

**Федеральное государственное бюджетное образовательное
учреждение высшего образования
«РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ НАРОДНОГО ХОЗЯЙСТВА
И ГОСУДАРСТВЕННОЙ СЛУЖБЫ
ПРИ ПРЕЗИДЕНТЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ»**

Павлова Н.С.

**Подходы к определению оптимальных
санкций за картели**

Москва 2020

Аннотация. На фоне высокого уровня картелизации российской экономики встает вопрос об оценке существующей системы санкций за картели и о ее соответствии критериям оптимальности. В работе продемонстрировано, что проблема недостаточности накладываемых штрафов для обеспечения оптимального сдерживания характера не только для России, но и для других стран. Это создает основания для использования других форм санкций, в частности, запрета заниматься определенными видами деятельности и лишения свободы. В статье дается оценка некоторым инициативам антимонопольного органа по ужесточению уголовных санкций за картели.

Павлова Н.С., старший научный сотрудник Центра исследований конкуренции и экономического регулирования ИПЭИ Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ

Данная работа подготовлена на основе материалов научно-исследовательской работы, выполненной в соответствии с Государственным заданием РАНХиГС при Президенте Российской Федерации на 2019 год

Содержание

Введение.....	4
1 Детерминанты оптимального размера штрафа.....	5
2 Санкции на современном этапе – оптимальны или нет?.....	9
3 Лишение свободы и дисквалификация за картели: современный контекст.....	11
Заключение.....	17
Список использованных источников.....	18

Введение

В экономической теории вопрос определения оптимальной величины санкции за правонарушение имеет длительную историю обсуждения, в том числе и для случая антимонопольного правоприменения. В качестве недостатка таких исследований, впрочем, можно отметить тот факт, что для упрощения анализа все работы предполагают, что наказания в виде тюремного заключения или дисквалификации – или любой иной формы – выражаются в денежном эквиваленте. Не ставя под сомнение принципиальную возможность денежной оценки различных типов неденежных санкций, тем не менее стоит отметить, что данная задача является далеко не тривиальной. В то же время есть и ряд работ, которые подчеркивают принципиальную важность именно неденежного характера налагаемых санкций, и, что еще более важно, принципиальную важность их распределения между конкретными сотрудниками компаний.

В мировой практике, тем временем, наблюдается тренд по криминализации картельного поведения. В России уголовные санкции за картель, в том числе в форме тюремного заключения, существуют уже достаточно давно, однако долгое время соответствующие нормы были «спящими». В настоящий момент назначение уголовных санкций за картельный сговор активизировалось, что делает актуальным возврат к вопросу об оптимальных санкциях в этой сфере.

Параллельно с этим антимонопольный орган разработал ряд предложений по совершенствованию системы противодействия картелям в России, часть которых касаются системы санкций.

Цель данной работы – предложить научно обоснованную позицию по определению оптимального размера санкций за картели и форм таких санкций, а также дать оценку предлагаемым изменениям в законодательство.

Следует сразу оговориться, что под целью системы противодействия картелям мы будем подразумевать сдерживание нарушений, и, таким образом, оптимальный штраф – это штраф, обеспечивающий эффективное сдерживание.

1 Детерминанты оптимального размера штрафа

1.1 Размер штрафа и ущерб

Размер оптимального штрафа зависит от того, как мы понимаем саму суть такого нарушения, как картель, и как мы оцениваем спектр возможных эффектов от него. Здесь можно выделить два подхода. Согласно первому, картель – это горизонтальное соглашение между конкурентами, которое ведет к возникновению ущерба для общественного благосостояния в результате ограничения конкуренции, и которое в принципе не может быть оправдано положительными эффектами, поскольку они либо не возникают в принципе, либо настолько малы, что заведомо незначительны. Данной позиции в определении картеля придерживаются, например, в работах [1-3]. При таком подходе для обеспечения оптимального сдерживания ожидаемый штраф за картель должен быть равен выигрышу картелиста, т.е. его дополнительной прибыли за счет картельной деятельности, которая представляет собой произведение картельной наценки (по сравнению с конкурентной ценой) и его объемов продаж. Второй подход к определению картеля подразумевает, что, хотя ограничение конкуренции и соответствующий ущерб общественному благосостоянию возникает, тем не менее картель может принести выигрыш в эффективности, который будет сопоставим с или превысит ущерб – например, если в рамках картеля участником удастся снизить предельные издержки производства. Подобной позиции придерживается У. Ландес [4]. Фактически это означает трактовку картелей как просто горизонтальных соглашений, к анализу которых надо подходить с позиций правила взвешенного подхода. При этом если мы предполагаем, что картель может быть эффективным с точки зрения общественного благосостояния, то для того, чтобы дать возможность заключать такого рода соглашения - но при этом не стимулировать соглашения, где положительный эффект есть, но он мал и перекрывается ущербом в результате ограничения конкуренции – ожидаемый штраф для участника картеля должен равняться сумме ущерба для всех иных сторон (включая издержки правоприменения) [4].

Таким образом, в первом случае для оценки оптимального штрафа необходимо знать размер картельной наценки (и объемы продаж), т.е. ущерб для потребителей, в то время как во втором случае необходимо знать не только ущерб для потребителей, но и потери «мертвого груза», как и иные формы потерь в связи с транзакционными издержками правоприменения и т.д. Какие существуют оценки для этих видов ущерба?

Существующие положения Руководства по назначению штрафов в США (U.S. Sentencing Guidelines) предполагают, что средняя картельная наценка составляет 10%. Соответственно, учитывая, что ряд потребителей продолжает покупать товар по цене, завышенной на размер картельной наценки, а часть потребителей из-за этой наценки вообще перестает покупать товар (что и является источником чистых потерь общественного благосостояния, т.е. потерь мертвого груза), размер наценки умножается на два: таким образом, оценка ущерба от картеля на базовом уровне оценивается в 20% от продаж компании на затронутом рынке. К этой величине в дальнейшем применяются различные коэффициенты, повышающие или понижающие окончательный размер штрафа, в зависимости от обстоятельств конкретного дела [5].

Стоит отметить, что примерно в тех же пределах установлены базовые размеры штрафов и в других юрисдикциях. Так, в ЕС базовый штраф составляет 30% годового оборота на релевантном рынке плюс от 15% до 25% для hardcore-картелей (соглашений о поддержании цены, разделе рынка, ограничении объемов обращающегося на рынке товара). Далее также используются корректирующие коэффициенты, но в любом случае штраф не может превысить 10% мирового оборота компании за год.

В России согласно статье 14.32 Кодекса Российской Федерации об административных нарушениях размер штрафа за картель для юридических лиц составляет от 3% до 15% выручки на релевантном товарном рынке.

Вместе с тем, в настоящее время достоверность оценки средней картельной наценки уровнем в 10% подвергается сомнениям исследователями. В частности, в работе [6] установлено, что основой для получения такой «базовой» оценки в период разработки соответствующих положений U.S. Sentencing Guidelines послужили данные результатов двух антимонопольных расследований и экономического обзора Министерства юстиции США (Department of Justice (DOJ)), обобщающего результаты эмпирических исследований сговора в секторе дорожного строительства в 1980-е гг. Тем временем, мета-исследование, проведенное Дж. Коннором [7] (анализ 700 исследований и кейсов, содержащих 2 041 оценку завышенности картельных цен по сравнению с конкурентными), продемонстрировало, что средняя наценка по картелям составила около 49%. Если же ориентироваться на медианную, то даже она составляет 23%, а если у картеля есть иностранные участники – то около 32%. В работе [8] анализируются 64 дела из практики Евросоюза и рассчитываются теоретические уровни оптимальных штрафов. Сравнивая фактические уровни с рассчитанными оптимальными, авторы приходят к выводу, что в целом штрафы, налагаемые Еврокомиссией за сговор, ниже оптимальных.

Таким образом, оценка ущерба, на которой основан размер санкций, прописанный в законодательстве, с высокой вероятностью является сильно заниженной, что создает основания утверждать, что повышение размера санкций может быть экономически обоснованно.

Помимо самого размера ущерба, важными факторами при расчете оптимального штрафа выступают:

- неединичной вероятности понести наказание;
- наличия трансакционных издержек правоприменения.

Помимо этих факторов, большую роль может играть и множество других соображений, на которых мы, однако, не будем подробно останавливаться в рамках данной статьи: склонность индивидов к риску, наличие репутационных потерь в результате обвинения, возможность частных исков к нарушителю и др.

1.2 Размер штрафа и вероятность наказания

Принцип неотвратимости наказания для правонарушителя в действительности не соответствует реальному положению дел, и особенно для случая картелей, которые являются тайными соглашениями, намеренно скрываемыми их участниками. Поскольку реальное число картелей, включая нераскрытые, не представляется возможным достоверно установить, то имеющиеся оценки вероятности раскрытия картелей сложно верифицировать. Вместе с тем, в пользу достоверности этих оценок говорит близость их значений: П. Брайант и Э. Эккарт [9] на данных в период с 1961 по 1988 в США гг. оценивают вероятность раскрытия картелей на уровне не выше 13-17%; Э. Кум и К. Моннье [10] на данных за период с 1969 по 2007 гг. в ЕС – на уровне 12,9 – 13,3%; П. Ормоси [11] на данных за период с 1985 по 2009 гг. в ЕС - в пределах от 10% до 20%. Оценка для США является довольно устаревшей, и одно из главных изменений, которое случилось с тех пор в области антимонопольной политики в отношении картелей – реформа программы ослабления наказания в 1993 году, которая, по оценкам экспертов и исследователей, оказалась поворотной точкой в борьбе с картелями. Так, в работе [12] приведена оценка, согласно которой вероятность раскрытия картелей увеличилась на 60% в результате реформы программы. Таким образом, если ранее вероятность обнаружения составляла в среднем где-то 15%, то после введения программы, по этой оценке, она должна была составить около 24%.

Такой уровень вероятности раскрытия картелей, тем не менее, представляется достаточно низким. Так, размер компенсаций в рамках гражданских исков в США против участников картелей приравнен к тройному размеру ущерба, что, по мнению экспертов, свидетельствует об оценке вероятности раскрытия картеля на уровне 1/3.

Однако, если основываться на приведенных выше эмпирических оценках, даже 1/3, предполагаемая законодателями – это завышенное предположение о реальной вероятности раскрытия картеля.

Поскольку уровень сдерживания определяется произведением тяжести штрафа и вероятности его наложения, при таком низком уровне вероятности естественным и логичным решением может показаться попытка повысить размер штрафа.

1.3 Размер штрафа и транзакционные издержки правоприменения

Речь идет о ненулевых транзакционных издержках, которые можно было бы охарактеризовать как общие издержки поддержания системы правоприменения (содержание судов, антимонопольного органа), а также издержки непосредственно на наказание конкретных нарушителей (издержки, связанные, например, с наложением штрафа на конкретную компанию). Операциональной классификацией, предложенной в работе [13], является подразделение таких издержек на фиксированные – т.е. на издержки, которые не зависят от числа нарушителей – и на переменные, зависящие от числа нарушителей. Первые можно воспринимать как издержки, необходимые для обеспечения некоторой вероятности обнаружения нарушения, а вторые – как непосредственно издержки наложения наказания на индивида (например, сбора штрафа).

Как показывают М. Полински и С. Шэвелл [13], оптимальное сдерживание обеспечивает штраф, равный размеру причиненного ущерба, деленного на вероятность наказания, с добавлением величины переменных издержек. Т.е. если нанесенный ущерб равен \$10 000, вероятность наказания составляет 50%, а транзакционные издержки наложения штрафа равны \$3 000, то уровень штрафа должен быть $(\$10\,000 / 0,5) + \$3\,000 = \$23\,000$ [13, с. 134].

2 Санкции на современном этапе – оптимальны или нет?

На основании изложенного, с учетом низкой вероятности обнаружения и ненулевых транзакционных издержек наложения санкций, представляется логичным принять меры к повышению размера штрафа – или же к ужесточению иных форм наказания.

Действительно, достигнуть повышения фактических санкций можно разными способами: изменяя базовый штраф, изменяя корректирующие коэффициенты, но также можно добавлять другие виды ответственности, помимо штрафа: возмещение ущерба, дисквалификацию, тюремное заключение. С учетом изложенного выше, введение таких видов санкций (или их усиление в случае, если на практике их применение идет не активно), имеет под собой определенные основания.

Обеспечение необходимого уровня сдерживания может идти двумя путями: повышением тяжести корпоративных санкций, или, иными словами, санкций для компании в целом (например, штрафы), и повышением тяжести индивидуальных санкций. Как отмечается в работе [14], оптимальные санкции обеспечиваются соблюдением двух принципов: санкции для компании должны быть таковы, чтобы изъять у нее всю выгоду от сговора (но не выше), и, аналогичным образом, санкции для индивидов, принимающих решение о создании сговора, вступлении в него, а также о его поддержании, должны также быть таковыми, чтобы делать для него картельную деятельность индивидуально невыгодной.

При этом важно учитывать, что назначение слишком высоких санкций, хотя, вероятно, и будет результативно предотвращать функционирование сговоров, не будет делать этого эффективно – т.е. будет связано со слишком высокими издержками обеспечения сдерживания. На практике это может проявляться в форме избыточных ресурсов, которые направляются компаниями на снижение риска нарушения – например, избыточные траты на комплаенс-систему. Причем такого рода траты также отразятся на цене продукции для потребителей [14].

Каков уровень санкций сейчас по сравнению с оптимальной границей? С одной стороны, не наблюдается однозначных свидетельств снижения картельной активности, об истинных масштабах которой однако сложно судить достоверно. В то же время, если ориентироваться на количество антимонопольных расследований по факту сговора, то можно утверждать, что картельная активность остается довольно высокой – в России,

например, число возбужденных дел по сговорам росло год от года за период с 2014 по 2018 гг. (рисунок 1).



Рисунок 1 – Динамика количества дел об антиконкурентных соглашениях, возбужденных ФАС

Источник: данные ФАС России

С другой стороны, ряд исследовательских работ демонстрирует, что общий вывод о недостаточности сдерживания в сфере сговоров является ошибочным, и, на самом деле, налагаемые санкции близки к оптимальным.

В частности, в работе [15] производится переоценка результатов Дж. Коннора [7]. Указывая на то, что оценки наценок, полученные Дж. Коннором, являются модельными оценками, а не истинными значениями, а также корректируя недостатки исходной базы, используемой в работе Коннора, авторы [15] получают иные значения для средних и медианных значений картельных наценок: для картелей, наценка которых ниже 50% цены, средняя и медианная наценка составляют 13,6%, а для всех картелей средняя составляет около 17,5%, а медиана – 14,1%. Таким образом, размеры штрафов, описанные выше, вполне совпадают с усредненными значениями наценок.

В работе [16] авторы указывают на то, что в исследованиях оптимальности налагаемых штрафов зачастую игнорируется динамический аспект устойчивости/неустойчивости самих картелей – т.е. стимулы участников поддерживать картельное соглашение или нарушить его и временно расширить свою рыночную долю до

момента, пока другие участники картеля не обнаружат отклонения. В отличие от работы [8], где, по расчетам авторов, штраф, обеспечивающий сдерживание, должен равняться от 465% до 923% годового оборота компании на рынке, в работе [16] авторы находят, что эталонные оценки, использованные в [8], завышены как минимум в 10 раз, и в связи с этим оценки штрафа, обеспечивающего оптимальное сдерживание, составляют от 28% до 65% годового оборота – что представляется вполне соответствующим существующей практике. Авторы указывают на то, что большинство штрафов, назначаемых в Евросоюзе за картели, удовлетворяет условиям оптимальности. Так, [16] находят, что в 56% кейсов, изученных в [8], штраф оказывается не ниже оптимального уровня¹.

Не дотягивает ли текущий размер штрафов до оптимума на существенную величину или же, наоборот, приближен к оптимуму – отдельные исследователи считают, что потенциал повышения размера штрафа исчерпан и требуется существенным образом перенастроить то, как эти санкции ложатся индивидов внутри организации для того, чтобы создать более эффективную структуру стимулов для предотвращения нарушений [14; 17]. Так, Д. Гинсбург и Дж. Райт [14] считают, что в условиях и так достаточно больших денежных штрафов для компаний, повышать их не имеет смысла с точки зрения обеспечения эффективного сдерживания – однако более оптимального сдерживания можно добиться, назначая и распределяя индивидуальные санкции таким образом, чтобы сильнее дестимулировать индивидов – сотрудников компании нарушать антимонопольное законодательство. При этом авторы предполагают, что индивидуальные санкции нужны не только для тех сотрудников, которые непосредственно участвуют в заключении нелегального соглашения, но и для тех, которые по должности должны осуществлять контроль за деятельностью этих сотрудников.

3 Лишение свободы и дисквалификация за картели: современный контекст

В связи с этим, обсуждаемые возможные поправки в российское антимонопольное законодательство, касающиеся изменений в статью 178 Уголовного кодекса Российской

¹ Что, в таком случае, оптимальность этих санкций означает с точки зрения того, что сговоры продолжают создаваться и поддерживаться (о чем свидетельствует количество соответствующих расследований)? Одним из выводов может быть то, что оптимальный уровень сдерживания картелей, как и в подавляющем большинстве других сфер, не совпадает с абсолютным отсутствием нарушений: по всей видимости, правоприменение достигло порога, начиная с которого дальнейшее усиление сдерживания уже будет сопряжено со слишком высокими затратами по сравнению с выгодами, которые мы надеемся обрести от дополнительного сдерживания.

Федерации, представляются актуальным ответом на обозначенный выше вызов. Хотя специальные исследования, необходимые для оценки возможных последствий данных поправок, не проводились, на основе имеющихся исследований в области экономической теории можно сформулировать ряд аргументов в пользу той или иной возможной меры. Стоит также отметить, что поправки существовали в разных версиях на разных этапах их обсуждения.

Предлагается ужесточить уголовную ответственность за картель, который организован лицом, выполняющим функции единоличного исполнительного органа, членом совета директоров или иного коллегиального исполнительного органа организации, а также тем, кто распоряжается более чем 50% общего количества голосующих акций (долей)¹. Для таких лиц предлагается установить сроки заключения от четырех до восьми лет (увеличение с трех лет), а также повышенные штрафы в размере до 2–4 млн руб. (с 300 000–500 000 руб.)².

Для всех случаев здесь представляется важным разграничить по меньшей мере две ситуации:

- 1) когда собственник, член совета директоров или генеральный директор сам заключил картельное соглашение с конкурентом;
- 2) когда заключение такого соглашения было произведено сотрудником компании при недостаточных мерах предосторожности, принятых членами совета директоров, генеральным директором и собственниками.

Возникает шесть ситуаций, обозначенных в таблице 1.

Таблица 1 - Варианты наложения санкций за заключение картельного соглашения

	Генеральный директор	Член совета директоров	Собственник (>50%)
Субъект сам заключил соглашение	1.1	1.2	1.3
Субъект проявил небрежность, допустив заключение соглашения	2.1	2.2	2.3

Источник: составлено автором

Ситуации 1.1 – 1.3

В данных случаях речь идет о том, что субъект сам совершил активные действия, которые расцениваются как заключение картельного соглашения. Поскольку в текущей формулировке статьи 178 УК РФ не специфицировано положение в компании того субъекта, на которого распространяются санкции, то и генеральный директор/член совета

1 <https://www.pgplaw.ru/news/article/batch-blow-to-the-cartels>

2 <https://pravo.ru/news/view/147465/>

директоров/собственник и так могут нести уголовную ответственность при создании картеля. Соответственно, смысл введения дополнительной нормы может заключаться только в изменении санкции для таких субъектов – в данном случае, повышении ее.

Если говорить о повышении индивидуальных штрафов для лиц, заключивших картельное соглашение, находясь в позиции генерального директора, члена совета директоров или собственника с долей более 50% в уставном капитале, то такое повышение может быть оправдано, если выигрыш указанных категорий лиц от антиконкурентного соглашения оказывается выше, чем для «рядового» сотрудника, в результате чего штраф «рядового» сотрудника для генерального директора, члена совета директоров или собственника оказывается ниже оптимального.

Такую ситуацию, действительно, можно считать правдоподобной. В случаях 1.1-1.2 если система вознаграждения генерального директора/члена совета директоров увязана с результатами деятельности фирмы (например, зависит от размера прибыли), то получение компанией картельной прибыли способно существенно повысить его вознаграждение – и, соответственно, создать стимулы к заключению такого соглашения. То, каким образом схемы вознаграждения высшего руководства организации могут создавать стимулы к сговору, подробно анализируется в работах [18-20]. При этом корпоративные штрафы, которые ложатся на компанию, могут не ретранслироваться в полной мере на генерального директора или члена совета директоров, в связи с чем оправданы дополнительные индивидуальные санкции для них – и на уровне выше, чем для рядовых сотрудников, не получающих бонусы от роста прибыли компании.

В случае 1.3 речь идет о собственнике, чей выигрыш от картеля благодаря картельной прибыли также оказывается выше, чем выигрыш рядового сотрудника. Однако принципиальное отличие данного случая от случаев 1.1-1.2 заключается в том, что собственник с гораздо более высокой вероятностью интернализует корпоративные штрафы для компаний, чем член совета директоров или генеральный директор. В связи с этим, корпоративные оборотные штрафы, предусмотренные в рамках административной ответственности, уже служат выстраиванию стимулов собственников для предотвращения нарушения.

Что касается ужесточения наказания в части более длительных сроков тюремного заключения для генерального директора, члена совета директоров и контролирующего собственника, то, хотя в теории длительность тюремного заключения можно считать взаимозаменяемой с денежным штрафом – и в таком случае более высокая выгода генерального директора/члена совета директоров/собственника от заключения картеля

призвана быть уравновешенной более длительным сроком заключения – на практике некоторые исследования показывают, что увеличение сроков имеет не слишком значительный дополнительный сдерживающий эффект в области так называемой «беловоротничковой» преступности (“white collar crime”), к которой относятся и картели, по сравнению с более короткими сроками – гораздо большее значение имеет риск уголовного наказания в принципе [1; 21; 22].

Ситуации 2.1 – 2.3

Когда речь идет о непринятии необходимых мер предосторожности, в результате чего происходит нарушение – заключение нижестоящим сотрудником картельного соглашения – то в этом случае система стимулов устроена несколько иным образом, в связи с чем вопрос требует иного представления.

Хотя генеральный директор, члены совета директоров и собственник могут получать существенные выгоды от вступления фирмы в картель, если при этом они сами не предпринимают активных действий по организации и поддержанию такого картеля, то применение к ним индивидуальных санкций и тем более тюремного заключения представляется неоднозначной мерой. Анализируя ее более детально, стоит отметить, что сдерживающий эффект такой меры – в частности, ответ на вопрос о том, будет ли эффект избыточным – во многом зависит от того, каковы будут стандарты доказательства и каким образом будет определено, предприняли ли представители высшего руководства и собственник необходимые меры предосторожности.

В контексте антимонопольного законодательства меры предосторожности как правило рассматриваются в рамках разработки и внедрения комплаенс-систем. Собственники имеют стимул обеспечить внедрение такой системы в случае, если выгоды, полученные за счет предотвращения нарушений с ее помощью – а значит, предотвращения штрафов, потери репутации и иных негативных последствий нарушений – превышают затраты на такую систему. Поскольку выгоды и издержки таким образом интрениализуются собственником, введение дополнительной угрозы тюремного заключения для него может привести к тому, что внедрение комплаенс-систем и/или их требования будут избыточными по отношению к оптимуму, в результате чего фирмы будут нести чрезмерные издержки на них, которые впоследствии с высокой вероятностью будут заложены в цену продукции.

Что касается генерального директора и членов совета директоров, то для них введение существенных индивидуальных санкций создает стимул обеспечить реальную

работу комплаенс-системы, чтобы она существовала не только «на бумаге», а реально способствовала предотвращению и своевременному выявлению нарушений. Что касается генерального директора, то в его случае (случай 2.1), пожалуй, более прозрачной является связь между угрозой санкций и возможностью повлиять на наступление события с помощью предупреждающих мер. С членами совета директоров такая связь не столь очевидна, если только в совете директоров не выделяется специальное лицо, ответственное за антимонопольный комплаенс.

При настройке индивидуальных санкций для генерального директора и членов совета директоров в случае, если картельное соглашение было заключено в результате недостаточного контроля с их стороны, следует также учесть следующие аргументы:

- 1) относительно тяжести наказания – хотя их выгоды могут быть больше, чем у рядового сотрудника или менеджера более низкого звена, все же возможности их влияния на факт заключения такими сотрудниками антиконкурентного соглашения ниже, чем непосредственно у этих сотрудников. В связи с этим, навряд ли целесообразно устанавливать более тяжелое индивидуальное наказание для генерального директора и члена совета директоров, если не они непосредственно заключали картельное соглашение;
- 2) в случаях 2.1-2.2 правило наступления ответственности должно отражать тот факт, что не генеральный директор/член совета директоров непосредственно, активными действиями заключили картельное соглашение, а что ими не были предприняты оптимальные меры предосторожности, чтобы это предотвратить. Соответственно, должен действовать аналог правила небрежности при несчастных случаях. Обеспечить такой аналог можно с помощью гарантии освобождения от уголовной ответственности для генерального директора/членов совета директоров в случае, если они действовали в соответствии с требованиями комплаенс-системы, и комплаенс-система являлась эффективной. Одним из способов задать оперативный критерий разделения эффективных и неэффективных комплаенс-систем предложен в практике французского антимонопольного органа: система комплаенса признается эффективной/работающей, если компания раньше антимонопольного органа обнаруживает в своей деятельности нарушение и сообщает антимонопольному органу о данном нарушении до момента, когда он сам начинает расследование.

В отличие от предлагаемых в России мер, Д. Гинсбург и Дж. Райт [14] считают, что санкции должны быть пропорциональны вине, в связи с чем начальник сотрудника должен получить меньшее наказание, чем сам сотрудник. Однако индивидуальные санкции, по их мнению, безусловно важны – хотя бы потому, что отдельные сотрудники в очень малой степени интернализуют те санкции, которые налагаются на компанию в целом. Кроме того, они не считают, что, например, санкциям должны подвергаться акционеры, т.к. они практически не могут повлиять на факт заключения картеля сотрудником компании (в работе рассматривается рассеянная собственность).

С другой стороны, выигрыши, которые различные агенты внутри фирмы получают в результате поддержания картеля, распределяются противоположным образом: выигрыш сотрудника, скорее всего, при прочих равных окажется меньше, чем выигрыш топ-менеджеров, чья система вознаграждения может быть привязана к прибыли компании, а выигрыш от роста стоимости компании может способствовать росту репутации топ-менеджера и улучшить его карьерные перспективы. Акционер также может получить выигрыш от роста прибыли компании в результате ее участия в картеле. В то же время, это означает, что сотруднику, который непосредственно принимает решение о поддержании картеля, нужен меньший размер санкции, для того чтобы участие в картеле стало для него невыгодным.

Соответственно, в работе [14] в качестве важной меры обеспечения оптимального сдерживания предусматривается сохранение индивидуальных уголовных санкций для сотрудников, непосредственно принявших участие в поддержании картеля (в том числе тюремных сроков), а также запрет заниматься определенной деятельностью в будущем. Что касается их руководителей, то в случае, если они, в свою очередь, исполняли свои обязанности контроля добросовестно, им не должно грозить никаких санкций; в случае, если ими не были предприняты должные меры контроля, оптимальной санкцией в работе [14] представлен запрет заниматься управленческой деятельностью; если же они были непосредственными соучастниками в принятии решения о вступлении в сговор контролируемые ими сотрудниками, то на них должны распространяться те же санкции, что и на сотрудников, включая не только запрет на определенную деятельность, но и тюремные сроки.

Стоит отметить, что при выполнении рекомендаций работы [14] существенной проблемой может стать определение степени вины руководителей. Точно так же как существует существенная проблема определения того, насколько качественно функционирует система антимонопольного комплаенса в организации в целом (является

ли она реально действующей или существует только «на бумаге»), так же чрезвычайно сложным может быть определение достаточности тех мер, которые принял руководитель для контроля против нарушения антимонопольного законодательства своим подчиненным, в случае, если нарушение все же произошло.

Заключение

Возможность реформы статьи 178 УК РФ в части ужесточения уголовной ответственности за картельный сговор, а также введения более высокой ответственности для лиц, осуществляющих единоличное или коллегиальное руководство хозяйствующим субъектом, а также для контролирующих собственников активно обсуждается в последнее время. Анализ существующих экономико-теоретических исследований указывает на неоднозначность возможных последствий таких изменений. Существующие исследования показывают, что наибольшую перспективу с точки зрения повышения сдерживания для единоличного исполнительного органа и членов коллегиальных исполнительных органов имеет назначение индивидуальных денежных санкций и запрет осуществления определенного вида деятельности в будущем. Для собственников корпоративные штрафы уже позволяют интернализировать риски нарушения антимонопольного законодательства – если только штрафы не находятся на уровне существенно ниже оптимального. Ужесточение уголовного наказания в части более длительных сроков заключения, согласно исследованиям, не играет такой большой роли в усилении сдерживания, как само наличие тюремного срока как варианта санкции, поэтому нет существенных оснований предлагать более длительные сроки заключения для генеральных директоров, членов совета директоров и собственников.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

- 1 Werden G., Simon M. Why Price Fixers Should Go to Prison? // The Antitrust Bulletin. – 1987. – Vol. 32. P. 917-937
- 2 Whelan P. A Principled Argument for Personal Criminal Sanctions as Punishment Under EC Cartel Law // Competition Law Review. – 2007. - Vol. 4, No. 1. P. 7-40
- 3 Wils W. Is Criminalization of EU Competition Law the Answer? / in Cseres, K., Schinkel, M. and Vogelaar, F. (eds), Criminalization of Competition Law Enforcement: Economic and Legal Implications for the EU Member States, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006
- 4 Landes W. Optimal sanctions for antitrust violations // University of Chicago Law Review. – 1983. – Vol. 50, No. 2.
- 5 Howell B.A. Sentencing of Antitrust Offenders: What does the data show? [Электронный ресурс]. – URL: https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/about/commissioners/selectedarticles/Howell_Review_of_Antitrust_Sentencing_Data.pdf, last accessed 15 January 2018.
- 6 Cohen M.A., Scheffman D.T. The Antitrust Sentencing Guideline: Is the Punishment Worth the Costs? // Journal of Criminal Law. – 1989. - No. 27, P. 331-366.
- 7 Connor J.M. Price-Fixing Overcharges: Revised 3rd Edition (February 24, 2014) // Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2400780>
- 8 Combe E., Monnier C. Fines Against Hard Core Cartels in Europe: The Myth of Over Enforcement // The Antitrust Bulletin. – 2009. – Vol. 56, No. 2. P. 235-275.
- 9 Bryant P. G., Eckard E. W. Price fixing: the probability of getting caught //The Review of Economics and Statistics. – 1991. – Vol.73. P. 531-536.
- 10 Combe E., Monnier C., Legal R. Cartels: The probability of getting caught in the European Union //Available at SSRN 1015061. – 2008.
- 11 Ormosi P. L. A tip of the iceberg? The probability of catching cartels //Journal of Applied Econometrics. – 2014. – Vol. 29, No. 4. P. 549-566.
- 12 Miller N. H. Strategic leniency and cartel enforcement //American Economic Review. – 2009. – Vol. 99, No. 3. P. 750-68.
- 13 Polinsky A.M., Shavell S. Enforcement Costs and the Optimal Magnitude and Probability of Fines // Journal of Law and Economics. – 1992. – Vol. 35. P. 133–148.
- 14 Ginsburg D., Wright J. Antitrust sanctions // Competition Policy International. – 2010. – Vol. 6, No. 2. P. 3-39.
- 15 Boyer, Marcel and Kotchoni, Rachidi, How Much Do Cartel Overcharges. // CIRANO - Scientific Publication No. 2011s-35 – 2011.
- 16 Allain M. L., Boyer M., Kotchoni R., Ponsard J. P. The determination of optimal fines in cartel cases: The myth of underdeterrence // CIRANO Working Papers 2011s-34. – 2011.
- 17 Sokol D. Policing the firm // Notre Dame Law Review. – 2015. – Vol. 89, No. 2.
- 18 Buccirosi P., Spagnolo S., Corporate Governance and Collusive Behavior / in 2

ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY
1219, W.D. Collins ed. – 2008.

19 Aubert C. Managerial Effort Incentives and Market Collusion // Toulouse School
of Economics Working Paper No. 09-127. – 2007.

20 Harrington J.E. Optimal Corporate Leniency Programs // The Journal of Industrial
Economics. – 2008. – Vol. 56, No. 2. P. 215-246.

21 Polinsky A.M., Shavell S. On the Disutility and Discounting of Imprisonment and
the Theory of Deterrence // The Journal of Legal Studies. – 1999. - Vol. 28, No. 1. P. 1-16

22 Cartel Sanctions against Individuals / OECD. – [Электронный ресурс]. – URL:
<https://www.oecd.org/competition/cartels/34306028.pdf>