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

Павлова Н.С., Баулина А.А., Шаститко А.Е.

**Оценка допустимости горизонтальных соглашений о
кооперации в контексте экологических экстерналий**

Москва 2016

Аннотация. В работе анализируется вопрос учета экологических факторов при оценке соглашений о кооперации между конкурентами на допустимость с точки зрения антимонопольного законодательства. Существующая институциональная среда предопределяет, как различные характеристики разных типов экологических экстерналий влияют на возможности их учета и, в конечном итоге, на их роль в принятии решений о допустимости соглашений о кооперации. В итоге, положительные экстерналии, обладающие свойствами общественных благ, могут оказываться учтены лишь в ограниченных масштабах, что может приводить к ошибкам I рода при принятии антимонопольным органом решений о допустимости горизонтальных соглашений.

Ключевые слова: горизонтальные соглашения, картели, соглашения о кооперации, внешние эффекты, защита окружающей среды.

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

Баулина А.А., научный сотрудник Центра исследований конкуренции и экономического регулирования ИПЭИ Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ

Шаститко А.Е., директор 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 2015 год.

Содержание

Введение.....	4
1 Соглашение о закрытии пяти заводов в Нидерландах: учет экологических эффектов.....	6
2 Оценка соглашений о совместной деятельности на допустимость и характеристики внешних эффектов	13
3 Возможные механизмы учета экстерналий при оценке соглашений о совместной деятельности на допустимость.....	21
Заключение.....	24
Список использованных источников	25

Введение

Вопрос оценки допустимости соглашений о совместной деятельности между конкурентами с точки зрения антимонопольного законодательства в настоящее время становится особенно актуальным. «Четвертый антимонопольный пакет» поправок в законодательство вносит изменения в режим контроля таких соглашений, вводя обязательное предварительное согласование соглашений о совместной деятельности с антимонопольным органом в случае, когда активы/выручка сторон превышают определенные пороги. Фактически это означает распространение режима предварительного контроля сделок экономической концентрации на соглашения о совместной деятельности. При этом остается возможность добровольной подачи такого соглашения на рассмотрение в антимонопольный орган в порядке статьи 35 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», а также появляется новая возможность добровольной подачи ходатайства в порядке статьи 27. В то же время, понятно, что, хотя соглашения о совместной деятельности конкурентов могут приводить к значительным выгодам, в том числе, для потребителей, все же они способны создавать и существенные риски ограничения конкуренции, в связи с чем рассмотрение таких соглашений требует от антимонопольного анализа весьма тщательного анализа в части сопоставления возможных выгод и издержек.

В настоящее время Федеральной антимонопольной службой утверждено Руководство по порядку и методике анализа соглашений о совместной деятельности [ФАС России, 2013], в рамках которого изложены основные принципы оценки горизонтальных кооперационных соглашений на допустимость. В целом, подходы российского антимонопольного органа соответствуют подходам, применяемым в США и ЕС [FTC, U.S. DoJ, 2000], [European Commission, 2011]. Вместе с тем, некоторые вопросы оценки горизонтальных соглашений о кооперации остаются дискуссионными как в России, так и за рубежом. В частности, как в зарубежных, так и в российском руководстве более-менее ясна ситуация с методикой учета выгод и издержек, проистекающих из изменений цены, качества, ассортимента и других характеристик, напрямую влияющих на благосостояние непосредственных потребителей товара на затрагиваемом соглашением рынке. Однако вопросы учета экстерналий, в первую очередь экологических, остаются объектом острых споров,

что подтвердилось на проведенной в конце 2013 года конференции Амстердамского центра экономики и права¹, где основной темой обсуждения стало недавний кейс из практики антимонопольного органа Нидерландов. В рамках данного кейса антимонопольный орган оценивал на допустимость соглашение о закрытии пяти угольных электростанций, использующих наиболее «грязные» технологии производства электроэнергии с точки зрения экологии, в рамках инициативы по защите окружающей среды.

Хотя по форме данное соглашение могло быть запрещено *per se*, антимонопольный орган предпринял существенные усилия по проведению количественной оценки как положительным, так и отрицательным эффектам от соглашения. При этом была осуществлена квантификация экологических эффектов, которые были сопоставлены с потерями потребителей от увеличения цены. В результате данное соглашение все же было запрещено, однако процесс, который привел к этому решению, представляет для исследователей огромный интерес. Помимо того, что на примере данного кейса мы можем видеть, какие методики антимонопольный орган в одном из государств ЕС применяет для сопоставления выгод и издержек от соглашения, и как оценивает экологические эффекты, мы также можем проследить, как институциональная среда в сфере европейского антitrustа может накладывать ограничения на возможности применения всеобъемлющего анализа общественных выгод и издержек, и как эти ограничения по-разному влияют на вероятность ошибок I рода в зависимости от характеристик возникающих экстерналий.

¹ С материалами конференции можно ознакомиться по ссылке <http://acle.uva.nl/events/competition--regulation-meetings/2013/december-12th-2013-the-public-interest-defense-in-cartel-offenses.html>

1 Соглашение о закрытии пяти заводов в Нидерландах: учет экологических эффектов²

В рамках долгосрочной программы переходы к устойчивому развитию и повышению энергоэффективности группа из сорока предприятий в Нидерландах заключила так называемый «Энергетический пакт», который включал в себя набор мер, связанных с предоставлением льгот для энергопроизводителей, например, субсидии при создании ветровых парков, а также направленных на сокращение издержек производителей электроэнергии.

Среди положений данного пакта есть также пункт, вызывающий вопросы с точки зрения антимонопольного законодательства: соглашение предполагает закрытие пяти угольных заводов по производству электроэнергии. Данные заводы, построенные в середине 1980-х годов, характеризуются значительно более высоким уровнем экологических выбросов (в особенности CO₂, SO₂, NO_x) по сравнению с заводами, построенными в более поздний период. Антимонопольное право трактует соглашения между фирмами о согласованном сокращении объемов выпуска как нарушение законов о защите конкуренции. Однако в некоторых случаях подобное поведение фирм может вызывать также положительные эффекты, которые могли бы компенсировать или даже перекрывать снижение общественного благосостояния. Как следует поступать антимонопольным органам в таких случаях?

Если рассматривать данную ситуацию исключительно как теоретическую, то для того, чтобы ответить на вопрос, следует ли считать соглашение допустимым и целесообразным с точки зрения экономического благосостояния, необходимо было бы последовательно проанализировать возникающие экономические эффекты для всех возможных заинтересованных сторон, как с точки зрения потерь от несовершенной конкуренции на рынке и де-факто присутствия ограничений, по характеру напоминающих картельные, так и с точки зрения экологических экстерналий.

² При описании подробностей соглашения о закрытии пяти заводов по производству электроэнергии на угле в Нидерландах и соответствующего анализа, проведенного антимонопольным органом, мы будем в значительной степени опираться на материал Мюлдера и Клостерхойса [Mulder, Kloosterhuis, 2013].

В случае «Энергетического пакта» антимонопольным органом было принято решение не объявлять данное соглашение противоречащим закону по умолчанию, а провести дополнительное исследование с целью изучить его возможные положительные эффекты.

Законодательством Нидерландов предусмотрены следующие регулирующие нормы в рамках части 6 Положения о защите конкуренции (Dutch Competition Act), а также статьи 101 Договора о деятельности Европейского Союза (Treaty of The Functioning of the European Union): считается, что соглашения между фирмами считаются нарушениями конкурентного права, кроме случаев, когда выполнены четыре условия (согласно статье 101(3)).

1. Соглашение способствует техническому, экономическому или иному усовершенствованию производственного процесса.

2. Значительная доля предполагаемых выгод от соглашения должна принадлежать конечным потребителям.

3. Вводимые ограничения должны быть неотъемлемым условием приобретаемых выгод.

4. Соглашение не должно ограничивать конкуренцию более чем необходимо для достижения намеченных целей.

Разработанный проект «Энергетического пакта» подвергся анализу на предмет соответствия каждому из данных критериев.

В первую очередь, необходимо было понять, способствует ли закрытие заводов повышению эффективности деятельности отрасли. Необходимо было сформулировать и количественно измерить возможности для усовершенствования производственного процесса, которые бы выразались в снижении производственных издержек, либо в повышении качества конечного продукта, а главное установить наличие причинно-следственной связи между закрытием заводов и производственным прогрессом. Поскольку в целом «Энергетический пакт» ставил перед собой более широкие задачи, чем сокращение объемов производственных мощностей, необходимо было принимать во внимание только те выгоды и издержки, которые напрямую были связаны с данным пунктом соглашения и не допустить учета тех эффектов, которые

- требовали вмешательства третьей стороны (например, государственные субсидии);

- возникали вследствие работы по другим направлениям, обозначенным в «Энергетическом пакте» (например, инвестирование в развитие ветряных парков).

Второй критерий статьи 101(3) требует, чтобы конечные потребители, которые пострадают в результате ограничения конкуренции на рынке, получили сопоставимую компенсацию. В данном случае подразумеваются не столько население, сколько фирмы, потребляющие электроэнергию. Важно отметить, что конечные потребители воспринимаются как группа и предполагаемая компенсация должна покрывать общие убытки данной группы, но не каждого потребителя в отдельности.

Наконец, необходимо понять, не является ли рассматриваемое соглашение и содержащиеся в нем ограничения для конкуренции в отрасли избыточными по отношению к тем целям, которые ставит перед собой «Энергетический пакт». Кроме того, необходимо убедиться, что конкуренция не полностью уничтожена на рынке и рыночные механизмы по-прежнему действуют, несмотря на некоторую степень ограничения.

1.2 Экономические эффекты: воздействие на конкуренцию и уровень цен

Последствия вывода производственных мощностей с рынка с точки зрения теоретического анализа приведут к тому, что кривая предложения сместится влево. Если выводимые мощности обладают низкими предельными издержками, то для того, чтобы удовлетворить спрос, будут использованы производственные мощности с более высокими издержками. В этом случае будет наблюдаться значительный рост цен. Если же предельные издержки закрываемых мощностей сравнительно высоки, то рост цен будет заметен лишь в случае, если на рынке наблюдается дефицит предложения.

Таким образом, для того, чтобы оценить ценовые эффекты от закрытия заводов, в рассматриваемом примере было принято решение обратиться к анализу относительных предельных издержек и уровня спроса. С этой целью Исследовательским Институтом Электроэнергетики был проведен всесторонний анализ на основе микросимуляций для оценки различных сценариев изменения цен на топливо и уровня спроса на электроэнергию. Основным рынком анализа оставался внутренний рынок Нидерландов, однако в модели были учтены

внешнеторговые операции с соседними странами такими, как Германия, Норвегия, Бельгия, Великобритания и возможные межстрановые эффекты, с этим связанные.

Внешними переменными для анализа стали цены на топливо и увеличение спроса на электроэнергию (Таблица 1).

Таблица 1 - Прогноз показателей на рынке электроэнергии на 2016-2023 г.

	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Цена на уголь(евро/гДж)	3.3	3.3	3.4	3.4	3.4	3.4	3.5	3.5
Цены на газ (евро/м3)	0,245	0,258	0,27	0,282	0,293	0,299	0,304	0,309
Цены на квоты CO ₂ (евро/тонн)	8,4	9	9,6	10,2	10,8	11,7	12,6	13,5
Спрос на электроэнергию (тераватт/час)	124,1	125,3	126,5	127,8	129,2	128,9	128,7	128,4
Объем ветряной энергии (гигаватт)	0,958	0,959	1,359	2,109	3,542	3,5	3,5	5,4

Источник - [Mulder, Kloosterhuis, 2013, с. 9]

Модель охватывает период с 2016 года, когда будет закрыт первый завод, до 2023 г. - спустя два года после закрытия последнего завода.

Базовый сценарий предполагает, что цена на уголь вырастет незначительно, цена за кубометр природного газа увеличится с 0,245 евро в 2016 году до 0,309 евро в 2023 году.

Кроме того, для оценки чувствительности модели были использованы два альтернативных сценария. В первом цены на топливо зафиксированы и считаются неизменными на всем временном промежутке анализа – на уровне 3,3 евро/гДж для угля и 0,228 евро за кубометр природного газа.

Второй вариант сценария предполагает фиксированную стоимость квоты на выброс CO₂ – 5 евро/тонн.

Дополнительно рассмотрен сценарий, в котором смоделирован более консервативный прогноз относительно развития мощностей ветряных парков, предполагающий увеличение объема производимой электроэнергии с 0,228 ГВт до 4,4 ГВт к 2023 г.

Для того чтобы оценить последствия закрытия угольных заводов для уровня цен в отрасли в качестве эндогенной переменной выбрана оптовая цена на электроэнергию. Оценка ценового эффекта получена как разница в приросте данного

показателя между сценариями с действующими заводами и выведенными производственными мощностями (Таблица 2).

Таблица 2 – Эффекты закрытия 5 заводов на оптовую цену электроэнергии

	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Базовый сценарий	0,4	0,2	0,1	0,7	0,6	1,5	0,0	0,0
Альтерн. Сценарий 1	0,5	0,7	0,4	0,7	0,5	0,5	0,0	0,0
Альтерн. Сценарий 2	0,2	0,1	0,9	0,7	0,5	1,4	0,0	0,0
Альтерн. Сценарий 3	0,7	0,3	0,1	0,5	0,5	1,1	0,0	0,0

Источник - [Mulder, Kloosterhuis, 2013, с. 11]

В среднем, разница в уровне оптовой цена на электроэнергию достигает 0,6 евро/МВтч в базовом сценарии, что составляет около 1% от стоимости.

Используя прогнозное значение уровня спроса на электроэнергию, можно оценить потребительские потери в результате закрытия производственных мощностей, которые составили по оценкам исследовательской группы около 75 млн. евро (70 млн. евро для альтернативных сценариев 1 и 3 и 80 млн. евро для альтернативного сценария 2). Данные потери частично относятся на увеличение розничной цены для конечных потребителей, а также косвенно влияют на потребительские потери в других отраслях, использующих электроэнергию в процессе производства.

1.2 Учет экологических эффектов

Центральным моментом анализа данного кейса является проверка рассматриваемого «Энергетического пакта» на соответствие второму критерию статьи 101(3) – соразмерности выгод потребителей выгодам сторон соглашения. Аналитическая группа антимонопольного органа Нидерландов остановилась на компенсации только потребительских потерь, исходя из предположения о том, что данная группа экономических агентов изначально находится в невыигрышной позиции со слабой переговорной силой и в первую очередь нуждается в защите интересов. В качестве бенефициаров в ситуации закрытия угольных заводов выступают жители близлежащих к ним территорий. Такое допущение верно в отношении сокращения выбросов SO₂, NO_x и пр. Однако выбросы CO₂ оказывают

глобальный эффект и должны быть учтены отдельно. Несмотря на то, что модель позволяет получить количественную оценку объема сокращения выбросов, в случае CO₂ международная система торговли эмиссионными квотами учитывает только суммарное сокращение выбросов, в то время как внутри системы осуществляется торговля и перераспределение квот. Если производственные мощности выводятся из обращения, значит, их компании-владельцы не будут закупать дополнительные эмиссионные квоты, следовательно, цена на них снизится, чтобы уравновесить систему. Однако общий уровень выбросов останется прежним, а квоты будут проданы другим компаниям. Таким образом, речь идет не о снижениях уровня выбросов, а об удешевлении квот на выбросы. Поскольку система торговли эмиссионными квотами существует на панъевропейском уровне, изменения в уровне выбросов не затронут значительным образом потребителей электроэнергии Нидерландов.

Что касается выбросов SO₂, NO_x, оценка экологических эффектов проводится по ним на региональном уровне. Поскольку голландское экологическое законодательство предполагает установление нормативов по очистке и устранению негативных последствий для окружающей среды, то экономическая выгода от сокращения объемов выбросов может быть выражена в экономии бюджетных средств, выделяемых на очистку и устранение ущерба.

В том, что касается твердых мелких частиц, голландское законодательство не предлагает нормативов по очистным мероприятиям, поэтому для экономической оценки используется стоимость самого ущерба от загрязнения и его сокращение в результате закрытия угольных заводов.

Методы и результаты оценки ущерба обобщены в Таблице 3.

Таблица 3 – Результаты монетизации экологических эффектов

Наименование выбросов	Тип оценки экологического ущерба	Цена (евро/тонн)
CO ₂	Стоимость ликвидации	8,4-13,5
SO ₂	Стоимость ликвидации	5,4
NO _x	Стоимость ликвидации	9,4
Твердые мелкие частицы	Стоимость ущерба	44,3

Источник - [Mulder, Kloosterhuis, 2013, с. 17]

Оцененные таким образом экологические эффекты в денежном выражении в базовом сценарии расчета дают увеличение благосостояния потребителей на 30 млн. евро. Оценки по альтернативным сценариям значимых изменений не дали.

По итогам проведенного анализа возможных последствий заключения «Энергетического пакта» и всестороннего исследования экономических эффектов была получена оценка чистого экономического выигрыша от данного соглашения (в части сокращения производственных мощностей) для потребителей. Потребительский излишек в конечном итоге остался величиной отрицательной, и его оценка по разным сценариям колеблется от -37 млн. евро до -49 млн. евро, что послужило основой для негативного решения антимонопольного органа в отношении «Энергетического пакта» в его первоначальной редакции и заключения относительно соглашения между компаниями-производителями, как нарушающего закон о конкуренции.

2 Оценка соглашений о совместной деятельности на допустимость и характеристики внешних эффектов

У данного кейса есть ряд примечательных аспектов. Во-первых, использование правила взвешенного подхода в отношении конкретно этого соглашения отражает некоторый приоритет экологической политики в современной повестке дня. Во-вторых, интересно, что в результате применения правила взвешенного подхода власти все равно пришли к выводу, что соглашение стоит запретить. Действительно, применение выбранной методологии оценки совокупных выгод и издержек позволило установить, что ожидаемые потери для потребителей в Нидерландах превысят их же выигрыш в результате улучшения экологической обстановки. Таким образом, аналогичный результат был бы достигнут и без проведения подробного анализа выгод и издержек. В результате представляется, что конкретно этот случай, ради которого было сделано исключение в виде оценки по правилу взвешенного подхода, в действительности подтвердил правило: издержки, которые пришлось понести антимонопольному органу (а значит, обществу) превысили выгоды от результата (тот же результат был бы получен без анализа).

Один из аспектов критики данного решения – методология оценки потенциальных выигрышей для экологии. Интересно, что при оценке экологических эффектов антимонопольное ведомство выбрало рассматривать положительный эффект от соглашения в терминах экономии, которая будет получена за счет того, что не придется предпринимать иные меры по предотвращению или ликвидации последствий того же объема выбросов, который будет предотвращен закрытием угольных электростанций. Такого рода оценка основывается на монетизации последствий эмиссии для здоровья и продолжительности жизни. В качестве альтернативы антимонопольный орган мог бы использовать подход, основанный на оценке того, сколько сами граждане готовы заплатить дополнительно за улучшение окружающей среды. Вместе с тем, как отмечает Розенбом [Rosenboom, 2013], такая готовность платить имеет место, и согласно докладу того же антимонопольного органа о рынке электроэнергии опрошенные потребители были готовы платить на

142 евро в год больше за «зеленую» энергетику. Из домохозяйств Нидерландов 25% были готовы платить больше, что составило бы 265 миллионов евро в год. Учитывая, что повышение цены на электроэнергию в результате закрытия заводов обошлось бы домохозяйствам в 75 миллионов в год, принятие в расчет готовности потребителей платить за более «зеленую» энергию могло бы кардинальным образом повлиять на результат оценки соглашения на допустимость - и на решение антимонопольного органа по этому вопросу.

Еще один аргумент, который приводится в [Rosenboom, 2013] в качестве критики подхода нидерландского антимонопольного органа к анализу кейса, - оценка эффекта от сокращения выброса углекислого газа в атмосферу. Антимонопольный орган при принятии решения посчитал, что сокращение выбросов не окажет значимого эффекта из-за существования рынка квот на выбросы. Таким образом, разница между тем, что могли бы быть произведено, и произведенным газом по факту, была бы перераспределена через рынок квот и произведена другой страной. В таком случае, простой отказ от продажи квот мог бы существенным образом сказаться на балансе выгод и издержек от соглашения, увеличив оценку выигрышей.

Вместе с тем, пожалуй, наиболее интересный аспект данного кейса сводится к особенностям применения правила взвешенного подхода с учетом имеющейся институциональной среды. То, как именно исследователи применили взвешенный подход, в данном случае напрямую вытекает из сложившейся судебной практики Европейского союза. На примере данного кейса можно продемонстрировать, что экономико-методологический аспект проблемы – а именно, ограниченность и недостаточность методов, имеющихся в арсенале антимонопольных органов и судов – не единственное ограничение для применения правила взвешенного подхода. В случае с энергетическими компаниями в Нидерландах институциональная среда повлияла не только на выбор методов оценки издержек и выгод с точки зрения того, какими методами принято для этого пользоваться и какие методы считаются приемлемыми согласно позиции судов. Институциональная среда оказала влияние на сам выбор тех выгод и издержек, которые стало принципиально возможно учесть, осуществляя оценку соглашения на допустимость с точки зрения антимонопольного законодательства с использованием правила взвешенного подхода.

Согласно позиции европейских судов для целей «оправдания» соглашения между конкурентами могут быть учтены только те выгоды (и издержки), которые

распространяются на потребителей, находящихся в соответствующей юрисдикции. В связи с этим, набор положительных экологических внешних эффектов, которые были оценены и учтены властями, оказался уже потенциально возможным, что могло решающим образом сказаться на принятии решения по поводу соглашения.

Возвращаясь к основным принципам оценки соглашений, стоит мельком остановиться на одном теоретическом вопросе: о различии между основаниями допустимости соглашений в теории и на практике. Подробное освещение данного вопроса выходит за рамки настоящей работы, однако, как было отмечено выше, по ряду причин существует расхождение между теоретическим принципом, в соответствии с которым соглашение следовало бы признавать допустимым, - а именно, если общественные выгоды от его реализации превышают общественные издержки – и правилом, применяемым на практике. В европейском (а также и в российском) антимонопольном регулировании критерием допустимости практики является не благосостояние всего общества, но благосостояние потребителей. Максимизация благосостояния потребителей намеренно ставится антимонопольными органами «во главу угла» по ряду причин, в том числе из соображений необходимости защиты (как правило) изначально ущемленной в переговорной силе группы – потребителей. Однако понятно, что такое расхождение само по себе, даже без учета ограниченных ресурсов, ограниченной рациональности и оппортунистического поведения антимонопольных органов может приводить к возникновению ошибок I и II рода по сравнению с «идеальным» случаем, при котором максимизировалось бы общественное благосостояние.

Сходным образом, при прочих равных еще дальше от «идеального» решения задачи нас уводит то ограничивающее влияние институциональной среды, которое мы наблюдаем на примере данного кейса.

Как отмечалось, рассматриваемое соглашение, для того чтобы быть признанным допустимым, должно было обеспечивать соизмеримость выгод участников соглашения и потребителей.

Согласно подходу Европейской комиссии, соизмеримость выгод потребителей выгодам от соглашения в целом означает, что потребители должны, по меньшей мере, получить компенсацию негативных эффектов, связанных с ограничением конкуренции на данном рынке. Таким образом, соглашение о совместной деятельности должно быть Парето-улучшением для потребителей, хотя это не обязательное условие с точки зрения максимизации общественного благосостояния.

В такой трактовке практика уводит нас еще дальше от результата, соответствующего задаче максимизации общественного благосостояния: если положение потребителей на конкретном рынке не должно ухудшиться, то подобный подход может заблокировать одобрение соглашений, в которых положение потребителей на конкретном рынке ухудшается, в то время как положение других групп улучшается. Дополнительные вопросы к обоснованности, справедливости и независимости решения антимонопольного органа могут возникнуть в случае, если антимонопольный орган примет решение о допустимости соглашения, в рамках которого одна группа потребителей понесет чистые убытки ради того, чтобы другая группа потребителей получила чистые выгоды – если при этом благосостояние этих групп существенно различается в пользу второй. В таком случае возникающие перераспределительные эффекты могут усилить неравенство групп, что также должно быть принято во внимание, если антимонопольный орган изначально имеет право признавать такое «замещение» потерь одной группы выгодами другой группы потребителей допустимым.

Вместе с тем, из формулировок остальных трех критериев можно сделать несколько важных выводов. Во-первых, исходя из первого критерия («технический или экономический прогресс»), выгоды от соглашения не обязательно должны распространяться только на затрагиваемый соглашением товарный рынок, а могут выходить и за его пределы (подробнее об этом см. ниже). Во-вторых, все выгоды, которые можно принять во внимание в анализе, должны быть прямым следствием реализации соглашения. Как отмечают [Mulder, Kloosterhuis, 2013], третий и четвертый критерии (до недавнего времени – основные критерии, которые использовались при оценке допустимости соглашений о совместной деятельности) в рамках данного кейса подробно не разбирались и не оценивались, поскольку чистые выгоды для потребителей изначально с большой вероятностью оценивались как негативные.

Все же, с теоретической точки зрения неоднозначным моментом выступает предусмотренное законодательством требование не только распространения выигрышей на потребителей, но и справедливость соотношения получаемых потребителями и выгод выгодам производителей (в российском законодательстве употребляется термин «соразмерность»). Условие о том, что потребители продукта должны получить существенную долю выгод от результатов соглашения представляет собой отдельную сложность в связи со следующим. Когда речь заходит

о достижении какого-либо общественного интереса за счет соглашения, как правило, причина, по которой агенты прибегают к соглашению, связана с возникновением отрицательных экстерналий. По самому своему определению наличие отрицательных экстерналий предполагает связанные с потреблением продукта отрицательные эффекты для третьих лиц. Таким образом, когда потребление товара приводит к ущербу интересам всего общества или широких его слоев, интересы небольшой группы потребителей могут стать камнем преткновения при определении допустимости практики. Так, соглашения между производителями электроэнергии не использовать неэффективные, экологически вредные способы производства снижают разнообразие доступных потребителю опций и снижают их благосостояние.

Отметим еще раз, что, исходя из характера экологических эффектов, их можно условно разделить на две группы: на те, которые распространяются локально (выбросы SO_2 , NO_x и выбросы малых твердых частиц), и глобальные эффекты (CO_2). В результате, особенность положительных эффектов от сокращения выбросов углекислого газа заключается в том, что их ощутят все жители планеты, в то время как издержки, необходимые для сокращения выбросов (повышение цены на электроэнергию) понесут в первую очередь жители Нидерландов. Данное соотношение является корнем проблемы безбилетника в сфере борьбы с выбросом парниковых газов, но здесь проблема приобретает новый аспект: а именно, она влияет на принятие решений в рамках антимонопольного регулирования.

Таким образом, проблема интернализации внешних эффектов приобретает новую сторону исходя из того, какие именно экстерналии разрешено учитывать при принятии решений в рамках существующей системы правил.

Вместе с тем, в духе правила взвешенного подхода нельзя игнорировать и издержки, которые возникли бы, если бы стояла задача максимизации не благосостояния потребителей в Нидерландах, но благосостояния всех потребителей. В таком случае ситуация в сфере выбросов углекислого газа приобретает международный аспект, что потребует координации соответствующих антимонопольных органов в целях ее разрешения.

Насколько вероятна координация усилий антимонопольных органов разных стран при оценке допустимости соглашений о совместной деятельности? Текущий опыт показывает, что (если речь не идет исключительно о взаимодействии между странами ЕС, где так или иначе налажены соответствующие рабочие механизмы)

учет эффектов для рынков других стран – скорее исключение, чем общепринятая практика.

В связи с этим, в результате наличия высоких транзакционных издержек взаимодействия на международном уровне оценка с учетом международных эффектов может быть не оправдана.

В итоге, мы получаем ситуацию, в которой выгоды для общественного благосостояния в международном масштабе могут быть недооценены – следовательно, потенциально может быть запрещено соглашение, которое с точки зрения баланса общественных выгод и издержек следовало бы разрешить.

В то же время возможно, что данный конкретный кейс, даже с учетом всех возможных выигрышей, не получил бы другого разрешения, и издержки потребителей от ограничения продаж дешевой энергии все равно бы перевесили. Однако в иных случаях систематический отказ от учета экстерналий, распространяющихся за пределы юрисдикции, способен повлиять на принятие решений о допустимости соглашений, исказив картину по сравнению с желаемой с точки зрения общественного благосостояния. В таком случае, мы имеем признаки провала регулирования.

Таким образом, фактически проблема сводится к наличию различных по характеру внешних эффектов. Возможно использовать аналогию с классификацией внешних эффектов по субъектам, на которых они распространяются. Принято выделять внутренние экстерналии – распространяющиеся только на участников транзакции, и внешние – распространяющиеся на субъектов за пределами данной транзакции. В нашем случае целесообразнее было бы говорить про внутренние экстерналии как эффекты соглашений о совместной деятельности, распространяющиеся на потребителей в той же юрисдикции, в которой заключается соглашение; и внешние экстерналии, чье действие выходит за пределы юрисдикции. Отметим, что даже внутренние экстерналии распространяются не только дальше, чем стороны соглашения, но даже за пределы конкретного рынка: исходя из описанной ситуации, положительный эффект от снижения локальных выбросов ощутят не только потребители электроэнергии (хотя так или иначе это определение относится ко всем или почти ко всем жителям Нидерландов, учитывая хотя бы общественное освещение улиц), но вообще все жители страны.

Полезной представляется и применение еще одной классификации внешних эффектов – их классификация как благ, обладающих/не обладающих свойствами исключаемости из потребления и конкурентности в потреблении (некоторые из этих благ обладают отрицательной полезностью).

Если говорить про выбросы SO_2 , NO_x и выбросы малых твердых частиц, то их сокращение как благо характеризуется, во-первых, неконкурентностью в потреблении, а во-вторых, исключаемостью из потребления, если измерять ее в международном масштабе. Так, хотя локально улучшение экологической обстановки почувствуют на себе все жители определенного региона, за пределы этого региона положительный эффект не распространится. Таким образом, сокращение выбросов SO_2 , NO_x и малых твердых частиц аналогично клубному благу.

Если же говорить про углекислый газ, то сокращение его выбросов является не только благом, неконкурентным в потреблении, но также и неисключаемым из потребления, поскольку сокращение выбросов CO_2 имеет значение только в глобальном масштабе. То есть, можно говорить о том, что сокращение выбросов углекислого газа обладает свойствами общественного блага.

На первый взгляд, кажется логичным, что сопоставляемые положительные и отрицательные эффекты должны относиться к затрагиваемому рынку, на котором и заключается соглашение между конкурентами. Но как раз в случае возникновения экстерналий эффект от соглашения могут ощутить на себе агенты, не являющиеся потребителями или производителями на затрагиваемом рынке – т.е. эффекты могут возникнуть на других рынках, не связанных с затрагиваемым. В первом приближении, из формулировки европейской законодательной нормы вытекает, что если положительные эффекты возникают на рынке, не связанном с затрагиваемым, то они не будут учтены в анализе и противопоставлены негативным эффектам, возникающим на затрагиваемом рынке вследствие ограничения конкуренции. Исключение может составить случай, когда положительные и отрицательные эффекты возникают на разных рынках, но так или иначе затрагивают приблизительно одних и тех же потребителей.

При этом из текста европейского Руководства по оценке горизонтальных соглашений между конкурентами следует, что некоторые эффекты, не связанные с конкуренцией, могут и должны быть приняты во внимание в ходе анализа. Речь идет о целях, провозглашаемых в Договоре о ЕС. Они включают эффекты для окружающей среды (статья 11 Договора), защита занятости (статья 147), культурное

разнообразии (статья 167), защита потребителей (статья 169), а также экономическое и социальное единство (статья 175) [Rosenboom, 2013].

Из вышеизложенного следует, что для корректной оценки допустимости соглашений оптимальным был бы анализ их влияния на общественное благосостояние, а не на положение потребителей, поскольку именно анализ благосостояния позволил бы учесть все типы вышеперечисленных эффектов, а также влияние на все релевантные группы потребителей (включая будущих потребителей).

Подобный подход потребует пересмотра позиции в отношении определения затрагиваемых потребителей. Фактически, эта категория может быть расширена путем включения не только потребителей на затрагиваемом рынке, но и других потребителей (в случае перехода к более экологичному виду производства электроэнергии – это не только потребители электроэнергии, но и велосипедисты, дышащие более чистым воздухом). При этом понятно, что речь не идет о принятии во внимание абсолютно всех: круг потребителей, которых следует учитывать в анализе, должен быть ограничен теми, кто является «потребителем» внешних эффектов от соглашения.

Следующий связанный с этим вопрос состоит в том, как в таком случае сопоставлять выгоды и издержки от соглашения: сопоставлять ли их в разрезе групп, требуя, чтобы каждая затрагиваемая группа потребителей оказалась в выигрыше, либо требовать лишь того, чтобы совокупность групп потребителей оказалась в выигрыше, принимая во внимание, что конкретная группа может при этом проиграть. При постановке вопроса в последнем варианте понятно, что антимонопольный орган, скорее всего, не будет обладать достаточными полномочиями, чтобы принять такое решение, и, скорее всего, его принятие должно в таком случае быть политическим решением.

Однако важно отметить, что применение полноценного анализа общественных выгод и издержек, точнее необходимость и обоснованность его применения, также необходимо оценивать с точки зрения связанных выгод и издержек. Масштаб решаемой задачи может оказаться незначительным по сравнению с требуемыми на проведение полного анализа временными, человеческими и иными ресурсами. Вместе с тем, представляется, что в случае оценки соглашений, которые потенциально могут иметь существенный эффект для экономики (критерии «существенности», безусловно, нуждаются в разработке), именно такой анализ может позволить не упустить критически важные эффекты и аспекты соглашения.

3 Возможные механизмы учета экстерналий при оценке соглашений о совместной деятельности на допустимость

На основании вышеизложенного представляется, что возможно предложить несколько способов снижения вероятности возникновения ошибок I рода из-за недостаточного учета внешних экстерналий, имеющих свойства общественных благ:

1) использование механизмов международного антимонопольного регулирования.

В отсутствие единого глобального антимонопольного регулятора (целесообразность и возможность создания которого представляет собой тему, выходящую за пределы настоящей работы) подобное взаимодействие возможно было бы осуществлять на основании двусторонних договоренностей между антимонопольными органами разных стран или же в рамках сетей соглашений, однако с учетом издержек переговоров представляется, что данный способ организации взаимодействия по поводу эффектов (положительных или отрицательных) на глобальном уровне будет все же недостаточно эффективен;

2) введение групповых исключений для экологических соглашений.

При таком подходе все горизонтальные соглашения, приводящие к положительным эффектам с точки зрения экологии, могут быть, во-первых, выведены из-под запрета *per se* – так они в каждом случае будут оцениваться с помощью правила взвешенного подхода. Во-вторых, учитывая неисключаемость из «потребления» определенного вида положительных внешних эффектов, возможно было бы разработать такие критерии применения взвешенного подхода, которые «по умолчанию» разрешали бы соглашения с экологическими эффектами, а на антимонопольный орган возлагали бы издержки по доказательству несоразмерности выгод общества и ущерба для конкуренции от такого соглашения. В то же время, подобная мера вряд ли отвечала бы целям, поскольку, как мы видели, некоторые экологические эффекты не носят «всеобщего» характера, и в таких случаях допустимость соглашения может быть определена с помощью правила взвешенного подхода и в текущей институциональной среде. С учетом этого, презумпция

допустимости могла бы распространяться не на все экологические соглашения, а, например, на те, которые касаются сокращения выбросов парниковых газов.

3) введение исключений для соглашений с определенным видом положительных эффектов.

По аналогии с последней схемой, предложенной в предыдущем пункте, возможно предложить ввести презумпцию допустимости в отношении соглашений, положительные эффекты от которых носят характер общественных благ. По логике решения подобная мера схожа с обязательством антимонопольных органов в первую очередь защищать благосостояние потребителей, а не всего общества: положительные эффекты, носящие характер общественных благ, заведомо будут недооценены национальными регуляторами при принятии решения о допустимости соглашения о совместной деятельности. Таким образом, признание таких соглашений допустимыми «по умолчанию» создаст для них более благоприятный режим, который поможет смягчить перекос в сторону ошибок I рода.

Дополнительным преимуществом выбора критерия характера эффекта (обладает ли он характеристиками общественного блага или нет) вместо критерия характера соглашения (экологическое или нет) является то, что подобный критерий распространялся бы не только на экологические соглашения, но и на иные, если бы нашлись соглашения, эффекты от которых обладали бы схожими характеристиками.

Если рассмотреть вопрос эффектов, возникающих за пределами экологии, то еще одной релевантной классификацией может стать применение типологии благ с точки зрения издержек оценивания их качества (подразделение на исследуемые, опытные и доверительные блага)³. В случае если речь идет о том, что соглашение о совместной деятельности должно быть одобрено предварительно, до его вступления в силу и непосредственной реализации, то могут возникнуть проблемы с монетизацией эффектов, которые представляют собой не исследуемые, а опытные и, тем более, доверительные блага. В случае необходимости учета их ценности, речь может идти лишь об использовании некоторых прокси для оценки реальных эффектов, поскольку рассчитать их напрямую не получится исходя из самого

³ Напомним, что речь идет о разделении благ на три типа: исследуемые блага – блага, качество которых легко определить до непосредственно потребления; опытные блага – блага, качество которых можно определить, только потребив их; доверительные блага – блага, качество которых сложно определить как до, так и после потребления.

характера блага. В текущий момент европейский и американский подходы говорят о том, что при оценке практик на допустимость учета подлежат только те выгоды, которые принципиально могут быть оценены. Не ставя знак равенства между оценкой качества блага и оценкой его стоимости (так, хотя качество образования сложно объективно оценить, даже получив его, это не значит, что невозможно рассчитать цену одного семестра обучения в институте), отметим все же, что некоторые положительные эффекты оказываются принципиально исключены из анализа, если только стороны не предлагают способ оценить их косвенно. В этом случае результат также будет отступать от «идеального» теоретического случая, в котором все выгоды и издержки могут быть оценены и учтены, и попадает в сферу “second-best” решений. С другой стороны, запрет на учет выгод, которые нельзя оценить и монетизировать выступает в качестве механизма борьбы с возникающими рисками попыток «оправдать» соглашение или любую другую практику за счет приписывания им последствий, абстрактных принципиально несопоставимых со связанными издержками. Таким образом, например, простое упоминание «синергетических эффектов» слияния не подразумевает карт-бланш для оформления любой горизонтальной сделки, если только эти эффекты не уточнены и подробно не расписаны (включая их денежную оценку).

Заключение

Рассмотренный кейс из практики антимонопольных органов Нидерландов поднимает вопросы, по масштабу выходящие за пределы проблем устройства антимонопольного законодательства в конкретной юрисдикции, а также проблем учета определенных типов экстерналий при анализе горизонтальных соглашений о совместной деятельности на допустимость. Более широкий контекст вопроса – приоритет защиты конкуренции над реализацией других общественных интересов. Должен ли поддерживаться такой приоритет, или же защита конкуренции должна взвешиваться относительно других целей общества на паритетных началах? Какой орган имеет полномочия для проведения такого сопоставления, и насколько легитимным будет его решение? Насколько велика угроза независимости решений антимонопольного органа от политических интересов в случае, если мы допускаем такое «балансирование» различных политических целей через дополнительные государственные механизмы?

Представляется, что данные вопросы становятся еще более актуальными в контексте ближайших изменений в регулирование соглашений о совместной деятельности между конкурентами в Российской Федерации. Какая бы модель решения данной проблемы не сложилась в конечном итоге в российской практике, определенность в данном вопросе могла бы сама по себе сыграть положительную роль для ведения бизнеса.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

- 1 ФАС России (2013) Разъяснения по порядку и методике анализа соглашений о совместной деятельности // http://www.fas.gov.ru/clarifications/clarifications_30419.html
- 2 European Commission (2011). Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements // Official Journal of the European Union. January 14. P. C11/1 – 72.
- 3 FTC, U.S. DoJ (2000). Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors / https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf
- 4 Kloosterhuis E., Mulder M. (2013) Competition Law and Public Interests: The Dutch Agreement on Coal-Fired Power Plants. Available at <http://acle.uva.nl/events/competition--regulation-meetings/conference-papers-9th-cr-meeting-2013.html>
- 5 Rosenboom N.S.R. (2013) How does article 101(3) TFEU case law relate to EC guidelines and the welfare perspective? Working paper. Seo Economic Research. http://acle.uva.nl/binaries/content/assets/subsites/amsterdam-center-for-law--economics/cr-meetings/2013/working-paper-rosenboom_acle-congres-12-december-2013.pdf?1386589552848