

УДК 347.65/68

DOI 10.31857/S032120680003765-5

АНТИМОНОПОЛЬНЫЙ КОНТРОЛЬ ИНОСТРАННОГО КАПИТАЛА В США

© 2019 г. **И.Ю. Архангельский***

Статья поступила в редакцию 8.11.2018.

Монополизм – явление, ведущее к застою в экономике, провоцирующее коррупцию со стороны государственного аппарата. Монополизм ведёт в конечном счёте к удушению свободного предпринимательства, а следом и к деградации экономических основ государства, его разрушению. С точки зрения свободного развития нет ничего естественного в «естественных монополиях», если только эти монополии не созданы в областях, представляющих государственную тайну, разглашение которой представляет угрозу национальной безопасности. Оградить жизненно важные области экономики от проникновения иностранного капитала, обеспечить национальную безопасность, не нарушая свободной конкуренции во всех других областях, призвано антимонопольное законодательство.

Ключевые слова: *метод «разумного подхода»; преследование деятельности; проверка в каждом отдельном случае; власть на рынке; уважение к нациям.*

Антимонопольный контроль деятельности местных и иностранных предприятий в США – важнейший элемент эффективного функционирования экономики в целом, всех её рыночных механизмов в частности. Между тем, вмешательство государственных антимонопольных ведомств в работу предприятий всех уровней и форм собственности происходит в США постоянно и повсеместно. Провозглашаемой целью этого вмешательства является устранение не только прямых действий хозяйствующих на рынке субъектов, препятствующих развитию свободной конкуренции, но также и действий, способных оказать негативное воздействие на развитие свободной конкуренции при определённых обстоятельствах в будущем. Другая цель вмешательства антимонопольных ведомств в работу предприятий – формальное обеспечение равенства свободы деятельности местных и иностранных хозяйствующих субъектов, равенство, которое, легко нарушается в интересах местного капитала.

Для достижения первой цели используется принятое в США в начале прошлого века антимонопольное законодательство. Для достижения второй цели осуществляется ведомственное регулирование с помощью подзаконных актов: инструкций, предписаний и системы специальных методов, позволяющих проводить ту или иную политику в отношении действующих в стране и даже за её пределами иностранных предприятий.

* **АРХАНГЕЛЬСКИЙ Иван Юрьевич** – научный сотрудник Отдела экономических исследований Института США и Канады РАН. Российская Федерация. 121069 Москва, Хлебный пер., 2/3 (p.bogorodov@mail.ru).

Антимонопольное законодательство, касающееся деятельности как местных, так и иностранных компаний на территории США, а также в пределах их юрисдикции, образует собой систему законодательного регулирования. Эта система состоит из следующих основных законов-элементов.

Системообразующими антимонопольными законами США являются законы *Шермана* (1890) и *Клейтона* (1914). На их базе действуют более поздние законы: *Вебба - Померена* (1918), *Антимонопольный закон Харта - Скотта - Родино* (1976), закон «Об экспортных торговых компаниях» (1982), «Национальный закон о совместных исследованиях» (1984).

Антимонопольное законодательство регулирует лишь самые общие принципы деятельности предприятий в США и в пределах их юрисдикции. Это самое общее регулирование нуждается в толковании, интерпретации и конкретизации на практике в целях каждодневного применения. Подобной деятельностью занимаются государственные антимонопольные ведомства США, основными из которых являются Министерство юстиции и Федеральная торговая комиссия. Данным ведомствам дано право толковать антимонопольное законодательство, самым непосредственным образом решая практические вопросы функционирования иностранных и местных предприятий. Для обоснования своей интерпретации антимонопольного законодательства применительно к действиям тех или иных компаний на рынке Министерство юстиции и Федеральная торговая комиссия имеют в своём арсенале специальные методы и принципы, позволяющие им с более или менее научно обоснованных позиций принимать конкретные решения.

Для анализа конкретной сделки/деятельности антимонопольные ведомства используют «метод разумного подхода», позволяющий применять два типа политики в отношении конкретной деятельности предприятия. Первым типом является «преследование <деятельности> как таковой», вторым – “проверка в каждом конкретном случае”. Среди принципов, применяемых для анализа деятельности иностранцев на территории США, наиболее характерен принцип «уважения к нациям», позволяющий, по усмотрению чиновников антимонопольных ведомств, либо применять положения закона «Об иностранных суверенах», либо оставлять его без внимания.

Достаточно очевидно, что сами эти методы предоставляют государственным чиновникам возможность принимать решения, имеющие не только экономическую, но также и политическую целесообразность с точки зрения текущей ситуации и курса администрации в целом. Эти методы позволяют применять суровые меры, вплоть до уголовного преследования какой-либо группы компаний (чаще других, иностранных). В то же время они, фактически, позволяют попустительствовать другим компаниям (чаще всего, местным), занимающимся аналогичной деятельностью. Данные методы являются, таким образом, не только эффективными экономическими, но также и административными, политическими инструментами регулирования деятельности иностранного и местного капитала в США.

Антимонопольный контроль деятельности иностранных компаний

Официальные источники США считают антимонопольное регулирование контролируемых иностранцами/иностранных предприятий (здесь и далее –

КИП) на своей территории инструментом защиты свободного рынка. Общественной политикой в этой области провозглашается поощрение «свободной конкуренции» между местными и иностранными предприятиями, не стесняемой ни государственными ограничениями, ни препятствиями частного (рыночного) характера. По мнению американских теоретиков периода становления экономической системы США, развитие и укрепление «свободной конкуренции» является ключевым фактором наиболее рационального размещения материальных ресурсов общества и ведёт к выгоде для наибольшего числа потребителей. На современном этапе эта концепция «свободной конкуренции», хотя и остаётся в значительной степени неизменной, однако практика организации и практического применения антимонопольного контроля КИП претерпевает значительные изменения. В связи с этим возникает вопрос, применяется ли на практике классическая концепция «свободной конкуренции» в отношении КИП и не носит ли антимонопольный контроль элементы дискриминации в отношении иностранных компаний?

Антимонопольный контроль КИП удобно представить в виде системы отношений субъектов и объектов. *Субъектами* можно назвать антимонопольные ведомства, осуществляющие непосредственный надзор за соблюдением иностранными инвесторами правил работы в конкурентной среде. *Объектами* антимонопольного контроля являются иностранные и местные предприятия. Отношения между ними строятся на базе соответствующего законодательства и подзаконных актов – инструкций, правил и предписаний, выпускаемых антимонопольными ведомствами. Реализуются отношения субъектов и объектов посредством определённой политики и методов оценки деятельности КИП, в результате применения которых следует либо административный запрет на ту или иную деятельность/сделку с их участием, либо невмешательство антимонопольных ведомств.

Основным государственным ведомством, разрабатывающим и проводящим в жизнь методы антимонопольного контроля местного и иностранного капитала, является Министерство юстиции США (*U.S. Department of Justice*), опирающееся в своей деятельности на обширную законодательную базу, основы которой были заложены ещё в конце XIX века и которая непрерывно изменяется сообразно текущим условиям развития и стратегическим интересам американской экономики.

Целью деятельности Минюста провозглашается защита местного потребителя посредством поддержания условий свободной конкуренции на рынке, а также борьбы с *любыми* попытками ограничения этой конкуренции. Вместе с тем, за рамки интересов Министерства официально выходят сделки монопольного характера, если они никоим образом или весьма отдалённо влияют на интересы местных потребителей. Однако при учёте таких интересов Министерству часто приходится иметь дело с ответчиками-иностранцами. Например, попытки международного картеля частных производителей навязать более высокие цены для потребителей на территории США будут караться, даже если встречи участников картеля будут происходить за рубежом. С другой стороны, учёт интересов иностранных государств (суверенов) может побудить Министерство признать юрисдикцию какого-либо из этих государств при рассмотрении конкретной международной сделки.

Исходя из поставленного выше вопроса нижеследующие разделы статьи будут посвящены анализу основных методов и механизмов антимонопольного контроля капитала вообще и КИП в особенности, или более конкретно – политике и методам, применяемым Министерством юстиции, Федеральной торговой комиссией и другими уполномоченными государственными ведомствами в отношении тех или иных видов сделок/деятельности с участием иностранцев. Причём заранее оговоримся, что, если приведённый ниже анализ методов антимонопольного контроля и даст определённую картину организации работы соответствующих государственных ведомств, всё же алгоритмы их действий не исчерпываются лишь теми ситуациями и случаями, которые рассматриваются ниже.

Важнейшей составляющей системы антимонопольного контроля как КИП, так и местных предприятий, является антимонопольное законодательство, основополагающие законы которого образуют своеобразную *систему регулирования*.

Система законодательного регулирования и её составляющие

Переходя к анализу системы антимонопольного законодательного регулирования в США, прежде всего отметим, что формально не существует никакой специальной *организации* антимонопольного законодательного регулирования, относящегося исключительно к иностранным предприятиям. Вместе с тем, созданный за более чем вековую историю массив антимонопольных инструментов (законов и подзаконных актов – инструкций, правил и предписаний), представляет собой не что иное, как некую систему организации регулирования окружающей конкурентной среды. Эта система равным образом относится как к местному, так и иностранному капиталу, однако политика и методология её практического применения имеет свои особенности там, где дело касается КИП.

Каковы же компоненты системы антимонопольного контроля и как она организована? Её базу составляют антимонопольные законы.

Закон Шермана (*The Sherman Antitrust Act of 1890*)¹. Раздел 1 закона устанавливает основополагающие запреты на контракты (*contracts*), комбинации (*combinations*) и сговор (*conspiracies*) в целях «ограничения торговли между несколькими штатами или с иностранными государствами». Попутно отметим, что существует еще закон «О тарифах Вильсона» (*The Wilson Tariff Act of 1894*)², который, в основном, повторяет и расширяет Раздел 1 закона Шермана, специальным образом запрещая сговор, ведущий к ограничению свободы импорта на внутренний рынок США. В Разделе 2 закона Шермана указывается на запрет монополизации, включая сговор, «торговли между несколькими штатами или с иностранными государствами». Раздел 6а закона Шермана определяет вопросы юрисдикции в отношении внешней торговли, не связанной с импортом товаров в США.

Нарушения закона Шермана могут преследоваться как в гражданском, так и в уголовном порядке, в зависимости от природы таких нарушений, уголовные нарушения караются штрафами или тюремным заключением. Закон предусматривает для ответчиков-корпораций штрафы в размере до 1 млн долл., а для ответчиков – физических лиц штрафы до 100 тыс. долл. и тюремное заключение

¹ 15 U.S. C. paragraphs 1-38.

² Ibid., para. 8-11.

на срок до трёх лет. Однако согласно законам 1984 г. «О введении уголовного штрафа» (*Criminal Fine Enforcement Act of 1984*) и «О реформе наказаний» (*Sentencing Reform Act of 1984*)³, уголовные преступления, совершённые корпорациями после 31 декабря 1984 г., могут караться штрафом до 1 млн долл. либо в размере двукратного валового материального ущерба, понесённого потерпевшей стороной, либо в размере валовой прибыли, полученной ответчиком в результате правонарушения, в зависимости от того, какая из указанных трёх сумм ущерба окажется больше. Ответчик-физическое лицо может караться штрафом в размере до 250 тыс. долл., либо в размере двукратного валового материального ущерба, понесённого потерпевшей стороной, либо в размере валовой прибыли, полученной ответчиком в результате правонарушения, в зависимости от того, какая из сумм окажется больше.

Закон «О реформе наказаний» применяется в отношении правонарушений, совершённых после 1 ноября 1987 г.; закон «Об усовершенствовании уголовного штрафа» (*Criminal Fine Improvement Act*), принятый в декабре 1987 г., внёс поправки в закон «О реформе наказаний». Эти поправки состоят в возможности применения альтернативных штрафов, более крупных, нежели двукратный ущерб или двукратная прибыль, полученные в результате правонарушения.

Для выработки политики наложения штрафов и наказаний за уголовные преступления на федеральном уровне Конгресс США принял решение о создании Комиссии по вынесению наказаний (*U.S. Sentencing Commission*). Основным инструктивным документом, выпущенным Комиссией, является "Руководство по вынесению наказаний" (*Sentencing Guidelines*), по которому уголовные преступления монопольного характера, совершённые после 1 ноября 1987 г., караются штрафом; его минимальный размер составляет 100 тыс. долл. для корпораций и 20 тыс. долл. для физических лиц. Документ предусматривает также минимальное тюремное заключение для преступников – физических лиц сроком от четырёх месяцев, причём этот срок может быть существенно увеличен по мере увеличения объёма преступной сделки. При гражданском иске Министерство юстиции вправе ходатайствовать перед судом об освобождении от уплаты штрафов или о возмещении реального ущерба в том случае, если покупателем соответствующих товаров/услуг является правительство США.

Закон Клейтона (*The Clayton Antitrust Act of 1914*). Раздел 7 закона распространяет запреты, установленные законом Шермана, на слияния и покупку акций или активов, «при которых в какой-либо области торговли или при какой бы то ни было деятельности, влияющей на торговлю, в любом районе страны, результатом подобной покупки могло бы быть существенное ослабление конкуренции или появление тенденции к созданию монополии». Раздел 15 закона Клейтона предоставляет генеральному прокурору право возбуждать судебный иск с целью предотвращения слияния, входящего в противоречие с Разделом 7. По закону Клейтона, лицам, занятым в какой-либо области торговли на территории США, может быть запрещено сдавать в аренду, продавать или перепродавать запатентованную (или незапатентованную) продукцию при условии, что арендатор/покупатель не будет пользоваться продукцией кого-либо из конкурентов арендодателя/продавца. Причём это распространяется как на соглашение, заключённое в явной форме (подписан контракт), так и на соглашение,

³ Pub. L. 98-596, Oct. 30.1984, 98 STAT.3134.; H.R. 5773-98th Congress (1983-1984).

подразумевающее подобные условия. Такой запрет мотивируется тем, что действия арендодателя/продавца ведут к «существенному ослаблению конкуренции или способствуют... монополии в какой-либо области торговли». Существенно, что понятие «торговля» (*commerce*) включает "торговлю между несколькими штатами или с иностранными государствами". Понятие «лица» (*persons*) включает корпорации и ассоциации, созданные как в соответствии с федеральным/штатным законодательством США, так и законодательством какого-либо иностранного государства⁴.

Антимонопольный закон Харта-Скотта-Родио 1976 г. (*Hart - Scott- Rodino Antitrust Improvements Act of 1976*). Этот закон дает в руки Министерства юстиции и Федеральной торговой комиссии несколько процедурных приёмов для облегчения применения системы антимонопольного контроля в отношении препятствующих конкуренции слияний и поглощений. Закон требует, чтобы лица, участвующие в торговле или какой-либо деятельности, влияющей на торговлю, извещали Министерство юстиции и ФТК о предполагаемых слияниях и поглощениях в случае, если размеры компаний-участников или размеры их сделок превышают определённые пределы. Стороны обязаны предоставлять информацию касательно подобных сделок, а также ожидать в течение установленного времени (15 дней в случаях тендер-оферт с оплатой наличными и 30 дней во всех прочих случаях), прежде чем завершать начатую сделку. Министерство и ФТК могут затребовать дополнительную информацию относительно сделки и тем самым продлить время ожидания. После получения требуемой информации, время ожидания может длиться еще 10 дней в случаях тендер-оферт с оплатой наличными и 20 дней во всех прочих случаях. Стоит отметить, что независимо от того, послано ли извещение о размерах сделки в соответствии с законом, Министерство юстиции имеет право дополнительно запросить стороны, участвующие в слиянии, «добровольно» представить информацию о сделке. Иностраный предприниматель должен быть готов к тому, что Министерство может выпустить Гражданские требования о расследовании (*Civil Investigative Demands*), если стороны не выкажут «добровольного» желания информировать во всей полноте о планируемой сделке⁵.

Закон и правила, выпускаемые ФТК, освобождают от посылки извещений в Министерство юстиции в случае некоторых сделок с участием КИП, даже если размеры этих сделок превышают установленные законом пределы. Обычно эти сделки представляют собой покупку акций одной иностранной корпорации другой иностранной корпорацией и не имеют существенного влияния на торговлю внутри США. Неисполнение требований закона преследуется в гражданском порядке штрафами в размере до 10 тыс. долл., за каждый день просрочки исполнения. В отдельных случаях Министерство может предоставить освобождение от уплаты штрафов. Как можно предположить, не только иностранным, но и местным предпринимателям подчас нелегко разобраться во всех формулировках и требованиях закона. По этой причине за интерпретацией своих обязательств им рекомендовано обращаться в другое антимонопольное ведомство – ФТК. Впрочем, нет никаких гарантий, что сама интерпретация окажется для иностранца более понятной, чем буква закона.

⁴ 15 U.S.C. para 12-27.

⁵ 15 U.S.C. para 18a

«Национальный закон о совместных исследованиях 1984 г.» (*National Cooperative Research Act of 1984 – NCRA*) уточняет важные случаи применения антимонопольного законодательства США к совместным исследованиям и разработкам и связанной с ними деятельности, предписывает судебным органам рассматривать конкуренцию в области совместных НИР на основе чётко определённых рынков технологий, пользуясь при этом методом «разумного подхода» (*rule-of-reason*) и компенсируя всякого рода антиконкурентные явления в этой области конкурентными преимуществами совместных НИР. Закон также ограничивает денежную компенсацию, которая может быть получена в судебном порядке при рассмотрении иска против участников совместных НИР, размером действительного (*actual*), а не трехкратного (*treble*) ущерба⁶. Характер этого ущерба должен определяться исключительно тем правонарушением, о котором участники совместных НИР извещают ФТК и генерального прокурора.

Закон Вебба – Померена (*Webb-Pomerene Act of 1918*) предоставляет возможность конкурирующим компаниям образовывать ассоциации исключительно с целью совместного экспорта продукции за пределы США, т.е. то, что внутри США каралось бы антимонопольным законодательством, не возбраняется при условии, что подобные монопольные объединения действуют на рынках других государств. Закон не распространяется на действия, препятствующие конкуренции внутри США или наносящие ущерб местным конкурентам – компаниям – членам подобных экспортных ассоциаций⁷. Формально, освобождение от обязанности соблюдать антимонопольное законодательство США предоставляется только тем ассоциациям, которые занимаются экспортом «грузов, изделий или товаров». Однако эти понятия включают в себя практически весь ассортимент обычно экспортируемой продукции. Причём никакого предварительного разрешения от ФТК или других антимонопольных ведомств не требуется, нужно лишь представить ФТК письменный договор участников и впоследствии ежегодно представлять годовые отчёты о работе. Иностранному предпринимателю сталкивается здесь с примером двойного стандарта в отношении местных и зарубежных экспортеров.

Закон «Об экспортных торговых компаниях 1982 г.» (*Export Trading Company Act of 1982*) направлен на то, чтобы увеличить американский экспорт товаров/услуг путём предоставления местным производителям и поставщикам более широкого спектра возможностей, снять некоторые ограничения финансирования экспорта со стороны финансовых учреждений и упростить применение антимонопольного законодательства⁸.

Подобное «упрощение» как и в случае закона Вебба - Померена, представляет собой освобождение от соблюдения антимонопольного законодательства для местных компаний-экспортёров. Но, более того, этот закон ещё предусматривает систему индულгенций, несовместимую с провозглашаемым в США равенством субъектов предпринимательской деятельности.

Этой системе, как характерному показателю реальной дискриминации инвесторов, стоит уделить чуть больше внимания. Так, Титул III закона «Об экспортных торговых компаниях» 1982 г. устанавливает процедуру, по которой лицам,

⁶ 15 U.S.C. para 4301-4305.

⁷ Ibid, para 61-68.

⁸ H.R. 52-35, 97th Congress (1981-1982).

занимающимся экспортом за пределы США, может быть выдан так называемый экспортный торговый сертификат (*export trade certificate*). Лица, внесённые в него, пользуются правом ограниченного иммунитета против предусмотренного штатным или федеральным антимонопольным законодательством судебного преследования за деятельность, «указанную в сертификате и соответствующую тем условиям, на которых он был выдан». Сертификат выдаётся министром торговли с разрешения генерального прокурора.

Справедливости ради нужно сказать, что, хотя сертификат и предоставляет существенную защиту от антимонопольных законов, его действие, носит ряд ограничений.

Во-первых, операция, выходящая за рамки, определённые сертификатом, подпадает под действие обычного законодательства, в том числе антимонопольного.

Во-вторых, незаконно полученный сертификат недействителен с самого начала и, естественно, не предоставляет защиты от антимонопольного законодательства.

В-третьих, любое лицо, потерпевшее ущерб от операции, внесённой в сертификат, имеет право требовать компенсацию действительного, но не трёхкратного ущерба, если указанная операция признана противоречащей одному из четырёх критериев: (1) не приводит ни к существенному ослаблению конкуренции или ограничению свободы торговли на территории США, ни к существенному ограничению экспорта кого-либо из конкурентов претендента; (2) не приводит к неоправданному повышению, стабилизации или падению цен на тот класс товаров/услуг (имеющих хождение на рынке США), который может быть внесён в сертификат; (3) не представляет собой недобросовестную конкуренцию с другими компаниями, участвующими в экспорте того же класса товаров/услуг; (4) не будет представлять собой операции, которые логически приведут к продаже или перепродаже указанных товаров/услуг на внутреннем рынке США. В случае иска потерпевшей стороны, операция, внесённая в сертификат, пользуется презумпцией законности, а выигравшая иск сторона имеет право на возмещение судебных издержек.

В-четвёртых, сертификат не предоставляет никакой защиты от законодательства иностранных государств. Министр торговли имеет право отзыва или внесения изменений в сертификат, если Министерство торговли или Генеральная прокуратура определяют, что экспортная деятельность претендента перестала соответствовать основополагающим критериям выдачи такого сертификата. Помимо этого, генеральный прокурор имеет право возбудить иск в соответствии с Разделом 15 закона Клейтона против действий, грозящих "очевидным и неоправданным ущербом национальным интересам».

Последнее условие весьма удобно использовать для политического давления на иностранные компании, осуществляющие слияния и поглощения местных компаний. Мотивы национальной безопасности активно используются для организации политического контроля иностранного предпринимательства на территории Соединённых Штатов.

Министерство торговли после консультаций с Министерством юстиции выпустило «Руководство» содержащее стандарты, применяемые при рассмотрении заявок на выдачу экспортных торговых сертификатов. В документе приводятся несколько примеров, иллюстрирующих применение названных стандартов для

некоторых видов экспортных сделок, включающих использование вертикальных и горизонтальных торговых соглашений, а также соглашений о лицензировании технологий.

Титул IV закона «Об экспортных торговых компаниях», известный также под названием «Антимонопольный закон о совершенствовании внешней торговли 1984 г.» (*Foreign Trade Antitrust Improvement Act of 1984*)⁹ разъясняет весьма актуальные для иностранных предпринимателей вопросы юрисдикции, содержащиеся в законе Шермана и законе «О Федеральной торговой комиссии 1914 г.» (*The Federal Trade Commission Act of 1914*)¹⁰, применительно к тем областям внешней торговли, которые не связаны с импортом товаров на внутренний рынок США.

Анализ приведённых выше законов достаточен для понимания соотношения важнейших элементов системы антимонопольного законодательного регулирования, распространяющегося на КИП. Основа этой системы может быть представлена в виде рисунка.



Из рисунка видно, что закон Шермана является краеугольным камнем, на котором строится вся система антимонопольного законодательного регулирования местного и иностранного капитала. Все более поздние законы как бы проистекают из этого закона, служат его дополнениями, комментариями и толкованиями.

⁹ H.R. 5235-97th Congress^R(1981-1982).

¹⁰ 15 U.S.C. para 41-58/

Влияние антимонопольных законов на деятельность иностранных предприятий в США огромно: ни одно сколько-нибудь значительное инвестиционное решение не может быть принято без учёта системы антимонопольного законодательного регулирования. Специфика этой системы состоит ещё и в том, что, в отличие от политической или экономической форм регулирования КИП, антимонопольная форма отличается большой суровостью. Неверно спланированное инвестиционное решение в налоговом отношении может иметь последствия не только в виде значительных убытков, но и привести к ответственности, вплоть до уголовной. Так, ФТК, в соответствии с Разделом 5 закона «О Федеральной торговой комиссии» вправе подать гражданский иск против действий, нарушающих законы Шермана и Клейтона. Этот иск может быть подан исходя из положений и самих законов, но ФТК имеет исключительные полномочия для применения закона «О ФТК» в целях пресечения «недобросовестных методов конкуренции» и «недобросовестных или вводящих в заблуждение действий или практики». Однако только Минюсту дано право уголовного преследования нарушений антимонопольного законодательства.

Принимая во внимание серьёзность вопроса, необходимо отдельно рассмотреть политику и методы применения системы антимонопольного контроля КИП.

Политика и методы применения системы антимонопольного контроля

Антимонопольное законодательство США не даёт в руки иностранному предпринимателю какого-либо подробного списка инструкций или руководства к действию. Вместо этого, оно во многом оставляет иностранца наедине с обширной конкурентной средой исходя при этом из посылки, что наименее регламентированное взаимодействие различных конкурентных сил должно привести к наиболее рациональному размещению ресурсов на рынке, к снижению потребительских цен и улучшению качества продукции/услуг. Отсутствие чётких предписаний в области антимонопольного контроля КИП заставляет иностранных предпринимателей более пристально интересоваться политикой и методами, руководствуясь которыми, Министерство юстиции применяет рассмотренную выше систему антимонопольного законодательного регулирования. Используемые методы, как будет показано ниже, весьма неоднозначны и порой субъективны.

Несмотря на буквальный смысл Раздела 1 закона Шермана, который объявляет незаконным «любой контракт или комбинацию... в целях ограничения свободы торговли», на практике уже давно принято считать, что Раздел 1 закона якобы запрещает только *необоснованные* ограничения свободы торговли. Таким образом, проводится мысль о возможности деловой активности предприятий, которую автор назвал бы «*квазимонопольной*». Официальные источники США признают, что практически любая производственная деятельность включает кооперацию, что влечёт ограничения в принятии независимого коммерческого решения участвующими в кооперации сторонами и, следовательно, может формально рассматриваться как ограничивающая свободу торговли. В действительности же, подобная кооперация чаще всего повышает эффективность производства и тем самым повышает благосостояние потребителя. В целях систематизации применения антимонопольных методов контроля, Министерство юстиции

определяет ограничения свободы торговли как «необоснованные» в тех случаях, когда эти ограничения способны создать, усилить или облегчить применение власти на рынке, причём риск ограничения конкуренции в этом случае не перевешивается потенциалом роста эффективности интеграции, ведущей, в свою очередь, к росту конкуренции. В этом контексте «власть на рынке» определяется как способность в целях извлечения дополнительной прибыли ограничивать производство, либо повышать/понижать цены на заданном рынке товаров/услуг в течение значительного отрезка времени.

Что касается политики и методов антимонопольного контроля К.И.П. со стороны Министерства юстиции в отношении деятельности как местных, так и иностранных компаний Министерство применяет два базовых типа политики: преследование <деятельности> как таковой (*per se condemnation*) и проверка в каждом отдельном случае (*case-by-case examination*). Основой этих двух типов политики служит так называемый метод «разумного подхода». Министерство преследует как таковые незаконные, открытые (*naked*) ограничения свободы торговли, которые направлены против конкуренции столь очевидным образом и столь редко способны привести к положительным результатам в будущем, что подробный их анализ как бы и не требуется.

Министерство считает ограничения свободы торговли «открытыми», если подобные ограничения имеют очевидной целью контроль над производством или контроль роста цен на продукцию/услуги, и если такие ограничения не связаны с определенной формой экономической интеграции участников сделок (например, контрактами или как-нибудь иначе). Последняя, в конечном счёте, могла бы способствовать развитию конкуренции. Наиболее типичными примерами открытых ограничений свободы торговли считается фиксирование цен и завышение/занижение заявок на конкурсах и торгах (*bid-rigging*) группой из нескольких конкурентов. В соответствии с законом Шермана, Министерство преследует открытые ограничения свободы торговли группой конкурентов в уголовном порядке. С другой стороны, по отношению к соглашениям, представляющим собой своего рода формы экономической интеграции, применяется анализ на основе метода "разумного подхода". Для этого интеграция должна выходить за рамки одной только координации решений участников по вопросам цен и производства. Такая интеграция способна, в конечном итоге развивать конкуренцию. Для иностранных предпринимателей важно, что на первоначальной стадии Министерство не стремится анализировать, способна ли данная конкретная сделка в будущем эффективно развивать конкуренцию. Для Министерства будет достаточно, если сама применяемая форма интеграции компаний попадает в разряд потенциально эффективных для развития конкуренции. Например, установление промышленных стандартов или лицензирование технологии обычно рассматривается как форма интеграции, способная эффективно развивать конкуренцию. Следовательно, конкретные соглашения компаний в рамках данной формы интеграции или конкретные сделки не преследуются, как таковые, но будут анализироваться Министерством на основе метода "разумного подхода". Рассмотрение конкретной сделки между компаниями в рамках известной формы интеграции может начаться, только если анализ на основе метода "разумного подхода" покажет, что при существующих обстоятельствах, сделка, по всей вероятности, приведёт к возникновению или усилению власти на рынке.

Потенциально эффективными для развития конкуренции считаются те формы интеграции, которые позволяют участникам увеличивать объёмы производства, снижая при этом цены на продукцию или, по крайней мере, оставляя их на прежнем уровне. Либо позволяют участникам начать производство новой продукции/услуг, которая, в противном случае, не была бы произведена, либо дают возможность участникам проводить совместные НИР, которые не могли бы осуществляться при отсутствии подобной интеграции. Эффективные формы интеграции характеризуются также наличием дополнительного совместного опыта, активов или существенной экономии масштаба либо увеличением номенклатуры продукции/услуг и объёмов реализации или расширением НИР.

Однако иностранному предпринимателю не стоит обольщаться надеждой, что взаимные соглашения с конкурентами в рамках известной формы интеграции смогут зайти достаточно далеко: соглашение между конкурентами об установлении, например, минимальных цен на продукцию/услуги не будет анализироваться на основе метода "разумного подхода", а сразу будет преследоваться как таковое. Ответчики могут оправдывать свои действия какими угодно причинами: например, тем, что соглашение привело к сокращению некоторых расходов, которые покупатели понесли бы в поисках самой дешёвой продукции. Или тем, что заключенное между ними соглашение (в частности, картельного типа) было единственным средством защиты от разрушительной конкуренции. Или тем, что конкуренты вводили потребителя в заблуждение. Все эти причины не имели бы ровно никакого значения. Иностранному предпринимателю должен заранее представлять, что его сделка будет анализироваться Минюстом на основе метода "разумного подхода" лишь в том случае, если она представляет собой: *совместное предприятие, созданное для ведения НИР, производства или сбыта продукции; соглашение о сбыте вертикального неценового характера; соглашение о лицензировании интеллектуальной собственности.*

Как только Минюст придёт к заключению, что конкретная сделка или деятельность должны анализироваться на основе метода "разумного подхода", первым вопросом, которым станет оно интересоваться, будет вопрос, в какой степени данная сделка или вид деятельности облегчает применение власти на каком-либо рынке. Для ответа на этот вопрос должны приниматься во внимание различные факторы. Например, анализируя слияния предприятий-конкурентов или создание ими СП, Министерство рассматривает, помимо прочих факторов, уровень концентрации конкуренции на соответствующем рынке; способность существующих и новых конкурентов, будь то местные или иностранные корпорации, противостоять попыткам применения власти на рынке, а также конкурентоспособность выпускаемой продукции. Если Министерство сделает заключение, что конкретная сделка или деятельность не направлены против конкуренции, то оно не станет вмешиваться в неё, независимо от того, содействует ли эта сделка (деятельность) эффективному развитию конкуренции. Министерство, однако, будет специально рассматривать доказательства того, что конкретная сделка (деятельность) эффективно содействует развитию конкуренции, если перед этим оно придёт к предварительному заключению, что такая сделка, по всей вероятности, облегчает применение власти на каком-либо рынке. А коль скоро Министерство будет так считать, то на следующем этапе анализа оно будет оценивать перевешивается ли риск ущерба от ограничения конкуренции

возможностью её эффективного развития в будущем. Участвующие в сделке (деятельности) стороны, естественно, всегда настаивают на последнем.

Нужно отметить, что все эти оценки и сравнения риска ограничения конкуренции и эффективности её развития в будущем носят исключительно качественный характер и не опираются на какие-либо точные количественные методы, тем самым предоставляя антимонопольным ведомствам возможность достаточно произвольно толковать сделки (деятельности) сторон. Подобный произвол, разумеется, увеличивает риск неэффективности иностранных капиталовложений на территории США. Сам же иностранный инвестор вынужден как можно убедительнее доказывать государственным чиновникам полезность сделки (деятельности). Конечно, если столь же эффективное развитие конкуренции может быть инициировано сделками, которые, на взгляд Министерства, никак не ограничивают конкуренцию, то все попытки доказать представителям этого ведомства необходимость её ограничения будут бесплодны.

Применяя различные методы и подходы к анализу деятельности иностранных предприятий, антимонопольные ведомства США не имеют формального права на дискриминацию КИП по отношению к местному капиталу. Однако исходя из вышеизложенного, можно с достаточным основанием заключить, что простор интерпретации деятельности предприятий на территории США даёт антимонопольным ведомствам более чем достаточно формальных средств для запретительных действий как в отношении местных, так и контролируемых иностранцами предприятий. Стоит ещё раз повторить, что антимонопольные ведомства вменяют себе в обязанность никак не беспокоиться о сделках (деятельности), затрагивающих интересы потребителей за пределами США. Применяя методы антимонопольного контроля, эти ведомства заботятся только о конкуренции, не интересуясь при этом судьбой самих конкурентов. Что касается реальной практики, когда по причинам борьбы с монополизмом запрещалась, казалось бы, законная во всех отношениях покупка известных американских компаний иностранными - пример «Опель» (*Opel*) и «Дженерал моторс» (*General Motors*) в России у всех на памяти - можно с ещё большей уверенностью утверждать, что ведомства более всего равнодушны именно к судьбе иностранных конкурентов.

Некоторые особенности методов антимонопольного контроля

Точно так же, как действия граждан США в иностранных государствах подчиняются законодательству стран пребывания, действия иностранных физических и юридических лиц на территории США подчиняются американским законам. Однако антимонопольное законодательство США, известное экстерриториальностью, не ограничивает область своего контроля только теми сделками или деятельностью, которые происходят на их территории. Например, деятельность, связанная с импортом товаров/услуг в США и наносящая ущерб местным потребителям, может быть объектом применения антимонопольных законов независимо от того, где происходит такая деятельность и подданными каких государств являются участвующие стороны. Несмотря на экстерриториальность антимонопольного законодательства, некоторые законы, например, закон Шермана, тем не менее, не применяются в отношении деятельности КИП на внеш-

них по отношению к США рынках, если подобная деятельность не имеет «прямого, ощутимого и обоснованно предсказуемого» влияния на торговлю между отдельными штатами, импорт или экспорт.

Ограничение области действия закона Шермана на иностранных лиц сформулировано в Антимонопольном законе о совершенствовании внешней торговли 1984», принятом в развитие первого антимонопольного акта США. Закон «О внешней торговле» предписывает не применять закон Шермана в отношении внешней торговли (кроме импорта на внутренний рынок США), за исключением случаев, когда (1) *подобная деятельность имеет «прямое, ощутимое и обоснованно предсказуемое» влияние на: торговлю (кроме внешней) или импорт из-за рубежа, или экспорт на внешний по отношению к США рынок, (2) либо когда подобное влияние подпадает под действие других разделов закона Шермана.*

Таким образом, если, например, закон Шермана применяется к внешнеторговым сделкам исходя только из выше указанного условия (1) «Антимонопольного закона о совершенствовании внешней торговли», то его применение наносит ущерб местным экспортёрам. Следовательно, этот закон не препятствует антиконкурентной деятельности местных экспортёров на внешних рынках, будь то американские или иностранные компании, кроме случаев, когда их деятельность имеет "прямое, ощутимое и обоснованно предсказуемое" влияние на торговлю внутри самих США.

Согласно закону, подобное влияние возможно в двух случаях. Во-первых, если объёмы поставок группы местных компаний на внутренний рынок США, как и объёмы аналогичных поставок на внешний рынок, являются строго ограниченными и эта группа местных компаний, имеющих значительные доли на внутреннем рынке США, договариваются между собой об объёмах экспорта с целью ограничить поставки на внутренний рынок и поддерживать на нём монопольно высокие цены. Во-вторых, если деятельность имеет лишь формальный вид экспорта, а в действительности влияет на цену товаров/услуг, реализуемых на внутреннем рынке США.

Министерство юстиции специально интересуется экспортной деятельностью компаний, если первичным покупателем их товаров/услуг является правительство США. В этом случае считается, что ущерб от ограничения конкуренции при поставках правительству несут, в первую очередь, местные налогоплательщики, а не зарубежный покупатель. Внешняя составляющая таких поставок является незначительной, поэтому такая деятельность считается не экспортом, а лишь продажей товаров/услуг правительству.

По сути «Антимонопольный закон о совершенствовании внешней торговли» применяется только к той её части, которая не содержит импорта продукции/услуг на внутренний рынок США. Импортные операции, слияния и поглощения подпадают под действие Разделов 1 и 2 закона Шермана и Раздел 7 закона Клейтона. Минюст, однако, применяет свой метод оценки, который можно было бы назвать *методом* «прямого, ощутимого и обоснованно предсказуемого» влияния также и к этим видам инвестиционной деятельности.

Система антимонопольного контроля может не распространять своего действия на КИП, если они представлены иностранным сувереном, т.е. иностранным правительством или его представителями (государственными агентствами, ведомствами, предприятиями). Подобные ситуации предусмотрены законом «Об иммунитете иностранных суверенов» 1976 г. (*Foreign Sovereign Immunities Act*

of 1976), согласно которому иностранные государства и их представители наделяются иммунитетом против антимонопольных исков со стороны судебных органов США¹¹. Иммунитет отсутствует только при особых обстоятельствах. Его отсутствие чаще всего связано с так называемой «коммерческой деятельностью» иностранных правительственных ведомств и организаций. Под «коммерческой деятельностью» закон понимает «обычный ход дел, либо конкретную коммерческую сделку или действие». Интересно, что коммерческий характер деятельности «определяется исходя из природы подобного хода дел, конкретной сделки или действия, а не из их цели».

Судебные иски могут иметь место при такой «коммерческой деятельности», которая не проходит тестов на юрисдикцию, предусмотренных антимонопольным законодательством США. Система антимонопольного контроля может не применяться к иностранным суверенам также в целях «сохранения взаимовыгодных межгосударственных отношений». В таком случае применяется принцип «уважения к нациям» (*comity among nations*), который тоже можно рассматривать, как метод выбора решения о применении или неприменении антимонопольных мер в отношении КИП.

Антимонопольные ведомства США по-разному относятся к одной и той же деятельности, осуществляемой представителями различных государств. Кроме того, приходится считаться с тем, какие именно действия разрешены на территории одних государств и не разрешены на территории других. При рассмотрении вопросов юрисдикции Министерство юстиции вынуждено избегать прямых действий, способных вызвать негативную реакцию за пределами США. В таких случаях, вместо применения системы антимонопольного контроля, Министерство может провести соответствующие консультации с полномочными представителями иностранных государств по дипломатическим каналам и договориться об ограничении практики, препятствующей свободному развитию конкуренции на своей территории. Министерство, однако, не является сторонником таких "мягких" мер. Оно стремится пресекать деятельность иностранных суверенов с помощью системы антимонопольного контроля, полагая при этом, что принцип "уважения к нациям" является второстепенным по отношению к национальным интересам. Последние по официальной точке зрения должны превалировать над интересами любого иностранного государства.

Минюст руководствуется тем, что «вредная антиконкурентная деятельность» представляет для США большую угрозу, чем любой ущерб, нанесенный международным отношениям применением антимонопольных мер. Уместно ещё раз напомнить, что речь идёт, в том числе о законах, имеющих экстерриториальное действие, т.е. в принципе, применяемых к деятельности, происходящей на территории иностранных государств. К счастью для иностранных бизнесменов, это положение несколько уравнивается рекомендациями Организации по экономическому сотрудничеству и развитию (ОЭСР) и двусторонними договорами, подписанными США с рядом иностранных государств.

Приступая к анализу конкретной сделки с участием иностранного суверена, Министерство прежде всего выясняет, какие из нормативных актов иностранного государства могут быть затронуты введением антимонопольных санкций со стороны США. На практике в большинстве случаев существует мало неразре-

¹¹ 28 U.S.C. para 1370, 1332(a) (2)(3)(4), 1391(f), 1441(d).

шимых противоречий между антимонопольным законодательством США и аналогичным законодательством развитых иностранных государств, которые являются основными инвесторами в американскую экономику. Не считается противоречием и тот случай, когда конкретная деятельность (сделка) не поощряется и не запрещается антимонопольным законодательством других стран. Так, если закон Вебба – Померена и закон «Об экспортных торговых компаниях» освобождает некоторые виды экспортных соглашений от преследования в соответствии с законом Шермана, то это не считается стимулом ни для местных корпораций к созданию экспортных картелей, ни для правительства к использованию подобных картелей для обеспечения национальных интересов за рубежом. Поэтому в данном конкретном случае антимонопольное законодательство США не считается противоречащим законодательству других государств, ограничивающих создание экспортных картелей на своей территории. Вопрос же о том, не является ли разрешение подобных картелей лишь неявной формой их стимулирования, приобретает характер риторического.

Неприкрытый конфликт интересов возникает тогда, когда антиконкурентная деятельность иностранных инвесторов в стране базирования, подпадая под юрисдикцию антимонопольных законов США, одновременно поощряется или предписывается законодательством, или политикой страны базирования. В этом случае американские антимонопольные органы вынуждены соблюдать баланс между интересами США, состоящими в защите внутреннего рынка, и интересами страны базирования. Минюст составляет такой баланс с учетом следующих факторов: 1) относительная тяжесть одного и того же правонарушения с точки зрения антимонопольного законодательства США и страны базирования; 2) национальность лиц, вовлечённых в антиконкурентную деятельность или пострадавших от неё; 3) наличие или отсутствие причин, по которым ущемляются интересы местных потребителей или конкурентов; 4) относительная значимость и предсказуемость последствий антиконкурентной деятельности для внутреннего рынка США и страны базирования; 5) возможность обоснованного прогнозирования последствий антиконкурентной деятельности; 6) степень противоречия законодательству страны базирования или проводимой ею внешнеэкономической политике.

Можно заметить, что некоторые из этих факторов, по смыслу совпадают с критериями применения того же законодательства в отношении деятельности частных иностранных и местных инвесторов ("прямое, осязаемое и обоснованно предсказуемое влияние" на торговлю между штатами и т.д.) Можно также заметить, что в своих внутренних инструкциях Министерство предписывает проводить политику скрытой дискриминации в отношении одних государств и исповедовать либерализм в отношении других (см. фактор 2)), внешне провозглашая единый в отношении всех инвесторов главенствующий принцип защиты внутреннего рынка и интересов местного потребителя. Санкции против России как государства, дискриминация её частных граждан, никак не связанных с правительством, вводимые в последние годы в США, ещё одно наглядное тому подтверждение.

* * *

Антимонопольная форма контроля КИП в США является одной из самых эффективных. Это достигается не только тем, что она предусматривает самые суровые санкции против нарушителей. А прежде всего тем, что нарушители,

особенно из числа иностранных компаний, по сути дела, зависят от единоличного вердикта, выносимого тем или иным чиновником антимонопольных ведомств по поводу каждой конкретной сделки. В этих условиях деятельность КИП может быть в любую минуту подвергнута суровым санкциям, предусмотреть которые весьма и весьма непросто. Не случайно, поэтому антимонопольная форма контроля и совокупность составляющих её методов наиболее часто используется для оказания политического давления на КИП.

Антимонопольный контроль КИП является также одной из самых субъективных (если не сказать произвольных) форм регулирования деятельности предприятий. По воле соответствующих государственных органов, а подчас и помимо них, подобный контроль может носить характер сведения счётов между конкурентами. Особенно удобно при этом бороться с иностранными конкурентами, как это делала в своё время, например, «Оксидентл петролеум» (*Occidental Petroleum*) против «Мацусита корпорейшн» (*Matsushita Corp*), обвиняя последнюю в нарушении антимонопольного законодательства США. Вместе с тем, и местные компании не чужды использованию антимонопольных предлогов для борьбы с конкурентами. Достопамятные распри между такими гигантами, как «Майкрософт» (*Microsoft*) и «Нетскейп» (*Netscape*) в 1997 г., включавшие в себя иск против нечестной конкуренции «Майкрософт», – прямое тому доказательство. В результате предвзятого отношения суда в течение нескольких последующих лет компания «Майкрософт» захватила 90% рынка поисковых систем для интернета.

Уместность и своевременность применения тех или иных ограничительных методов или законодательных актов во многом зависит от субъективного подхода и политической установки того или иного государственного контролирующего органа (проблема двойного стандарта в отношении местных и иностранных предприятий). Антимонопольный контроль КИП допускает множественность подходов, интерпретаций и трактовок, что делает этот вид контроля мощным инструментом ограничения и дискриминации иностранных предприятий в тех случаях, когда это диктуется политическими или экономическими интересами влиятельных промышленных или политических групп общества.

Вместе с тем, тяжесть ответственности за возможные антимонопольные правонарушения сама по себе не может быть гарантией эффективности контроля. Интересно, что, по мнению некоторых исследователей, отдельные виды инвестиционной активности, в том числе массовые слияния и поглощения местных компаний иностранными, не предшествуют, а следуют за принятием очередных антимонопольных законов США.

Действительно, первая волна горизонтальных слияний последовала вскоре за принятием закона Шермана в 1890 г. Вторая волна вертикальных слияний обрушилась за принятием закона Клейтона и закона «О ФТС» в 1914 г. Третья волна слияний с образованием конгломератов подошла после принятия в 1950 г. поправки Селлара – Кефопера (*Cellar-Kefauver*) к закону Клейтона¹². Из этого следует, что путь усиления ответственности за определённые правонарушения способен довольно быстро исчерпать себя.

Исходя из вышесказанного, для современной российской экономической системы, на наш взгляд, наиболее соответствующей системой антимонопольного

¹² H.R. 2734, Feb.1949

контроля деятельности иностранных лиц на территории Российской Федерации была бы такая, которая, несмотря на все заключённые Россией союзы и соглашения (в особенности со странами ближнего зарубежья), безусловно отдавала бы приоритет деятельности российских предприятий и вводила бы жёсткую систему штрафных санкций в отношении нарушающих антимонопольное законодательство иностранных предприятий. Что касается конкуренции на внутреннем рынке, то охранительная система, созданная для так называемых «естественных», а точнее «традиционных» монополий, каковыми являются, например, в столице Московская городская телефонная сеть (МГТС), Мосэнерго, Мосгаз, должна быть пересмотрена.

В этом смысле неплохо помнить об основополагающих принципах, на которых строится отношение ко всякого рода монополиям (в том числе и «родным») в США: действия любых монополистов наносят ущерб интересам общества уже потому, что компания (или группа компаний), искусственно ограничивая производство и поднимая цены выше конкурентного уровня, способствует необоснованному переходу общественного богатства от покупателей к продавцам, что ведёт к неправильному размещению ресурсов общества в целом, т.е. обнищанию нации. То же самое можно сказать и о покупателях, применяющих власть на рынке. В этом случае общественное богатство необоснованно переходит от продавцов к покупателям. И первое, и второе грозит деградацией экономических основ государства и социальными потрясениями.

Economic Survey

Antimonopoly Regulation of Foreign Capital in the USA

(USA & Canada Journal, 2019, No. 2, p.57-74)

Received 8.11.2018.

ARKHANGELSKY Ivan Yurievich, Department of Economic Studies of Institute for the U.S. and Canadian Studies, Russian Academy of Sciences (ISKRAN). Russian Federation, Moscow, 121069, Khlebny per., 2/3 (p.bogorodov@mail.ru)

The monopolism is a phenomenon that leads to stagnation in the economy, a phenomenon that provokes corruption on the part of the state apparatus. The monopolism leads, ultimately, to the strangulation of free enterprise, and then, to the degradation of the economic foundations of the state, its destruction. From the point of view of free development, there is nothing natural about "natural monopolies", unless these monopolies are created in areas that represent a state secret, the disclosure of which poses a threat to national security. Antimonopoly legislation is designed to protect vital areas of the economy from the penetration of foreign capital, to ensure national security without violating free competition in all other areas.

Keywords: rule-of-reason, per se condemnation, case-by-case examination, market power, comity among nations.

About the author:

ARKHANGELSKY Ivan Yurievich, Research Fellow.