию признаться в картеле, о котором антимонопольный орган еще не обладает информацией⁷. Так, исследования [Spagnolo, 2004], [Harrington, 2008] показывают, что более «щедрое» программы ослабления наказания при определенных условиях приводят к тому, что стимулы признаться оказываются сильнее, чем общий эффект снижения сдерживания за счет сокращения ожидаемых санкций, что в целом ведет к дестабилизации картелей.

2) Платить ли вознаграждение за признание?

Для того чтобы создать еще более сильные стимулы для компаний участвовать в программе, возможно в дополнение к предоставлению освобождения выплачивать вознаграждение за признание. Однако перспектива получения чистого выигрыша от создания картеля, а затем выхода из него, может увеличить склонность компаний вступать в сговор.

Вместе с тем, многие теоретические исследования по данной теме показывают, что выплата вознаграждения за признание значительно повышает результативность программы ослабления наказания в плане обеспечения сдерживания (в частности, в модели [Spagnolo, 2004] только программы с вознаграждением, при соблюдении ряда условий, способны привести к полному исчезновению картелей в экономике, причем с минимальными общественными затратами на обеспечение сдерживания. В экспериментальной работе [Hamaguchi, Kawagoe, Shibata, 2009] программы с вознаграждением обеспечивали самую высокую долю распавшихся картелей). Вознаграждение также является условием, без

⁷ Между тем, данный тезис расходится с выводами, полученными ранее для других типов правонарушений - например, в работе [Karlou, Shavell, 1994]. По логике данных авторов, для нейтрально относящегося к риску индивида достаточно, чтобы в случае признания его санкция (налагаемая с вероятностью, равной единице, поскольку он сам признается в совершении правонарушения) составляла чуть меньше, чем ожидаемая санкция в случае отсутствия признания (размер штрафа помноженный на вероятность его наложения). Однако картельный сговор отличается от правонарушений, исследованных приведенными выше авторами: во-первых, сговор представляет собой групповое, а не индивидуальное правонарушение, а во-вторых, если фирмы сообщают об участии в картеле, то их издержки не ограничиваются размером уплачиваемого штрафа, а увеличиваются на размер упущенной картельной прибыли (напр., [Motta, Polo, 2003]). Таким образом, размер дисконта для участников картеля должен быть выше.

которого программа не позволяет добиться снижения цен в экономике (например, в эксперименте [Bigoni, Fridolfsson, Le Coq, Spagnolo, 2008]), хотя программы без вознаграждения снижали количество сформированных картелей, только программы с вознаграждением приводили к снижению цен; также, в модели [Houba, Motchenkova, Wen, 2009] программы без вознаграждения не способны приводить к снижению максимальных цен, устанавливаемых картелем).

В целях обеспечения наилучшего соответствия между стимулами компаний и целью максимизации общественного благосостояния, вознаграждение предлагается обеспечивать за счет суммы штрафов, уплаченных другими участниками картеля по итогам расследования. Это позволяет не расходовать деньги из бюджета, и в то же время создает дополнительную заинтересованность признающей фирмы в том, чтобы дело против картеля было доведено до конца. Данный фактор стимулирует ее предоставлять как можно больше доказательств и сведений в антимонопольный орган, а для этого необходимо по возможности сохранять улики о функционировании картеля.

Вместе с тем, программа ослабления наказания может привести к существенному изменению баланса сил на рынке в результате того, что воспользовавшаяся программой компания получит частичное или полное освобождение от ответственности, а ее конкуренты заплатят штраф в полной мере. У компании, воспользовавшейся программой, появится определенное преимущество, и данный эффект еще усилится в случае, если компания получит вознаграждение за свое признание. Существующие модели не позволяют в полной мере оценить эффект, который может возникнуть, если компании станут использовать программу в качестве способа извлечения дохода для себя и наложения дополнительных издержек в виде штрафов на другие фирмы. Во-первых, подобные действия могут нанести ущерб конкуренции на рынке, связанный с укреплением позиций той фирмы, которая сумела «сдать» своих конкурентов. Кроме того, теоретически возможен случай, при котором компании окажется выгодно специально «заманить» своего конкурента в ограничивающее конкуренцию соглашение, чтобы затем сдать его и получить вознаграждение. Это может привести к увеличению доли ресурсов, которые будут непроизводительно тратиться на само достижение картельного соглашения. Таким образом, использование вознаграждений может привести к увеличению количества вновь создаваемых картелей. По этим причинам использование вознаграждений в рамках программ ослабления наказания требует внимательного анализа возможных выгод и издержек от данной меры в контексте условий, в которых планируется применять программу, а также сочетания других структурных альтернатив, воплощенных в ней. Так, высокая неопределенность, связанная с получением амнистии, или отсутствие возможности получить полное освобождение от

ответственности снизят стимулы компаний пытаться получить конкурентное преимущество за счет участия в программе.

3) Важен ли момент обращения за амнистией?

Возможность получить освобождение в обмен на признание, осуществленное до начала расследования, помогает антимонопольному органу получить информацию о картелях, относительно которых у него раньше не было сведений. Но зачем снижать наказание для компаний, когда в антимонопольный орган уже поступили сведения (например, от потребителя продукции, поставляемой картелем) о возможном наличии картеля на рынке? Стоит ли предлагать амнистию, если у антимонопольного органа уже достаточно сведений для того, чтобы инициировать проверку в отношении организаций, подозреваемых в участии в картеле? А как насчет возможности получения освобождения после того, как возбуждено дело о нарушении антимонопольного законодательства — а значит, вероятность наказания нарушителей уже относительно велика? Наконец, целесообразно ли действие программы после того, как антимонопольный орган уже вынес решение, но административное производство еще не завершено и штраф не назначен — ведь добровольное признание и дополнительные сведения ограничат возможности компаний оспорить решение в суде.

На первый взгляд кажется, что предоставление возможности получить освобождение после того, как в отношении фирм начинается расследование, а тем более после возбуждения дела скорее снизит общий ожидаемый уровень санкций за участие в картеле и не будет способствовать сдерживанию. Вместе с тем, даже если у антимонопольного органа есть возможность самостоятельно собрать доказательства для завершения расследования, возникает вопрос об издержках, которые ему необходимо будет для этого понести, в условиях ограниченности его ресурсов⁸: информация, полученная в обмен на снижение санкций после начала расследования, может значительно сократить эти затраты и, в конечном итоге, способствовать повышению эффективности регулирования. Именно это соображение заставляет признавать, что даже в ситуации, когда антимонопольный орган с высокой вероятностью может самостоятельно доказать существование картеля, предоставление ослабления наказания после начала расследования является общественно оптимальным. Вместе с тем, те же модели показывают, что при высокой вероятности самостоятельного доказывания факта существования картеля антимонопольным органом применение программы приводит к снижению сдерживания (см., напр., [Harrington, 2008]). Поскольку на каждом следующем этапе расследования в отношении картеля вероятность его раскрытия

⁸ О ресурсообеспеченности российских антимонопольных органов на фоне других стран [Шаститко, 2007], [Shastitko, Avdasheva, 2011].

повышается, но само значение вероятности зависит от множества факторов, в том числе особенностей правоприменения, вопрос о моменте, которым следует (или не следует) ограничивать период возможности участия в программе, требует дополнительного исследования.

4) Освобождать только первого признавшегося или последующих?

Данный вопрос тесно связан с предыдущим, относящимся к моменту обращения за амнистией. Если компания имеет возможность получить освобождение от наказания только в случае, если она успеет первой признаться, у нее возникают стимулы как можно скорее обратиться в антимонопольный орган, чтобы опередить других участников картеля. В то же время для общества в целом может оказаться выгодным предоставлять освобождение также и тем признающимся, кто не успел оказаться первым — ведь полученная от них информация может помочь сэкономить ограниченные ресурсы антимонопольного органа (например, снизить длительность расследования дела). Для обеспечения того, чтобы дополнительные признания действительно снабжали антимонопольный орган ценной информацией, а не только приводили к снижению ожидаемого размера санкций, важно сформулировать требования, предъявляемые к предоставляемой информации.

Вместе с этим, для того, чтобы программа не превратилась в удобную «лазейку», позволяющую любой компании избежать санкций за сговор, и каждая фирма имела стимул поторопиться с признанием, целесообразно предоставлять второй (третьей и т.д.) фирме не полное, а лишь частичное освобождение от ответственности. При этом в целях минимизации рисков возникновения нежелательных эффектов размер дисконта должен быть достаточно умеренным (см., напр., [Houba, Motchenkova, Wen, 2009]).

5) Как установить очередность заявок на участие в программе?

В случае если размер дисконта зависит от очередности обращения, возникает вопрос, который кажется тривиальным лишь на первый взгляд: какую компанию считать первой/второй/третьей и т.д. обратившейся за амнистией? В частности, если освобождение предоставляется только первой фирме, правомерно ли отказать в предоставлении амнистии компании, которая изъявила намерение участвовать в программе, но не успела выполнить всех необходимых условий, и предоставить освобождение компании, которая оставила заявку позже, но выполнила условия раньше? Возможно ли «зарезервировать» место в «очереди» на участие в программе?

Одним из возможных способов решения данной проблемы является так называемая «система маркеров». Она предполагает, что на начальном этапе компании достаточно сообщить минимальную информацию о картеле, такую как название и адрес компании, стороны, принимавшие участие в картеле, продуктовые и географические границы действия картеля, оценка длительности картеля и природа его деятельности. При этом, пока решение по данной (поступившей первой) заявке не вынесено, антимонопольный орган не принимает других заявлений на полное освобождение от ответственности. Только если данной компании будет отказано в полной амнистии, антимонопольный орган может рассмотреть заявку другого участника. Как мы видим, компании не обязательно сразу предоставлять все улики — у нее остается время на сбор и тщательную подготовку документов. Однако амнистия не предоставляется на основании «голословного» заявления — требуются улики хотя бы в гипотетической форме.

б) Освободить ли лидера или организатора картеля?

С одной стороны, если организатор или лидер картеля лишаются возможности воспользоваться программой ослабления наказания, это заведомо ухудшает их положение по сравнению с другими участниками сговора и служит предотвращению создания новых картелей. Вместе с тем, ограничение возможности лидера получать амнистию также может привести к отрицательному эффекту с точки зрения раскрытия картелей, которые уже действуют. Во-первых, лидер картеля, скорее всего, обладает доступом к наиболее инкриминирующим уликам против участников, однако стимулов раскрывать эту информацию антимонопольному органу у него не создается. Во-вторых, зная об этом ограничении, другие участники картеля будут воспринимать лидера как надежного партнера, которому точно не выгодно раскрывать информацию о картеле антимонопольному органу, что снижает их собственные стимулы сдаваться. Так, экспериментальное исследование вопроса ограничения амнистии для лидера в работе [Bigoni, Fridolfsson, Le Coq, Spagnolo, 2008] показало, что отсутствие возможности получения освобождения для зачинщика картеля увеличивает средний уровень цен на рынке, что можно считать признаком стабилизации картелей.

Вместе с тем необходимо отметить, что выявление лидера или организатора картеля само по себе сопряжено с издержками для антимонопольного органа, и может приводить к ошибкам.

7) Освободить ли компанию, участвующую в более чем одном картеле?

В случае, если компания является участником нескольких картелей, у нее может возникнуть стимул признаться в менее эффективном картеле, чтобы отвлечь ресурсы антимонопольного органа

от расследования того картеля, который приносит ей наибольшую прибыль (т.н. «эффект брошенной кости» - «throwing a bone effect»). Учитывая, что, как правило, картель, приносящий организаторам наибольшую прибыль, наносит также и наибольший ущерб благосостоянию потребителей, встает вопрос о том, как, по возможности, нивелировать данный эффект.

8) От какого вида ответственности освобождать?

Участие в картельном сговоре может повлечь за собой административную, гражданскую, а в некоторых странах и уголовную ответственность. Встает вопрос о том, от какого вида ответственности освобождать в рамках программы.

Так, наличие уголовных санкций за сговор может значительно изменить стимулы участников программы. В случае если программа не дает освобождения от уголовного наказания, или условия его предоставления связаны с высокой степенью неопределенности, действенность программы может быть сведено к нулю, даже если она гарантирует полную амнистию от административных санкций.

Если, как принято в мировой практике, программа предусматривает в первую очередь освобождение от административной ответственности, а в случае наличия норм об уголовной ответственности за нарушение антимонопольного законодательства — и уголовной, возможность быть подвергнутым частным искам после признания в участии в картеле может послужить фактором, снижающим стимулы к сотрудничеству с антимонопольным органом.

Помимо ответственности, которая может наступить по закону, компании, решая, участвовать ли в программе, не могут не принимать во внимание возможность наказания со стороны контрагентов за «донос». Такого рода санкции могут носить как экономический характер (например, в работе [Leliefeld, Motchenkova, 2007] «доносчику» угрожают ценовой войной, из-за чего эффективность программы оказывается практически сведенной к нулю в отраслях с асимметричными по размеру фирмами и высокими барьерами входа), так и напрямую угрожать жизни и здоровью должностных лиц. Встает вопрос о защите участников программы от возможного возмездия со стороны их бывших партнеров. Один из способов обеспечения такой защиты — поддержание конфиденциальности информации о тех, кто соглашается сотрудничать с антимонопольным органом в рамках программ ослабления наказания. Вместе с тем, дополнительного исследования требует вопрос о сроке, в течение которого возможно и целесообразно поддержание такой конфиденциальности.

Многие перечисленные в данном пункте проблемы могут найти решение при построении индивидуальной программы ослабления наказания, однако данный вопрос, как отмечалось, останется за рамками настоящего бюллетеня.

9) В какой момент компания должна прекратить участие в сговоре?

С одной стороны, общественным интересам соответствует как можно более быстрое прекращение правонарушения. С другой стороны, если на момент обращения за амнистией собранных улик не достаточно для доказательства факта нарушения, продолжение участия в соглашении может помочь компании (и антимонопольному органу) добыть необходимые сведения. В то же время, резкое прекращение участия одной фирмы в сговоре может послужить сигналом для остальных компаний о том, что на них «донесли», что приведет к сокрытию улик и потенциально к санкциям по отношению к вышедшей из соглашения фирме как к доносчику.

Однако возможность антимонопольного органа продлить для компании период возможного участия в сговоре подразумевает также и то, что компания получит право «легально» получать причитающуюся ей картельную прибыль. И здесь возникают возможности для злоупотреблений (например, в форме вымогательства) со стороны должностных лиц антимонопольного органа, принимающих решение о таком продлении. Исход будет во многом зависеть от того, кто именно из сотрудников антимонопольного органа будет уполномочен принимать такого рода решения и насколько прозрачными и объективными будут критерии определения самой необходимости продления сроков участия в сговоре и длительности данной фазы расследования.

10) Каковы требования к информации, предоставляемой антимонопольному органу?

Поскольку антимонопольному органу достаточно сложно заранее определить ценность информации, которую компания готова предоставить ему на условиях снижения санкций, встает вопрос о требованиях, которые целесообразно устанавливать к содержанию сведений, предоставляемых компаниями в рамках программ ослабления наказания⁹. В частности, для совершения каких действий раскрытой информации должно быть достаточно: для того чтобы начать расследование, или организовать проверку, или вынести решение о наличии нарушения?

⁹ Проблема предварительного определения ценности информации ее потенциальным потребителем известна в экономической теории как «информационный парадокс». Подробнее об этом явлении в контексте антимонопольного регулирования [Шаститко, 2008, с. 13-14]

Чем более полный объем информации получает антимонопольный орган от участника программы, тем ниже его издержки по дальнейшему расследованию картеля, и тем меньше вероятность, что нарушитель получит освобождение «ни за что», предоставив информацию, которая не оказала значительного содействия расследованию. Вместе с тем, чем выше требования к объему предоставляемой информации и серьезности улик, тем меньше стимулы у компаний, обладающих ограниченной информацией о картеле, участвовать в программе и раскрывать сведения антимонопольному органу.

В любом случае, понятно, что информация должна представлять дополнительную ценность для антимонопольного органа. Вместе с тем, *ex ante* эту ценность сложно определить не только антимонопольному органу, но и самой компании (хотя бы потому, что компания не может знать, какими уликами антимонопольный орган уже располагает). Таким образом, конструирование процедуры, которая позволила бы снизить данную асимметрию, представляет собой отдельную проблему.

Одним из возможных способов ее решения является предоставление улик в гипотетической форме (практика, существующая в ЕС). В этом случае компании достаточно дать понять антимонопольному органу, какие именно документы (или другие улики) она может предоставлять в более поздний срок в обмен на амнистию – в форме списка или копий документов с удаленными значимыми частями. Таким образом, антимонопольный орган может оценить, обладает ли он уже данной информацией, и какую добавочную ценность она ему может принести.

11) Кто в антимонопольном органе решает вопросы, связанные с участием компаний в программе?

Данная «развилка» объединяет в себе сразу множество вопросов: кто из должностных лиц уполномочен принимать заявки на участие в программе, кто отвечает за конфиденциальность информации, кто принимает окончательное решение о предоставлении амнистии, и т.п. При ответе на данные вопросы надо исходить не только из имеющихся ресурсов антимонопольного органа, но прежде всего из возможности осуществлять контроль деятельности данных лиц с целью минимизации рисков злоупотребления с их стороны. Подобные риски будут в значительной степени влиять на доверие бизнеса к программе и, соответственно, на стимулы участвовать в ней, что, в конечном счете, предопределяет эффективность данного инструмента антимонопольной политики.

Еще одна проблема состоит в том, что разные участники картеля могут подать заявку на участие в программе в антимонопольные органы разных юрисдикций: например, если речь идет о международном картеле, каждая компания может попробовать получить амнистию в

своей стране; если мы говорим, например, о картеле на территории России, то компании могут подать заявку на освобождение в разные территориальные управления антимонопольного органа, если управления наделены соответствующими полномочиями. Встает вопрос о том, как наличие таких возможностей соотносится с желаемой формой применения программы.

В действительности, программа ослабления наказания в каждом из рассмотренных вариантов способна порождать множество разнонаправленных стимулов как для участников картеля, так и для антимонопольного органа. Эти стимулы (многие из которых в англоязычной литературе принято обозначать достаточно красочными терминами: «эффект гонки в зал суда», «эффект амнистии нарушителя», «эффект выметания сора» и т.д.) достаточно подробно изучены в зарубежных теоретических исследованиях. Вместе с тем, в задачи настоящего бюллетеня не входит подробное описание набора стимулов, связанных с каждой структурной альтернативой и их различными сочетаниями, поэтому мы ограничились самым общим описанием «развилок» построения программ ослабления наказания — достаточным, чтобы проиллюстрировать тезис о том, что результат функционирования программы зависит от выбора тех или иных структурных альтернатив ее дизайна (а также их сочетания), и при определенных условиях может разительно отличаться от той цели, ради которой вводится программа. Выбор той или иной альтернативы для реализации должен быть основан на тщательном анализе выгод и издержек, связанных с каждым вариантом.

Заключение

Программа ослабления наказания – относительно новый инструмент антимонопольного регулирования в России. На его эффективность для целей борьбы с картелями возлагаются большие надежды. Вместе с тем, теоретические и эмпирические исследования показывают, что программы освобождения от ответственности могут порождать различные эффекты, не все из которых способствуют разрушению существующих картелей и предотвращению создания новых. Результат действия программы будет зависеть как от особенностей среды, в которой она разрабатывается и применяется, так и от выбора между альтернативными версиями составляющих программу норм.

Таким образом, при попытке внедрения в российскую практику правил, успешно используемых в рамках программ ослабления наказания в зарубежных странах, необходимо принять во внимание, как особенности среды повлияют на преобладание тех или иных эффектов от программы. В связи с этим, дальнейшее совершенствование российской программы освобождения от ответственности требует проведения сравнительного анализа различных структурных альтернатив ее построения с точки зрения выгод и издержек, налагаемых на различные целевые группы. Кроме того, для определения необходимости внедрения или модификации той или иной альтернативы необходим анализ рисков, связанных с «нежелательными» стимулами для адресатов регулирования (в частности, риска использования программы в качестве инструмента конкурентной борьбы, или иных форм намеренного манипулирования ресурсами антимонопольного органа).

Литература

Авдашева С., Симанкова В. [2009]. Программа ослабления наказания: зависимость результативности от структуры рынка // Экономическая политика, N 1, С.158-173.

Шаститко А.Е. [2007]. Экономические аспекты ослабления наказания за нарушение антимонопольного законодательства // Вопросы экономики, N 8, С.68-79.

Шаститко А.Е. [2008]. Экономика преступления и наказания в антирасте: освобождение от ответственности, М.: Промышленник России, 48 с.

Aubert C., Rey P., Kovacic W.E. [2006]. The Impact of Leniency and Whistle-Blowing Programs on Cartels // International Journal of Industrial Organization, Elsevier, vol. 24(6), pages 1241-1266.

Bigoni M., Fridolfsson S., Le Coq C., Spagnolo G. [2008]. Fines, Leniency and Rewards in Antitrust: An Experiment. IFN Working Paper No. 738.

Hamaguchi Y., Kawagoe T., Shibata A. [2009]. Group Size Effects on Cartel Formation and the Enforcement Power of Leniency Programs // International Journal of Industrial Organization, vol. 27(2), pp. 145-165.

Harrington J. [2008]. Optimal Corporate Leniency Programs // The Journal of Industrial Economics, vol. 56(2), pp. 215-246.

Houba H.E.D., Motchenkova E., Wen, Q. [2009]. The Effects of Leniency on Maximal Cartel Pricing. Discussion Paper 2009-038, Tilburg University, Tilburg Law and Economic Center.

Kaplow L., Shavell S. [1994]. Optimal Law Enforcement with Self-Reporting of Behavior // Journal of Political Economy, University of Chicago Press, vol. 102(3), pp. 583-606.

Leliefeld D., Motchenkova E. [2007]. To Protect in Order to Serve, Adverse Effects of Leniency Programs in View of Industry Asymmetry. Serie Research Memoranda 0002, VU University Amsterdam.

Motta M., Polo M. [2003]. Leniency Programs and Cartel Prosecution // International Journal of Industrial Organization, vol. 21(3), pp. 347-379.

Shastitko A., Avdasheva S. [2011]. Introduction of Leniency Programs for Cartel Participants: The Russian Case // Antitrust Chronicle, vol. 8.

Spagnolo G. [2004]. Divide et Impera: Optimal Leniency Programs. CEPR Discussion Papers.

Summary

N.Pavlova

Leniency programs: a choice between alternatives

The notion of leniency programs and reasons for their implementation in antitrust are explained. A comparison is given of the Russian leniency program (in the forms in which it existed in 2007 and 2009, and the latest form, taking into account the changes introduced by the “third antimonopoly package”) and the programs of the USA and the EU. The main alternatives in the design of leniency programs are described in terms of positive effects and associated risks.