

Валерий Валерьевич КИЗИЛОВ

генеральный директор консалтинговой компании «Толк-Идея»

Вадим Витальевич НОВИКОВ

старший научный сотрудник АНХ при Правительстве РФ

К вопросу о необходимости отмены антимонопольного законодательства

Введение

Свою недавнюю статью руководители Федеральной антимонопольной службы И. Артемьев и А. Сушкевич начали с признания: «антимонопольная политика государства, как никакая другая форма публичного вмешательства власти в частные дела, находится под постоянным огнем критики представителей экономической науки».¹ Незадолго до этого Комитет по промышленной политике Совета Федерации подготовил Доклад о промышленной политике в РФ, в котором констатируется, что «единственными выигравшими сторонами от ... [антимонопольной] политики становятся неэффективные производители и олигархические бизнес-структуры».²

Для большинства читателей эти утверждения представителей органов власти звучат неожиданно — казалось бы, антимонопольное законодательство не является предметом идеологических споров. Его поддерживают и правые, и левые, привлекая для обоснования своей позиции обширный мировой опыт. Действительно, консенсус по поводу полезности антимонопольного законодательства среди политиков и широкой общественности высок. Однако среди специалистов по экономическому регулированию он намного ни-

же. Многие авторитетные экономисты выступают против существования антимонопольного регулирования или в пользу заметного его смягчения. Критикуют антимонопольное законодательство и с правовой точки зрения — оно нарушает права собственности и предполагает дискриминацию, поражение в правах крупных предприятий.

Именно этот критический взгляд отстаивается в настоящей статье: ее авторы убеждены в нецелесообразности существования антимонопольного законодательства и в его неправомерном характере.

Экономический анализ антимонопольного законодательства и его последствий

Антимонопольное законодательство и, в частности, российский Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» основаны на теоретическом представлении, что хозяйствующие субъекты могут, не прибегая к насилию и мошенничеству, посредством ряда добровольных соглашений, уничтожить конкуренцию и установить монополию. Считается, что в условиях монополии цена товара будет выше, а объем производства ниже, чем при конкуренции. Чтобы избежать этих последствий, антимонопольное регулирование вводит запреты на многие виды сделок.

¹ См.: Артемьев И., Сушкевич А. Основания антимонопольной политики государства // Экономическая политика. 2007. № 4. С. 200.

² См.: Завадников В., Кузнецов Ю. Промышленная политика в России: попытка нового подхода // Экономическая политика. 2007. № 3. С. 13.

ЗАКОН № 2 ФЕВРАЛЬ 2008

Оно запрещает назначать «монопольно высокие» цены, которые неблагоприятны для покупателей, и «монопольно низкие», которые внушают конкурентам страх, что они будут вытеснены с рынка, после чего установится монополия и цены возрастут. Запрещено предлагать разным партнерам разные («дискриминирующие») условия контрактов, если вы не можете дать антимонопольному органу экономическое или техническое обоснование своих действий. Запрещено «навязывать невыгодные условия договоров». «Необоснованный отказ в заключении договора» с контрагентом также запрещен. Не допускается ограничивать или прекращать производство и сбыт тех товаров, поставка которых может быть, с точки зрения суда, рентабельной. Если компания когда-либо продавала свою продукцию через фирмы, одновременно торгующие товарами конкурентов, то она не имеет права перейти к системе сбыта, основанной на эксклюзивных дилерах или фирменных магазинах. Крупные сделки по слияниям и поглощениям, купле-продаже, аренде и залоге производственных активов разрешены только с одобрения Федеральной антимонопольной службы (ФАС).³

Наиболее строг запрет на формирование картелей — соглашений между конкурентами о ценах и объемах поставок. Некоторые из перечисленных практик при определенных условиях все же считаются допустимыми, но запрет на картели в мировой практике исключений не знает. Нередко он даже подкрепляется уголовными преследованиями. Формирование картеля одновременно предполагает назначение «монопольно высокой цены» и де-факто является сделкой, направленной на экономическую концентрацию. Таким образом, картель — «идеальное» нарушение антимонопольного законодательства. Поэтому в силу ограниченности места мы ограничимся рассмотрением только этого «преступления против конкуренции».⁴

Чтобы понять, насколько обоснован запрет на формирование картелей, надо ответить на два вопроса. Во-первых, действительно ли картельные соглашения при невмешательстве государства ведут к монополизации

рынков? Другими словами, насколько велики возможные выгоды потребителей от наличия законодательства?

Во-вторых, может ли картельное соглашение быть выгодным для потребителей и вообще для тех, кто в нем не участвует? Другими словами, может ли законодательство, запрещающее картели, причинять вред?

Рассмотрим сначала вопрос внутренней устойчивости картеля. Картель тяготеет к разрушению изнутри, так как каждый участник картельного соглашения заинтересован в том, чтобы продавать чуть больше продукции, чем положено по его квоте, и чуть дешевле, чем у остальных членов картеля. Экономические стимулы каждого участника таковы, что подталкивают их к тому поведению, которое было бы у отдельных фирм без наличия картеля.

Наряду с этим устойчивость картеля ограничивается и извне. Если картелю действительно получится повысить цену на продукцию, это привлечет на рынок новых конкурентов. Даже если для входа на рынок требуются большие инвестиции, в случае их окупаемости (а наличие монопольных цен предполагает повышенную отдачу) эти инвестиции скорее всего будут сделаны. Дело в том, что финансовый капитал является наиболее мобильным и делимым экономическим ресурсом, при этом формируется большим числом сберегателей. В этих условиях сколь-нибудь долговременное отсутствие заемного капитала для потенциально прибыльного проекта вхождения на рынок маловероятно: недооценка проекта одним кредитором будет компенсирована адекватной оценкой другим.⁵ При этом вновь вошедшие компании, скорее всего, получат стратегическое преимущество перед старыми. Чем позже созданы производственные мощности, тем обычно они более совершенны в технико-экономическом плане. В сочетании с разочарованием потребителя, чья лояльность к старому поставщику должна упасть в ответ на картельное повышение цен, этот фактор может привести к полному вытеснению с рынка тех, кто еще недавно на нем доминировал.

³ Эти запреты можно найти в ст. 6, 7, 10, 11, 27–35 Федерального закона от 26.07.2006 №135-ФЗ «О защите конкуренции».

⁴ Более подробно экономическая критика основных концепций антимонопольного регулирования и ряда других содержащихся в нем запретов представлена в ст.: Новиков В. Влияние российского антимонопольного законодательства

на экономическое развитие // Вопросы экономики. 2003. № 9. (www.prompolit.ru/148244); Новиков В. О праве собственности на внешние эффекты // Вопросы экономики. 2004. № 1. (www.prompolit.ru/148245).

⁵ См.: Stigler J. Imperfections in the Capital Market // Journal of Political Economy. 1967. Vol. 75. № 3. P. 147–148

ДИСКУССИОННЫЙ КЛУБ

Поэтому без государственной поддержки картель не может существовать сколько-нибудь значительное время, что ограничивает возможные выгоды от анти-монопольного законодательства.

Наряду с задачей повышения цен у картелей могут быть и другие цели, способствующие росту продуктивности и соответственно ведущие к понижению цен.

Часть из этих преимуществ связана со стандартизацией предлагаемых членами картеля товаров. А это, в свою очередь, дает возможность пользоваться эффектом от масштаба при ведении закупочной, исследовательской, логистической и прочей деятельности.

Другие преимущества связаны с большей координацией деятельности. Согласование производственных планов компаний помогает избежать перепроизводства продукта по сравнению с тем количеством, которое фирмы считали бы выгодным при наличии полной информации. При отсутствии такой информации излишки товаров нередко уничтожаются или портятся на складах. Координация же деятельности позволяет избежать их производства и сохранить потраченные на них ресурсы для других полезных использований.⁶

В некоторых случаях названные соображения — эффект от масштаба и преимущества координации планов в наибольшей степени реализуются при слиянии всех ранее независимых фирм в единую компанию. И здесь запреты, наложенные антимонопольными законами, принесут вред, создав препятствия для снижения производственно-сбытовых затрат.⁷

Таким образом, польза для потребителей от запрета на соглашения о ценах и объемах поставок ограничена и маловероятна, тогда как негативные последствия вполне возможны. Проиллюстрируем это, рассмотрев некоторые конкретные формы антимонопольных запретов.

Назначение «монопольно высокой цены товара». Монопольно высокая цена имеет два признака. Во-первых, она выше цены «сопоставимого товарного рынка», назначенной в условиях конкуренции продавцом, не имеющим доминирующего положения. Во-вторых, она «превышает сумму необходимых для производства и реализации данного товара расходов и прибыли».

Поскольку слова «сопоставимый» и «необходимый» могут означать что угодно, на практике монопольной может быть признана любая цена, которая недавно была повышена и вызвала чье-то недовольство. Допустим, если внутрироссийская цена товара ниже, чем мировая, но разрыв между ними сокращается, производителей можно обвинить в назначении монопольно высоких цен. Именно это произошло с «Евроцемент групп», а также калийными компаниями «Сильвинит» и «Уралкалий».

Устанавливая потолки цен, государство может добиться только отрицательных результатов. Во-первых, отечественные производители получают стимул законтрактировать всю свою продукцию на зарубежные рынки, где цена выше, и вообще прекратить поставки на внутренний рынок, где цена регулируется. Конечно, такие действия тоже могут быть признаны злоупотреблением доминирующим положением, но уж «экономически необоснованными» они выглядеть не будут.

Во-вторых, насильственное снижение цен предотвращает рост производства в отрасли. Чем выше цены, тем больше вероятность появления на рынке новых участников. Если товар дорожает, то создание новых мощностей по его производству становится особенно выгодным. Создаваемые ФАС препятствия к сближению российских цен на цемент и хлористый калий с мировыми ограничивают число тех, кто ради высокой прибыли был бы готов построить новые цементный завод или отправить новую геологическую экспедицию на поиски месторождения калийных солей.

Необоснованное сокращение или прекращение рентабельного производства. Законодатель предполагает, что если фирма сокращает производство продукции, которая реализуется с прибылью, то она делает это, чтобы взвинтить цены и, подняв торговую наценку, увеличить общую массу прибыли. Это считается вредным для потребителей монополистическим поведением.

Но сокращение рентабельного производства может объясняться и по-другому. Вполне вероятно, что производство обеспечивает положительную бухгалтерскую рентабельность и одновременно увеличивает

⁶ См.: Salin P. *Cartels as Efficient Productive Structures // Review of Austrian Economics*. 1996. Vol. 9. № 2. P. 34

(http://www.mises.org/journals/rae/pdf/RAE9_2_2.pdf).

⁷ Ротбард М. *Власть и рынок*. Челябинск. 2003. С. 91.

ЗАКОН № 2 ФЕВРАЛЬ 2008

упущенную прибыль: если бы средства, затрачиваемые на данное производство, были вложены во что-то другое, прибыль была бы еще больше.

Так, универмаг может постоянно экспериментировать с ассортиментом, запуская в продажу или выкладывая на видное место то одни, то другие товары. Некоторые из этих экспериментов уменьшают суммарную прибыль. Естественно, хозяин магазина заинтересован в том, чтобы поскорее прекратить их, уменьшив удельный вес тех товаров, по которым расширение поставок себя не оправдало. Но, сделав это, он ограничит предложение продукции, которую мог бы продавать с прибылью, и тем самым совершит «злоупотребление». Зная это, владелец универмага предпочтет не рисковать и вообще не станет начинать эксперимент, продолжение которого может обернуться уменьшением прибыли, а прекращение — антимонопольным расследованием.

Из примера видно, что барьеры для выхода с рынка одновременно являются барьерами на вход. Таким образом, эффект данного запрета — в подрыве стимулов к входу на новые рынки. Он не защищает, а сдерживает конкуренцию, фиксируя статус-кво.

Что же касается основной версии об уменьшении предложения с целью завязать цены и обеспечить себе монопольную прибыль, то она описывает расклад, который на нормальном рынке невозможен. Если вход на рынок свободен, то фирма, ограничившая производство, добьется не повышения цен, а притока новых конкурентов, которые оттянут на себя ее рыночную долю.

Но даже если мотив получения монопольной прибыли при ограничении или прекращении производства иногда имеет место, антимонопольные органы в большинстве случаев не смогут отличить эти действия от обусловленных большой упущенной выгодой. Дело в том, что упущенная выгода по своему характеру понятие оценочное, очень редко оно предполагает наличие реальных подтверждающих ее документов. Такими, например, издержки и выгоды, связанные с репутацией.

⁸ ДиЛоренцо Т. Происхождение антимонопольного регулирования: риторика и реальность // Экономическая политика. 2007. № 4. С. 62 (<http://www.cato.ru/pages/69?idcat=405>).

Исторический обзор формирования, эволюции и практики применения антимонопольного законодательства

Антитрестовское законодательство появляется в конце XIX века. На уровне отдельного государства впервые оно появилось в 1889 г. в Канаде, где был принят Акт «О предотвращении и подавлении объединений, направленных на ограничение торговли» («Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade»), а годом позже в США был принят Акт Шермана.

На уровне отдельных регионов антимонопольные законы появились еще раньше — в отдельных штатах США. Инициаторами их утверждения становились такие организации, как Альянс фермеров Миссури. Они объединяли производителей, обеспокоенных ростом конкуренции со стороны более крупных и эффективных ферм. Увеличение рыночной доли, занятой крупными хозяйствами, преподносилось как опасная концентрация, ведущая к монополизации рынка.

Но хотя организаторам этой кампании и удалось пролоббировать принятие антимонопольного закона в Миссури в мае 1889 г., их аргументы выглядели и выглядят несостоятельными. Рыночная концентрация сопровождалась не сокращением производства и ростом цен, в чем обвиняли монополистов, а прямо противоположным процессом. Так, пшеница в 1889 г. стоила на 35% дешевле, чем десятью годами ранее, свинина за 1883–1889 гг. упала в цене на 19%, говяжья вырезка — на 39%, скот в живом весе за пять лет подешевел на 28,8%. Поголовье скота в США на протяжении 1880-х годов увеличилось примерно на 50%.⁸

Аналогичной была и ситуация на федеральном уровне. Сенатор Джон Шерман, добившийся принятия антитрестовского законодательства в США, обвинял тресты в ограничении выпуска для повышения цен. Как показывает его переписка с представителями мелких нефтяных компаний, в реальности Шерман защищал именно интересы тех предпринимателей, которые страдали от падения цен, в частности, от удешевления нефтепродуктов, вызванного применением цистерн при транспортировке нефти. Он даже лоббировал закон, запрещающий железным дорогам пре-

доставлять скидки на перевозку нефти в цистернах, а не в бочках.⁹

Среди отраслей, которые в Конгрессе считались монополизированными, были производство нефти, сахара, рельсов, свинца, цинка, джута, угля и хлопкового масла. Но во всех перечисленных отраслях, о которых доступны соответствующие данные, производство между 1880 г. и 1890 г. росло быстрее, чем американское производство в целом. ВВП США за данный период вырос в реальном выражении на 24%, а в номинальном на 16%. Что же касается выпуска в отраслях, где были образованы тресты, то в номинальном измерении он вырос за это время на 62%, а в реальном — на 175%.¹⁰ Эти цифры четко показывают, что в действительности тресты весьма эффективно обеспечивали рост производства и снижение цен.

Авторы антимонопольного законодательства находились в затруднительном положении, пытаясь доказать, что тресты ограничивают предложение и поднимают цены, когда наблюдалось прямо противоположное. Поэтому крупные корпорации обвинялись не столько в фактической монополизации, сколько в намерении достичь ее, и именно это было запрещено законом.

Поначалу антимонопольные процессы не удавались. Первое дело, возбужденное в соответствии с законом Шермана и дошедшее до Верховного суда, окончилось в 1895 г. поражением правительства. Обвинение против American Sugar Refining Company, занявшей в 1893 г. 95% рынка, не было поддержано судьями, посчитавшими, что «в доказательствах не усматривается намерение ограничить торговлю или коммерческие отношения».¹¹ Впрочем, независимо от судебных решений, рыночные силы сахарной промышленности быстро уничтожили близкое к монопольному положение American Sugar. С 1893 г. их рыночная доля неуклонно снижалась, упав до 25% к 1927 г. Падали и рыночные цены на сахар-рафинад: один фунт стоил в 1880 г. 9 центов, в 1890 г. — 6,9 центов, в 1900 г. — 6,1 цента, в 1910 г. — 6 центов.¹²

Поворотной точкой стал 1904 г., когда Верховный суд США признал холдинговую компанию Northern Securities виновной в приобретении акций двух железных дорог — Northern Pacific и Great Northern. Активы этих линий были объединены в холдинг в 1901 г. Их хозяева Дж.П. Морган и Дж. Хилл на протяжении 20 лет, предшествовавших объединению, не столько конкурировали, сколько сотрудничали. Они поддерживали единые тарифы, благодаря которым загрузка вагонов, отправляемых обратно, и равномерно распределяемый между ними грузооборот обеспечивали существенную экономию и позволяли удерживать более низкие тарифы, чем у их главного конкурента — Union Pacific, принадлежащей Э. Гарриману (здесь уместно вспомнить наше обсуждение темы картелей). В мае 1901 г. Гарриман попытался выкупить на бирже контрольный пакет акций Northern Pacific. Сделав это, он смог бы расстроить ее сотрудничество с Great Northern. В ответ на эти действия Морган и Хилл объединили свои железнодорожные компании в холдинг Northern Securities. Суть сделки, таким образом, состояла в закреплении условий, позволявших железным дорогам Хилла и Моргана эффективно оказывать клиентам дешевые транспортные услуги. Об ограничении торговли и повышении цен речь не шла: наоборот, в 1901–1903 гг. тарифы на линиях, входящих в холдинг, продолжали снижаться. Тем не менее по решению суда холдинг был расчленен. Это определение стало прецедентом, и в ближайшие семь лет по Америке прокатилась целая волна из 44 антимонопольных процессов. Любопытно, однако, что в 1907 г. Northern Pacific и Great Northern все же получили разрешение объединиться, и сегодня обе эти линии входят в состав компании BNSF Railway.

Наибольшую известность среди антимонопольных дел периода 1904–1911 гг. приобрел процесс против компании Standard Oil Джона Рокфеллера. Эта корпорация добилась доминирующего положения на рынке нефтепродуктов. В 1899 г. она объединила свои дочерние предприятия в единую холдинговую структуру. Вскоре после этого к власти пришел президент Теодор Рузвельт, начавший, среди прочего, мощную популистскую кампанию против крупного бизнеса. Громкие

⁹ Трескен В. Письма Джона Шермана и происхождение антимонопольного законодательства // Экономическая политика. 2007. № 4. С. 45 (http://www.gmu.edu/rae/archives/VOL15_4_2002/troesken.pdf).

¹⁰ ДиЛоренцо Т. Указ. соч. С. 66

¹¹ *United States v. E.C. Knight and Co.* 156 U.S., p.331. Цитируется по: Арментано Д. Антитраст против конкуренции. М., 2005. С. 88.

¹² Там же. С. 89–90.

ЗАКОН № 2 ФЕВРАЛЬ 2008

обвинения в отношении больших корпораций стали весьма ходовым товаром. Особый успех среди публикаций такого рода получила «История компании Standard Oil», серия статей Иды Тарбелл, размещенных на протяжении 1902–1903 гг. в журнале McClure's. Ида Тарбелл была сестрой финансового управляющего Pure Oil Company, и большая часть ее нападок на Standard Oil имела «личный, эмоциональный и даже нелогичный характер»,¹³ однако она все равно сумела возбудить общественное мнение против компании Рокфеллера. В 1904–1906 гг. против дочерних компаний Standard Oil был открыт 21 антимонопольный иск на уровне штатов, а в ноябре 1906 г. федеральное правительство подало ходатайство о принудительном разделении нефтяного гиганта. В 1909 г. суд низшей инстанции удовлетворил требование властей, а в мае 1911 г. его решение было утверждено Верховным судом. Суд не проводил никакого анализа на предмет того, действительно ли Standard Oil повышала цены, ограничивала производство, подавляла технический прогресс и т.д.¹⁴

Характерным памятником эпохи Франклина Рузвельта стало принятие Акта о воздушной почте в 1934 г. Он определил, что одна и та же компания не может одновременно производить самолеты и перевозить на них почту.¹⁵ Все фирмы, совмещавшие эти виды деятельности, были принудительно расчленены. Эта участь и постигла компанию Уильяма Боинга, после чего легендарный авиапромышленник вышел из бизнеса и посвятил остаток жизни разведению лошадей.

В 1937 г. было возбуждено антимонопольное дело против Alcoa, которая с 1910 г. являлась единственным производителем первичного алюминия в США. Верховный суд признал компанию виновной в монополизации рынка, хотя ее норма прибыли на протяжении этого периода не превышала 10% и свыше половины запасов бокситов в США находились вне контроля Alcoa, так что другие производители не вышли на рынок первичного алюминия лишь из-за своей неспособности быть такими же эффективными, как Alcoa.¹⁶ Как отмечал Алан Гринспен, «компания смогла сохранять свое положение единственного производителя алюми-

ния лишь потому, что ее приоритетами было снижение издержек и эффективность, а не повышение цен. Попробайся Alcoa увеличить прибыли, подняв цены, она быстро оказалась бы в состоянии конкуренции с новыми фирмами».¹⁷

Период 1950-х гг. был отмечен противоречивыми тенденциями. С одной стороны, в деле против United Shoe Machinery, производившей оборудование для изготовления обуви, признаки монополизации рынка были усмотрены в том факте, что компания продавала свои станки и сдавала их в аренду, но срок аренды составлял 10 лет. Клиентов компании этот срок вполне устраивал, но другие производители оборудования считали его слишком длинным. Суд счел, что тем самым компания лишает своих конкурентов шанса предложить их оборудование изготовителям обуви и нечестно вытесняет их. С другой стороны, в этот период суды стали более внимательными к реальным экономическим условиям рассматриваемых дел. Это отразилось в деле компании «Дюпон» (1956 г.). Ей удалось доказать свою невиновность в монополизации рынка целлофана, сославшись на то, что целлофан взаимозаменяем с другими эластичными упаковочными материалами, и поэтому у его производителей много конкурентов.¹⁸

В дальнейшем антимонопольное законодательство США несколько смягчается, одновременно усложняясь. Теперь оно в большей степени опирается на экономико-теоретические модели и расчеты. Так, в годы Рейгана был принят четкий количественный критерий допустимости или недопустимости слияния компаний, производящих один продукт. Он основывается на индексе концентрации рынка Хиршмана-Херфиндала (сумма квадратов рыночных долей всех участников рынка). Другой новацией стало использование «треугольника Харбергера» — весьма грубой и теоретически сомнительной экономической модели, используемой для количественной оценки общественных потерь от монополизации рынков. Конечно, и такая практика оставляет простор для произвольных решений — например, в определении границ рынка. В целом, однако, можно говорить о тенденции к большей терпимости в отношении бизнеса.

¹³ Арментано Д. Указ. соч. С. 116.

¹⁴ Там же. С. 121.

¹⁵ См. на: http://centennialofflight.gov/essay/Government_Role/1930-airmail/POL6.htm.

¹⁶ Арментано Д. Указ. соч. С. 178–181.

¹⁷ Гринспен А. Антимонопольное регулирование // Экономическая политика, № 4, 2007, стр. 36–37

(<http://www.polyconomics.com/searchbase/06-12-98.html>).

¹⁸ Арментано Д. Указ. соч. С. 191.

ДИСКУССИОННЫЙ КЛУБ

Сейчас среди экономистов распространяется скепсис в отношении антимонопольного законодательства как такового. Надо сказать, что вплоть до 1920-х гг. экономисты-профессионалы почти единодушно отрицали его,¹⁹ после чего появились теории, призванные обосновать его полезность и необходимость. Появление этих теорий совпало с периодом, когда общее количество экономистов резко возросло, причем большинство из них было востребовано государственными организациями, занятыми регулированием экономики. Не удивительно, что при этом экономисты в целом стали более склонны поддерживать государственное вмешательство в хозяйственную деятельность. Однако основания антимонопольного законодательства все равно выглядят спорными даже в глазах его сторонников. Так, руководители ФАС Артемьев и Сушкевич пишут, что «по пальцам одной руки можно пересчитать прикладные исследования, которые бы содержали оценку эффективности антимонопольного вмешательства в функционирование рынков, выявляли бы его реальных бенефициаров, побочные эффекты такого вмешательства и, уже с использованием полученных на предыдущем этапе выводов, критически оценивали инструментарий антимонопольного воздействия на рынки и их отдельных участников»,²⁰ после чего авторы предлагают экономистам пройти этот путь и только после этого давать оценку антимонопольному законодательству. Другими словами, даже сегодня, после более 100 лет применения антимонопольного законодательства, ему все еще не достает эмпирической и теоретической базы.

Правовые проблемы антимонопольного регулирования

Нарушение антимонопольным законодательством принципа формального равенства

Ранее мы рассматривали антимонопольное законодательство с экономической точки зрения, обратимся теперь к правовому рассмотрению.

Российский ФЗ «О защите конкуренции», как и его зарубежные аналоги, содержит многочисленные ограничения на свободу предпринимательской деятельности

и свободу договора. Законом запрещаются некоторые виды сделок с прямыми конкурентами, а также поставщиками и потребителями. Отличительной чертой антимонопольного законодательства является то, что эти ограничения касаются исключительно сделок, которые значимы с экономической точки зрения: то ли в силу больших размеров совершаемых их компаний относительно рынка, то ли в силу большой стоимости вовлеченных в них активов.

Отсюда можно вывести следующее определение: антимонопольное регулирование — ограничение свободы предпринимательской деятельности по признаку экономической значимости компаний.

Это точное определение. Антимонопольные законы не касаются экономически незначимых (по мнению законодателей и антимонопольных органов) сделок. Другие законы не принимают во внимание экономическую значимость хозяйствующих субъектов.

Как и многие другие виды законодательной дискриминации — по признаку пола, национальности, социальной принадлежности, этот вид дискриминации пользуется поддержкой современников в силу своей привычности и обоснованности (хотя у многих экономистов на этот счет есть серьезные возражения).

Между тем неправовой или даже противоправный характер дискриминации напрямую следует из сущности права — нормативной формы выражения свободы посредством принципа формального равенства людей в общественных отношениях.²¹ Другими словами, хотя люди фактически различны, право признает их равными с точки зрения обладаемых прав. Подобно тому, как в физике с точки зрения веса килограмм железа равен килограмму пуха, в праве с точки зрения прав способный признается равным неспособному, экономически влиятельный — не участвующему в хозяйственной деятельности монаху.

Отсюда отказ крупным компаниям в тех правах, которые безусловно признаются за остальными, является столь же неправовым, как лишение способного работника тех прав, которыми обладают все остальные.

¹⁹ ДиЛоренцо Т. Указ. соч. С. 68–69

²⁰ Артемьев И., Сушкевич А. Указ. соч. С. 206

²¹ См.: Нерсесянц В.С. Философия права. М., 2003. С. 20. То же мнение придерживается и осуждающий право

К. Маркс: «По своей природе право может состоять лишь в применении равной меры» (Маркс К. Критика Готской программы // Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. Т. 19. М., 1955).

ЗАКОН № 2 ФЕВРАЛЬ 2008

Аналогично, указания на последствия равного подхода к различным компаниям также будут являться неправовыми подобно учету экономических последствий тюремного срока при рассмотрении уголовного дела.

Антисобственнический характер антимонопольного законодательства

Кроме формальной — присутствует/отсутствует дискриминация — стороны дела есть и материальная. В основе антимонопольного законодательства лежит идеология «эффективного собственника», которая де-факто отрицает права собственности.

В чем суть этой идеологии? В ее рамках частная собственность обоснована не правами человека, а тем, что частные собственники успешнее Госплана достигают общественно полезных целей. Однако люди нередко отклоняются в своем поведении от максимизации общественной пользы, и государство должно соответствующим образом корректировать поведение собственников.

Приложение этой концепции к труду хорошо известно бывшим советским гражданам под именем борьбы с тунеядством, суть которой была кратко изложена Василем Сорокиным, общественным обвинителем по делу Иосифа Бродского: «в нашей стране человек должен трудиться, создавать ценности: станки, хлеб».²²

Итак, И. Бродский обвинялся в том, что использовал принадлежащее ему тело таким образом, который в наибольшей степени соответствовал его, Бродского, интересам, но не приводил к наилучшему, с точки зрения обвинителей, использованию его как «трудового ресурса».

Законодательство о борьбе с тунеядством давно признано неправовым. Оно нарушает одно из основных прав человека — право на личную свободу и неприкосновенность, делая труд принудительным. Это законодательство превращало человека из субъекта права в его объект, ресурс.

Принцип антимонопольного законодательства такой же, как у советского законодательства о борьбе с ту-

неядством, — «распоряжаясь своим трудом, гражданин обязан руководствоваться не частным, а общественным интересом» — только прилагается он на этот раз не к труду, а к другому ресурсу, к капиталу.

Меняет ли это дело с правовой точки зрения? Очевидно, нет. Принудительное использование собственности нарушает право собственности — также одно из основных прав человека. Если мы считаем, что И. Бродский имел право, сопоставив все варианты использования своего времени (труда, тела), выбрать один из них, то у нас нет оснований считать, что владелец капитала не имеет права выбирать наиболее удобные для себя варианты использования своего имущества и его обмена.

По существу, продуманная до конечных логических следствий концепция «эффективного собственника» означает отказ от частной собственности. В ее рамках собственник становится приказчиком, человеком, который «доверительно распоряжается» имуществом в пользу реального владельца — государства или общества. В тех случаях, когда деятельность такого приказчика способствует наилучшему достижению целей общества и государства, в его деятельность не вмешиваются, но когда это не получается, его «поправляют». Это тот же социализм, хотя и усовершенствованный, не столь опирающийся на центральное планирование, как советский.

Спорные конституционные основания антимонопольного законодательства

Кроме привлечения для анализа антимонопольного законодательства общих принципов права, можно обратить внимание и на спорные конституционные основания действующего ФЗ «О защите конкуренции».

В силу того, что нормы антимонопольного законодательства ограничивают свободу деятельности граждан, они должны соответствовать требованиям ч. 2 и 3 ст. 55 Конституции РФ. В частности, антимонопольный закон должен быть направлен на реализацию одной из перечисленных в данной статье целей, т. е. быть необходимым для «защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства». Для сравнения — целями действующего ФЗ «О защите конкуренции» являются:

²² См. стенограмму суда над И. Бродским: <http://www.polit.ru/culture/2004/03/14/brodsky1.html>.

ДИСКУССИОННЫЙ КЛУБ

- 1) обеспечение единства экономического пространства;
- 2) обеспечение свободного перемещения товаров;
- 3) обеспечение свободы экономической деятельности в Российской Федерации;
- 4) защита конкуренции (вынесена в название закона);
- 5) создание условий для эффективного функционирования товарных рынков.

Таким образом, законодатель практически дословно повторяет ст. 8 Конституции РФ и тем самым апеллирует к цели «защиты основ конституционного строя» (статья относится именно к этой главе Конституции РФ).

В Законе к положениям ст. 8 добавлено лишь упоминание о «создании условий для эффективного функционирования товарных рынков»). Эта цель не может быть соотнесена с какой-либо конституционной целью из ст. 55 Конституции РФ. Более того, и сама цель бессодержательна. Дело в том, что понятие «эффективность» может быть определено только путем сравнения реального или потенциального результата с некоторой поставленной целью (критерием). В условиях рыночной экономики единая цель функционирования товарных рынков отсутствует и соответственно не имеет содержания понятие эффективности товарных рынков.

Итак, оставшиеся четыре цели действительно имеют конституционные основания. Проблема в том, что ФЗ «О защите конкуренции» не направлен на их достижение.

Нормы о злоупотреблении доминирующим положением и, в частности, о запрете на установление монопольно высоких цен, *противоречат цели «обеспечения единства экономического пространства»*. Прежде всего, противодействуя получению дохода, который превосходил доход «в сопоставимых условиях или условиях конкуренции» (ст. 4), ФЗ уничтожает стимулы для увеличения предложения на наименее насыщенных региональных товарных рынках. Кроме того, создаются препятствия для входа на региональные товарные рынки с малой емкостью. Существующая практика по-

казывает, что на таких рынках хозяйствующими субъектами, которые занимают доминирующее положение, оказываются даже предприятия, работающие в высоконкурентных секторах — производстве мясных, хлебных и колбасных изделий. Попадание фирмы в число таких субъектов и соответствующий реестр порождает государственную регламентацию важнейших сторон деятельности предприятий: увеличение капитализации, реорганизацию структуры производства и продаж.

Нормы о злоупотреблении доминирующим положением, согласованных действиях и регулировании экономической концентрации *противоречат целям обеспечения «свободного перемещения товаров» и «свободы экономической деятельности»*. Соответствующие нормы устанавливают не гарантии прав собственности, а ограничения в ее использовании.

Обратимся теперь к цели «защиты конкуренции». Исходя из того, что государственным языком РФ на всей ее территории является русский язык (ст. 68 Конституции РФ), понимание того, чем является конкуренция и ее поддержка в Конституции РФ задается определениями, которые приняты в русском языке, а не специальным жаргоном из экономической теории и конкурентного права. Именно ориентируясь на понятия русского языка, народ принимал Конституцию РФ на референдуме.

Это означает, что конкуренция должна пониматься как «соперничество или состязание в торговле и промыслах, соискательство, соревнование» (согласно словарю В. Даля). Другие словари дают сходные определения. Ни один словарь русского литературного языка не дает формулировки наподобие следующей: «конкуренция — это состязательность хозяйствующих субъектов, когда их самостоятельные действия эффективно ограничивают возможность каждого из них односторонне воздействовать на общие условия обращения товаров на соответствующем товарном рынке» (ст. 4 ФЗ «О защите конкуренции»).

Разница между двумя определениями принципиальна. Они во многих отношениях противоположны. В первом случае перед нами предстает образ энергично соперничающих людей, старающихся сделать что-то отличное от других и тем самым приобрести преимущество. Защита такой «соревновательной» конкуренции означает просто полноценную реализацию прав собствен-

ЗАКОН № 2 ФЕВРАЛЬ 2008

ности и свободы хозяйственной деятельности. Каждый, кто желает принять участие в этом соревновании, должен иметь право это сделать, хотя результат участия в соревновании, очевидно, у всех будет разным.

Во втором же случае ни один из игроков не может изменить ход борьбы. Идеальной конкуренцией при этом представляется продажа одинакового товара по одинаковой, общерыночной, цене бесконечным количеством малых продавцов. Очевидно, это не имеет ничего общего с тем, что мы понимаем под конкуренцией.

Таким образом, Конституция РФ не дает мандата для того, чтобы конкуренция поддерживалась в смысле современного антимонопольного законодательства, хотя и гарантирует поддержку «соперничества, состязания и соревнования» в хозяйственной деятельности. Однако эта деятельность предполагает не ограничение свободы, а наоборот, защиту свободы экономической деятельности, свободу перемещения товаров, услуг и финансовых средств. Именно эта свобода и обеспечивает возможность участия в соревновании.

В результате благодаря подмене понятий антимонопольное законодательство защищает не конкуренцию, а конкурентов. Иногда совершенно обоснованно — от насильственного ограничения хозяйственной деятельности. В противодействии такому силовому установлению монополии российское антимонопольное законодательство в чем-то более удачно, чем стандартная практика западных стран. В отличие от своих зарубежных аналогов российское антимонопольное законодательство содержит нормы, направленные также и против действий органов власти, которые способствуют монополизации рынков. Более половины рассматриваемых ФАС дел относится именно к этой категории. И к этой ограничивающей деятельности должностных лиц работе ФАС не применима ст. 55 Конституции РФ, регламентирующая ограничение прав граждан.

Но иногда конкурентов защищают от потребителей, которые отказываются от одной продукции и предпочитают другую. Препятствуя расширению ненасильственной экономической власти, если слово «власть» вообще можно употреблять вне контекста насилия, государство накладывает на рынок насильственную, политическую власть. В этих случаях государство лишает крупных конкурентов тех прав, которыми обладают мелкие, делая права последних исключительными, монопольными.

Так, парадоксальным образом, направленная против монополизации и в защиту конкуренции деятельность превращается в свою противоположность — силовое установление монопольных (исключительных) прав и препятствование свободной конкуренции.

Выводы

Суть антимонопольного законодательства в запрете некоторых деловых практик, которые могут иметь и вредные, и полезные для потребителей эффекты. Но их вредные эффекты, как показывает экономический анализ, при невмешательстве государства быстро ликвидируются рыночными силами. Что касается полезных эффектов запрещенных практик, то они состоят в более эффективной координации участников рынка, позволяющей снизить издержки и цены. Их антимонопольное законодательство подавляет. Также оно подрывает стимулы и возможности для входа новых предприятий на новые рынки, может блокировать организационные и продуктовые инновации в предпринимательской деятельности. Исторически возникновение антимонопольного законодательства связано с лоббизмом неконкурентоспособных фирм, сумевших сделать государство своим орудием в подавлении более крупных конкурентов. Обзор наиболее заметных антимонопольных дел из практики США подтверждает теоретический вывод, что на свободном рынке — даже при серьезных барьерах на вход — практически невероятна ситуация, когда ведущий поставщик намеренно снижает производство, чтобы установить монопольно высокие цены. В реальности практически всегда речь идет о преследовании фирм, наращивающих производство.

Кроме того, антимонопольное законодательство несовместимо с некоторыми общими принципами права. Оно нарушает принцип формального равенства граждан, вводя дискриминацию по масштабам экономической деятельности. Оно отрицает право частной собственности. Оно ограничивает права человека во имя целей, которые не относятся к защите «основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства». Поэтому в интересах обеспечения благосостояния граждан и защиты их прав антимонопольное регулирование должно быть ликвидировано.