



АНТИКОНКУРЕНТНЫЕ СГОВОРЫ: ТЕКУЩАЯ БОРЬБА И НОВЫЕ ИНСТРУМЕНТЫ

Аналитический центр
Halyk Finance

halykfinance.kz 

4 марта 2024 г.

Основа экономического уклада Казахстана – свободные рынки и свободная конкуренция – курс, который был провозглашен после обретения независимости и которого, пусть и неидеально, придерживается государство уже более тридцати лет. Но и у свободной конкуренции есть свои недостатки, которые требуют и оправдывают регулирование со стороны государства – так называемые «провалы рынка» (*market failures*), одними из которых являются монополизация рынков и злоупотребление монополистической властью со стороны продавцов. Для борьбы с антиконкурентными практиками в Казахстане в 2020 году создано Агентство по защите и развитию конкуренции в соответствии с практикой развитых государств. Кроме классических методов, используемых Агентством, существует новый и очень перспективный инструмент для Казахстана – программы смягчения (*Leniency*), который активно используется при выявлении тайных сговоров конкурентов (*картелей*) в развитых странах. Среди антиконкурентных практик во всем мире и в Казахстане особенно опасны именно тайные сговоры – когда несколько продавцов-конкурентов договариваются об общем повышении цены, разделе рынков, снижении объемов производства, чтобы увеличить свою прибыль. В результате страдают потребители – растут цены, снижается ассортимент и объемы, ухудшается качество.

В Казахстане более 90% всех сговоров относится к сговорам между участниками тендеров, и такая специфика сложилась неслучайно. Большая часть тендерных закупок сконцентрирована в государственном и квазигосударственном секторах из-за структуры экономики со значительной долей участия государства как основы этой экономики вместо сильного малого и среднего бизнеса. К сожалению, оценки ущерба по картелизации торгов на госзакупках в Казахстане не проводилось, однако очевидно, что этот ущерб может достигать миллиарды тенге. Кроме того, такие значительные потери бюджетных средств происходят на фоне стремительного наращивания государственных расходов и роста дефицита бюджета. В стране сегодня остро стоит вопрос рациональной и разумной фискальной политики, изыскиваются пути сокращения дефицита через оптимизацию налоговых поступлений. Сокращение потерь бюджетных денег через выявление сговоров на торгах может стать неочевидным, но очень важным дополнительным ресурсом в оптимизации государственных расходов.

Поэтому на текущий момент участие антимонопольного органа в обеспечении соответствующего с точки зрения защиты конкуренции процесса государственных закупок может и должно быть увеличено. Это касается прежде всего недопущения сговора при государственных закупках. Поскольку расследования по антиконкурентным сговорам могут быть чрезвычайно трудными и дорогостоящими, большинство стран сегодня работают, используя программу *leniency* с осведомителями (*whistleblower*) – лицами, которые являются участниками сговора, предоставляют информацию о нем и сотрудничают с антимонопольным органом, чтобы доказать нарушение. В ответ на сотрудничество им предоставляется снисхождение, связанное с полным или частичным сокращением штрафов, а иногда даже полноценным иммунитетом. Несмотря на то, что у нас существует нормативная база для использования смягчения антимонопольным органом, этот инструмент не применяется на практике. Основные причины такого положения, а также рекомендации по усилению смягчения и построения полноценной работающей системы смягчения в Казахстане подробно представлены в отчете.

СОДЕРЖАНИЕ**4 Введение****4 Как субъекты рынка могут ограничивать конкуренцию?**

5 «Злостные» нарушения конкуренции предпринимателями.

Тайные сговоры (картели) – самые опасные антиконкурентные нарушения

6 «Государственная» экономика и специфика тайных сговоров в Казахстане

**8 Основные методы выявления и борьбы с картельными сговорами сегодня.
Leniency – новый инструмент по борьбе с картелями**

8 Как АЗРК борется со сговорами в Казахстане?

10 Смягчение ответственности в обмен на сотрудничество как новый способ выявления сговоров

**13 Текущий опыт применения системы смягчения в Казахстане и рекомендации
по ее улучшению в контексте государственных закупок**

ВВЕДЕНИЕ

Основа экономического уклада Казахстана – свободные рынки и свободная конкуренция – курс, который был провозглашен после обретения независимости и которого, пусть неидеально, придерживается государство уже более тридцати лет. Неоспоримо, что рыночная экономика, построенная на принципах свободной конкуренции, является самой эффективной экономической системой, в которой распределение ресурсов происходит наилучшим образом. В пользу этого утверждения свидетельствует не только благосостояние стран, в которых свободные рыночные отношения зародились и успешно применяются на протяжении столетий, но и многочисленные труды ученых. Например, знаменитые экономические теоремы благосостояния, доказывающие, что рынок распределяет ресурсы наиболее эффективно, эффективнее любого центрального планировщика. Подавляющее количество стран мира – это страны с рыночной экономикой, и конкуренция является фундаментальным аспектом их общества, особенно в бизнесе.

Бенефициарами свободных рынков являются все заинтересованные стороны – и потребители, и предприниматели, а также в целом общество. Во-первых, конкуренция оказывает понижающее давление на инфляцию – предприятия с целью привлечения потребителей и соревнуясь, имеют стимулы снижать цены. Во-вторых, происходит развитие инноваций и рост качества, а также ассортимента продуктов и услуг в целях опередить конкурентов. В-третьих, развитие инноваций и поиск наиболее эффективных производственных методов снижает издержки производителей, повышая их рентабельность. Кроме того, только в условиях конкуренции распределение ресурсов происходит наиболее эффективным способом с максимальной отдачей. Конечно, это далеко не исчерпывающий список преимуществ конкурентных рынков, но он дает понять, насколько важным является создание условий, при которых в нашей стране конкуренция будет развиваться свободно во благо экономического роста и роста благосостояния населения.

Однако и у свободной конкуренции есть свои недостатки, которые требуют и оправдывают регулирование со стороны государства – так называемые «провалы рынка» (market failures). К ним относятся: (1) подверженность конкурентных рынков циклам – подъему, стагнации, падению (кризису) и достижению дна (депрессии); (2) не всегда справедливое распределение ресурсов – эффективное распределение напротив может способствовать увеличению разрыва между бедными и богатыми; (3) нацеленность экономики на рост способствует перепроизводству, а также истощению ресурсов и экологическим проблемам; (4) возникновение монополий и олигополий, где одна или несколько крупных компаний доминируют на рынке, что может приводить к злоупотреблениям в виде повышения цен, ограничения выбора и т.д.

Поэтому система по защите конкуренции со стороны государства (антитраст) зародилась еще в 19 веке в США вместе с первыми проконкурентными законодательными актами¹ и продолжает играть важнейшую роль в конкурентной политике развитых стран, а наказания за нарушения являются довольно суровыми, включая и тюремное заключение.

КАК СУБЪЕКТЫ РЫНКА МОГУТ ОГРАНИЧИВАТЬ КОНКУРЕНЦИЮ?

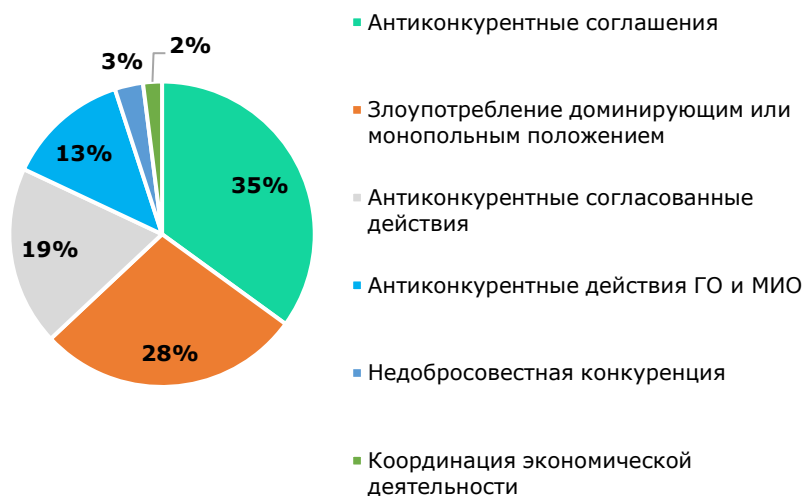
Основные нарушения законодательства в области защиты конкуренции отражены в Предпринимательском Кодексе (ПК РК) – в главе 15 «Монополистическая деятельность». В первую очередь, это так называемые «злостные» (hardcore) нарушения, которые наносят наибольший экономический ущерб – антиконкурентные соглашения (тайные сговоры или картели) и злоупотребление доминирующим или монопольным положением.

К менее злостным нарушениям относятся (1) антиконкурентные согласованные действия, (2) антиконкурентные действия государственных и местных исполнительных органов, (3) недобросовестная конкуренция и (4) координация экономической деятельности. По данным Агентства по защите и развитию конкуренции, большая часть его расследований в 2022 году (63%) касалась «злостных» нарушений.

¹ Речь идет об акте Шермана (1890 г.) и акте Клейтона (1914 г.).

Основной фокус данного исследования направлен на анализ практики антиконкурентных соглашений (картелей) и борьбы с ними в Казахстане. В то время как остальные нарушения также ограничивают конкуренцию и весьма распространены, все же тайный сговор между конкурентами – самый опасный и самый распространенный вид антиконкурентных нарушений, признанный таковым во всем мире. В отличие от других нарушений картели являются абсолютно запрещенными (*per se*), неважно, происходит ли в действительности ограничение конкуренции и экономический ущерб или нет.

Рисунок 1. Структура расследований АЗРК по видам нарушений в 2022 году



Источник: АЗРК

Антимонопольному органу нужно доказать лишь факт заключения сговора без установления признаков ограничения конкуренции и необходимости проводить экономический анализ.

«Злостные» нарушения конкуренции предпринимателями. Тайные сговоры (картели) – самые опасные антиконкурентные нарушения

Картели, в соответствии с определением, данным британским Управлением по защите конкуренции и рынкам (СМА – Competition and Market Authority) – это соглашение между предприятиями о том, чтобы не конкурировать друг с другом, которое является тайным и зачастую неофициальным. Понятие картель есть в нашем законодательстве с 2015 года и определяется в ст. 169 ПК РК «Антиконкурентные соглашения».

Как правило, участники такого сговора могут договариваться об уровнях цен, выпуска, скидках, льготных условиях для клиентов, в какие регионы будут осуществляться поставки, а также кто должен выиграть на торгах (аукционах или тендерах). Сговор может возникать практически в любой отрасли и может затрагивать товары или услуги на любом этапе цепочки поставок, включая производство, распределение или розничную торговлю. Другими словами, картельные сговоры – это неформальные договоренности двух и более компаний, которые согласуют свои будущие действия для того, чтобы ограничить взаимную конкуренцию и увеличить прибыльность таким образом. Поэтому во всем мире эти соглашения считаются разрушительной для экономики практикой, которая ограничивает рост экономики, повышает цены и тормозит развитие инноваций и инвестиций.

Такая деятельность приводит к повышению цен, сокращению производства, причиняя огромный ущерб потребителям и бизнесу. Фундаментальная идея, лежащая в основе тайного сговора – это то, что группа компаний объединяется и начинает вести себя как одна большая компания или даже монополия. Причиняемый ущерб может варьироваться в зависимости от определенной отрасли, однако обязательно включает следующие пункты:

- Повышение цен. В результате сговора компании искусственно завышают цены на товары и услуги. Этому прежде всего способствует создание монопольной среды, которая зачастую подразумевает установление более высоких цен по сравнению с конкурентными.
- Ограничение в выборе для потребителей. Компании, вступившие в сговор, не заинтересованы в соревновательности с конкурентами, введении новых продуктов для привлечения новых клиентов и развитии существующих продуктов. Таким образом,

потребители остаются с меньшими альтернативами, что ограничивает их возможность делать осознанный и информированный выбор, а также максимально эффективно использовать собственные средства.

- Более низкое качество продукта. Возможность координации своих действий с действиями конкурентов может привести к снижению затрат на исследования и разработки по повышению качества продукта и степени удовлетворенности клиентов. Это в конечном итоге приведет к отсутствию инноваций на этом рынке и снижению качества.
- Создание барьеров для входа другим компаниям. Уже существующие компании могут вступать в сговор с целью исключить потенциальных конкурентов или воспрепятствовать их выходу на рынок. Это значит, что компании, которые потенциально могли бы повлиять на снижение цены для потребителей, разнообразие и качество, а также предоставить дополнительные рабочие места, так и не выйдут на рынок.
- Неэффективное распределение ресурсов. Экономическая теория гласит, что только свободные конкурентные рынки способны распределять ограниченные ресурсы наиболее эффективным способом. Поэтому ограничение конкуренции через создание картелей приводит к тому, что поток ресурсов направляется не в самое продуктивное русло и приводит к экономическим потерям для общества.
- Подрыв доверия общества. Разоблачение сговора наносит ущерб репутации и авторитету соответствующих компаний на определенных рынках. Такая утрата доверия может иметь долгосрочные последствия, поскольку потребители становятся более скептическими, а инвесторы могут колебаться в отношении поддержки или инвестиций в затрагиваемые отрасли.

В Казахстане антиконкурентные соглашения, если не содержат признаков уголовно наказуемого деяния, являются административным правонарушением. Так, в случае если сговор классифицирован как административное нарушение, то участие в нем влечет штраф в размере 3-5% от выручки предприятия в зависимости от его размера, а также конфискацию монопольного дохода, полученного в результате осуществления монополистической деятельности, не более чем за один год. Если действия повторяются в течение года после наложения административного взыскания, то штраф увеличивается до 5% на субъектов малого и среднего предпринимательства и до 10% – на субъектов крупного предпринимательства, с конфискацией монопольного дохода, полученного в результате осуществления монополистической деятельности, не более чем за один год. За сговоры, ущерб от действий которых считается крупным, предусмотрена и уголовная ответственность.

«Государственная» экономика и специфика тайных сговоров в Казахстане

Самым распространенным видом антиконкурентных соглашений в Казахстане является сговор на торгах (аукционах) или, другими словами, сговор между участниками тендеров – они составляют более 90% всех сговоров. В такого типа картельных сговорах конкуренты договариваются о том, кто должен победить и по какой ставке для того, чтобы максимизировать эту ставку и, соответственно, прибыль, которую получит победитель.

В основном участники сговора на торгах используют одну из следующих схем:

- Символические торги – самый распространенный вид нарушения, которые происходят, когда конкурент устанавливает ставку выше, чем назначаемая потенциальным победителем либо содержит условия, которые противоречат требованиям. Такой вид призван создавать видимость конкуренции.
- Подавление торгов – соглашения, при которых одна и более компаний отзывает свою предыдущую ставку для того, чтобы выиграла ставка потенциального победителя.
- Ротация заявок – участники договариваются об очередности победы на серии торгов.

- Распределение рынка – участники договариваются не конкурировать за определенных клиентов или территорию.

Такая специфика тайных сговоров в Казахстане сложилась неслучайно – свою решающую роль в этом сыграла структура экономики с большой долей участия государства как основы этой экономики вместо сильного малого и среднего бизнеса. Механизм сговора на торгах во время тендеров в основном происходят при осуществлении государственных закупок – получение доступа к бюджетным ресурсам реализуется через сговор между подающими заявки на торгах компаниями, нередко при участии представителей государственной структуры-заказчика. К сожалению, оценки ущерба по картелизации торгов на госзакупках в Казахстане не проводилось. Однако, судя по опыту зарубежных стран, в том числе России, в которой ситуация с участием государства в экономике и преобладанием сговоров на торгах схожа с нашей, этот ущерб может достигать миллиарды тенге. Очевидным является факт, что такие значительные потери бюджетных средств происходят на фоне стремительного наращивания государственных расходов и роста дефицита бюджета.

Согласно данным Республиканского бюджета, доля государственных расходов к ВВП составляет около 18%, что не слишком сильно отличается от значений в странах ОЭСР. Однако многие расходы государства проводятся через внебюджетные операции, но по своей сути являются государственными расходами. Это касается, например, финансирования инфраструктурных проектов пенсионным фондом или обязательств, налагаемых правительством на квазигосударственные компании по социальным проектам. Поэтому фактически доля государственных расходов в ВВП может быть гораздо выше. К примеру, общий объем закупок фонда «Самрук-Казына» в 2023 году составил Т3.59 трлн.

В стране сегодня остро стоит вопрос рациональной и разумной фискальной политики, изыскиваются пути сокращения дефицита через оптимизацию налоговых поступлений. Необходимо помнить, что основная цель эффективных государственных закупок – найти поставщика, который предложит самую выгодную цену контракта. Процесс государственных закупок должен исключать расточительство бюджетных средств и неэффективность. И это касается не только исключения коррупционных рисков при государственных закупках. В этом свете антиконкурентные практики, особенно картельные сговоры на торгах, могут влиять на значительное повышение цен при закупках, и соответственно, влиять на неэффективность расходов. Сокращение потерь бюджетных денег через выявление сговоров на торгах может стать неочевидным, но очень важным дополнительным ресурсом в такой оптимизации государственных расходов.

Анализ судебной практики антимонопольного органа Казахстана позволяет в какой-то мере оценить приблизительные масштабы ущерба. Например, довольно часто выявляются сговоры на конкурсах по закупу услуг строительства и ремонта автомобильных дорог местными исполнительными органами – штрафы достигают сотен миллионов тенге.² Ситуация усугубляется тем, что картели на торгах высоколатентны, то есть большая их часть так и остается нераскрытой антимонопольным органом, годами подрывая эффективность при закупке и генерируя огромные убытки для страны.

² Речь идет, например, о расследовании 2021 года по факту картельного сговора между ТОО «АБК-Автодор НС» и ТОО «Казахдорстрой» в части поддержания цен на конкурсах по закупу услуг строительства и ремонта автомобильных дорог. Общая сумма тендеров составила Т14.7 млрд. Тогда было установлено, что ТОО «АБК-Автодор НС» и ТОО «Казахдорстрой» принимали участие в государственных закупках, один из которых создавал другому мнимую конкуренцию для признания закупок состоявшимися по максимально возможной цене. В результате предприятия привлечены к административной ответственности с наложением штрафа и конфискацией монопольного дохода на общую сумму около Т540 млн.

ОСНОВНЫЕ МЕТОДЫ ВЫЯВЛЕНИЯ И БОРЬБЫ С КАРТЕЛЬНЫМИ СГОВОРАМИ СЕГОДНЯ. LENIENCY – НОВЫЙ ИНСТРУМЕНТ ПО БОРЬБЕ С КАРТЕЛЯМИ

Основная проблема, связанная с выявлением картельных сговоров, относится к их тайной природе – участники не протоколируют свои встречи и очень внимательно относятся к другим потенциальным доказательствам сговора. Поэтому выявление и пресечение такого сговора может оказаться чрезвычайно трудной задачей для антимонопольных органов, которые должны применять самые современные и эффективные инструменты, опирающиеся на: (i) адекватное правовое обоснование со всеми регуляторными последствиями, что подразумевает сильную нормативную базу с соответствующими четкими определениями и законами; (ii) специальные инструменты расследования – тщательно разработанную методологию выявления картельных сговоров, монополю высокими ценами, расчета доходов монополистов. Как правило, зарубежные антимонопольные органы используют сложный экономический анализ с помощью эконометрических моделей, моделирования оценки ущерба от картельной практики, убытков для всей экономики и т.д.; (iii) высокий уровень квалификации – персонал, проводящий анализ, должен обладать экспертными знаниями и критическим мышлением для получения достаточных доказательств против тайного сговора.

Как АЗРК борется со сговорами в Казахстане?

В развитых странах, десятилетиями выстраивавших свободную экономику с центральной ролью рынка в распределении благ и ресурсов, конкурентные ведомства, естественно, имеют многолетнюю историю. В Казахстане с момента обретения независимости антимонопольный орган несколько раз трансформировался, прежде чем предстать в своей современной форме в 2020 году – Агентства по защите и развитию конкуренции. Оно создано Указом президента, принимая во внимание рекомендации ОЭСР, Всемирного Банка и других международных организаций, по принципам и подходам работы антимонопольных ведомств во всем мире.

Учитывая, что антиконкурентные соглашения составляют большую часть расследований АЗРК, Агентством выработаны основные методы их выявления и борьбы с ними, которые являются классическими. Во-первых, это касается законодательной базы Казахстана, запрещающей подобные практики. Насколько строгое наказание в Казахстане – предмет отдельного анализа, однако, можно сказать, что в Европе и США это наказание более суровое. Например, в ЕС размер штрафа составляет 10% от мирового оборота компании, а в Соединенном Королевстве и вовсе нет верхней границы штрафа, что говорит о серьезности нарушения.

Основным способом по сбору доказательств существования картельного сговора остаются так называемые рейды на рассвете (Dawn raids). Они представляют собой внезапные проверки, которые осуществляет антимонопольный орган без предварительного уведомления субъекта рынка. Эти действия направлены на обнаружение первичных документов, таких как электронные письма, протоколы встреч, единая документация разных компаний на одном компьютере и другие признаки, которые могут указывать на сговор. Вместе с тем такие проверки позволяют провести интервью с сотрудниками, чтобы выяснить информацию о сотрудничестве с другими участниками сговора. Важно отметить, что в большинстве случаев сотрудники не осведомлены, что данные действия являются незаконными и могут предоставить информацию, подтверждающую наличие картельного сговора.

Также АЗРК в ноябре 2021 года была внедрена система «Ормек» по распознаванию картельных сговоров на торгах, которая за первые 8 месяцев работы выявила 27 признаков сговоров на госзакупках. Данная система автоматически формирует итоговые данные с торговых площадок с установлением признаков сговора и устанавливает косвенные связи между участниками торгов с автоматическим оповещением о возможных признаках сговора.

Кроме того, с развитием в Казахстане «мягкого права» появились корпоративные программы комплаенс, чтобы обеспечить понимание и соблюдение сотрудниками конкурентного законодательства. Эти программы информируют сотрудников о рисках и последствиях сговора,

поощряют этическое поведение и включают в себя механизмы отчетности о потенциальных нарушениях антимонопольного законодательства. Регулярные тренинги и информационные кампании способствуют формированию проконкурентной культуры в организациях. Корпоративные программы комплаенс являются довольно полезным инструментом для предприятий по профилактике таких соглашений, однако обладают ограниченной эффективностью ввиду того, что интересы сотрудников могут расходиться с интересами предприятия. Пока этот инструмент слабо применяется на практике ввиду отсутствия стимулов со стороны антимонопольного органа, например, в виде сокращения штрафов, если антимонопольный комплаенс внедрен в компании.

Вставка 1. Сговоры при осуществлении госзакупок и антимонопольный орган

В Казахстане процедура государственных закупок регулируется Законом РК о государственных закупках, Правилами осуществления государственных закупок. Кроме того, закупки квазигосударственного сектора также регулируются отдельным законом и правилами, в том числе собственным порядком осуществления закупок фонда «Самрук-Казына».

Как уже отмечалось выше, сговор на торгах, в том числе при осуществлении государственных закупок, может принимать формы символических торгов, подавления торгов, ротации заявок или распределения рынка. В любом случае такое поведение приводит к менее выгодным условиям при закупках для государственных органов, более высоким ценам, худшему качеству поставок и, возможно, тормозит развитие инноваций. Сговор при осуществлении государственных закупок подрывает эффективность распределения государственных ресурсов, в итоге нанося вред всему населению страны.

Антимонопольный орган Казахстана имеет несколько механизмов по защите и развитию конкуренции при осуществлении государственных закупок. Сюда можно отнести как системные меры, которые закреплены законодательно, так и отдельные расследования, инициируемые в результате заявлений в антимонопольный орган или как следствие выявления им неконкурентных практик.

Во-первых, согласно статье 169-1 Предпринимательского Кодекса РК (ПК РК) «Требования о защите конкуренции при организации и проведении закупок товаров и торгов» запрещается координация деятельности поставщиков закупок и участников торгов, если это действие приведет или может привести к недопущению, ограничению или устранению конкуренции. Эта статья относится непосредственно к государственным органам и квазигосударственному сектору. Кроме того, эта статья обязывает организаторов торгов предоставлять в антимонопольный орган свой ежегодный план закупок и информацию о проведенных закупках.

Также согласно статье 39 Закона о государственных закупках, закупки из одного источника у другого государственного или квазигосударственного предприятия могут осуществляться в случае, если антимонопольный орган выдал заключение об отсутствии субъектов частного предпринимательства, осуществляющих аналогичную деятельность.

Вышеупомянутые превентивные меры направлены на установление общих правил игры – обеспечения равного доступа и конкурентной среды для поставщиков при осуществлении государственных закупок, недопущения антиконкурентных поведения и нарушений.

АЗРК также инициирует свои расследования в случае, если ими были обнаружены признаки антимонопольных нарушений. Если рассматривать сговоры на торгах, то многие расследования были инициированы благодаря системе «Ормек», которая интегрирована в Единое окно закупок при НПП «Атамекен».

Следует отметить, что в Казахстане традиционно риски при осуществлении закупок государственными или квазигосударственными компаниями были связаны в основном с коррупционными рисками. Но роль антимонопольного органа в последние годы усиливается, все чаще звучат предложения о необходимости согласования правил закупок с АЗРК.

Например, в конце 2022 году в Закон о закупках отдельных субъектов квазигосударственного сектора было внесено изменение, согласно которому порядок осуществления закупок фондом «Самрук-Казына» и организациями фонда должен согласовываться с уполномоченным органом в сфере защиты конкуренции и ограничения монополистической деятельности, то есть с АЗРК. Таким образом, есть сдвиги в участии антимонопольного органа в закупках в целях обеспечения их конкурентного характера. Однако по мнению многих экспертов,³ некоторые виды закупок, особенно из одного источника и те, которые приобретаются у дочерних организаций фонда, можно и нужно передать рынку. Перечень этих видов деятельности должен быть пересмотрен и согласован с АЗРК.

Тем не менее, учитывая важность и масштабы государственных закупок в Казахстане, а также приоритеты по развитию конкуренции, не раз озвученные Главой государства, существует пространство по увеличению роли и полномочий Агентства. К примеру, во многих странах антимонопольный орган, как Федеральная антимонопольная служба России, напрямую формирует Реестр недобросовестных поставщиков, куда включают не только тех, кто ненадлежащим образом исполнил обязательства по договорам, но и тех, кто нарушил антимонопольное законодательство. В Европейском союзе согласно законодательству компании или лица, которые уличены в нарушении антимонопольного законодательства, включаются в Реестр недобросовестных поставщиков автоматически.

Еще одним механизмом по борьбе с картельными соглашениями является явка с повинной или политика смягчения ответственности за сотрудничество, во всем мире известная как leniency policy. Более того, смягчение раскрывает большую часть картелей, являясь таким образом основным методом по их выявлению. Далее речь подробно пойдет именно о системе смягчения в Казахстане, ее текущем состоянии, перспективах и сравнении с практикой других стран.

В этом контексте на текущий момент участие антимонопольного органа в обеспечении соответствующего с точки зрения защиты конкуренции процесса государственных закупок может и должно быть увеличено. Это касается прежде всего недопущения сговора при государственных закупках, что потенциально может увеличить экономию бюджета на миллиарды тенге. В то время как такие программы как «Ормек», нацеленные на выявление сговора на торгах, работают со стороны «спроса» – то есть компании, приобретающей товары, существует возможность выявления сговоров со стороны «предложения» по инициативе участников картеля. В этом отношении использование программ смягчения для выявления таких сговоров – новый и очень перспективный инструмент, который активно используется при выявлении картелей в государственных закупках в развитых странах.

Смягчение ответственности в обмен на сотрудничество как новый способ выявления сговоров

Как уже отмечалось, расследования по картельным сговорам могут быть чрезвычайно трудными и дорогостоящими. Учитывая это, большинство стран сегодня работают с осведомителями (whistleblower) – лицами, которые являются участниками сговора, предоставляют информацию о нем и сотрудничают с антимонопольным органом, чтобы доказать нарушение. В ответ на сотрудничество им предоставляется снисхождение, связанное с полным или частичным сокращением штрафов, а иногда даже полноценным иммунитетом. Такие программы, именуемые программами смягчения ответственности в обмен на сотрудничество, как правило, представляют собой нормативные документы в виде руководящих принципов, принятых антимонопольным органом. Это своего рода пошаговая инструкция для участников тайного сговора, объясняющая, что необходимо предпринять, чтобы сообщить о его существовании антимонопольному органу.

³ Курсив (2024): «В общественном совете «Самрук-Казыны» поспорили о правилах закупок для Фонда». Доступно: [Сколько тратит "Самрук-Казына" на закупки из одного источника \(kursiv.media\)](https://kursiv.media)

Такой подход стимулирует разоблачение и дает властям ценную информацию для расследования и пресечения сговоров. Программы смягчения наказания доказали свою эффективность в выявлении сговоров и сборе доказательств против компаний, участвующих в них.

Данный инструмент смягчения был впервые применен в США, успех которого привел к его повсеместному распространению, в том числе в ЕС в 1996 году, Южной Корее в 1997 году, Австралии в 2003 году. Несмотря на то, что программы в разных странах могут значительно различаться между собой по условиям предоставления смягчения и даже по терминам, программа смягчения должна удовлетворять двум основным условиям: (i) она должна стимулировать участников картельного сговора сообщать антимонопольным органам о его существовании, и (ii) она должна дестимулировать создание новых картелей.

Для более глубокого понимания, что из себя представляют программы смягчения, ниже представлен краткий анализ их содержания и статистики в странах ЕС и в США.

США

Первая программа смягчения была разработана в 1978 году и не принесла ощутимых результатов в раскрытии картельных соглашений. Основной проблемой исследователи⁴ считают то, что смягчение не гарантировалось, поскольку в тот момент конкурентное ведомство обладало весьма широкими полномочиями при определении права на амнистию. Первоначальная программа не предусматривала полного освобождения от ответственности, а была нацелена на уменьшение наказаний для сотрудничающих участников сговора. Поэтому в 1993 году Министерство юстиции США (DOJ – US Department of Justice), один из основных антимонопольных органов США, значительно расширило программу, с целью повысить мотивацию участников сообщать об их неправомерной деятельности и сотрудничать с органом.

Данные изменения вылились в принятие ряда корпоративных программ смягчения, которые значительно повысили эффективность выявления картельных сговоров:

- 1) Амнистия плюс (1993). DOJ теперь предусматривало условное смягчение ответственности отдельным сотрудникам, освобождая их от уголовного преследования.
- 2) Программа смягчения для физических лиц (1994). DOJ распространило действие политики смягчения наказания на лиц, причастных к нарушениям антимонопольного законодательства, освобождая от ответственности или смягчая наказание первому лицу, отвечающему необходимым требованиям и выразившим желание сотрудничать.
- 3) Типовая программа смягчения ответственности (1996). DOJ совместно с Федеральной торговой комиссией (FTC – Federal Trade Commission) разработали типовую программу смягчения ответственности для компаний и физических лиц. Данная полноценная программа покрывает различные аспекты по предоставлению смягчения в случае антимонопольных нарушений, в том числе условное смягчение, полный иммунитет, условия для сотрудничества, сокращение штрафов, а также координацию и разделение полномочий FTC и DOJ.

Важнейшей особенностью и отличием корпоративных программ смягчения в США является то, что только одна компания может претендовать на смягчение ответственности – та, что подала заявление первой. Компания, подавшая заявление второй, не важно, даже если это случилось в пределах нескольких часов после первой, не сможет получить смягчение, как уже неоднократно случалось в практике антимонопольных органов США. Иногда такие компании могут сотрудничать с антимонопольными органами, заключая соглашения о явке с повинной, но это уже является отдельной практикой, а не частью программ смягчения ответственности.

⁴ Hammond, S. D. (2004, November). "Cornerstones of an effective leniency program". ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney (pp. 22-23). fne. gov. cl.

Стоит также отметить и институт частных исков, который зарождается в Казахстане, в контексте программы смягчения. Для того, чтобы избежать снижения мотивации участников антиконкурентного соглашения заявлять о нем из-за риска последующих частных обращений против заявителя, антимонопольный закон США с 2004 года не только снимает ответственность компаний, получивших иммунитет по программе смягчения, но и значительно снижает размер возмещения ущерба по частным искам.

Что касается судебной практики в США, то многие дела, расследуемые DOJ, касаются уголовных правонарушений и применения смягчения в этом случае. Можно также сказать о довольно суровом наказании за картельный сговор – размеры штрафов достигают сотен миллионов долларов. Так, одно из самых громких расследований по «витаминному картелю», в рамках которого участники договаривались об объемах производства, стоимости и клиентах, привело к общим штрафам в размере 875 миллионов долларов США. Расследование было инициировано после явки с повинной одного из участников. Другим известным делом можно назвать дело DOJ по картелю графитовых электродов, используемых в плавке металлургии. Участники договаривались фиксировать цены, а также распределять рынки сбыта. Штрафы для участников, не вошедших в программу смягчения, составили 110 млн и 135 миллионов долларов соответственно. DOJ называет программу смягчения самым главным своим инструментом по выявлению картелей.

Европейский Союз

Следом за США программу смягчения ответственности в обмен на сотрудничество ввел Европейский союз в 1996 году. Далее программа не раз модернизировалась, сначала в 2002, потом в 2006 годах. Основной характеристикой европейских программ смягчения является то, что антимонопольный орган присуждает полный иммунитет от ответственности первому заявителю, но также предусматривает смягчение наказания и сокращение штрафов для последующих заявителей, что отличает ее от программы в США.

Заявители в ЕС могут претендовать на (1) полный иммунитет – 100% сокращение штрафов и (2) частичное смягчение:

- 1) Полный иммунитет может быть предоставлен только первому заявителю, и последующие заявления на получение иммунитета не будут рассматриваться, пока не принято решение по первому заявителю. Если есть свидетельства несоблюдения условий иммунитета, то заявитель получает отказ, однако он может рассчитывать на уменьшение штрафов, заполнив соответствующее заявление.
- 2) После первичного контакта с антимонопольным органом участник заполняет заявление на уменьшение штрафов, одновременно с этим предоставляя доказательства по функционированию картеля. После оценки антимонопольным органом приведенных доказательств выносится решение о снижении штрафов и сумме такого снижения. В таких случаях максимальный размер снижения штрафов составляет 50%.

После введения программ смягчения эффективность раскрытия картельных сговоров в ЕС возросла многократно. Если до 1996 года количество раскрываемых тайных сговоров за год составляло чаще всего один случай, то после 1996 года оно выросло в среднем до 5 в год, достигая в отдельные периоды и 10, а программы смягчения стали основным инструментом антимонопольных органов по выявлению сговоров конкурентов.

Стоит отметить, что ЕС особое внимание уделяет удобству и доступности коммуникаций – так, в 2019 году создана специальная платформа eLeniency, которая обеспечивает компаниям-участникам картеля, решившим сообщить о нем, легкий и безопасный доступ онлайн. Таким образом, участнику уже необязательно физически являться в офис антимонопольного органа для того, чтобы подать заявление на смягчение.

ТЕКУЩИЙ ОПЫТ ПРИМЕНЕНИЯ СИСТЕМЫ СМЯГЧЕНИЯ В КАЗАХСТАНЕ И РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ЕЕ УЛУЧШЕНИЮ В КОНТЕКСТЕ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ЗАКУПОК

Как таковой программы смягчения ответственности в обмен на сотрудничество в Казахстане нет. Существует законодательная база в виде примечания к статье 159 Кодекса об административных правонарушениях РК (КоАП РК), которое перечисляет условия, при которых субъект рынка освобождается от административной ответственности вследствие нарушения антимонопольного законодательства:

- 1) к моменту, когда субъект рынка заявляет антимонопольному органу об антиконкурентных соглашениях или антиконкурентных согласованных действиях, антимонопольный орган не получал информации о данных антиконкурентных соглашениях или антиконкурентных согласованных действиях из других источников;
- 2) субъект рынка предпринимает срочные меры по прекращению своего участия в антиконкурентных соглашениях или антиконкурентных согласованных действиях;
- 3) субъект рынка сообщает полную информацию о фактах антиконкурентных соглашений или антиконкурентных согласованных действий на протяжении всего расследования с момента заявления;
- 4) субъект рынка добровольно возмещает ущерб потребителям, причиненный в результате совершения антиконкурентных соглашений или антиконкурентных согласованных действий».

Кроме этого примечания к статье 159 КоАП отсутствуют какие-либо подзаконные нормативные правовые акты, которые бы регулировали процедуры по освобождению от административной ответственности участников картельных сговоров, добровольно о них сообщающих. Заявление на освобождение от административной ответственности подается на общих основаниях в соответствии с Законом об обращениях. На таких же общих основаниях осуществляется регистрация. По этой причине за все время существования данной нормы об освобождении от административной ответственности, она ни разу не применялась – об этом свидетельствует база судебных актов Верховного суда РК.

По всей видимости, ситуация, когда система смягчения не используется в Казахстане, проистекает из-за недостатков в действующих нормах и барьеров, которые и влияют на непопулярность этого инструмента в нашей стране. Ниже приведен анализ, основанный прежде всего на практике стран, внедривших программы смягчения и успешно реализующих их. Кроме того, будет проведен анализ барьеров, которые могут даже при адаптации зарубежного опыта, исказить и снизить эффективность принимаемых мер, а также даны рекомендации по их устранению.

1. Отсутствие подзаконного нормативного правового акта, который бы регламентировал процедуру освобождения от административной ответственности за нарушения в области конкуренции согласно статье 159 КоАП. Для участников картельного сговора остается непрозрачным и непонятным, каким образом должно происходить сотрудничество между заявителем и антимонопольным органом. Каким образом и в каком виде необходимо предоставить доказательства сговора, насколько обеспечивается анонимность и другие важные детали остается нераскрытым.

Рекомендация 1. Для того, чтобы установить надлежащую координацию между субъектом рынка и антимонопольным ведомством и пресечь недопустимые формы сговора между субъектами на товарных рынках Казахстана, необходим отдельный акт, который бы в полном объеме, понятно, прозрачно и доступно объяснял бы, каким образом можно избежать ответственности или снизить ее в случае участия в тайном сговоре. Основываясь на практике внедрения программ смягчения в других странах, в которых они насчитывают уже не один десяток лет, можно выделить следующие обязательные признаки такого потенциального нормативного акта:

- Программа смягчения должна быть не частичной – предоставляя амнистию только первому обратившемуся участнику – а будет также предусматривать сокращение штрафов в случае, если участник обращается не первым или если какие-то другие условия не соблюдены. То есть, как в других странах можно создать многоуровневую систему смягчения, которая будет варьировать степень смягчения в зависимости от очередности заявителя, статуса расследования, качества доказательств и других характеристик.
 - Программа смягчения должна быть прозрачной и предсказуемой. Субъект рынка-участник картельного сговора должен с высокой долей вероятности предсказать для себя исход своего обращения в антимонопольный орган. Также она должна содержать детальный алгоритм того, как будет проходить весь процесс контакта с антимонопольным органом по вопросу смягчения. Конечно, окончательное решение по предоставлению смягчения должно оставаться за антимонопольным органом, однако он должен быть очень последовательным в своих действиях, чтобы вызвать доверие у участников рынка и снизить неопределенность их ожиданий относительно исхода.
 - Программа должна учитывать круг лиц, которые могут получить смягчение и на кого она распространяется. В первую очередь программа должна конкретизировать, для кого она подразумевается – для компаний (юрлиц), физлиц (сотрудников, руководства). На текущий момент это не прояснено.
2. Условия получения смягчения в действующем законодательстве могут быть дестимулирующими. Во-первых, это относится к требованию, что, когда субъект рынка заявляет антимонопольному органу об антиконкурентных соглашениях или антиконкурентных согласованных действиях, антимонопольный орган не получал информации о данных антиконкурентных соглашениях или антиконкурентных согласованных действиях из других источников. Такое условие действительно применяется в некоторых программах смягчения в мире, но оно может дестимулировать участников сговора обращаться с заявлением, поскольку они могут быть не уверены, начато ли расследование или нет, получал ли антимонопольный орган какую-либо информацию о деле до этого. В итоге даже если расследование уже начато, антимонопольный орган может недополучить важные и качественные прямые доказательства из первоисточника. Во-вторых, вопросы вызывает пункт, который требует обязательного возмещения ущерба потребителям, причиненного в результате совершения антиконкурентных соглашений или антиконкурентных согласованных действий. То есть, заявитель без гарантии получения смягчения уже должен поставить в известность антимонопольное ведомство о своем нарушении, погасить ущерб перед потребителями, сумма которого неизвестна и неизвестно также то, каким образом она будет определяться. В практике наиболее успешных программ смягчения заявитель в случае получения смягчения освобождается от выплат пострадавшей стороне – это должны будут взять на себя остальные участники сговора, которые не подавали заявления на смягчение. Такая практика кажется весьма оправданной, поскольку гарантированное возмещение ущерба может стать причиной не заявлять о картельном сговоре.
- Рекомендация 2.** Необходимо пересмотреть существующие условия получения амнистии в рамках статьи 159 КоАП РК. Возможность стать участником программы смягчения после начала расследования антимонопольным органом и отсутствие принуждения погашать ущерб перед потребителями могут инициировать увеличение числа заявлений участников картельных сговоров.
3. Существуют проблемы в текущем проведении расследований по антиконкурентным соглашениям в антимонопольном органе. Как отмечает само АЗРК в своем ежегодном отчете, существуют проблемы в процедуре и эффективности расследований, что связывается со множеством бюрократических процедур и злоупотреблением процессуальными правами через обжалование административных актов. Все это ведет к увеличению издержек расследования и неоптимальному распределению ресурсов Агентства. Такое положение

может снижать эффективность раскрываемости и подавать сигнал субъектам рынка о том, что практика по раскрытию картельных сговоров недостаточна сильно. Больше всего это касается текущего экономического анализа, который может предоставлять косвенные факты наличия сговора. На данный момент в Агентстве отсутствует работающая система по проведению сложных эконометрических расчетов, применению экономических моделей для раскрытия сговоров.

Рекомендация 3. В этом отношении АЗРК необходимо усиливать существующие методы по борьбе с картельными сговорами, чтобы у всех заинтересованных сторон складывалось справедливое впечатление, что сговоры активно раскрываются и рано или поздно будут обнаружены. Тогда компании будут считать, что риск быть пойманными относительно высок, и будут сами стремиться сообщить о сговоре, чтобы смягчить наказание.

4. Слабая координация антимонопольного органа с другими государственными органами, осуществляющими закупки, для выявления сговоров при государственных закупках. В то время как существует и действует законодательство по вопросам государственных закупок, а электронные системы закупок нацелены на обнаружение сигналов о недобросовестных и противоправных действиях, антимонопольный орган мог бы усилить свое участие в этом процессе, особенно в части осведомленности государственных органов о возможных антиконкурентных схемах при закупках. Особенно это касается картельных сговоров при осуществлении государственных закупок – многие государственные органы не имеют достаточно обширного представления о них, их вреде, а также своей собственной роли для их обнаружения. Кроме того, многие сотрудники государственных органов, которые принимают участие в закупках, могут располагать информацией или обоснованными подозрениями о сговоре при торгах, но из-за отсутствия прозрачных и понятных механизмов сотрудничества с антимонопольным органом, они могут не раскрыть их.

Рекомендация 4. Для того, чтобы сократить распространение сговоров во время проведения конкурсов при государственных закупках, необходимо соблюдение как конкурентного права Казахстана, так и высокая осведомленность государственных органов о незаконных антиконкурентных практиках. Последнее будет способствовать правильной организации и проведения процедуры закупок. Такая рекомендация соответствует Руководству ОЭСР по борьбе со сговорами на торгах при осуществлении государственных закупок.⁵ Например, во многих странах применяются программы по адвокатированию конкуренции и обучению сотрудников, вовлеченных в процесс государственных закупок, которое также может включать специальные семинары и тренинги. Кроме того, можно создать специальный канал коммуникации между государственными органами, осуществляющими государственные закупки, и антимонопольным органом, через который сотрудники, принимающие участие в закупках и имеющие подозрения, смогут легко и эффективно связываться и сотрудничать с АЗРК.

5. Неприменение системы смягчения в обмен на сотрудничество антимонопольным органом при раскрытии картельных сговоров, особенно на торгах. Несмотря на то, что существует законодательная база, регулирующая систему смягчения в обмен на сотрудничество, она ни разу еще не была применена в истории Казахстана. Кроме уже упомянутых причин отсутствия нормативного правового акта – самой отдельной программы, существуют проблемы внешнего характера, которые прежде всего связаны с огосударствлением экономики, недостаточной ролью и участием антимонопольного органа в обеспечении равного доступа участников рынка и соблюдения правил рынка по многим ключевых процессах, в том числе при осуществлении государственных закупок.

⁵ OECD (2024): “Recommendations of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement”. Доступно: [OECD Legal Instruments](#)

Рекомендация 5. Необходимо усилить роль и расширить полномочия антимонопольного органа в сфере государственных закупок – огромного пласта национальной экономики, в котором потенциально могут быть заключены десятки, сотни антиконкурентных соглашений – картелей между поставщиками – которые приводят к миллиардным потерям государственных средств. Например, следует рассмотреть антимонопольные нарушения как основание для включения в реестр недобросовестных поставщиков. Кроме того, эту часть реестра мог бы формировать антимонопольный орган. Также для усиления практики раскрываемости тайных сговоров конкурентов законодательно могли бы быть включены изменения, касающиеся возможности доступа антимонопольного органа к данным субъектов рынка – потенциальных участников сговоров – которые на текущий момент должны проходить через долгие процедуры запроса через министерство финансов. Отдельно стоит упомянуть важность работы Агентства с квазигосударственным сектором – кроме согласования правил их закупок, антимонопольный орган может и должен на регулярной основе мониторить условия этих закупок для изыскания тех сфер и направлений, которые могут быть переданы в конкурентную среду, а не реализовываться из одного источника.

Мадина Кабжалялова – Аналитический центр

При использовании материала из данной публикации ссылка на первоисточник обязательна.

© 2024 АО «Halyk Finance» (далее - HF), дочерняя организация АО «Народный банк Казахстана».

Настоящая публикация носит исключительно информационный характер и не является предложением или попыткой со стороны HF купить, продать или вступить в иную сделку в отношении каких-либо ценных бумаг и иных финансовых инструментов, на которые в настоящей публикации может содержаться ссылка, предоставить какие-либо инвестиционные рекомендации или услуги. Указанные предложения могут быть направлены исключительно в соответствии с требованиями применимого законодательства. Настоящая публикация основана на информации, которую мы считаем надежной, однако мы не утверждаем, что все приведенные сведения абсолютно точны. При этом отмечаем, что прошлая доходность не является показателем доходности инвестиций в будущем. Мы не несем ответственности за использование клиентами информации, содержащейся в настоящей публикации, а также за сделки и операции с ценными бумагами и иными финансовыми инструментами, упоминающимися в ней. Мы не берем на себя обязательство регулярно обновлять информацию, которая содержится в настоящей публикации или исправлять возможные неточности. HF, его аффилированные и должностные лица, партнеры и сотрудники, в том числе лица, участвующие в подготовке и выпуске этого материала, оставляют за собой право участвовать в сделках в отношении упоминающихся в настоящей публикации ценных бумаг и иных финансовых инструментов. Также отмечаем, что на ценные бумаги и иные финансовые инструменты, рассматриваемые в настоящей публикации и номинированные в иностранной валюте, могут оказывать влияние обменные курсы валют. Изменение обменных курсов валют может вызвать снижение стоимости инвестиций в указанные активы. Следует иметь в виду, что инвестирование в Американские депозитарные расписки также подвержено риску изменения обменного курса валют, а инвестирование в казахстанские ценные бумаги и иные финансовые инструменты имеет значительный риск. В указанной связи инвесторы до принятия решения об участии в сделках с ценными бумагами и иными финансовыми инструментами, рассматриваемыми в настоящей публикации, должны проводить собственное исследование относительно надежности эмитентов данных ценных бумаг и иных финансовых инструментов.

© 2024, все права защищены.

Аналитический центр

Асан Курманбеков
Мадина Кабжалылова
Санжар Калдаров

+7 (727) 339 43 86

a.kurmanbekov@halykfinance.kz
m.kabzhalyalova@halykfinance.kz
s.kaldarov@halykfinance.kz

Адрес:

Halyk Finance
пр. Абая, 109 «В», 5 этаж
А05А1В9, Алматы, Республика Казахстан
Тел. +7 727 331 59 77
www.halykfinance.kz

Bloomberg

HLFN
Refinitiv
Halyk Finance
Factset
Halyk Finance
Capital IQ
Halyk Finance