

Предисловие

По мнению бывшего главы антимонопольной секции Американской ассоциации юристов Эдвина Рокфеллера, «быть некомпетентным антимонопольным юристом непросто». Эта область права столь мало предсказуема, что трудно винить адвоката в проигранном деле. В антимонопольном процессе «все имеет значение, но ничто не является решающим».

Это наблюдение, как и многие другие в книге Рокфеллера, в полной мере распространяется и на российское антимонопольное регулирование. Российское антимонопольное законодательство — особенно учитывая полную неопределенность его применения — приводит к поразительному уровню непредсказуемости как решений антимонопольного органа, так и судебных актов.

Невозможность точных прогнозов о судьбе компаний, попавших в сферу интересов антимонопольного органа и в России, и в США одна и та же — отсутствие внятной и объективированной доктрины.

1. Небоскреб на песке. Есть ли доктрина в антимонопольном праве?

Юридическая наука в силу своей гуманитарной и политико-правовой природы является весьма неточной. В справедливости этого тезиса легко убедиться, открыв учебник практически по любой юридической дисциплине советского периода и сравнив его положения с тем, что думает по тому же вопросу современная правовая наука. Тем не менее вряд ли возможно утверждать, что базовые принципы отраслей права (конституционное, гражданское, уголовное, административное и т.д.) будут отличаться как черное и белое.

В основе любой правовой дисциплины все-таки присутствует некая сущностная доктрина, которая практически при любом государственном устройстве и режиме не претерпевает изменений. Доктрина задает границы для дискреции законодателя и всех участвующих в правоприменении лиц, опираясь на апробированные столетиями, а порой и тысячелетиями принципы. Святость этих границ держится вовсе не на сакральных заклинаниях «так жили наши отцы и деды, так будем жить и мы», а на вполне рациональном понимании тысячекратных подтверждений на практике логичности и справедливости установленных правил и норм.

Постоянная верификация, в том числе и судебная, позволяет не отходить от установленных правовых традиций до тех пор, пока новые факты не создают необходимости вносить в них поправки в существующую. Таким образом, можно говорить о наличии двух ареалов права: первый жесткий круг (доктрина, базовые принципы и правила) и второй — динамичный (воля законодателя). Пределы второго круга очевидно подвижны, но при нормальном положении вещей не могут преодолеть границ первого.

Известно, что государственная власть, обладающая в соответствии с основными принципами кратологии широкими возможностями влияния на законодательный процесс, предпочитает догматичность, неопровержимость, априорность при восприятии нормативного материала. В то же время представители власти понимают, что чем более гибки и неконкретны основания какой-либо отрасли права, тем проще без достаточных оснований, в угоду сиюминутным желаниям государства, изменить ее принципы, и уж тем более нормативное регулирование и судебное толкование.

Для действующих правителей простота перемен безусловное благо, но для частных лиц любые измене-

ния в их правах и обязанностях должны быть справедливы, понятны и объяснимы. Чем более рациональны, логичны и последовательны базовые принципы отрасли права, тем легче заметить нарушение пускай нематериальных, но вполне отчетливых границ, чем больше неопределенности заложено в доктрине, тем проще государству выдавать произвол за дискрецию.

Антимонопольное регулирование за более чем сто лет существования так и не приобрело сколько-нибудь стройной доктрины. Несмотря на достаточно активное применение антимонопольных норм, их адепты не стремились эмпирически подтвердить полезность существования этих законов. Даже руководители ФАС России И. Ю. Артемьев и А. Г. Сушкевич признают, что «по пальцам одной руки можно пересчитать прикладные исследования, которые содержали бы оценку эффективности антимонопольного вмешательства в функционирование рынков, выявляли бы его реальных бенефициариев, побочные эффекты такого вмешательства»¹. Результаты даже этих немногочисленных исследований видимо можно обобщить выводом из работы Кейт Хилтон и Феи Дэн: «Охват антимонопольных законов не имеет статистически значимого влияния на паритет покупательной способности»². Проще говоря, строгость антимонопольных законов не влияет на цены.

Однако без выявления и постулирования базовых принципов невозможно всерьез заниматься ни развитием и толкованием норм, ни законотворчеством, ни, разумеется, судебным правоприменением. Нормативный акт в силу его общности не может предусмотреть все возможные жизненные ситуации. Очевидно при этом, что в отличие от законодательства право не может быть пробельным. Все недосказанности и лакуны

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

2. Hylton K. Deng F. Antitrust Around the World: An Empirical Analysis of the Scope of Competition Laws and Their Effects // Antitrust Law Journal. 2007. Vol. 74. № 2.

восполняются толкованием, прежде всего доктринальным и судебным, которое, в свою очередь, базируется на понимании толкователем базовых принципов данной отрасли права и его места в общей системе. Если основополагающих принципов не существует или они недостаточно четко артикулированы, любое толкование неизбежно превращается в ничем не ограниченный произвол. По этой причине при применении антимонопольного законодательства в США, как показывает Рокфеллер, а также в России и в других странах постоянно нарушаются принципы стабильности права, ясности и всеобщности закона и т.д. Это происходит не по чьей-то злой воле, а в силу объективной отсутствующей точки опоры.

Если бы недостаток теоретической проработки антимонопольного регулирования не приводил к отрицательным последствиям, о нем можно было бы не упоминать. Однако практическая верификация в форме исследований экономических последствий деятельности антимонопольных органов и судов, приводит к однозначному выводу, что государственное вмешательство в хозяйственные отношения не только не улучшает положения лиц, интересы которых защищаются, но даже ухудшает его. При этом основные барьеры для входа на товарные рынки, как правило, создает само государство — путем выдачи лицензий, патентов, разрешений, согласований, предоставления эксклюзивных прав на разработку месторождений и постройку новых заводов, проведения экологических и иных экспертиз или конкурсов на новые частоты.

2. Политическая природа антитраста

Противоречивым, но при этом базовым постулатом идеологов антитраста, является никем не доказанная

теория о том, что монополизм всегда влечет собой нарушение прав частных лиц. Никто не разъясняет парадоксальную ситуацию, когда сам процесс конкурентной борьбы является добродетелью и поощряется, но успех в этом процессе и уж тем более окончательная победа над менее удачными оппонентами, получение «рыночной власти» осуждается государством и влечет множество неблагоприятных последствий.

Мне уже приходилось обращать внимание на это явление, его социальную базу и политическую подоплеку¹. Непосвященному наблюдателю кажется, что большинство предпринимателей, попадающих в сферу внимания ФАС России, — это богатейшие люди страны и владельцы крупнейших компаний. Они, с одной стороны, вызывают зависть, а с другой — выступают некими маяками для остальных бизнесменов и простых обывателей.

В этой связи любое поражение в правах «экономических монстров» в глазах подавляющего большинства людей не является чем-то предосудительным и порицаемым, поскольку все равно «от них не убудет».

Подобного рода ритуальные жертвы, как ясно из книги Рокфеллера, востребованы и в США, но поскольку в России существует проблема легитимности собственности, особенно когда речь идет о крупном бизнесе, любые дополнительные выплаты, штрафы и санкции воспринимаются населением страны априорно обоснованными и справедливыми. Однако значительные, а самое главное, неразумные и необъяснимые санкции в отношении бизнесменов очевидно не способствуют росту и так невысокой предпринимательской активности.

На самом деле — и для многих это становится неожиданностью — интерес регулятора гораздо чаще вызывают не какие-то экономические гиганты, а более

1. Тай Ю.В. Злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке. // Корпоративный юрист. Приложение. 2010. № 5.

чем скромные (средние и даже совсем мелкие) компании. Как отмечает бывший начальник управления промышленности ФАС Алексей Ульянов, служба направила « всю свою энергию на борьбу исключительно

1. Ульянов А. ФАС против конкуренции // Эксперт. 2012. № 40 (822).

со средним российским бизнесом»¹.

Как правило, эти средние компании еще и работают в отраслях, которые априорно являются конкурентными в силу огромного числа хозяйствующих субъектов (скажем, в производстве и продаже продуктов питания, оказании услуг и т.д.).

Эту особенность нетрудно объяснить. ФАС, как и любому государственному органу, необходимо отчитываться о результатах своей деятельности. Результатами у нас принято считать количество возбужденных дел. Однако количество возможных разбирательств в отношении по-настоящему крупных компаний невелико. К тому же крупнейшие компании обладают большими возможностями для защиты, как правовыми, так и политическими. В этой ситуации многочисленные мелкие и средние компании, не обладающие такими возможностями, становятся удобными жертвами для антитраста.

3. Практические проблемы

Наиболее саркастичные и эмоциональные части «Антимонопольной религии» посвящены коллегам-юристам. Рокфеллер пишет: у юриста-ветерана перед новичком «мало преимуществ, поскольку предсказать исход дела не в силах ни один из них», однако «практикующий юрист должен владеть терминологией», он должен обрести «способность с важным видом произносить бессмысленные или двусмысленные термины. Нужно выучиться употреблять метафоры, вроде „рынка“ или „входного барьера“, как если бы их значение было до конца понятно».

Применение такого вокабуляра не является чем-то безобидным и незначимым, наподобие подросткового арго. Туманные термины используются для того, чтобы привлекать людей к ответственности, вплоть до уголовной. В США, также как и в России, активно используются такие выражения как «ценовой лидер», «рыночная власть», «согласованные действия», «товарные и географические границы рынка», «правило разумности», принцип «вытянутой руки» и т.д., и т.п. Все они, как и многие другие квазиправовые дефиниции, в реальности не обладают конкретным и четко определенным содержанием. Более того, многие из терминов, которые в тексте закона «О защите конкуренции» выглядят как ясные понятия, в действительности таковыми не являются, поскольку определения содержат логическую ошибку *ignōtum per ignotius*, или попросту бессодержательны.

Проблема усугубляется еще и тем, что ни в России, ни даже в США не существует судейского корпуса¹, который обладает достаточным уровнем познаний, чтобы осознано оперировать чисто экономическими категориями. Поэтому судьи либо игнорируют экономические доводы и доказательства, либо просто принимают их на веру. Существующие правила и обычаи (их еще никак нельзя назвать стандартами) заставляют хозяйствующих субъектов получать оценки и отчеты независимых экспертов в области экономики и маркетинга (которых на всю Россию считанное число). Однако анализ рынка, проводимый ФАС России, считается у судей наиболее убедительным и порой без всякой перепроверки и рефлексии признается единственно верным и убедительным¹. Следует согласиться

1. Новиков В. Суждение вслепую // Конкуренция и право. 2011. №4; Бейи М., Райт Д. Слишком ли сложны антимонопольные вопросы для судей-генералистов? // Конкуренция и право. 2011. №4.

1. См., например, Постановление ФАС СЗО от 24.07.2009г. №А56-49871/2008; Постановление ФАС МО от 28.04.2010г. №КА-А40/3824-10; Постановление ФАС ПО от 27.12.2010г. №А49-4101/2009.

с утверждением Рокфеллера, что «догадки — плохая основа для назначения штрафов и тюремного заключения. Максима „лучше отпустить виновного, чем наказывать невинного“ переворачивается».

Парадоксально, но итог таких разбирательств в России мало отличается от американского. «Каждый антимонопольный процесс, — пишет Рокфеллер, — ныне сопровождается битвой экономических экспертов; и для судей и присяжных, не прошедших подготовки в антимонопольной экономике, очень трудно надлежащим образом оценить выступления экспертов-экономистов, так что их показания на процессе часто просто аннулируют друг друга».

Диалектика в очередной раз подтвердила свою состоятельность: «мало экспертов — плохо, а много — еще хуже» или как писал Б. Окуджава: «С умным — хлопотно, с дураком — плохо, Нужно что-то среднее, да где ж его взять». Без внятной правовой доктрины конкурентного права никакие эксперты ни в каких областях знаний не смогут помочь суду в вынесении законных, обоснованных и единообразных решений.

Надежду на приведение законодательства в порядок я возлагаю на российских антимонопольных юристов, из которых многие еще не утратили пассивности. На площадке НП «Содействие развитию конкуренции» проводятся жаркие, но конструктивные обсуждения насущных проблем. Атмосфера романтики новых открытий, причастность к зарождению нового правового направления еще позволяет и без того достаточно загруженным и профессионально успешным юристам самоотверженно заниматься общественно полезной исследовательской работой на одном только энтузиазме.

Я уверен, что целый ряд членов этого зарождающегося профессионального сообщества через какое-то время станут гуру, забронзовеют, начнут

менторски поучать молодежь и извлекать иные плоды своей бурной деятельности, растеряв энтузиазм и изначальное вдохновение. Однако это будет потом, но пока (и этим моментом надо насладиться, а государственным органам воспользоваться) они остаются движущей силой, локомотивом развития конкурентного (а не просто антимонопольного) права.

* * *

Россия в области антимонопольного регулирования находится на одной из первых ступеней развития. США уже прошли путь от святой непогрешимой веры в пользу антимонопольного регулирования до здорового скептического к нему отношения и развернутой научной критики.

У нас в стране за последние пятнадцать лет практически во всех значимых областях экономики сложились сверх всякой меры сконцентрированные рынки, причем процесс этот был полностью поддержан — а в ряде случаев и запущен — самим государством. Тем абсурднее звучат постоянные призывы к борьбе с монополиями. Главным борцом, к сожалению, в очередной раз становится само государство, а точнее его «экономический жандарм» — ФАС. Между тем, как было убедительно доказано американскими исследователями, пострадавшие от недобросовестных антиконкурентных действий организации и граждане, в идеале вооруженные институтом коллективного иска, являются наиболее устрашающим, а потому эффективным средством против сговоров и противоправных действий.

Общепринятое представление о том, что борясь с монополиями и иногда даже уничтожая их, государственные органы ускоряют экономическое развитие страны, а также способствуют развитию конкуренции, не имеет эмпирических подтверждений.

Многие антимонопольные расследования в той или иной степени политически мотивированы. Зачастую непонятно почему одни отрасли находятся под постоянным контролем, а другие, в которых дела обстоят много хуже, остаются без внимания. Но настоящие монополисты расследований ФАС не боятся, даже несмотря на серийное привлечение к ответственности, поскольку незаконный доход выше штрафов. Нередко регулятора используют как карательную дубину в споре между хозяйствующими субъектами одинаково великими и монопольными.

Указанные выше недостатки российской антимонопольной практики воспринимались многими, в том числе долгое время и мной, как исключительно доморощенные специфические проблемы, возникшие исключительно из-за недостатков правоприменения. Но постепенно, по мере изучения зарубежного, прежде всего американского опыта, становится ясно, что в антимонопольном законодательстве как таковом существует много несуразностей и ошибочных фундаментальных позиций, справедливость и достоверность которых никем не была подтверждена.

Специально оговорюсь, что я не обладаю достоверными данными и не придерживаюсь той точки зрения, что применение антимонопольного контроля приводит только к отрицательным последствиям и в принципе не имеет права на существование. Наверное, государство должно иметь рычаги воздействия на макро- и микроэкономические процессы, особенно с учетом существования почти во всех отраслях отечественной экономики большого числа «естественных» и «противоестественных» монополий. Вместе с тем я в целом разделяю агностический подход Рокфеллера, который убеждает нас не принимать полезность антитраста на веру. Необходимо сперва изучить вопрос (с правовой, экономической,

социальной, политической и других сторон), найти подтверждения необходимости или, наоборот, несостоятельности антитраста и уже на основании обоснованных и подтвержденных данных принимать решение о его судьбе. Именно так следует действовать в мире, который уже давно перестал быть монохромным и узкоформатным.

Юлий Тай,
управляющий партнер
адвокатского бюро «Бартолиус»

